



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة كربلاء / كلية القانون

القسم الخاص

البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

(دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)

اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون

جامعة كربلاء

جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه

في القانون الخاص

تقدم بها الطالب

حيدر طه فياض الشمري

بإشراف

الاستاذ الدكتور

حيدر حسين كاظم الشمري

٢٠٢١ م

١٤٤٣ هـ

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ
وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي
أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ
وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ
بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ
أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِّنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا
قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾

صدق الله العظيم

(سورة النساء اية ٢٣)

الى جدتي الغالية (ام طه) رحمها الله برحمته الواسعة
إلى من قال عنهما الباري عز وجل (وبالوالدين احسانا)
والذي وسندي وقرّة عيني ابي الغالي المحامي (طه
الشمري).

الى من كرسّت عمرها وهي تدعولي بالخير امي الغالية
الى من اجهدت نفسها معي زوجتي الغالية والى أفلاذ
كبدي بناتي (فرح وضي)

إلى مربيتي وحبّبة قلبي عمّتي العزيزة
إلى اعمامي واخوالي الغوالي ادا مهم الله لي
إلى اخوتي واخواتي

الباحث

من واجب الشعور بالفضل بعد انجاز هذه الاطروحة أن اتقدم بوافر شكري وتقديري الى الجهود المخلصة التي تستحق الشكر والثناء خصوصاً الدكتور الفاضل (حيدر حسين كاظم الشمري) الذي شملني بتوجيهه ولما بذله من جهد علمي ومتابعة ومناقشة طوال فترة الكتابة فله جزيل الشكر والتقدير لكونه ساندني بكل ما يملك من علم ومعرفة ونصائح علمية قيمة استفدت منها ولم يبخل علي بجهد او وقت ، إذ قام بعد مراجعته لما كتبت بإبداء الملاحظات التي لا يمكن اخفاء ما لها من اهمية في اظهار الاطروحة بهذا الشكل ، اسأل الله العلي القدير ان يطيل في عمره ويوفقه لخدمة العلم.

كما يفرض علي الواجب ان اتقدم بالشكر والتقدير الى السيد عميد كلية القانون جامعة كربلاء الدكتور (عبدالله عبد الامير طه) وكذلك السيد رئيس قسم القانون الخاص الدكتور (اشراق صباح صاحب) ولم انس اساتذتي في المرحلة التحضيرية و اخص بذلك استاذنا الدكتور المرحوم (عباس الحسيني) واساتذتي كل من الدكتور (حسن علي كاظم و باسم العقابي وعقيل مجيد السعدي و علي شاکر البدری و عادل شمran الشمري ونزار عبد الامير تركي) لما بذلوه من جهد وتعَب طوال مدة دراستي .

كما اتقدم بالشكر والعرفان الى مكتبة كلية القانون جامعة كربلاء ومكتبة كلية القانون جامعة بغداد ومكتبة كلية القانون جامعة النهرين ومكتبة كلية القانون جامعة واسط ، والشكر موصول ايضاً الى مكتبة العتبة الحيدرية ومكتبة العتبة الحسينية ومكتبة العتبة العباسية ومكتبة العتبة الكاظمية والعاملين فيهما اسأل الله ان يوفقهم لما يحب ويرضى .

يعد موضوع بحثنا من المواضيع المهمة في اطار مسائل الاحوال الشخصية لأنه وبالدرجة الاساس يتعلق بمسائل محلها الحلال والحرام اي ان اغلب الدعاوى التي تقام في هذا الجانب تعد من دعاوى الحسبة، اذ ان البطلان يعد جزءاً يصيب جوانب شتى في القانون ولا يخلوا جانب الاحوال الشخصية من هذا الجزاء.

اذ ان الزواج يعد باطلاً اذا تخلف ركنٌ من اركانه او شرط من شروط انعقاده ، والحال ذاته في الطلاق اذ هو الاخر يصيبه البطلان اذا تخلف ركنٌ من اركانه، فضلاً عن ذلك فان البطلان لا يقتصر على مسائل الاحوال الشخصية غير المالية سابقة الذكر اذ انه يتعدى الى مسائل الاحوال الشخصية المالية ونخص منها ما يتعلق بموضوعنا كل من الوصية والميراث ، اذ ان تخلف اركان او شروط الوصية او الميراث يعد سبباً لبطلانها وهناك حالات عديدة ظهرت في الآونة الاخيرة لها الاثر البارز في البطلان وخير مثال على ذلك هو تغيير الجنس، اذ انه يعد سبباً لبطلان اغلب مسائل الاحوال الشخصية ونخص بالذكر المسائل محل بحثنا.

ان ما ذكر سابقاً يعد صوراً او حالات لبطلان مسائل الاحوال الشخصية، وهذه الصور او الحالات تخلف اثاراً كثيرة في اطار مسائل الاحوال الشخصية منها ما يمكن تصحيحها عن طريق انتقاص التصرفات القانونية والكثير من تلك الحالات لا يمكن تصحيحها لتعلقها بمسائل الحلة والحرمة ، وهذه المسائل لها الاثر البارز في بطلان مسائل الاحوال الشخصية، فضلاً عن ذلك فان للتقادم والاثر الرجعي اهمية كبيرة في موضوع بحثنا بينها بشكل مفصل في طيات اطروحتنا .

وان المسائل سابقة الذكر البعض منها تطرق لها المشرع العراقي في طيات قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل والنافذ، الا ان الكثير من تلك المسائل لم تحظ بمعالجة تشريعية وعلى وجه الخصوص تلك التي ظهرت في الاوانة الاخيرة ومنها على سبيل المثال تغيير الجنس واثره البارز على مسائل الاحوال الشخصية سواء المالية منها ام غير المالية.

المحتويات

الصفحة	الموضوع
٦-١	المقدمة
٧٥ - ٧	الفصل الاول : مفهوم البطلان في مسائل الأحوال الشخصية
٤١- ٨	المبحث الاول : ماهية البطلان في مسائل الأحوال الشخصية
٢٢ -٨	المطلب الاول : التعريف بالبطلان في مسائل الاحوال الشخصية
١٥ -٨	الفرع الاول : تعريف البطلان في مسائل الاحوال الشخصية
٢٢ -١٥	الفرع الثاني : خصائص البطلان في مسائل الاحوال الشخصية
٤١- ٢٢	المطلب الثاني : تمييز البطلان عن بعض النظم الاخرى في مسائل الاحوال الشخصية
٣٣- ٢٢	الفرع الاول : التمييز بين البطلان وعدم النفاذ
٤١- ٣٣	الفرع الثاني : التمييز بين البطلان و الفسخ
٧٥-٤١	المبحث الثاني : اساس ومراتب البطلان في مسائل الاحوال الشخصية
٥٨-٤١	المطلب الاول : اساس البطلان في مسائل الاحوال الشخصية
٥١-٤٢	الفرع الاول : اساس البطلان في الفقه الاسلامي
٥٨-٥١	الفرع الثاني : اساس البطلان في قانون الاحوال الشخصية
٧٥-٥٨	المطلب الثاني : مراتب البطلان في الفقه والتشريع
٦٦-٥٨	الفرع الاول : مراتب البطلان في الفقه الاسلامي والقانون
٧٥-٦٦	الفرع الثاني : مراتب البطلان في قوانين الاحوال الشخصية
١٥٨-٧٦	الفصل الثاني : صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية
١٢٠-٧٧	المبحث الاول : بطلان الرابطة الزوجية
٩٨-٧٧	المطلب الاول : حالات بطلان انشاء الرابطة
٨٨-٧٨	الفرع الاول : حالات بطلان عقد الزواج المتفق عليها
٩٨-٨٨	الفرع الثاني : حالات بطلان الزواج المختلف بها
١٢٠-٩٨	المطلب الثاني : حالات بطلان انقضاء الرابطة الزوجية
١١-٩٩	الفرع الاول : حالات بطلان الطلاق
١٢٠-١١١	الفرع الثاني : حالات بطلان التفريق
١٥٨-١٢٠	المبحث الثاني : بطلان مسائل الاحوال الشخصية المالية
١٤٠-١٢٠	المطلب الاول : حالات بطلان الوصية

المحتويات

١٣٣-١٢١	الفرع الاول : بطلان انشاء (انعقاد) الوصية
١٤٠-١٣٣	الفرع الثاني : البطلان اللاحق على انشاء (انعقاد) الوصية
١٥٨-١٤٠	المطلب الثاني : حالات بطلان الميراث
١٥٢-١٤١	الفرع الاول: حالات بطلان الميراث المتفق عليها
١٥٨-١٥٢	الفرع الثاني: حالات البطلان المختلف فيها
٢٢٨ -١٥٩	الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية
١٩٣-١٦٠	المبحث الاول : اثر بطلان الرابطة الزوجية
١٧٥-١٦٠	المطلب الاول: اثر بطلان الرابطة الزوجية على الحقوق المالية
١٧٠-١٦١	الفرع الاول: اثر البطلان على الحقوق المالية قبل الوفاة
١٧٥-١٧٠	الفرع الثاني: اثر البطلان على الحقوق المالية بعد الوفاة
١٩٣-١٧٥	المطلب الثاني: اثر بطلان الرابطة الزوجية على الحقوق غير المالية
١٨٢-١٧٥	الفرع الاول: اثار البطلان المنفردة بين الزوجين
١٩٣-١٨٢	الفرع الثاني: اثار البطلان المشتركة بين الزوجين
٢٢٨-١٩٣	المبحث الثاني: اثر البطلان في مسائل الاحوال الشخصية المالية
٢١٢-١٩٤	المطلب الاول: اثر بطلان مسائل الاحوال الشخصية المالية بحق الاطراف
٢٠٣-١٩٤	الفرع الاول: اثر بطلان انتقال العقار بطريق الوصية والميراث
٢١٢-٢٠٣	الفرع الثاني: اثر بطلان انتقال المنقول بطريق الوصية والميراث
٢٢٨-٢١٢	المطلب الثاني: اثر بطلان مسائل الاحوال الشخصية المالية بحق الغير
٢٢٢-٢١٣	الفرع الاول: وسائل رجوع الدافع على الغير
٢٢٨-٢١٣	الفرع الثاني: دفعوع الغير تجاه المالك
٢٣٦-٢٢٩	الخاتمة
٢٦٣-٢٣٧	المصادر

الحمد لله حق حمده حمداً كثيراً والصلاة والسلام على خير انبيائه ورسله محمد صل الله عليه وعلى آل بيته وصحبه الطيبين الطاهرين.

أولاً:- التعريف بموضوع الدراسة

يعد البطلان من المسائل المهمة في اطار الفقه الاسلامي والقانون سواء العام منه ام الخاص ، فالبطلان ليس الاجزاء فرضه الشرع والقانون لوجود خلل جوهري في الشيء الذي تم بطلانه، قد يكون هذا الشيء منافياً لمقتضى العقد او مخالفاً للأحكام الواردة في الشريعة الاسلامية الغراء او القانون ، و نظم المشرع العراقي في القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل والنافذ وكما هو الحال عليه في التشريعات المقارنة البطلان في المسائل المدنية، ونظمت نظرية البطلان كذلك في المسائل الاجرائية في قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، بالإضافة الى ذلك توجد مؤلفات عديدة في الجوانب المدنية والاجرائية عالجت من خلالها البطلان.

لكن البطلان اعلاه لم يحظَ باهتمام سواء على صعيد التنظيم القانوني الذي يتولاه المشرع في قانون الاحوال الشخصية العراقي او من قبل فقهاء وشراح القانون، فقانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل والنافذ ورغم تطرقه لبعض حالات البطلان الا انه لم يعالج اغلبها وعلى الخصوص المستجدة منها وهذا الامر بحد ذاته بحاجة الى بحث مطول للوقوف على اهم الحالات المستجدة التي جعلت من مسائل الاحوال الشخصية باطلة، رغم الفرق الكبير بين البطلان في مسائل الاحوال الشخصية عنه في المسائل المدنية والاجرائية ، ويكمن الفرق بالدرجة الاساس في اطراف البطلان ومحلّه .

فضلاً عن ذلك فإن مسائل الاحوال الشخصية لها خصوصيتها لأن موضوعاتها تتعلق بمسائل الحلة والحرمة لذا فيجب الاهتمام بها على صعيد التنظيم القانوني لحل اشكالياتها ولتجنب اثارها الخطرة ، اذ ان اهمال هذه المسائل يؤدي الى اثار وخيمة لا تنتهي لمدة طويلة من الزمن وقد تقودنا هذه الاثار الى نزاعات بين الاطراف لا يمكن معالجتها، بالإضافة الى ذلك فإن البطلان كجزء يختلف عن الجزاءات الاخرى سواء من حيث المفهوم ام من حيث الاثار الذي يتركها ، اذ ان الجزاءات الاخرى تكون اقل اثراً مقارنةً بالبطلان وهذا ما سنبيّنه من خلال التطرق لذلك في متن اطروحتنا.

ثانياً:- اهمية موضوع الدراسة

تكمن اهمية دراستنا بضرورة توعية المجتمع على حالات البطلان في مسائل الاحوال الشخصية ومدى إمكانية الحد منها، من خلال ايراد نصوص قانونية صريحة في متن قانون الاحوال الشخصية العراقي يبين من خلاله حالات البطلان والاثار الذي يخلفه البطلان كجزء يفرضه الشرع والقانون.

بالإضافة الى اهمية الاثار الذي يخلفها البطلان بشأن اطرافه او بشأن الغير، اذ تعد تلك الاثار ذات اهمية بالغة منها يمكن معالجتها من خلال اعادة الحال الى ما كان عليه، لكن الغالب في مسائل الاحوال الشخصية ان حالات البطلان تؤدي الى صعوبة اعادة الحال الى ما كان عليه، والسبب في ذلك يعود الى ان مسائل الاحوال الشخصية لا تتعلق بالمعاملات المدنية كما هو الحال في القانون المدني، وانما تختص بمسائل تمثل جوهر احوال الفرد كالزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية، وكما بينا سابقاً ان هذه المسائل في حال بطلانها من الصعوبة معالجتها لما قد يترتب على العقد او الطلاق او الميراث او الوصية من اثار يستحيل في بعض الاحيان ازالتها بالبطلان.

فمن خلال ما تقدم ذكره عن اهمية البطلان في مسائل الاحوال الشخصية يمكننا اجمال اهم ما يتحلى به البحث بالنقاط الآتية:-

١- يعد البطلان جزء يرد على العقود وعلى التصرفات منها ما يمكن معالجته، وهذا هو الغالب في المسائل المدنية، ومنها ما يصعب معالجته وهو الغالب في مسائل الاحوال الشخصية، لذا ولأهمية هذا الموضوع فيجب توعية المجتمع على الاثار التي يترتبها البطلان في مسائل الاحوال الشخصية لتعلق ذلك بالحلة والحرمة وللابتعاد عن المسائل الباطلة من خلال عدم القدوم اليها الا بعد التأكد من انها متوافقة مع الشريعة الاسلامية والقانون.

٢- يعالج البحث موضوعاً ذات اهمية بالغة في اطار الاحوال الشخصية ولم توضع قاعدة له في اطار قانون الاحوال الشخصية، ولخطورة هذا الموضوع ولما له من اهمية بالغة على احوال الشخص ارتأينا الخوض به وبيان احكامه بشأن الاطراف والغير من خلال اللجوء الى احكام الفقه الاسلامي والقانون.

ثالثاً:- اسباب موضوع الدراسة

هنالك العديد من الاسباب التي دعتنا الى اختيار هذا الموضوع ، يمكننا اجمال تلك الاسباب بما يأتي:-

١- يعد هذا الموضوع من المواضيع المهمة في اطار الشريعة الاسلامية والقانون ، لذا ارتأينا اعطاء الموضوع حقه لما يتضمنه هذا الموضوع من احكام لها فائدتها على الاحوال الشخصية في الجانبين الاجرائي والموضوعي.

٢- لم يحظَ هذا الموضوع ببحث وافٍ من قبل اساتذة قانون الاحوال الشخصية سواء من قبل اساتذة القانون في العراق أم في الدول الاخرى وحسب علمنا في ذلك من خلال البحث، وتناثر حالات البطلان في مسائل متفرقة ، فرأينا ضرورة لملمة الشتات في دراسة متكاملة بهذا الخصوص.

٣- اهم اسباب اختيارنا لهذا الموضوع تأثيره على احوال الشخص سواء تلك المتعلقة به ام المتعلقة بالغير، فضلاً الى ذلك تعدد حالات البطلان في مسائل الاحوال الشخصية ولتعلق اغلبها بمسائل الحلال والحرام من الاسباب التي جعلتنا نخوض في هذا الموضوع وبيان احكامه على الصعيد الفقهي والقانوني، ولحماية الناس من البطلان واثاره البليغة ومدى إمكانية الحد منه.

٤- بيان الفرق بين الجزاءات الأخرى في مسائل الأحوال الشخصية وبين البطلان ، ومدى فاعلية تلك الجزاءات مقارنةً بالبطلان.

رابعاً :- اشكاليات موضوع الدراسة

ينتج عن البطلان في مسائل الاحوال الشخصية في حال تطبيقها عدة اشكاليات ، اضافة الى ذلك ولكثرة مسائل الاحوال الشخصية فأن المسائل التي يتم بطلانها تختلف من مسألة الى اخرى سواء من حيث اطراف البطلان او من حيث اثارها، وان العولمة والتطور الذي شهده العالم في الآونة الاخيرة انعكست اثارها في العديد من مسائل الاحوال الشخصية سواء تلك المتعلقة بأنشاء الرابطة الزوجية او انتهائها ام المسائل المتعلقة بالميراث والوصية.

لذا ومن خلال ما تقدم يمكننا بيان اهم الاشكاليات التي يثيرها البطلان في مسائل الاحوال الشخصية من خلال النقاط الاتية :-

١- لم يتطرق المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية إلى قواعد عامة يمكن من خلالها بطلان مسائل الاحوال الشخصية، فضلاً عن ذلك لم يبين المشرع العراقي الاثار التي يثيرها البطلان، فنجد بعض النصوص الذي تطرق فيها المشرع الى بطلان عقد الزواج والطلاق لكنها نصوص متناثرة لا تفي بمعالجة البطلان في مسائل الاحوال الشخصية ، بالإضافة الى ذلك تطرق المشرع لنصوص بين من خلالها مبطلات الوصية، لكنها هي الاخرى لا تفي بمعالجة البطلان، اما في اطار المواريث فنجد العديد من حالات البطلان سواء في حال بطلان الميراث لتخلف ركن من اركانه، ام بطلانه لنفي النسب ، ام في حال بطلان ميراث الزوجة بالأعيان ، ام بطلان الميراث لتغيير الجنس وغير ذلك من الحالات، فلم نجد نصاً صريحاً يعالج حالات البطلان في ذلك والاثار الذي يرتبها البطلان.

٢- لم نجد نصاً صريحاً في قانون الاحوال الشخصية يرشدنا الى امكانية تصحيح البطلان من عدمه ، والاثار التي يثيرها التصحيح، على عكس الحال في المسائل المدنية والاجرائية، فهل يمكننا تصحيح البطلان في مسائل الاحوال الشخصية كما هو الحال في المسائل المدنية والاجرائية ، ام ان التصحيح لا يتوافق مع مسائل الاحوال الشخصية لأسباب تنافي الشريعة الاسلامية والقانون.

٣- ينتج عن البطلان في مسائل الاحوال الشخصية اثار يفرضها الشرع والقانون ، فما هي تلك الاثار، وهل يتأثر الغير بها ام انها محصورة بأطراف البطلان فقط ، وما هو موقف الفقه الاسلامي والقانون العراقي والمقارن من تلك الاثار ، وما هو الراجح في ذلك .

٤- كيف اثرت العولمة والتطور الذي شهده العالم على بطلان مسائل الاحوال الشخصية، سواء اكان تأثير العولمة من النواحي الطبية كما هو الحال في اثبات ونفي النسب، ام من الناحية الالكترونية سواء في انشاء الرابطة الزوجية وانتهائها ، ام في اثبات الوصية، وما هي حالات البطلان الذي كان التطور سبباً فيها؟ ، وما هو موقف الفقه الاسلامي والقانون العراقي والمقارن من ذلك؟.

٥- ان البطلان له اثر رجعي عند تقريره من قبل قاضي الموضوع ، الا ان المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية المعدل والنافذ لم يبين لنا احكام الاثر الرجعي بشأن موضوعات الاحوال الشخصية الذي تكون عرضة للبطلان، فضلاً عن ذلك فأن المشرع العراقي لم يبين لنا مدى امكانية تمسك الغير بحسن النية او استقرار المعاملات .

المقدمة

٦- اذا قرر قاضي الموضوع البطلان في احد مسائل الاحوال الشخصية فهل يمكن تصحيح هذا البطلان ، اذ اننا لم نجد نصاً قانونياً يسعفنا في ذلك على الخلاف في المسائل المدنية والاجرائية التي طبقت نظريات عدة ومنها نظرية تحول او انتقاص العقد .

خامساً:- اسئلة موضوع الدراسة

يثير موضوعنا البطلان في مسائل الاحوال الشخصية العديد من الاسئلة يمكن اجمالها بما يأتي :-

١- ما المقصود بالبطلان في مسائل الاحوال الشخصية من الناحية الفقهية والقانونية، وما هي انواعه؟

٢- ما حالات البطلان في مسائل الاحوال الشخصية، وما موقف الشريعة والقانون من ذلك ، وهل تختلف تلك الحالات من حالة الى اخرى من حيث الاطراف والاثار؟

٣- هل يمكن لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان في مسائل الاحوال الشخصية ؟ ام ان الامر مقتصر على اطرافه فقط؟

٣- هل للأثر الرجعي دور بارز في مسائل الاحوال الشخصية ، ام ان طبيعة هذه المسائل لا تتناسب مع الاثر الرجعي للبطلان في مسائل الاحوال الشخصية؟

٤- هل يختلف البطلان في مسائل الاحوال الشخصية كجزاء عن الجزاءات الاخرى ؟ وما طبيعة هذا الاختلاف؟

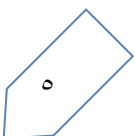
٥- هل اثرت المسائل المستحدثة في بطلان مسائل الاحوال الشخصية ؟ وكيف كان هذا التأثير؟

٦- هل يمكن تصحيح البطلان في مسائل الاحوال الشخصية ؟

٧- ما اسباب البطلان في مسائل الاحوال الشخصية؟

٨- هل يمكن بطلان الميراث والوصية وما هو موقف الفقه الاسلامي والقانون العراقي والمقارن من ذلك ، وما مبطلات الميراث والوصية ، وهل تختلف المبطلات عن الموانع ؟

٩- من هو الغير الذي يتأثر بالبطلان ؟ وهل يختلف هذا الغير من حالة الى اخرى في مسائل الاحوال الشخصية ؟



١٠- التقدم في بعض الحالات يؤدي الى سقوط الحق وفي حالات اخرى يؤدي الى عدم سماع الدعوى وهذا الامر عالجه التنظيمات المدنية والاجرائية ، الا اننا لم نجد تنظيماً صريحاً بشأنه في مسائل الاحوال الشخصية التي تعد صلب موضوعنا .

١١- لا يمكن لفاضي الموضوع ان يصدر حكماً ببطلان مسائل الاحوال الشخصية دون ان يكون هنالك اساس قانوني وشرعي لذلك، فما هو ذلك الاساس وهل يختلف من مسألة الى اخرى.

سادساً: منهجية موضوع الدراسة

سنتبع في موضوعنا البطلان في مسائل الاحوال الشخصية منهجين يمكن بيانها من خلال الاتي :-

١- **المنهج التحليلي** :- سنتطرق من خلال هذا المنهج لكل جزيئة من جزيئات البحث من خلال تحليلها ، ومعرفة مدى امكانية معالجتها لحالات البطلان في مسائل الاحوال الشخصية على الصعيد الفقهي والقانوني المقارن.

٢- **المنهج المقارن** :- سنجري من خلال هذا المنهج مقارنة فقهية بين المذاهب الاسلامي ومن تلك المذاهب (المذهب الإمامي والحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي) ، من خلال بيان موقف فقهاء المذاهب الاسلامية من البطلان في مسائل الاحوال الشخصية وكذلك التطرق الى القوانين محل المقارنة ومنها (القانون الصري والجزائري والاماراتي والاردني) ونقارنها بالقانون العراقي، ومعرفة الرأي الراجح فيهما من خلال الادلة ، بالإضافة الى ذلك سنقوم بأجراء مقارنة بين العديد من القوانين.

سابعاً :- نطاق موضوع الدراسة

يصيب البطلان جوانب شتى في مسائل الاحوال الشخصية ، الا اننا ولكثرة حالات مسائل الاحوال الشخصية ارتأينا ان نحدد نطاق بحثنا بحالات معينة لاهميتها من الناحية الشرعية والقانونية والعملية ، وكذلك لعدم استيعاب البحث للخوض في جميع مسائل الاحوال الشخصية لكثرة تفاصيلها ، والمسائل الذي سنبينها في اطار بحثنا هي (حالات بطلان الزواج والطلاق والوصية والميراث) ، وهذه الحالات البعض منها يتعلق بمسائل مالية وبعضها الاخر يتعلق بمسائل غير مالية.

الفصل الأول

مفهوم البطلان في مسائل الأحوال الشخصية

تمهيد وتقسيم

يعد البطلان احد الجزاءات التي تصيب جوانب شتى من العلاقات القانونية سواءً اكان ذلك في اطار القانون الخاص ، ام في اطار القانون العام ، وعولجت اغلب مسائل البطلان في تلك الأطر سواء في التشريع المدني ام الاجرائي ام الجنائي ام الإداري وغيرها من موضوعات القانون الأخرى ، الا ان هذا الجزاء لم يحظَ باهتمام من قبل الباحثين في مسائل الاحوال الشخصية ، رغم أهمية البطلان في هذا القانون لأنه يتعلق بجوهر مسائل الفرد، ويمكن ان نعبر عنه (إذ صح ذلك) بمقتضى حالات الفرد، لارتباط تلك المسائل بالحلة والحرمة ، ومخالفتها تؤدي، الى اعمام الحرمة في أوساط المجتمع ، سواء اكانت تلك الحرمة متعلقة بعقد الزواج ، ام بالطلاق ام بالميراث ام بالوصية.

بالإضافة لما تقدم فإن البطلان في مفهومه يثير لدينا اشكاليات متعددة، لم تحظَ باهتمام ومعالجة كافية من قبل الباحثين في مسائل الاحوال الشخصية، وإن البطلان له خصائص متعددة بعضها حظي بمعالجة وافية والبعض الاخر بخلاف ذلك لم تتم معالجته، الا ان الخصائص الذي تمت معالجتها اغلبها تابعة للقواعد العامة، وعلى اساس ذلك تظهر صعوبة الامر، اذ ان مسائل الاحوال الشخصية لها خصوصيتها فهل يمكن الاستعانة بالقواعد العامة لمعالجة اطر الاحوال الشخصية؟ كذلك قد يوجد بعض الشبه والاختلاف بين البطلان وغيره من النظم، الامر الذي يدفع الباحث لبيان ذلك من خلال الاستعانة بالشروحات الفقهية والقانونية، وان الامر لا يتوقف عند ذلك فللبطلان اساس يجب ان يستند عليه قاضي محكمة الاحوال الشخصية لكي يبني حكمه ولكي لا يكون الحكم مدعاةً للنقض وله مراتب متعددة الا ان تلك المراتب يعالجها فقهاء القانون وتعد من القواعد العامة وبهذا فإن تطبيقها في مسائل الاحوال الشخصية يحتاج الى المام تام بتلك القواعد وكيفية استناد القاضي لها.

عليه فقد ارتأينا ايراد تعريف جامع مانع للبطلان في مسائل الأحوال الشخصية ، وبهذا سنقسم هذا الفصل على مبحثين، سنتطرق في المبحث الأول الى ماهية البطلان في مسائل الأحوال الشخصية ، ونبين في المبحث الثاني اساس ومراتب البطلان في مسائل الاحوال الشخصية.

المبحث الأول

ماهية البطلان في مسائل الأحوال الشخصية

لم يقتصر البطلان على مسائل الأحوال الشخصية فحسب، وإنما تعدى الى قوانين مختلفة سبق ذكرها، لذا علينا في هذا المبحث تعريف البطلان في مسائل الأحوال الشخصية وبيان خصوصيته الامر الذي يقتضي بيان ذلك من الناحية اللغوية والاصطلاحية، ولا يتوقف الامر عند هذا الحد ، اذ ان تمييز البطلان عن غيره من النظم الاخرى له اهمية في اطار بحثنا اذ انه يبين لنا اثر كل جزء من الجزاءات التي تتعرض لها مسائل الاحوال الشخصية محل البحث، وتمييزها عن البطلان لكي يتم تفادي الخلط الواقع بين تلك الجزاءات من حيث اوجه الشبه والخلاف، ولبيان فحوى البطلان اهمية تكمن في بيان حالاته واثاره في مسائل الاحوال الشخصية التي سنبينها في الفصلين الثاني والثالث من هذه الاطروحة، ولكل ما تقدم ارتأينا تقسيم هذا المبحث على مطلبين سنبيين في اولهما التعريف بالبطلان في مسائل الاحوال الشخصية، و نتطرق في ثانيهما على تمييز البطلان عما يشتهه من النظم الاخرى في مسائل الاحوال الشخصية وحسب الاتي:-

المطلب الاول

التعريف بالبطلان في مسائل الاحوال الشخصية

ان لبيان تعريف البطلان اهمية بارزة في مسائل الاحوال الشخصية، اذ ان المسائل الاخرى المتعلقة بالخصائص والاساس والمراتب لا يمكن بيانها دون معرفة فحوى البطلان ، عليه ولكل ما تقدم ارتأينا تقسيم هذا المطلب على فرعين سنبيين في اولهما تعريف البطلان في مسائل الاحوال الشخصية، ومن ثم نتطرق في ثانيهما على خصائص البطلان في مسائل الاحوال الشخصية.

الفرع الاول

تعريف البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

ان بيان تعريف البطلان اصطلاحاً يحتم على الباحث معرفة ذلك في اطار الشريعة الاسلامية والقانون ، وعلى ضوء ذلك سنقسم هذا الجانب على فقرتين، سنبيين في اولها تعريف

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

البطلان في الاصطلاح الشرعي، ومن ثم نبين في ثانيهما تعريف البطلان في الاصطلاح القانوني، وكما يأتي:-

١- تعريف البطلان في الاصطلاح الشرعي:- تطرق الاصوليون الى تعريف البطلان بتعاريف عدة ، اذ عرف احدهم بأنه (ما صدر من افعال المكلفين غير مستوف اركانه وشروطه على الكيفية المطلوبة ولم تترتب عليه اثاره الشرعية)^(١).

وذهب اخرون الى تعريفه بأنه (ما لا يتعلق به النفوذ ولا يعتد به بأن لم يستجمع ما يعتبر فيه شرعاً عقداً كان ام عبادة)^(٢).

ان التعريف اعلاه غير شامل لجميع مسائل الاحوال الشخصية؛ لأنه في الفقرة الاخيرة حصره في العقد فقط ، في حين ان موضوعنا محل الدراسة لا يقتصر على العقد فقط، وانما يشمل التصرف^(٣)، والايقاع، والخلافة الاجبارية، فالتعريف اعلاه لم يشمل ما ذكر، وانما اقتصر فقط على العقد، ويمكننا ان نستفاد من التعريف في حال لو بحثنا عقد الزواج دون مسائل الاحوال الشخصية الاخرى، في حين حددنا نطاق بحثنا في الزواج والطلاق والوصية والميراث .

وعرف البطلان كذلك على انه (هو الذي لا يترتب على فعله الآثار الشرعية، فإن كان واجباً فلا يسقط عنه، ولا تبرأ ذمته، وان كان سبباً فلا يترتب حكمه، وإن كان شرطاً فلا يوجد المشروط)^(٤)، اوضح لنا التعريف اعلاه ان البطلان فعل لا يترتب اي اثر من الآثار الشرعية، فعلى سبيل الفرض اذا تخلف لدينا ركن من اركان عقد الزواج او شرطاً من شروط انعقاده عد العقد باطلاً، وكذلك الحال في مسائل الاحوال الشخصية كالميراث والوصية والطلاق والزواج، اذا انتفى اي سبب من اسبابها فلا يترتب حكمه، فعلى سبيل الفرض اذا انتفى سبب الزوجية الصحيحة في الميراث ففي هذه الحالة يعد الميراث باطلاً، لأن الزواج الصحيح يعد سبباً من اسباب الميراث^(٥)، واذا انتفى اي شرط من شروط الانعقاد في عقد الزواج انتفى المشروط، واعتبر العقد باطلاً.

(١) د. وهبة الزحيلي ، الوجيز في اصول الفقه ، دار الفكر المعاصر ، بيروت، ط١، ١٩٩٩، ص١٤٠
(٢) جلال الدين محمد بن احمد المحلي، شرح الورقات في اصول الفقه، مكتبة العبيكان، الرياض، ٢٠٠٠، ص ٩٤.
(٣) التصرف هو كل ما يصدر عن الشخص المميز بناء على ارادته ويرتب عليه الشارع أثراً من الآثار ، سواء أكان هذا الاثر في مصلحة هذا الشخص ام لم يكن في مصلحته وسواء اكان متضمناً لإرادة إنشاء حق من الحقوق أم لا .د.رمضان علي الشرنباصي، النظريات العامة في الفقه الاسلامي، دار الجامعة، الرياض، ٢٠٠٣، ص١٩.
(٤) د. محمد مصطفى الزحيلي، اصول الفقه الاسلامي، دار الخير، دمشق ، ط٢، ٢٠٠٦، ص ٤٢١.
(٥) ينظر: رسالتنا ميراث الاحفاد في الشريعة والقانون (دراسة مقارنة) ، مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

ويعرفه اخرون بأنه(ما كان خلاف الصحة، اي وقوع الفعل غير جامع لجميع متطلباته الشرعية)^(١)، الا ان التعريف سابق الذكر هو الاخر لا يعد تعريفاً وافياً للبطلان ؛ لوجود حالات عدة تعد خلافاً للصحة الا انها لا تعد باطلة.

مما سبق ذكره من تعريفات الاصوليين نتوصل الى نتيجة مفادها ان البطلان جزاء نقيضاً للصحة مفروض شرعاً نتيجة مخالفة التصرف او الايقاع لأحكام الشريعة الاسلامية يترتب عليه انتفاء الاثار الذي يحققها الفعل الصحيح، كالأزواج الباطل الذي لا يترتب اي اثر او الوصية الباطلة وغيرها من مسائل الاحوال الشخصية الاخرى، فضلاً عن ذلك فإن البطلان يعد احد انواع الحكم الوضعي وهذا ما اتجه له الاصوليين^(٢).

ثانياً:- تعريف البطلان قانوناً:- ان شراح القانون سواءً في القانون المدني الذي يعد المصدر الاساس لأغلب القوانين الخاصة، ام في القانون الاجرائي ام في قانون الاحوال الشخصية، لا يخوضون في المسائل الذي سبق ذكرها بشأن البطلان في الفقه الاسلامي وهل البطلان نوع من

(١) العلامة الدكتور الشيخ عبد الهادي الفضلي، دروس في اصول فقه الامامية، ج١، مؤسسة ام القرى للتحقيق والنشر، النجف الاشرف، ط١، ١٤٢٠هـ، ص٤٠٨.

(٢) اذ اختلف الفقهاء في بيان هل ان البطلان نوع من انواع الحكم الوضعي ويعرف بأنه (مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات الانسان او بالوقائع الشرعية على وجه الوضع اي جعل شيء سبباً لشيء اخر او شرطاً له او مانعاً منه، او جعل التصرف صحيحاً او باطلاً) ام التكليفي ويعرف (وهو ما اقتضى طلب فعل من المكلف او كفه عن فعل او تخييره بين الفعل والكف) الى ثلاث اراء اتجه اصحاب الرأي الاول (ومنهم شمس الدين ابن التناء (ابن الحاجب) الى القول بأن الحكم بالبطلان في مسائل الاحوال الشخصية امر عقلي غير مستفاد من الشرع اي انه غير داخل بالحكم الشرعي بنوعيه التكليفي والوضعي، فالحكم على مسألة معينة من مسائل الاحوال الشخصية بالبطلان يتم من خلال العقل دون تدخل الشرع، فإذا كانت مسائل الاحوال الشخصية غير مشتملة للأسباب او الشرائط مع وجود المانع، فالعقل يحكم ببطلانها، سواء حكم الشرع بذلك ام لم يحكم. اما موقف اصحاب الرأي الثاني (ومنهم فخر الدين الرازي احد اشهر فقهاء المذهب الشافعي) بقولهم ان البطلان نوع من انواع الحكم التكليفي، وحجتهم في ذلك ان كل شيء محرم فهو باطل، وبما ان التحريم احد انواع الحكم التكليفي، وان البطلان متعلق وجوداً وعدمياً مع التحريم لذا فإن البطلان يعد احد انواع الحكم الشرعي التكليفي، لأنه يتعلق بأمر الطلب والكف عن الفعل، في حين اتجه الرأي الراجح من الفقهاء المسلمين ومنهم فقهاء الإمامية. الى القول بأن البطلان نوع من انواع الحكم الوضعي، بمعنى انه حكم يتعلق بشيء زائداً عن التعليق الذي لا بد منه في كل حكم، وحجتهم في ذلك ان البطلان ليست داخلاً في الاقتضاء والتخيير، لان الحكم ببطلان تصرف او واقعة معينة لا يفهم من اقتضاء ذلك التصرف او الواقعة وتخييرهما، وانما يفهم من خطاب الوضع. ينظر : احمد بن مصطفى المراغي بك، الوجيز في اصول الفقه، دار الظاهرية، الكويت، ٢٠١٨، ص٢٥.؛ شمس الدين ابي التناء محمود بن عبدالعزيز بن احمد الاصفهاني، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، ج١، مركز احياء التراث الاسلامي، المملكة العربية السعودية، بلا سنة طبع، ص٤٠٩.؛ العلامة الشيخ محمد بن احمد بن عبدالعزيز الفتوح الحنبلي، شرح الكوكب المنير، المجلد الاول، المملكة العربية السعودية، بلا سنة طبع، ص٤٦١.؛ السيد محمد باقر الصدر، دروس في علم الاصول، ج١، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ط٢، ١٩٨٦، ص٣١٨. د. محمد مصطفى الزحيلي، مصدر سابق، ص٤٢٣.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

انواع الحكم التكليفي ام الوضعي ، وانما يحكم بالبطلان عند مخالفة النصوص القانونية دون الخوض في المسائل التي خاض فيها اصحاب الفقه الاسلامي، وفي الغالب ان اي مسألة قانونية فيها مخالفة لأحكام القانون تعد باطلة، ففي اطار القانون المدني، اذا تخلف احد اركان العقد كالمحل او السبب، يعد العقد باطلاً، كذلك الحال في المسائل الاجرائية اذا كانت هنالك مخالفة لأحكام قانون المرافعات المدنية يعد الاجراء باطلاً، والحال ذاته ينطبق على مسائل الاحوال الشخصية، فإذا كانت هنالك مخالفة لأحكام النصوص القانونية في الاحوال الشخصية حكم على الفعل بالبطلان، وبعد هذه المقدمة البسيطة ارتأينا تعريف البطلان في اطار الفقه والقانون المدني، ومن ثم تعريف البطلان في اطار الاحوال الشخصية وحسب الاتي:-

١- **تعريف البطلان في القانون المدني:-** من السهل جداً للباحث الحصول على تعريف للبطلان من قبل فقهاء القانون المدني بعكس الحال في اطار قانون الاحوال الشخصية الذي يصعب الامر فيه ويعود الامر لسببين، **اولها** ان اغلب القوانين المدنية محل الدراسة اوردت نظرية للبطلان ، ومن خلال هذه النظرية يمكن الحصول على تعريف جامع مانع لذلك، بعكس الحال في مسائل الاحوال الشخصية الذي نفتقد فيها الى نظرية بهذا الشأن.

وثانيهما إن محل البطلان في مسائل القانون المدني غير متعدد لأنها مقتصرة على العقد وبعض الحالات الاخرى، ويسهل هذا الامر ايراد نظرية للبطلان في هذا الشأن بعكس الحال في مسائل الاحوال الشخصية، اذ ان صور البطلان غير مقتصرة على جانب معين وانما متعددة في جوانب شتى ، وتلك الجوانب مختلفة احدهما عن الاخر ومن اهم تلك الصور الزواج والطلاق والميراث والوصية .

من خلال ما تقدم ذكره سنبيين فحوى البطلان في ظل الفقه والقانون المدني لأنه يعد قاعدة اساس ترتكز عليها اغلب القوانين الخاصة، الا ان قانون الاحوال الشخصية لم يجعل القانون المدني مصدراً اصلي في حال فقدان النص، لهذا علينا بيان تعريف البطلان في اطار فقه القانون المدني، ومن ثم نبيين تعريف البطلان في اطار نصوص القانون المدني .

ان فقهاء القانون المدني على خلاف في تعريف البطلان فهنالك من عرفه بالوصف للتصرف القانوني وهنالك من عرفه بالجزاء ، وبهذا يجب على الباحث بيان المورد الخلفي لفقهاء القانون المدني من خلال الاتي :-

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

ذهب بعض فقهاء القانون المدني بتعريف البطلان على أنه (وصف يلحق تصرفاً قانونياً معيباً لنشأته مخالفاً لقاعدة قانونية)^(١).

من نافلة القول يتضح ان اصحاب هذا الرأي يذهبون الى ان الوصف مرتبط بالتصرف القانوني المعيب ، لان التصرف هو المصدر الاساس في تكوين الاثار القانونية الناشئة عن العمل الارادي، وبهذا فلا يصح وصف العقد بالبطلان معللاً ذلك بأن العقد ليس الارادة ذاتها اي التصرف القانوني ، وانما هو مركب من تصرفات قانونية متعددة، وبهذا فإذا اتجهت الارادة الى تكوين العقد فإن التصرف القانوني يبقى هو مصدر الاثار المترتبة على العقد ، بمعنى ان العيب اذا اصاب التصرف الارادي فإن البطلان يلحق ذلك التصرف باعتباره مصدراً للآثار، الا ان العقد يبقى محافظاً على مكانته^(٢).

ويعرف اصحاب الرأي الثاني البطلان بأنه (الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كامله مستوفية لشروطها)^(٣).

وعرفه اخرون بأنه(الجزاء الذي يرتبه القانون على تخلف ركن من اركان العقد اي اختلاله)^(٤)، ذهب اصحاب الاتجاه اعلاه الى ان البطلان جزاء وليست وصفاً ، اذ انه يلحق الاثار القانونية المترتبة على التصرف، ولا يلحق التصرف ذاته بعكس حال الرأي الاول الذي عد البطلان وصفاً وليست جزاءً، وسواء اكان البطلان متعلق بوصف التصرفات المعيبة، ام كان متعلقاً بجزء عدم استجماع التصرف لأركانه وشروطه، فالغاية واحدة وهي عدم ترتيب اي اثر من الاثار التي ترتبها التصرفات الصحيحة.

وفي رأي اخر عرف الفقهاء الفرنسيون البطلان على انه (عدم الصحة او عدم النفاذ الذي يلحق تصرفاً لمخالفته الامر او نهي من القانون)^(٥). والتعريف الاخير منتقد من جانب ان عدم النفاذ لا يرادف البطلان ، بعكس الصحة التي تعد نقيضاً للبطلان.

(١) د. عبد الحكم فودة ، البطلان في القانون المدني، دار الفكر العربي ، مصر ، ١٩٩٩ ، ص ٢٠؛ هند فالح محمود صالح العلاف ، نظرية البطلان في القانون المدني ، دراسة تحليلية مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة الموصل، ٢٠١٢، ص ٢٤.

(٢) المصدر نفسه، ص ٢٤.

(٣) د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام ، المجلد الاول، نهضة مصر، مصر، ط٣، ٢٠١١، ص ٤٨٦.

(٤) د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والارادة المنفردة، بلا جزء، القاهرة ، ١٩٨٤، ص ٤٦٤.

(٥) بعريزي قبرية ، مخناش ريم ، العقود الباطلة في ضوء القانون والشريعة ، رسالة ماجستير ، مقدمة الى جامعة عبدالرحمن ميره كلية الحقوق، ٢٠١٥-٢٠١٦، ص ٦.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

مما تقدم ذكره يتضح لنا ان البطلان في الاحوال المدنية مقتصر على عدم استيفاء التصرف لأركانه ، وتكفلت المواد من (١٣٨-١٤٤) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بنظرية البطلان كجزاء لمخالفة ركناً او شرطاً من شروط العقد، الا انه لم يكن في طياته تعريفاً للبطلان .

اما في اطار القوانين المقارنة الاخرى فلم نجد من عرف البطلان كما هو حال من عرفه من الفقهاء ، وهذا لا يعد نقصاً تشريعياً ، لان المشرع ليست كفيل بايراد التعريفات، الا انه رغم عدم وجود تعريفاً للبطلان هنالك من عرف العقد الباطل، فنصت المادة (١٣٧) من القانون المدني العراقي النافذ والمعدل، على انه (العقد الباطل هو ما لا يصح اصلاً باعتبار ذاته او وصفاً باعتبار بعض اوصافه الخارجية).

في حين ان المشرع الجزائري^(١) نحى نحو المشرع المصري ولم يورد تعريفاً للعقد الباطل رغم تنظيمه لحالات الابطال والبطلان في المواد من (٩٩-١٠٥) اما موقف قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون رقم (١) لسنة ١٩٨٧ فتناول في طياته تعريفاً للعقد الباطل اذ نصت المادة (٢١٠) منه على ان (العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة).

كذلك الحال نصت المادة (١/١٦٨) من القانون المدني الاردني على انه(العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بان اختل ركنه او محله او الغرض منه و الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه اي اثر ولا ترد عليه الاجازة) .

وبهذا فقد انهينا موقف الفقه والتشريع المدني من مفهوم البطلان، واتضح لنا ان البطلان ليست الا جزاء مفروض من قبل القانون على التصرف المعيب في حال اختلال ركن او شرط من العقد ، ولا يترتب اي اثر من الاثار الصحيحة.

٢- البطلان في الاحوال الشخصية :- قبل الخوض في تعريف البطلان علينا بيان فحوى الاحوال الشخصية، اذ يعد مصطلح الاحوال الشخصية حديثاً في النظم القانونية وقد اليها من قبل التشريعات الاجنبية، واول من عرفه الفقه الايطالي، ولم يكن الفقهاء المسلمون يطلقونه على مسائل هذا الباب بل لهم مسمياتهم الخاصة لذلك، مثل كتاب النكاح وكتاب النسب والى غير

(١) القانون المدني الجزائري رقم ٧٥-٥٨ لسنة ١٩٧٥.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

ذلك، وان هذه الامور تنظم المسائل التي تتعلق بشخص الانسان وبعلاقته مع اقرب الناس اليه، وقد استعمل مصطلح الاحوال الشخصية اول مرة في العراق بعبارة (المواد الشخصية) ، وذلك في بيان المحاكم لسنة ١٩١٧، بعد احتلال بغداد ثم بعبارة (الاحوال الشخصية) وذلك في بيان ١٩٢١، وتم ذلك في قانون المحاكم الشرعية الصادر في ٣٠ حزيران سنة ١٩٢٣، ثم تقرر ذلك في قانون الاحوال الشخصية للأجانب رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١، وبعد ذلك ترسخت العبارة في القانون النافذ رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩^(١).

لا بد بعدها من تعريف البطلان في الاحوال الشخصية الذي يعد صلب موضوعنا ، وعند البحث في امهات الكتب القانونية لشراح قانون الاحوال الشخصية، لم نجد من عرف البطلان في الاحوال الشخصية، الا ان هنالك من اشار الى تعريفات جزئية للبطلان تتعلق ببعض مسائل الاحوال الشخصية كما هو الحال في عقد الزواج ، فهناك من عرف العقد الباطل دون بيان تعريف الوصية الباطلة او الميراث الباطل او الطلاق الباطل.

اذ عرف عقد الزواج الباطل بأنه (هو الذي اختل فيه ركن فلا يعترف به من الشارع، وهو لا ينقل العلاقة بين الرجل والمرأة من التحريم إلى الحل، ولا يترتب عليه حكم شرعي)^(٢).

ان التعريف اعلاه رغم اقتصره على بطلان عقد الزواج الا انه يبقى هو الاخر غير دقيق ، اذ ان البطلان في عقد الزواج غير مقتصر على الخلل في الركن فقط، وانما اذا اختل احد شروط الانعقاد يعد العقد باطلاً.

اما عن موقف التشريعات المقارنة ومنها التشريع العراقي فلم نجد في ظل احكامه من عرف البطلان بوجه عام، وبطلان عقد الزواج على وجه الخصوص، وانما هنالك من تطرق لحالات البطلان التي ستكون محوراً لدراستنا في الفصل الثاني، اما عن التعريفات فتركها القانون الى الفقه وهذا لا يعد عائقاً كبيراً في ظل القوانين ، لكن من الافضل على التشريع العراقي والتشريعات المقارنة ايراد تعريف جامع مانع للبطلان اذ ان معرفة البطلان تساعد في اكتشاف العديد من حالاته .

(١) د. حمد عبيد الكبيسي، د. محمد عباس السامرائي، د. احمد علي الخطيب، الاحوال الشخصية (الزواج والطلاق) ، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٠، ص٧.

(٢) د. محمد حسن القضاة، الوافي في شرح قانون الاحوال الشخصية الاردني الجديد رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠، ج١، بلا دار ، المملكة الاردنية الهاشمية، ٢٠١٢، ص١٢٩.

الفرع الثاني

خصائص البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

يقصد بخصائص البطلان تلك القواعد التي تقوم عليها التصرفات الباطلة من حيث عدم الاعتداد بها، وان البطلان سواء في الفقه الاسلامي ام في القانون تلحق به خصائص عدة ومن تلك الخصائص هي :-

اولاً:- عدم ترتيب الاثر

ان الحكم على مسألة معينة بالبطلان يؤدي الى عدم ترتيب اي اثر من الاثار لاصلية^(١)، اذ ان التصرفات الباطلة لا تعد اعمالاً قانونية وهي والعدم سواء، الا انه يمكن تكيفها بعد الحكم ببطلانها على انها عمل مادي او واقعة مادية، ويذهب الشراح الى ان الاعمال القانونية الباطلة لا تنتج اي اثر من الاثار الاصلية، الا انه بعد الحكم ببطلانها تصبح واقعة مادية وهذه الواقعة يمكن ان تنتج بعض الاثار العرضية وليس الاصلية^(٢)، ومن اسباب عدم ترتيب الاثار الشرعية والقانونية على التصرفات الباطلة في مسائل الاحوال الشخصية هي القاعدة الفقهية والقانونية **(ما بني على باطل فهو باطل)**^(٣)، وبهذا اذا تبين بطلان اي مسألة من مسائل الاحوال الشخصية، سواء اكانت زواج ام طلاق حكم عليها بعدم ترتيب اثرها من الاثار الشرعية والقانونية الاصلية، الامر الذي عاجته اغلب التشريعات المقارنة سواء المدنية منها ام المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية.

اذ جاء في العديد من النصوص المدنية سواء في اطار القانون المدني ام في اطار القانون الاجرائي، ان الحكم على مسألة معينة بالبطلان يفقدها الاثار التي من الممكن ترتيبها، ومن تلك النصوص نص المادة (١/١٣٨) من القانون المدني العراقي اذ نصت على انه ((١ - العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً)).

(١) د. محمد بقبق، النظرية العامة للالتزام بالتصرف القانوني، مجمع الاطرش للكتاب، تونس، بلا طبعة، ٢٠٠٩، ص ٢٥٣.

(٢) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ٤٩٥.

(٣) عمر عبدالله كامل، القواعد الفقهية واثرها في المعاملات المالية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الدراسات العربية والإسلامية في القاهرة، بلا سنة، ص ٥٩٠.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

ولا يخرج الامر في مسائل الاحوال الشخصية عما سبق ذكره اذ ان التصرفات الباطلة لا يمكن ان تنتج اي اثرًا من الاثار الشرعية والقانونية الا ما استثني منها، وبهذا اذا تخلف ركن من اركان عقد الزواج المتمثلة بالإيجاب والقبول حكم على العقد بالبطلان ومن ثم انعدم اي اثر من الاثار الشرعية والقانونية التي يمكن ان يترتبها هذا العقد و اشار قانون الاحوال الشخصية الاردني الى ذلك بشكلٍ دقيق اذ نصت المادة (٣٣) منه على انه (اذا وقع العقد باطلاً سواء اتم الدخول ام لم يتم لا يفيد حكماً اصلاً ولا يترتب اثرًا.....)، الامر الذي اشارت اليه المادة (٢/٦١) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي اذ نصت على انه ((لا يترتب على الزواج الباطل أي أثر ما لم ينص هذا القانون على خلاف ذلك))^(١).

ولم نجد نصاً صريحاً في القوانين محل المقارنة الاخرى يرشدنا الى ذلك ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي، وهذا نقصٌ تشريعيٌّ كان الاجدر بالمشرع تلافيه عن طريق ايراد نص يبين من خلاله ان البطلان لا يترتب اي اثر من الاثار القانونية والشرعية باعتباره تصرفاً قانونياً لا واقعة مادية^(٢).

ثانياً:- البطلان غير قابل للتجزئة:-

الاصل ان بطلان اي جزء من التصرفات القانونية يؤدي الى بطلان التصرف بأكمله، ما لم يكن الجزء المتبقي مستقلاً عن الجزء الباطل، فعلى سبيل الفرض اذا تعلق الوصية بشرط باطل، ففي هذه الحالة يبطل الشرط وحده الا اذا كان هذا الشرط هو الدافع الى ابرام الوصية، وهذا ما يعبر عنه فقهاء القانون بانتقاص التصرف القانوني^(٣).

واشارت التشريعات المدنية لذلك بشكلٍ صريح ومنها التشريع العراقي ، اذ نصت المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي النافذ والمعدل على انه (اذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، اما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً الا اذا تبين

^(١) الا ان الامر اعلاه فيه خلافات فقهية كثيرة، فضلاً عن ذلك ان نصوص المواد السابقة جاءت مطلقة الا ان هنالك استثناءات عدة لذلك منها يتعلق بعلم الزوجين بالبطلان واخرى تفتقد الى علم الزوجين ببطلان الرابطة الزوجية وقد بينا ذلك بشكلٍ مفصل في الفصل الثالث من هذه الاطروحة . ينظر ص ١٧٧ وما بعدها.

^(٢) د. عبدالغفار ابراهيم صالح، الزواج واحكامه في الشريعة الاسلامية وفي المحاكم المصرية، بلا دار طبع، ٢٠٠٦، ص ٨٩.

^(٣) د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والارادة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامي، ج ١، بلا دار، مصر، ١٩٨٤، ص ٥٠٠.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا^(١)، وهذا يعني اذا كان التصرف القانوني فيه شق باطل فيبطل الشق وحده دون العقد بأكمله ما لم يكون هذا الشق هو الباعث الى التعاقد.

ومن الامثلة المطروحة في هذا الشأن اذا وهب الزوج الى زوجته جميع ماله بشرط ان لا تتزوج بعد وفاته عد الشرط باطلاً وصح عقد الهبة، اذ اننا اصبحنا امام شقين الاول هو التبرع في المال وهذا تصرف جائز شرعاً وقانوناً، وثانيهما عدم الزواج وهذا الشق مخالف لأحكام الشريعة الاسلامية والقانون، وبهذا يصح الشق الاول ويبطل الثاني؛ لأنه ليس ذا تأثير على العقد، اما اذا كان الشق الثاني هو الدافع الى التعاقد بطل العقد بأكمله وهذا يعني ان نظرية انتقاص العقد لها اساساً في مسائل الاحوال الشخصية المتعلقة بالزواج والوصية، اما بشأن تحول التصرفات القانونية فنجد لها اساس في الوصية دون عقد الزواج ومن الامثلة على ذلك في اطار الوصية اذا كانت الوصية اللاحقة باطلة تحولت الى عدول صحيح عن الوصية السابقة^(٢).

ان الامر اعلاه غير مقتصر على التصرفات الموضوعية المنظمة في القانون المدني ، اذ ان التنظيم القانوني في هذا الشأن تعدى الى القوانين الاجرائية، اذ نصت المادة (٢٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ النافذ على انه (... اذا كان الاجراء باطلاً في شق منه فإن هذا الشق وحده الذي يبطل)^(٣)، وهذا يعني ان الاتجاه الفقهي الحديث حاول التخفيف من قساوة البطلان عن طريق انتقاص التصرف القانوني وبطلان بعضه دون البعض الاخر^(٤).

ونتساءل عن مدى تماشي نظرية انتقاص التصرفات القانونية في مسائل الاحوال الشخصية؟

ان الامر لا يخرج عما سبق ذكره في مسائل الاحوال الشخصية، اذ ان الطلاق والوصية^(٥) والزواج قد تتعرض الى شروط باطلة، فإذا كانت تلك الشروط هي الدافعة الى ابرام الزواج او ايقاع الطلاق او ابرام الوصية تجعل من التصرف والشرط باطلاً بحكم القانون وخير

(١) يقابله نص المادة (١٤٣) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، والمادة (١٠٤) من القانون المدني الجزائري رقم ٥٨-٧٥ لسنة ١٩٧٥، والمادة (٢١١) من القانون المدني الاماراتي، والمادة (١٦٩) من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ١، ص ٤٩٩.

(٣) لا ممثل للنص اعلاه في قانون المرافعات المدنية العراقي المعدل النافذ، وكذلك الحال في قانون اصول المحاكمات المدنية وتعديلاته الاردني رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨، في حين نصت المادة (١٦) من قانون الاجراءات المدنية الاماراتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ على ذلك، اذ جاء فيها ((... وإذا كان الاجراء باطلاً في شق منه فإن هذا الشق وحده الذي يبطل)).

(٤) د. احمد ابو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، منشأ المعارف، الاسكندرية، ط ٥، ١٩٩٠، ص ٥٠٤.

(٥) د. احمد الكبيسي، احكام الوصية والميراث، ج ٢، بلا دار طبع، بغداد، بلا سنة، ص ٢٦.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

دليل على ذلك نص المادة (٣٢) من قانون الاسرة الجزائري اذ نصت على انه (يبطل الزواج اذا اشتمل على مانع او شرط يتنافى ومقتضيات العقد)، الا انه اذا كان الشرط غير دافع الى ذلك فيبطل الشرط وحده، وتطرقنا العديد من النصوص الى ذلك الا انها لم تأت بقاعدة عامة كما هو الحال في القوانين المدنية والاجرائية ومن تلك النصوص نص المادة (٣/٢٠) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي اذ جاء فيها (إذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله ولكن ينافي مقتضاه أو كان محرماً شرعاً بطل الشرط وصح العقد)^(١)، وهذا يعني امكانية الاعتداد بنظرية انتقاص التصرفات القانونية في مسائل الاحوال الشخصية.

ولا يوجد مثيل له في احكام قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل والنافذ، وهذا نقصٌ تشريعيٌ لذا نوصي المشرع العراقي بإيراد نصٍ في مسائل الاحوال الشخصية يكون فحواه عن انتقاص التصرفات الواردة في مسائل الاحوال الشخصية للحد من بطلانها.

ويرى الباحث ان التخفيف من حدة هذه الخصيصة لها اثرها الفعال في مسائل الاحوال الشخصية للأسباب الآتية:-

١- ان اغلب مسائل الاحوال الشخصية متعلقة بالحلة والحرمة، وان الحد من حرمة التصرفات عن طريق الاستدلال بالادلة الشرعية اولى من بطلانها .

٢- ان مسائل الاحوال الشخصية ترتب اثاراً كثيرة ولها خصوصيتها مقارنةً بالمسائل المدنية والاجرائية لذا فإن المحافظة على تلك الاثار اولى من بطلانها، فعلى سبيل الفرض اذا وجد شرط باطل في عقد الزواج فالأجدر من الناحية المنطقية بطلانه وحده دون بطلان العقد بأكمله لخصوصية هذا العقد من الناحية الشرعية وللمحافظة على الاثار الذي يرتبها من الناحيتين الشرعية والقانونية ومن اهم تلك الاثار هو النسب.

٣- ان انتقاص التصرفات القانونية اقره الفقهاء المسلمون، وبهذا فله دليلاً شرعياً يمكن الاستناد اليه عند وضع القاعدة القانونية في مسائل الاحوال الشخصية^(٢).

ثالثاً:- البطلان لا تلحقه الاجازة:-

ان المتعارف عليه فقهاً وقانوناً التصرفات الباطلة لا تلحقها الاجازة، وإنما وضعت الاجازة للتصرفات القابلة للأبطال وهناك فرق بين المصطلحين ، اذ ان الاول يتعلق بتخلف

(١) يقابلها نص المادة (٣٥) من قانون الاسرة الجزائري رقم ٨٤-١١ لسنة ١٩٨٥.

(٢) نقلاً عن د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج ١، مطبعة نديم، بغداد، ١٩٧٧، ص ٣٠١.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

ركن من اركان التصرف ولا يمكن التساهل والتسامح فيها، اما الثاني فيكون اكثر تسامحاً اذ انه لا يتعلق بأركان التصرفات وإنما يتعلق ببعض الشروط الذي يمكن التسامح فيها للتخفيف من البطلان وبالأحرى يتعلق بنقص الاهلية وعيوب الارادة، فعلى سبيل الفرض اذا تخلف القبول او الايجاب في عقد الزواج اصبح عقداً باطلاً ولا يمكن ان تلحقه الاجازة، في حين اذا كان هنالك عيب من عيوب الارادة او نقص في اهلية احد اطراف العلاقة الزوجية، اصبحنا امام عقد قابل للإبطال وليس عقداً باطلاً وسنفصل ذلك فيما بعد.

وان القوانين المدنية كانت اكثر اهتماماً وتركيزاً في هذا الشأن على عكس الحال في الاحوال الشخصية التي لم تورد تطبيقات كثيرة للتفرقة بين الابطال والبطلان رغم وجودها من الناحية العملية، فمن النصوص المدنية التي جعلت البطلان لا تلحقه الاجازة نص المادة (١٤١) من القانون المدني العراقي اذ جاء فيها ((..... ولا يزول البطلان بالإجازة))^(١).

اما النصوص المتعلقة بالإبطال والتي يمكن ان تلحقها الاجازة منها المادة ((١/١٣٩)) من القانون المدني المصري اذ نصت على انه ((يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية))^(٢).

ومن خلال النص اعلاه يتبين لنا الفرق بين البطلان والابطال، وجوهر التمييز يكمن في الاجازة اذ انها لا تلحق البطلان، وانما تلحق الابطال وتجعل من التصرف صحيحاً، وهذا الامر لا يتوافق مع البطلان لان مسائله غير قابلة للتصحيح.

ونتساءل عن مدى امكانية استدلال قاضي الموضوع بالنصوص المدنية لعدم اجازة البطلان في مسائل الاحوال الشخصية؟ بمعنى اخر هل تعد النصوص المدنية احد مصادر الاحوال الشخصية عند فقدان النص فيها؟

ان الاجابة عن الامر اعلاه يقتضي بنا الرجوع الى النصوص الواردة في قوانين الاحوال الشخصية، اذ نصت المادة (٣/٢) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي النافذ على انه ((وإذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك، ثم مذهب أحمد، ثم مذهب الشافعي، ثم مذهب أبي حنيفة)) ، وان نص المادة لا يرشدنا الى الاعتداد بالنصوص المدنية في حال فقدان النص في مسائل الاحوال الشخصية ، اذ انه ارجع الامر الى البعض من

^(١) يقابله نص المادة (١٤١) من القانون المدني المصري، ونص المادة (١٠٢) من القانون المدني الجزائري،
والمادة (٢١٠) من القانون المدني الاماراتي، ونص المادة (١٦٨) من القانون المدني الاردني.

^(٢) يقابله نص المادة (١٠٠) من القانون المدني الجزائري.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

فقهاء الشريعة الاسلامية، ولا يختلف الامر في قانون الاحوال الشخصية العراقي الا من حيث الصياغة، اذ نصت المادة (٢/١) منه على انه ((إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون))، نخلص من ذلك ان قاضي محكمة الاحوال الشخصية لا يمكنه الرجوع الى القانون المدني في عدم اجازة البطلان؛ لان القانون المدني وكما تبين لنا لا يعد مصدراً من مصادر قانون الاحوال الشخصية، الامر الذي يدفعنا الى ايصاء المشرع بإيراد نصاً يبين من خلاله ان البطلان لا تلحقه الاجازة في مسائل الاحوال الشخصية، فعلى سبيل الفرض اذا تم بطلان الطلاق لأي سبب كان لا يمكن ان يجيز هذا الطلاق الولي او شخصاً اخر لتعلق البطلان بأمر حتمية لا يمكن تجاوزها ، ولخصوصية مسائل الاحوال الشخصية مقارنة بالمسائل الاخرى^(١) .

رابعاً:- لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان

ان البطلان في المسائل المدنية مقررراً للمصلحة العامة ولا يختلف الامر في مسائل الاحوال الشخصية وبهذا فلكل من له مصلحة ان يطلب ابطال التصرفات الواردة في مسائل الاحوال الشخصية، فعلى سبيل الفرض في اطار الوصية يكون للموصي وللموصى له طلب البطلان ، وكذلك الحال بالنسبة للورثة، اذا ان الاموال بعد موت الموصي تذهب الى الورثة في حال بطلان الوصية وهذا الامر ذو مردود ايجابي لهم، وكذلك للمحكمة من تلقاء نفسها ان تحكم ببطلان اي تصرف منافي للشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية^(٢) .

الامر الذي عالجته اغلب التشريعات المدنية ومنها القانون المدني العراقي، اذ نصت المادة ((١٤١)) على انه (اذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان، وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها)^(٣)، ولم نجد مثيل لذلك في قوانين الاحوال الشخصية محل المقارنة وهذا نقصاً تشريعياً كان الاجدر بالمشرع تلافيه عن طريق ايراد نص يبين من خلاله ان البطلان من النظام العام ولكل ذي مصلحة التمسك به.

(١) علي احمد عباس الدليمي، التأصيل الشرعي لقانون الاحوال الشخصية تشريعياً وتطبيقياً دراسة في ضوء اصول الفقه، اطروحة دكتوراه ، مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص٦٥ وما بعدها.

(٢) زعيم اسماء، د. محمد طارق، البطلان كنظام قانوني احكامه وقواعده وآثاره على صحة العقود، بحث مقدم الى جامعة الحسن الثاني ، الدار البيضاء، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، بلا عدد ، ٢٠١٨، ص١٦ .

(٣) يقابله نص المادة (٢/١٦٨) من القانون المدني الاردني، والمادة (٢/٢١٠) من القانون المدني الاماراتي، والمادة (١٠٢) من القانون المدني الجزائري، والمادة (١٤١) من القانون المدني المصري.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

خامساً:- البطلان لا يتقادم:-

الاصل في البطلان انه لا يتقادم بمرور الزمان ، وهذا ما ذهب اليه الفقه التقليدي في فرنسا وجانب من الفقه الغربي، اذ ان دعوى بطلان مسائل الاحوال الشخصية المتعلقة بالزواج والطلاق والوصية والميراث يمكن اقامتها في اي وقت حتى بعد مرور (١٥) سنة الواردة في القوانين المدنية، الا ان الاتجاه الحديث الذي ذهب اليه القضاء الفرنسي غير ذلك اذ انه جعل دعوى البطلان تسقط بالتقادم، اما الدفع فلا يسقط ويبقى ابدياً^(١).

وان الامر اعلاه يعد من الضروريات الذي يجب بيانها بنص صريح في الاحوال الشخصية ، لذا فحري بالمشرع العراقي ايراد نص يبين فيه عدم تقادم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية لتعلق الامر بالحلة والحرمة، وان مخالفة ذلك تؤدي الى مخالفة احكام الله سبحانه وتعالى وهذا الامر لا يتقبله المنطق الشرعي والقانوني، وبهذا اذا علم الوارث ان احد الاشخاص لا يعتبر من ضمن الورثة لتخلف نسبه فيستطيع رفع دعوى نفي النسب ومن ثم بطلان ميراثه في اي وقت كان حتى بعد مرور عدة سنوات، ولا يمكن للطرف الاخر الدفع بالتقادم في هذا الشأن لأن البطلان لا يتقادم.

سادساً:- الباطل لا يحتاج الى ابطال:- اتفق فقهاء القانون على ان بطلان اي مسألة من مسائل الاحوال الشخصية في حال توفر اسبابها الشرعية والقانونية لا يحتاج الى ابطال ، وبمعنى اخر ان القاضي متى توفرت له اسباب البطلان حكم به دون الخوض في تفاصيلها اي ان قاضي الموضوع لا تكون له اي سلطة تقديرية في هذا الشأن، فعلى سبيل الفرض اذا عرضت عليه دعوى اقامتها الزوجة لبطلان عقد الزواج لتخلف احد شروط الانعقاد ففي هذه الفرضية عليه التحقق من صحة ادعائها فإذا تحقق منه حكم بالبطلان، وان الحكم الذي يصدر في هذا الصدد يعد حكماً كاشفاً غير منشيء، اي ان القاضي لا ينشأ حالة جديدة وانما يقوم بالكشف عنها فقط، الامر الذي يؤيده الفقه الاسلامي والقانون^(٢).

(١) د. عبد القادر العرعري، النظرية العامة للالتزامات والعقود في القانون المدني المغربي، مصادر الالتزام، ج١، مطبعة الامنية ، الرباط، ٢٠١٣، ص١٧٤-١٧٥.

(٢) د. علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام ، واحكام الالتزام)، مجمع الاطرش للكتاب المختص، تونس، ٢٠١٥، ص٢٩٣.

المطلب الثاني

تمييز البطلان عما يشته به من النظم الاخرى في مسائل

الاحوال الشخصية

بعد ان بينا فحوى البطلان فيما سبق والخصائص المترتبة عليه ارتأينا ان نتطرق في هذا المطلب الى النظم المشابهة والمختلفة للبطلان ، اذ ان البطلان يشته به في بعض الاحيان ويختلف بمسائل متعددة منها ما يخص موضوعنا وهو عدم النفاذ والفسخ ومنها ما يخرج عن نطاق بحثنا كالسقوط وحفاظاً على منهجية البحث وعدم الخروج عنه نكتفي ببيان تمييز البطلان عن عدم النفاذ والفسخ اما السقوط فهو يخرج عن نطاق بحثنا ؛ ويعود سبب ذلك الى عدم امكانية سقوط اي مسألة من مسائل بحثنا واقصد بذلك السقوط الموضوعي لا الاجرائي، فالزواج والميراث والوصية والطلاق لا يمكن ان يسقط حق الشخص فيهن، وهذا لا يعني ان مسائل الاحوال الشخصية الاخرى لا يمكن سقوط الحق فيها ، فعلى سبيل الفرض تسقط الحضانة بحالات عدة ومنها فقدان الام احد شروط حضانتها ، والحال ذاته في النفقة ، اذ ان نفقة الزوجة تسقط في عدة حالات وقد بين ذلك قانون الاحوال الشخصية العراقي ، وكذلك الامر في المهر، وبما ان المواضيع سابقة الذكر لا نتطرق لها وحفاظاً على دين البحث وعدم الخروج عنه لذا سنكتفي في اطار بحثنا فقط ، من كل ما تقدم ارتأينا تقسيم هذا المطلب على فرعين سنيين في الفرع الاول تمييز البطلان عن عدم النفاذ، ونخصص الثاني لتمييز البطلان عن الفسخ.

الفرع الاول

التمييز بين البطلان وعدم النفاذ

لا تحظى جميع مسائل الاحوال الشخصية بعدم النفاذ⁽¹⁾، اذ ان هنالك بعض التصرفات يمكن ان تنسم بعدم النفاذ والبعض الاخر على عكس ذلك، وبهذا فان عدم النفاذ لا يتخلل جميع مسائل بحثنا المتمثل ب (الزواج والطلاق والوصية والميراث)، وانما يدخل على بعضها دون

(1) يراد بالنفاذ بأنه (ما تترتب على انشاء التصرف فور انعقاده اثار الشرعية والقانونية من الحقوق والالتزامات ، واذا تخلف شرط من شروط النفاذ ينعقد التصرف صحيحاً ولكنه موقوفاً في ترتب تلك الاثار على اجازة من له حق الاجازة)؛ ينظر . د. مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن، طه، حقوق الطبع محفوظة للمؤلف، ٢٠١٢، ص ٥٣. ؛ ويراد بشروط النفاذ هو ما يتوقف عليها نفاذ العقد ؛ لذا فتخلف احدهما يجعل من العقد موقوفاً على اجازة من قرر لمصلحته؛ ينظر استاذنا الدكتور حيدر حسين الشمري ، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما، مطبعة دار الوارث ، كربلاء المقدسة، ط ١، ٢٠٢٠، ص ٣٤.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

البعض الاخر، فالزواج والوصية يمكن ان يتخللها عدم النفاذ وكذلك الامر في بعض حالات الطلاق^(١)، بعكس الحال في الميراث، ويعود سبب ذلك الى ان الزواج والوصية ذات طبيعة عقدية^(٢)، لذا تكثر حالات عدم النفاذ في هذه المسائل، بعكس الحال بالنسبة للطلاق والميراث، رغم ان هنالك بعض حالات الطلاق يدخل عليها عدم النفاذ وكما بينا ذلك.

مما تقدم يتضح لنا ان عدم النفاذ اكثر ما يتعرض الى التصرفات ذات الطبيعة العقدية، اي تلك التصرفات التي ترتب التزامات وحقوق لكلا الطرفين، لذا فحري بنا بيان عدم النفاذ في عقد الزواج والوصية من خلال تقسيم هذا الفرع الى فقرتين سنبيين في اولهما عدم نفاذ عقد الزواج، ومن ثم نتطرق في ثانيهما عن عدم نفاذ الوصية وفي كلا الفقرتين نميز البطلان عن عدم النفاذ وبالكيفية الآتية:-

اولاً:- عدم نفاذ عقد الزواج :- يتسم عقد الزواج بشروط متعددة منها ما يجعل العقد باطلاً عند تخلفها، كما هو الحال في شروط الانعقاد وشروط الصحة، ومنها ما يجعل العقد غير نافذاً كما هو الحال عند تخلف شرطاً من شروط النفاذ، ويقصد بشروط النفاذ تلك الشروط التي يتوقف عليها ترتب اثر العقد عليه بالفعل بعد انعقاده وصحته بحيث لو تخلف شرط منها توقف ترتب اثر العقد على اجازة من له الحق في اجازته وسمي حينئذ بالعقد الموقوف^(٣).

مما تقدم يتبين لنا ان تخلف اي شرط من شروط النفاذ يؤدي الى عدم ترتيب العقد اثاره، ونتساءل عن ماهية تلك الشروط، ومن خلال البحث عن ذلك تبين لنا ان عقد الزواج يتسم بشروط نفاذ عدة ومن تلك الشروط هي:-

١- ان يكون كل من العاقدين كامل الاهلية، اي يشترط في الزوج والزوجة ان يكونا بالغين سن الرشد وهو تمام سن الثامنة عشرة كما بينت ذلك المادة (١/٨) من قانون الاحوال الشخصية

^(١) الا في بعض الحالات كما لو قالت الزوجة للزوج قد طلقت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك، وقع الطلاق هنا رجعيّاً لأن تصرف الزوجة في هذا المقام تصرفاً فضولياً، ولا يصح هذا التصرف الا اذا اجازه الزوج، لمزيد من التفصيل ينظر:- الإمام برهان الدين ابي المعالي محمود بن صدر الشريعة بن مازة البخاري، المحيط البرهان، ج ٤، دار القرآن والعلوم الاسلامية، السعودية، ٢٠٠٤، ص ٤٩٣.

^(٢) الا ان المشرع العراقي عد الوصية تصرفاً وليس عقداً وهذا ما بينته احكام المادة (٦٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي، اذ ذهبت الى تعريف الوصية بأنه تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض.

^(٣) اميره مازن عبدالله ابو رعد، اثر اختلاف الدين في احكام الزواج في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة النجاح الوطنية، ٢٠٠٧، ص ٢١.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

العراقي النافذ اذ نصت على انه(يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة) وبخلاف ذلك اي اذا ابرم زوجين عقد وهما ناقصي الاهلية ، او كان احدهما ناقص الاهلية والاخر بالغ، كما هو الحال في العقد الذي يبرمه الصبي المميز عد العقد موقوفاً^(١)، الا ان فقهاء الشريعة الاسلامية اعتبروا عقد الصبي المميز باطلاً^(٢).

٢- **الصفة:-** يشترط فيمن يتولى عقد الزواج ان تكون له صفة شرعية وقانونية، كأن يكون اصيلاً، او ولياً، او وكيلأً، وبخلاف ذلك اي اذا تولى ابرام عقد الزواج شخص اجنبي لا صفة له مما ذكر يعد العقد موقوفاً؛ لأنه اخذ حكم الفضولي ، وبهذا فلا ينفذ العقد دون اجازة من له صفة شرعية وقانونية^(٣).

مما تقدم يتضح لنا ان عقد الزواج الذي استوفى اركانه وشروط انعقاده وشروط صحته يعد عقداً صحيحاً ، الا ان الصحة في بعض الاحيان تصطدم بعدم النفاذ في حال عدم مراعاة الشروط الشرعية والقانونية لذلك، وان الصفة الشرعية لأبرام عقد الزواج من الشروط التي يجب مراعاتها وبخلاف ذلك عد العقد غير نافذ رغم صحته.

٣- **ان يقوم الولي الاقرب بتولي العقد:-** ذهب شراح القانون الى ان الولاية لها درجات وبهذا فلا يجوز للولي الأبعد تولي عقد زواج اذا كان الولي الاقرب موجوداً وحكم على ذلك العقد بالصحة الا انه غير نافذ، فعلى سبيل الفرض اذا زوج الاخ اخته في حال وجود والده عد العقد موقوفاً على اجازة الاب، الا ان محكمة التمييز الاتحادية ذهبت في قرار لها بالعدد ٢٣/شخصية/١٩٦٣ في ١٨/١/١٩٦٣، على صحة عقد الزواج الذي يبرمه الاخ في حال وجود الاب ، في حين خالفت رأياً في قرار اخر بالعدد (٨٦٠) في عام ١٩٧٨ بالقول ان عقد الزواج الذي يبرمه الاخ في حال وجود الاب يعد باطلاً^(٤).

مما تقدم يتضح لنا ان اتجاه محكمة التمييز الاتحادية العراقية الاخير غير صائب ، اذ انها عدت عقد الزواج الذي يبرمه الاخ في حال وجود الاب باطلاً ، دون ان تراعى كثير من الاثار

(١) د. ابراهيم محمد منصور الشحات، احكام الزواج في الشريعة الاسلامية، بلا دار طبع، بلا مكان، بلا سنة، ص٦٢، د.عبد العزيز عامر، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية والقانون، دار الفكر العربي، ط١، ١٩٨، ص٥١.

(٢) ظفر احمد العثماني التهانوي، اعلاء السنن، ج١١، دار القرآن والعلوم الاسلامية، ط٣، ١٤٠١هـ، ص١٧.

(٣) د. انور الدين ابو لحية، عقد الزواج وشروطه برؤية مقاصدية، دار الانوار، ط٢، ٢٠١٦، ص٢١.

(٤) ينظر د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، طبع على نفقة جامعة السليمانية، العراق، بلا طبعة، ٢٠٠٤، ص ٦٤-٦٥.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الذي يرتبها العقد الباطل، فكان الاجدر بها اعتبار عقد الزواج صحيحاً غير نافذاً متوقف على اجازة الولي، فإن اجازة عد العقد صحيحاً وفي خلاف ذلك اي اذ لم يجيز العقد عد باطلاً، يتبين لنا ان عقد الزواج غير النافذ يعد صحيحاً الا ان الصحة في هذا المورد لا ترتب الاثار التي ترتبها العقود الصحيحة، وانما يشترط لترتيب تلك الاثار نفاذ هذا العقد ممن له صفة رسمية في اجازته، وبخلاف ذلك تنتفي الاثار.

بعد ان اتضح لنا فحوى عدم نفاذ التصرف والشروط الذي يجب توافرها فيه نتساءل عن اثر الزواج غير النافذ؟

وان الاجابة عن ذلك تقتضي بنا التفرقة بين حدوث الدخول من عدمه، اذ ان الاثار تختلف فيهما.

وبهذا فإن عقد الزواج غير النافذ قبل الدخول اذ لم تلحقه الاجازة عد حكمه حكم الزواج الباطل، ومن ثم فلا نفقة للزوجة على الزوج ولا ميراث ولا عدة وغيرها من الاثار الاخرى، اذ اتفقت قوانين الاحوال الشخصية على جعل نفقة الزوجة على زوجها، وهذا ما بينته النصوص القانونية الواردة في قوانين الاحوال الشخصية محل المقارنة ومن تلك النصوص نص المادة (١) من قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٥ المصري النافذ والمعدل اذ جاء فيها ((تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً حتي لو كانت موسرة...)) وكذلك الحال في نصوص قوانين الاحوال الشخصية الاخرى محل المقارنة^(١)، كذلك الحال اذا توفى احد الزوجين قبل الدخول من زواج غير نافذ فلا ميراث للزوج او الزوجة من الطرف المتوفى، فعلى سبيل الفرض اذا تم عقد زواج بين شخصين يبلغ الزوج ثلاثة عشر سنة، وتبلغ الزوجة (٢٠) سنة ففي هذه الحالة ان عقد الزواج يجب ان تلحقه الاجازة من قبل ولي الزوج، فإذا توفى الزوج دون ان تلحق العقد الاجازة ففي هذه الحالة تحرم الزوجة من الميراث^(٢)، وبهذا

^(١) ينظر نص المادة (٦٦) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي اذ نصت على ((تجب النفقة للزوجة على زوجها بالعقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً)). ينظر كذلك نص المادة (٥٩) من قانون الاحوال الشخصية الاردني اذ نصت على انه ((نفقة كل انسان من ماله الا الزوجة فنفتتها على زوجها ولو كانت موسرة)). وان قانون الاحوال الشخصية العراقي لم يخرج عن هذه القاعدة اذ نصت المادة (١/٢٣) على انه ((تجب النفقة للزوجة على الزوج من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها إلا إذا طالبها الزوج بالانتقال إلى بيته فامتنعت بغير حق))

^(٢) د. احمد الكبيسي، ج ١، مصدر سابق، ص ٧٣.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

يتضح ان الصحة لوحدها غير كافية في ترتيب الاثار فيجب فوق ذلك نفاذ العقد وبخلافه لا يرتب العقد اي اثر قبل الدخول اذ لم تلحقه الاجازة.

اما اذا حصل الدخول في العقد غير النافذ، فهنا نكون امام واقعة مادية لا فرار منها ومن ثم ينتج عن ذلك بعض الاثار التي تترتب على العقد الفاسد ومنها النسب والعدة والمهر وحرمة المصاهرة وغيرها من الاثار الاخرى ، الا ان الميراث والنفقة لا تثبت بعقد الزواج غير النافذ، ويعود السبب في ترتيب الاثار الى شبهة العقد؛ لان الشبهة تسقط العقوبة وسن فصل ذلك فيما بعد عند كلامنا عن الاثار في الفصل الثالث من الاطروحة محل البحث^(١).

وبعد ان اتضح لنا فحوى عقد الزواج غير النافذ ، ومن ثم بينا شروط عقد الزواج والاثار الذي يترتب عليه ارتأينا بيان اوجه الشبه والاختلاف بين بطلان عقد الزواج وعدم نفاذه ، اذ اننا سنفرد الفقرة الاولى لأوجه الشبه بين كل من البطلان وعدم النفاذ في اطار عقد الزواج، ونتطرق في الفقرة الثانية لأوجه الاختلاف بين البطلان وعدم النفاذ في اطار عقد الزواج وحسب الاتي:-

١- اوجه الشبه

هنالك العديد من الموارد الذي يشتهب بها بطلان عقد الزواج عن عدم نفاذه ومنها ما يأتي:-
أ- ان عقد الزواج الباطل وغير النافذ كلاهما لا يرتب اثراً قبل الدخول، اذ ان الاثار تترتب على التصرفات الصحيحة ، وتتنفي في التصرفات غير الصحيحة، وبهذا فإن عقد الزواج الباطل لا يرتب اي اثر قبل الدخول ، ومن الاثار الممكن ترتيبها هي النفقة ، لان نفقة كل شخص على نفسه الا الزوجة فنفتتها على زوجها ، وكذلك الحال في عقد الزواج غير النافذ لأنه يأخذ حكم العقد الباطل اذا لم تلحقه الاجازة ،ومن الاثار الاخرى التي تترتب قبل الدخول هي الميراث، الا ان هذا الاثر ينفني في حال بطلان عقد الزواج، او الحكم بعدم نفاذه^(٢).

ب- يرتب عقد الزواج الباطل اذا كانت هنالك شبهة بعض الاثار اذا حدث الدخول؛ لإن الشبهة تسقط الحد، وان هذه الاثار تترتب على واقعة الدخول وليس على عقد الزواج الباطل، لان الباطل وكما بينا سابقاً لا يرتب اي اثر، ومن الاثار الذي تترتب على واقعة الدخول هي النسب والمهر والعدة، والحال ذاته في عقد الزواج غير النافذ اذ لم تلحقه الاجازة وحدث الدخول فإنه يرتب ذات الاثار التي يرتبها العقد الباطل اذا كانت هنالك شبهة قوية، اما اذا كان الدخول بعد رد الزوج او الزوجة وكان هنالك علم بالرد ففي هذه الفرضية لا يكون هنالك شبهة ومن ثم يبطل

(١) د. فاروق عبدالله كريم، مصدر سابق، ص ٦٥.

(٢) د. محمد الكشور ، الواضح في شرح مدونة الاسرة، بلا مكان نشر، بلا دار، ص ٣٤٥.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

العقد بعد الدخول ولا يرتب اي اثر من الاثار السابقة كالمهر والنسب والعدة، وهذه الامور سنفصلها اكثر عند كلامنا عن اثار البطلان في الفصل الثالث من هذه الاطروحة^(١).

ث- لا يمكن ايقاع الطلاق في عقد الزواج الباطل وغير النافذ ولا فسخ ولا تفريق او خلع، لأن الطلاق لا يصح الا اذا كان العقد صحيحاً مستوفياً لجميع اركانه وشروطه، وبما ان العقد الباطل تخلف فيه احد اركانه او شروط انعقاده ، وان العقد غير النافذ تخلف فيه شرط من شروط النفاذ ولم تلحقه الاجازة ففي العقدین كلاهما لا يقع الطلاق، وانما تعد الحياة الزوجية منتهية من تاريخ انعقاد العقد، اي بأثر رجعي^(٢).

٢- اوجه الخلاف:-

بعد ان بينا اوجه الشبه بين بطلان العقد وعدم النفاذ في عقد الزواج ، ارتأينا بيان اوجه الخلاف المتعددة ومنها ما يأتي:-

أ- ان عقد الزواج الباطل لا تلحقه الاجازة وكما بينا سابقاً، اما عقد الزواج غير النافذ تلحقه الاجازة، ويعود سبب ذلك الى ان الاجازة وضعت لنفاذ التصرفات واحكام العقد الباطل لا تتماشى مع ذلك، على عكس الحال في التصرفات غير النافذة اذ انها تعد تصرفات صحيحة مالم يصدر قول ممن له سلطة بعدم نفاذها^(٣).

ب- لكل ذي مصلحة التمسك ببطلان العقد ، اما عدم النفاذ فليس لكل ذي مصلحة التمسك به، وانما حدد الاشخاص الذين يحق لهم التمسك بعدم النفاذ كالولي في عقد الزواج وهذا ما بينته النصوص القانونية سابقة الذكر .

ث- ليست للمحكمة اي سلطة تقديرية في الحكم ببطلان العقد اذا توافرت اسبابه ، لان الحكم هنا كاشف وليس منشيء ، وبهذا اذا عرضت قضية على قاضي الموضوع تتوافر في حيثياتها اسباب البطلان فهنا القاضي ليست له سلطه تقديرية للحكم بالبطلان من عدمه ، اما في عدم النفاذ فيكون للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بعدم نفاذ العقد ، او الحكم بنفاذ؛ لأن القاضي في عدم النفاذ ينشأ

(١) الإمام محمد ابو زهره، الاحوال الشخصية ، دار الفكر العربي، القاهرة، بلا سنة طبع، بلا طبعة، ص ١٥١ وما بعدها.

(٢) المستشار محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الاحوال الشخصية، ج ١، بلا دار ، القاهرة ، ط١، ص ١١٩.

(٣) د. عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج ٤، دار احياء التراث العربي، لبنان، ط١، بلا سنة طبع، ص ١٩٥.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

حكماً جديداً تترتب عليه العديد من الاثار وخير دليل على ذلك النصوص الواردة في قوانين الاحوال الشخصية ومنها نص المادة (١/٨) من قانون الاحوال الشخصية العراقي اذ نصت على انه (إذا طلب من أكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج، فللقاضي أن يأذن به، إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية، بعد موافقة وليه الشرعي، فإذا إمتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له، فإن لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار أذن القاضي بالزواج)^(١).

ان النص سابق الذكر جعل للقاضي سلطة تقديرية في العقود غير النافذة ، اذ سمح له الاذن بالزواج لمن اكمل الخامسة عشر حتى وان لم يوافق الولي ؛ بشرط ان تكون عدم الموافقة لاسباب غير جدية.

ج- ان اسباب البطلان متعلقة بعدم توافر اركان العقد او شروط انعقاده، اما اسباب عدم النفاذ ترجع الى تخلف شروط النفاذ سابقة الذكر .

ح- التقادم لا يسري على البطلان ، وبهذا فلكل من له مصلحة ببطلان العقد اقامة دعواه متى شاء حتى بعد مرور مدة طويلة من الزمن ، اما عدم النفاذ فالتقادم يسري عليه وبهذا اذا مرت مدة محددة من الزمن ولم يقم صاحب المصلحة دعواه سقط حقه ونفذ العقد ولم نجد من تطرق لهذه المدة في مسائل الاحوال الشخصية، وكان الاخرى بهم بيانها لكي تستقر عقود الزواج ولا يزحزحها الحكم بعدم النفاذ، وبهذا فإننا نوصي المشرع العراقي بالنص على مدة محددة لا تتجاوز ثلاثة اشهر تعطي الحق لمن شرع توقف العقد لمصلحته اما ان يجيزه وبهذا يعد عقد الزواج نافذاً من تاريخ انشائه ، او ان يرفضه ومن ثم يعد عقد الزواج باطلاً من تاريخ انشائه، واذا انتهت المدة المحددة عد العقد نافذاً ولا يمكن بطلانه، وكما هو الحال في المسائل المدنية الذي وضعت قاعدة عامة في ذلك ومنها التشريع العراقي ، اذ نصت المادة (٢/١٣٦) من القانون المدني العراقي على انه ((ويجب ان يستعمل خيار الاجازة او النقض خلال ثلاثة اشهر فإذا لم يصدر في هذه المدة مايدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذاً)^(٢).

خ- البطلان وكما بينا سابقاً يتجزء في بعض الاحيان ، وعلى ضوء ذلك اذا بطل شق من العقد فالعقد يبطل بأكمله ، الا اذا كان ذلك الشق مستقلاً ولا اثر له ، اما عدم النفاذ فلا يتجزء، اذ ان

(١) يقابلها نص المادة (٤/٣/٣٠) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي، اما القوانين الاخرى فلا يوجد نص فيها يجيز للقاضي الاذن للزوج غير البالغ بالزواج دون موافقة الولي.

(٢) د. عصمت عبدالمجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب، بيروت، ٢٠١١، ص ٤٦١.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

العقد اما نافذاً او غير نافذ فالاول يرتب اثار العقد الصحيح، والثاني يرتب اثار العقد الباطل اذ لم تلحقه الاجازة.

د- ان اغلب القوانين المقارنة اوردت نصوصاً في بعض حالات بطلان عقد الزواج بخلاف الحال في عدم النفاذ اذ لم يحظى بأهتمام من قبل مشرعي القوانين بشكل عام وقانون الاحوال الشخصية العراقي بشكل خاص رغم وجوده من الناحية الواقعية وأمكانية تحققه.

ثانياً:- **عدم نفاذ الوصية :-** سبق وان تطرقنا لفحوى عدم النفاذ في اطار عقد الزواج، وبيننا الاثار التي تترتب عليه وموقف التشريع العراقي والتشريعات المقارنة منه، وأرتأينا ان نبين في هذه الفقرة حالات عدم نفاذ الوصية والاثار المترتب عليها ومن ثم نتطرق عن اوجه الشبه والخلاف بين بطلان الوصية وعدم نفاذها.

ومن خلال البحث في طيات الكتب الفقهية والقانونية اتضح لنا ان هنالك عدة حالات لا تنفذ فيها الوصية ومن اهم تلك الحالات هي:-

الحالة الاولى:- عدم نفاذ الوصية للوارث

تعد الوصية غير نافذة بحق الوارث الا اذا اجازها الورثة، ويفرق اصحاب هذا الرأي بين شرط النفاذ وشرط الصحة، اذ انهم يقرون بصحة الوصية للوارث لكنها لا تنفذ الا اذا اجازها الورثة، والاجازة من جميع الورثة غير ضرورية لنفاذها بحقهم جميعهم، وبمعنى اخر اذا اجازها بعضهم دون البعض الاخر نفذت بحق القسم الذي اجازها وبطلت بحق الباقين، ودليلهم في ذلك قول الرسول الكريم محمد (ﷺ) ((لاوصية لوارث)) وهذا رأي فقهاء الجمهور^(١).

اما فقهاء الامامية فينهجون منهجاً مختلفاً عما سبق ذكره، اذ انهم يجيزون الوصية للوارث دون التوقف على اجازة الورثة^(٢)، ودليلهم في ذلك ما روي عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر ، قال: ((الوصية للوارث لا بأس فيها))^(٣).

(١) محمد أمين الشهير بأبن عابدين، الرد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، ج ١٠، دار عالم الكتب، الرياض، ٢٠٠٣، ص ٣٧٦. ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الاقناع في الفقه الشافعي، دار احسان، ايران، ط١، ١٤٢٠هـ، ص ١٣٠. الشيخ محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، ج ٩، دار الفكر ، بيروت، ط١، ١٩٨٤، ص ٥١٣. القاضي الدكتور الياس ناصيف، الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص، ج ٢، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٧، ص ١١٩.

(٢) الحر العاملي، وسائل الشيعة ، ج ١٣، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث - قم - ايران، ط٢، ١٤١٤هـ، ص ٤١٥.

(٣) الشيخ محمد بن يعقوب الكليني، اصول الكافي، ج ٧، المكتبة الاسلامية، طهران، بلا سنة طبع، ص ١٠.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

اما موقف التشريعات فنجد بعضهم مؤيداً لما ذهب اليه فقهاء الامامية ، اذ انهم اجازوا الوصية للوارث دون تعلقها باجازة باقي الورثة وهذا موقف المشرع المصري، اذ نصت المادة (٣٧) من قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على انه (تصح الوصية للوارث وغيره وتنفذ من غير اجازة الورثة...))، الامر الذي ذهب اليه المشرع العراقي في نص المادة (٢/١١٠٨) من القانون المدني العراقي اذ جاء فيها ((وتجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة...))، في حين ذهب البعض الاخر من التشريعات لما ذهب اليه اصحاب الراي الاول القائلين بعدم جواز الوصية للوارث، وهذا موقف قانون الاسرة الجزائري اذ نصت المادة (١٨٩) على انه ((لا وصية للوارث الا اذا اجازها الورثة بعد وفاة الموصي)) وهو ذات موقف التشريع الاماراتي^(١) والتشريع الاردني^(٢).

من كل ما تقدم نخلص الى نتيجة مفادها ان القوانين المقارنة كانت متأثرة بالفقه الاسلامي، والخلاف الفقهي في هذه المسألة عكس نظاره على التشريعات المقارنة ، اذ ان هنالك بعض التشريعات لم تعتبر الوصية للوارث متعلقة على اجازة الورثة ومنها التشريع العراقي و المصري، في حين ذهب البعض الاخر الى تعلق نفاذ الوصية للوارث على اجازة الورثة.

الحالة الثانية:- الوصية بأكثر من ثلث التركة

اتفق الفقهاء المسلمون على عدم نفاذ الوصية اذا كانت اكثر من ثلث التركة^(٣)؛ واستدلوا بقول الرسول الكريم محمد (ص) (أن تترك ورتكك أغنياء خيرٌ من أن تتركهم عالة يتكفون الناس في أيديهم)^(٤)، وان مدلول الحديث جاء صريحاً .

الامر الذي اخذت به التشريعات محل المقارنة، اذ نصت المادة (٣٧) من قانون الوصية المصري على انه ((...ولا تنفذ في الزيادة الا اذا اجازها الورثة...))، وهو ذاته الذي اخذ به المشرع العراقي في نص المادة (٢/١١٠٨) اذ نصت على ان ((...ولا تنفذ فيما جاوزت الثلث،

(١) ينظر نص المادة (٢٥٠) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي النافذ.

(٢) ينظر نص المادة (٢٧٤/ج) من قانون الاحوال الشخصية الاردني النافذ.

(٣) أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، الخلاف، ج٢، مؤسسة النشر الإسلامي، قم ، ١٤٠٧هـ، ص ٢٨٩. برهان الدين ابي المعالي محمود صدر الشريعة، المحيط البرهان، ج٢٢، مكتبة الرشيد، الرياض، ٢٠٠٤، ص ٢٧٨. موفق الدين عبدالله بن قدامه المقدسي، الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٤، ص٢٦٦. جلال الدين محمد بن احمد بن محمد المحلي، كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين، ج٢، دار المنهاج، المملكة العربية السعودية ، ط٢، ٢٠١٣، ص ١٦٢.

(٤) ابي عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار آبن كثير، دمشق، ط١، ٢٠٠٢، ص٦٧٧.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الا باجازة الورثة)) اما التشريعات المقارنة الاخرى فلم تخلُ من النصوص اعلاه فهي الاخرى جعلت نفاذ الوصية بأكثر من ثلث متوقفاً على اجازة الورثة وهذا ما جاء بنص المادة (١٨٥) من قانون الاسرة الجزائري اذ اشار الى ((تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على اجازة الورثة))، وكذلك نصت المادة (٢٤٣) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي على انه ((تنفذ الوصية في حدود ثلث تركة الموصي، بعد أداء الحقوق المتعلقة بها، وتصح فيما زاد على الثلث في حدود حصة من أجازها من الورثة الراشدين))، في حين ان نصوص قانون الاحوال الشخصية الاردني هي الاخرى لا تخلوا من نص يعالج ذلك ، اذ نصت المادة (٢٧٤/ب) على انه ((تنفذ الوصية في حدود الثلث لغير الوارث، أما اذا زادت عن ذلك فلا تنفذ فيه الوصية إلا اذا اجازها الورثة بعد وفاة الموصي))، وكذلك نص المادة (٧٠) من قانون الاحوال الشخصية العراقي اذ نصت على انه ((لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة وتعتبر الدولة وارثاً لمن لا وارث له)).

مما سبق ذكره من الاراء الفقهية والنصوص التشريعية يتبين لنا ان الوصية بأكثر من ثلث التركة تعد صحيحة الا انها غير نافذة في حق الورثة ، فإن اجازوها نفذت بحقهم ، وبخلاف ذلك اذ لم يجيزوها لم تنفذ بحقهم ومن ثم يعتبر حكمها في الزيادة والعدم سواء، الا ان جميع النصوص سابقة الذكر لم تحدد مدة لإجازة الوصية من قبل الورثة ، الامر الذي يجعلنا نتساءل عن تلك المدة؟ وهل يمكن للورثة عدم اجازتها في اي وقت ام ان هنالك وقت محدود يجب على الورثة التقيد به وبخلافه تعد الوصية نافذة بحقهم؟

ذهب جمهور الفقهاء^(١) الى انه لا يمكن اجازة الوصية التي تزيد عن الثلث الا بعد وفاة الموصي، في حين ذهب فقهاء المالكية^(٢) الى عكس ذلك بقولهم ان الاجازة من الوارث يمكن ان تكون في حال مرض الموصي مرضاً مخوفاً ، ولا يحق له الرجوع عن اجازته الا اذا كان يجهل لزوم الاجازة اثناء المرض^(٣)

(١) وقال بذلك عبيد الله ابن الحسن والشافعي والحسن ابن حي اذ جاء قولهم بالكيفية الاتية (اذا اوصى لرجل بأكثر من ثلث ، او اوصى لبعض الورثة فأجازها الورثة في حياته ، لم يجز ذلك حتى يجيزوه بعد الموت) ينظر : ابي جعفر احمد بن محمد بن سلامة الطحاوي ، مختصر اختلاف العلماء ، ج٥، دار البشائر الاسلامية ، بيروت، ط١، ١٩٩٥، ص ٥.

^٢ ابي عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في فقه اهل المدينة المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت ، بلا سنة، ص ٥٤٣.

(٣) نقلاً عن د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج ١٠، دار الفكر، دمشق، ط٢، ص ٥٤٢.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

ذهب جانب من الفقهاء الى ان وقت الاجازة هو وقت تنفيذها ، وان وقت تنفيذها هو وقت الوفاة^(١)، وبهذا فلا عبرة بالاجازة قبل الوفاة ، وبهذا يتضح لنا ان وقت اجازة الوصية هو وقت تنفيذها ، فإن اجازها الورثة نفذت بحقهم ولا يحق لهم الرجوع عن تلك الاجازة ، وان لم يجيزها الورثة اعتبرت الزيادة كأن لم تكن وتبطل بحق الورثة.

الحالة الثالثة:- ان لا يكون على الموصي دين مستغرق لتركته

اجمع الفقهاء على ان الوصية لا تنفذ اذا كانت تركة الموصي مستغرقة بالدين، اي اذا كان الموصي مديناً بتركته او اكثر من تركته فلا تنفذ الوصية رغم صحتها، لان سداد الدين مقدم على تنفيذ الوصايا بدلالة قوله تعالى ((مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ))^(٢)، وان مدلول الآية الكريمة جاء صريحاً اذا ان سداد الدين مقدماً على تنفيذ الوصايا ، وعلى حق الورثة^(٣).

وقد بين التشريع المصري ذلك بشكل صريح ، اذ نصت المادة (٣٨) من قانون الوصية المصري على انه ((تصح وصية المدين المستغرق ماله بالدين ولا تنفذ الا ببراءة ذمته منه فان برئت ذمته من بعضه او كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية في الباقي بعد وفاة المدين))، ان نص المشرع المصري جعل وصية المدين صحيحة الا انها غير نافذة ، وتعد وصية المدين نافذة اذا تنازل الدائنين على كل دينهم او جزء منه ، وبهذا يتضح لنا ان نفاذ الوصية متوقف على براءة ذمة المدين من جزء من دينه او كله ، الامر الذي لم تعالجه التشريعات المقارنة ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ^(٤).

بعد ان تبين لنا مما سبق حالات عدم نفاذ الوصية ، ارتأينا بيان اوجه الشبه والخلاف بين بطلان الوصية وعدم نفاذها وحسب الاتي:-

١- **اوجه الشبه:-** لا يترتب على الوصية في حال عدم نفاذها او بطلانها اي اثر من الاثار التي يقرها الفقه الاسلامي والقانون^(٥)، اذ هنالك اثار متعددة تترتب على الوصية الصحيحة ومن اهم تلك الاثار تنفيذ الوصية واعطاء الموصى له نصيبه من التركة بعد تجهيز الميت وسداد ديونه وغيرها من الاثار الاخرى.

(١) الإمام محمد ابو زهره ، شرح قانون الوصية ، مكتبة الانجلوا المصرية ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص ١٩١.

(٢) سورة النساء اية ١١

(٣) نقلاً عن محمد علي محمد يحيى، احكام الوصية في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة النجاح الوطنية في نابلس، ٢٠١٠، ص ٧٠-٧١.

(٤) د. محمد مصطفى شلبي، احكام الوصايا والاقواف، بلا دار نشر، ط٤، ١٩٨٣، ص ٣٦.

(٥) تبين لنا ها الامر من خلال النصوص الفقهية والقانونية سابقة الذكر.

٢- اوجه الخلاف

هنالك العديد من المسائل التي يختلف فيها بطلان الوصية عن عدم نفاذها ومن اهمها:-

أ- تلحق الاجازة عدم نفاذ الوصية وكما بينا ذلك سابقاً ، اذ يحق للورثة اجازة الوصية بأكثر من ثلث التركة وهذا ما ذهب اليه جمهور الفقهاء والقوانين محل المقارنة ، الا ان البطلان لا تلحقه الاجازة وكما فصلنا ذلك فيما سبق، لان الاجازة لا تلحق الا التصرفات الصحيحة المستوفية للأركان والشروط وانتفاء الموانع^(١).

ب- ان البطلان لا يتقادم بمرور الزمان ، اذ يحق لأي طرف من اطراف الوصية بطلانها متى شاء وفي اي وقت ، على عكس ذلك في عدم نفاذ الوصية اذ انها مقيدة بمواعيد محددة فإذ لم يتم مراعاتها يسقط حق من له مصلحة في عدم اجازة الوصية، وخير دليل على ذلك اجازة الورثة للزيادة الحاصلة في الوصية ، اذ ان وقت الاجازة حدد بوقت تنفيذها، فإن اجازوها نفذت ، وان لم يجيزوها اعتبرت الوصية والعدم سواء، ويثار لدينا سؤالاً مفاده: ما حكم سكوت الورثة عن اجازة الوصية او عدم اجازتها وقت تنفيذها؟

من خلال البحث في طيات الكتب الفقهية والقانونية لم نجد من اجاب على ذلك بشكلٍ صريح الامر الذي يجعلنا نستعين بالقواعد العامة الواردة في القانون المدني الذي حددت وقت الاجازة بمدة ثلاثة اشهر فإن روعيت هذه المدة حق لمن له مصلحة بعدم نفاذ الوصية ، اما اذا لم تراعى هذه المدة فيسقط من له حق الاجازة او عدم الاجازة في ذلك، وكان الاجدر بالمشرع العراقي ببيان ذلك بشكلٍ صريح.

ح- لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان الوارد في الوصية ، اذ يحق لدائن احد الورثة التمسك بالبطلان ، لأنه يكون ذات مردود ايجابي للوارث المدين من خلال رجوع المال الى نصيب المورث والذي عن طريقه ينتقل الى الوارث ومن ثم يحصل الدائن حقه منه، الا ان عدم نفاذ الوصية مقيد بأشخاص محددين كما هو الحال في اجازة الوارث للزيادة الحاصلة في الوصية بأكثر من ثلث التركة^(٢).

(١) د. نصر فريد محمد واصل، فقه الموارث والوصية في الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة، المكتبة الوقفية ، بلا مكان ، بلا سنة ، ص ١١٦.

(٢) السيد سابق، فقه السنة، دار الحديث القاهرة، ط ١، ٢٠٠٤، ص ١٠٩٨.

الفرع الثاني

التمييز بين البطلان و الفسخ

بعد ان اتضح لنا الفرق بين البطلان وعدم النفاذ في اطار مسائل الاحوال الشخصية السابقة ، ارتأينا ان نميز بين البطلان و الفسخ لإزالة بعض الغموض الحاصل بينهما، ومن خلال الرجوع الى مسائل الاحوال الشخصية اتضح لنا ان الفسخ لا يرد الا على المسائل ذات الطبيعة العقدية وهي في اطار بحثنا ((الزواج والوصية)) اما المسائل الاخرى التي تختلف طبيعتها عما سبق والمتمثلة بالطلاق والميراث فلا يمكن فسخها، لان الفسخ وكما بينا اعلاه لا يرد الا على المسائل ذات الطبيعة العقدية ، والطلاق والميراث لا تعد من ذوات الطبيعة العقدية.

من كل ما تقدم ارتأينا تقسيم هذا الفرع الى فقرتين نبين في اولهما فسخ عقد الزواج وتمييزه عن البطلان، ونتطرق في ثانيهما الى فسخ الوصية وتمييزها عن البطلان من خلال الترتيب الاتي:-

اولاً:- فسخ عقد الزواج :- يعرف الفسخ بأنه (حل ارتباط العقد الصحيح)^(١). ان فحوى التعريف يبين لنا بأن الفسخ لا يرد الا على العقود الصحيحة ، اما العقد غير الصحيح فلا يمكن ان يرد عليه الفسخ، ويعرف اخرون الفسخ بأنه(انتهاء الرابطة الزوجية وإزالة ما يترتب على العقد من اثار ، ويكون ذلك بسبب خلل صاحب تكوين العقد، او لخلل طراً على العقد يمنع بقاءه واستمراره)^(٢).

يتضح لنا ان الفسخ يؤدي الى انتهاء الرابطة الزوجية شأنه في ذلك شأن الطلاق، دون ترتيب اثار تشهد على ذلك ، ونتساءل عن الحالات التي يتم فيها فسخ العقد؟ ومن خلال الرجوع الى طيات الكتب الفقهية والقانونية اتضح لنا ان العقد يفسخ بالعديد من الحالات ولعدم اتساع البحث لجميع تلك الحالات ، سنورد البعض منها دون البعض الاخر الذي يكون محوره في موضوع فسخ عقد الزواج ، وكما بينا ان حالات الفسخ تتعدد ولا تقتصر على بعضها دون البعض الاخر ومن اهم تلك الحالات هي :-

(١) د. عبدالحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأ المعارف، الاسكندرية، ط٣، ١٩٩٧، ص١٣-١٤.

(٢) توفيق شندارني، فسخ عقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر معهد الحقوق والعلوم القانونية، ١٩٩٦، ص٧.

الحالة الاولى:- الكفاءة

يشترط في لزوم الزواج اي بعد نفاذه ان يكون الزوج كفوءاً^(١) وبعكس ذلك يفسخ عقد الزواج، الامر الذي تطرقت له العديد من القوانين ومنها قانون الاحوال الشخصية الاماراتي النافذ، اذ نصت المادة (١/٢١) منه على ان ((١- يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفوءاً للمرأة وقت العقد فقط، ولكل من المرأة ووليها الحق في طلب الفسخ عند فوات الكفاءة ، ولا يؤثر في العقد زوال الكفاءة بعده))، يتبين لنا من نص المادة اعلاه ان المشرع الاماراتي جعل الكفاءة في الزواج شرطاً من شروط اللزوم وإن عدم مراعاة هذا الشرط وقت العقد يؤدي الى اعطاء الحق للزوجة او وليها بأقامة دعوى امام محكمة الاحوال الشخصية تطالب فيها فسخ العقد وعلى القاضي اذ تحقق من صحة ادعاء الزوجة الحكم لها بذلك ، الامر الذي يحظى باهتمام من قبل المشرع الاردني اذ نصت المادة (٢٢/ب) من قانون الاحوال الشخصية الاردني على انه ((اذا اشترطت الكفاءة حين العقد او قبله او اخبر الزوج او اصطنع ما يوهم انه كفوءٌ ثم تبين انه غير ذلك فلكل من الزوجة والولي حق فسخ الزواج فإن كان كفوءٌ حين الخصومة فلا يحق لاحد منهما طلب الفسخ))، ان نص المادة سابق الذكر جاء واضحاً بهذا الخصوص اذ انه للولي والزوجة حق فسخ الزواج اذا تبين ان الزوج غير كفوء ، الامر الذي اكده القرار القضائي الاستئنافي بالعدد ٧٥٠٩ في عام ١٩٩٠، اذ انه اعتبر اذن الولي شرطاً لصحة النكاح لكنه اعطى الحق للولي في فسخ عقد الزواج اذا قامت الزوجة بتزويج نفسها من شخص غير كفوء^(٢).

اما بشأن القوانين الاخرى محل المقارنة فلم نجد من تطرق لشرط الكفاءة كشرط من شروط لزوم العقد ، والقانون العراقي هو الاخر لم يبين احكام الكفاءة في عقد الزواج وهذا يعد نقصاً تشريعياً كان الاجدر بالمشرع العراقي تلافيه في احكام قانون الاحوال الشخصية العراقي.

الحالة الثانية :- الاخلال بشروط العقد :- يصار ان تشترط الزوجة في شروط عقد الزواج العديد من الشروط منها ما يجب الايفاء به لموافقة احكام الشريعة الاسلامية والقانون ومنها ما يعد مخالفاً لا احكام الشريعة الاسلامية والقانون ، الامر الذي يجعل من الشرط باطلاً والعقد صحيحاً

(١) تعرف الكفاءة في عقد الزواج بأنها : امرٌ يوجب عدمه عاراً وضابطها مساواة الزوج للزوجة في كمالٍ او خسةٍ ما عدا السلامة من عيوب النكاح . ينظر ابو بكر السيد البكري، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين ، ج٣، ط٤، دار احياء التراث العربي، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٣٣٢.

(٢) ينظر دكتور عبد الناصر محمد صالح جابر، دعوى فسخ عقد الزواج لعدم الكفاءة دراسة فقهية مقارنة بقانون الاحوال الشخصية الاردني المؤقت رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠، بحث مقدم الى مجلة الميزان للدراسات الاسلامية والقانونية، الاردن، المجلد الرابع، العدد الاول، ٢٠١٧، ص٢٣.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

وقد تطرقنا لذلك بشكلٍ مفصل فيما سبق واعطى القانون حق للزوجة بفسخ العقد في حال عدم ايفاء الزوج بشروط عقد الزواج الموافقة لإحكام الشريعة الاسلامية والقانون والذي تم اشتراطها في عقد الزواج، اذ نصت العديد من القوانين على ذلك ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي فأعطى الحق للزوجة في فسخ عقد الزواج في حال عدم ايفاء الزوج بالشروط الموضوعه في عقد الزواج وهذا ما تبين لنا من نص المادة (٤/٦) اذ نصت على ((للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم ايفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج))، يتضح لنا ان الحق في هذا المورد للزوجة فقط دون الزوج .

وكذلك تطرقت القوانين المقارنة الاخرى على ذلك اذ نصت المادة (٤/٢٠) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي على ذلك اذ جاء فيها ((٤- إذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه وليس محرماً شرعاً صح الشرط ووجب الوفاء به، وإذا أخل به من شرط عليه كان لمن شرط له طلب فسخ الزواج سواء أكان من جانب الزوجة أم من جانب الزوج ويعفى الزوج من نفقة العدة إن كان الإخلال من جانب الزوجة)) ، جاء هذا النص مختلفاً عن النص العراقي اذ انه اعطى الحق للزوج والزوجة في فسخ العقد عند عدم ايفاء اي منهما بالشروط الموجودة عند انعقاد العقد، الامر الذ تطرق له قانون الاحوال الشخصية الاردني بشكلٍ تفصيلي، وهذا ما بينته النصوص الواردة فيه ومن تلك النصوص نص المادة (١/٣٧) اذ نصت على انه ((اذا اشترط حين العقد شرط نافع لاحد الزوجين ، ولم يكن منافياً لمقاصد الزوج ، ولم يلتزم فيه بما هو محظور، شرعاً وسجل في وثيقة العقد وجب مراعاته وفقاً لما يلي : أ - إذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطاً تتحقق لها به مصلحة غير محظورة شرعاً ولا يمس حق غيرها ، كأن تشترط عليه ان لا يخرجها من بلدها ، او ان لا يتزوج عليها ، او أن يسكنها في بلد معين، أو ان لا يمنعها من العمل خارج البيت ، او ان تكون عصمة الطلاق بيدها ، كان الشرط صحيحاً، فإن لم يف به الزوج فسخ العقد بطلب الزوجة.....))^(١).

وان الامر لا يقتصر على فقهاء القانون ، اذ ان فقهاء الشريعة الاسلامية بينوا ذلك بشكلٍ دقيق واعطوا الحق للزوجة بفسخ العقد اذ لم يوف الزوج بالشروط الصحيحة^(٢) ، ويؤيد الباحث هذا الاتجاه للأسباب المذكورة اعلاه ولعدم مخالفة الشروط لأحكام الشريعة الاسلامية والقانون.

(١) د. فاروق عبدالله كريم، مصدر سابق، ص ٧٠

(٢) صالح غانم السدلان، الشروط في النكاح، دار معاذ للنشر والتوزيع ، الرياض، ط٢، ١٩٩٨، ص٤٢، وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج٩ مصدر سابق، ص ٤٩.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

وان الفسخ غير الانفساخ والتفاسخ، اذ ان الانفساخ لا خيار فيه للمتعاقدين كما لو حصلت الردة من قبل احد الزوجين، اما التفاسخ فيعود سببه الى المتعاقدين وبأرادهم الحرة وهو ما يعبر عنه فقهاء القانون بالاقالة اي الخلع، إما الفسخ فهو حالة اخلال احد الطرفين بالتزاماتهم ونكتفي بهذا القدر للمحافظة على ديدن البحث وعدم الخروج عن اطاره المحدد^(١).

بعد ان اتضح لنا فحوى الفسخ فيما سبق والحالات التي يتم فيها فسخ العقد ارتأينا ان نميز بين الفسخ والبطلان في إطار عقد الزواج من خلال اوجه الشبه والخلاف بينهما وبالكيفية الاتية:-

١- **اوجه الشبه :-** يلتقي البطلان مع الفسخ في اطار عقد الزواج من خلال عدة اوجه ومن اهمها ما يأتي:-

أ- يلتقي البطلان مع الفسخ (اذا لم يحصل الدخول) في عدم ترتيب اي اثر من الاثار الشرعية والقانونية المترتبة على الزواج الصحيح، اما اذا حصل الدخول فهناك عدة اثار تترتب على العقد الباطل اذا كانت الشبهة قوية ومنها المهر والنسب والعدة، اما اذ لم تكن هنالك شبهة فلا يترتب عليه اي اثر من الاثار ، اما بالنسبة للفسخ فإنه يشابه البطلان في الاثار اذ كانت هنالك شبهة اما في خلاف ذلك اي اذ لم تكن هنالك شبهة في العقد الباطل فلا يتشابه البطلان مع الفسخ في الاثار المترتبة على عقد الزواج^(٢).

ب- تنتهي الرابطة الزوجية في حال بطلان العقد دون الحاجة الى ايقاع الطلاق من قبل الزوج، والحال ذاته عند فسخ عقد الزواج، اي اذا اخل الزوج او الزوجة في احد الشروط الشرعية المفروضة في العقد فسخ العقد دون الحاجة الى ايقاع الطلاق.

ج- في حال بطلان عقد الزواج لا يؤدي ذلك الى انتقال عدد الطلقات الذي يملكها الزوج على زوجته والمحددة شرعاً وقانوناً بثلاث طلقات بدلالة قوله تعالى ((الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ))^(٣) إذا حدث الزواج فيما بعد في بعض الحالات الذي سنقوم بذكرها في الفصل الثاني من هذه الاطروحة، والامر ذاته في حال فسخ عقد الزواج اذ انه لا

^(١) سليم محمود ، احكام فسخ عقود الزواج في الفقه الاسلامي والاثار المترتبة عليها، اطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الاسلامية، جامعة الجزائر ، كلية العلوم الاسلامية ، قسم الشريعة والقانون، ٢٠١٨، ص٥٧ وما بعدها

^(٢) زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٦، دار الكتاب الاسلامية ، ٢٠١٠، ص٧٦.

^(٣) سورة البقرة ، اية ٢٣٠.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

يؤدي الى اي نقص في عدد الطلقات بالنسبة للزوج اذا حدث الزواج فيما بعد؛ لأن كلا من البطلان والفسخ احكامهما تختلف عن الطلاق^(١).

ح- لا يتمتع القاضي بأي سلطة تقديرية في بطلان عقد الزواج وكما بينا ذلك فيما سبق، والامر ذاته في فسخ عقد الزواج فإذا عرض على قاضي محكمة الاحوال الشخصية قضية تبين فيها ان الزوجة اشترطت على الزوج شرطاً لم يف به وطلبت الفسخ لذلك فليس للقاضي في هذه الحالة الا التحقق من صحة ادعاءها فأنت تبين له ذلك حكم بفسخ عقد الزواج^(٢) الا ان حكم القاضي في فسخ عقد الزواج يبقى منشأ له بعكس البطلان الذي يكون كاشفاً^(٣).

٢- **اوجه الخلاف :-** بعد ان اتضح لنا اوجه الشبه بين بطلان وفسخ عقد الزواج في الفقرة السابقة ارتأينا بيان اهم اوجه الخلاف في هذه الفقرة من خلال الاتي:-

أ- ان البطلان محله دائماً عقد فيه مخالفة شرعية او قانونية اي انه لا يرد الا على العقد الباطل الذي تخلف احد اركانه او شروط انعقاده، اما الفسخ فإنه يرد على عقد الزواج الصحيح وكما بينا ذلك فيما سبق، اذ ان العقد يعد صحيحاً من حيث الاصل الا ان احد اطرافه قد يخل بشرط من شروطه الموضوعية في عقد الزواج عند الانعقاد، وهذا الامر متعارف عليه لدى فقهاء القانون وبينته اغلب النصوص المدنية والاخرى المتعلقة بالاحوال الشخصية^(٤).

ب- تختلف اسباب البطلان عن اسباب الفسخ، اذ ان اسباب الاول تتعلق بتخلف ركن من اركان العقد او شرط من شروط انعقاده او الزواج بإحد المحارم، على عكس الحال في الثاني الذي يعود السبب فيه الى عدم ايفاء الزوج بما اشترط بالعقد ، او عدم كفاءة الزوج او الزوجة وقت ابرام العقد .

ج- لا يسري التقادم على عقد الزواج الباطل؛ لأن دعاوى بطلان العقد عقد الزواج تعد من دعاوى الحسبة التي تتعلق بالحلة والحرمة ولا يكون للوقت اي دور فيها ، وبهذا يمكن لأي طرف اقامة دعواه في اي وقت دون التقيد في المدد المنصوص عليها في القانون المدني على

(١) القاضي محمد حسن كشكول، والقاضي عباس السعدي، شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، المكتبة القانونية ، بغداد، بلا سنة ، ص ١٨٦

(٢) د. محمد سليمان حوران، نظرية الفسخ وتطبيقاتها في الفقه الاسلامي، دار النور للنشر والتوزيع، دمشق، ط١، ص ٥٤.

(٣) د. عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص ٦٨.

(٤) سليم محمود، مصدر سابق، ص ٦٠.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

عكس الحال في الفسخ ، اذ ان هنالك مدد يجب التقيد بها رغم عدم نص المشرع العراقي والتشريعات المقارنة عليها، الا اننا يمكن ان نستعين بالأحكام العامة الموجودة في القانون المدني، ونجعل وقت اقامة الدعوى بعد ثلاثة اشهر من علم احد الزوجين بالعيب او الخلل الذي اصاب العقد، وان سبب اقتراحنا للمحافظة على عقد الزواج من الزوال، ولكي لا يبقى الزوج مهتداً في اي وقت بفسخ عقد الزواج من قبل الزوجة^(١).

ح- ان اصحاب المصلحة في بطلان عقد الزواج متعددون اذ لكل ذي مصلحة ان يبطل العقد ، على عكس الحال في فسخ عقد الزوج اذ انه متقيد بأطراف العقد وحدهم ، وفي بعض الحالات يدخل الولي كصاحب مصلحة في فسخ عقد زواج ابنته اذا تزوجت بشخص غير كفؤ لها.

د- للمحكمة من تلقاء نفسها ان تحكم ببطلان عقد الزواج اذا توافرت اركان وشروط البطلان، الا ان المحكمة لا تستطيع فسخ عقد الزواج بإرادتها ومن تلقاء نفسها دون وجود ادعاء من قبل احد اطراف العقد.

ثانياً:- فسخ الوصية:- ان حالات فسخ الوصية تعد من الحالات النادرة جداً في اطار القوانين محل والمقارنة وكذلك الاراء الفقهية وسبب ذلك يعود الى عدم امكانية فسخها في حياة الموصي لان الوصية لا تنفذ الا بعد مماته، فالوصية تفسخ في بعض حالات المنافع فقط وفي حالات نادرة تفسخ في الاملاك، ومن خلال البحث وجدنا هنالك بعض الاراء الفقهية التي تجيز فسخ الوصية، ويتم ذلك الفسخ بشرط وهو قبولها من قبل الموصي له بعد وفاة الموصي ، ومن ثم يقوم الموصي له بردها على الورثة ففي هذه الحالة يعد رده جائز اذا قبلوا الورثة بذلك ؛ لأن الرد على الورثة يعد بمثابة فسحاً للوصية لأن الورثة يقومون مقام الموصي بعد وفاته^(٢).

الا ان هنالك من يذهب الى غير ذلك بالقول ان الوصية لا يصح ردها بعد القبول وموت الموصي ، وهذا ما ذهب اليه فقهاء المذهب الحنبلي^(٣)، ويعلمون ذلك ان الملك استقر للموصي له كسائر الاملاك الاخرى ، وبهذا فلا يمكن له فسخ ملكه،^(٤)، اما فقهاء الشافعية فلهم رأيان، الاول لا يصح رد الوصية بعد القبول مستدلين بما استدل به فقهاء المذهب الحنبلي، والثاني جواز الرد

(١) د. عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص ٨٠.

(٢) شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج ٢٨، دار المعرفة ، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٤٩.

(٣) احمد بن عبدالله بن احمد البعلي، الروض الندى شرح كافي المبتدى، منشورات المؤسسة السعيدية، الرياض، بلا سنة طبع، ص ٣٠٩.

(٤) السرخسي، المبسوط(٤٩/٢٨).

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

وتفسخ الوصية اذا قبلها احد الورثة او جميعهم^(١)، اما فقهاء المذهب المالكي فهم الآخرون في تشبث من امرهم فالبعض منهم يجيز الرد والبعض الآخر لا يجيز ، في حين كان لفقهاء المذهب الامامي رأي سديد في هذه المسألة بقولهم ان الوصية لا تبطل اذا ردها الموصي بعد القبول والقبض ودليلهم في ذلك ان الوصية من العقود الجائزة ، وبما ان الملك ثبت للموصى له فيحق له فسخها^(٢).

اما بشأن القوانين محل المقارنة فنجد ان المشرع المصري نحى نحو الفقه الامامي والحنفي، اذ انه عالج مسألة فسخ الوصية اذا ردها الموصى له على الورثة بعد قبولها وهذا ما جاء في نص المادة (٢٤) من قانون الوصية المصري النافذ، اذ نصت على انه ((لا تبطل الوصية بردها قبل موت الموصي . فاذا رد الموصي له الوصية كلها او بعضها بعد الموت وقبل القبول بطلت فيما رد واذا ردها كلها او بعضها بعد الموت والقبول وقبل منه ذلك احد من الورثة وانفسخت الوصية وان لم يقبل منه ذلك احد منهم بطل رده))، اما التشريعات المقارنة الاخرى فعدت الرد بعد الوفاة بحكم البطلان ، وهذا ما بينته النصوص التشريعية الواردة في قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ اذ نصت المادة (٧٢) على انه ((تبطل الوصية في الاحوال الاتية : برد الموصى له الوصية بعد موت الموصي))، وهذا الامر غير صحيح اذ ان الوصية تعد من العقود الجائزة كما بين ذلك فقهاء المذهب الامامي ومن ثم فرجوع الموصى له عن الوصية يجعل منها بحكم الفسخ وليس البطلان، اما بشأن القوانين المقارنة الاخرى فهي الاخرى جعلت الوصية بحكم الباطلة^(٣).

وان الذي يهمننا في هذا المقام هو التمييز بين بطلان الوصية وفسخها، ومن خلال ما سبق يتضح لنا ان كلا من البطلان والفسخ لا يجعل الاموال الموصى بها من ملك الموصى له، اما اهم موارد الخلاف بينهما ، اذ ان البطلان يتمسك به كل ذي مصلحة وللمحكمة ان تحكم به من تلقاء نفسها ، الامر الذي لا يتناسب مع الفسخ، اذ ان فسخ الوصية يكون بإرادة الموصى له، ولا تستطيع المحكمة ان تحكم به من تلقاء نفسها، وهذه اهم ما يمكن بيانه في التمييز بين بطلان الوصية وفسخها ، وبعد ان اوجدنا الفروقات المهمة نكتفي بهذا القدر ، ونحيل ما تبقى من فروقات الى ما سبق ذكره للفرق بين البطلان وفسخ العقد في اطار عقد الزواج لوجود موارد تشابه بينهما.

(١) ابي اسحاق الشيرازي، المهذب في الفقه الشافعي، ج٣، دار القلم، دمشق، ط١، ١٩٩٦، ص٧١٧.

(٢) الشيخ الانصاري، الوصايا والمواريث، باقري، قم ، ط١، ١٤١٥هـ، ص٤١.

(٣) ينظر نص المادة ((٣/٢٧٠)) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي، ونص المادة (٢٥٧) من قانون الاحوال الشخصية الاردني، ونص المادة (٢٠١) من قانون الاحوال الشخصية الجزائري.

المبحث الثاني

اساس ومراتب البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

سبق وان اتضح لنا فحوى البطلان وخصائصه ، واهم النظم التي يشتهر بها ويختلف عنها واتضح لنا ان البطلان غير عدم النفاذ والفسخ، اذ ان احكامه واثاره تكون اكثر شدة من الجزاءات المذكورة ، الا ان الامر في هذا المبحث اكثر اهمية اذ ان قاضي محكمة الاحوال الشخصية لا يمكن ان يبطل اي تصرف من التصرفات الواردة في مسائل الاحوال الشخصية دون دليل يستدل عليه في هذا الشأن ، اي الاساس الذي يبنى عليه الحكم ، بمعنى اخر ان قاضي الموضوع لا يمكن ان يحكم بعلمه الشخصي ببطلان مسائل الاحوال الشخصية وهذا ما بينته المادة (٨) من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، ويتساءل الباحث عن الدليل الذي يركن له قاضي الموضوع في بطلان مسائل الاحوال الشخصية؟ وكذلك ان البطلان في المسائل المدنية على مراتب متعددة ، فهل الامر ذاته في مسائل الاحوال الشخصية أم هنالك خلاف في ذلك .

ان بيان كل ما تقدم ذكره يقتضي علينا تقسيم هذا المبحث على مطلبين سنيين في اولهما اساس البطلان في مسائل الاحوال الشخصية ، ونتطرق في ثانيهما على مراتب البطلان في مسائل الاحوال الشخصية.

المطلب الاول

اساس البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

لمعرفة اساس^(١) البطلان اهمية في اطار مسائل الاحوال الشخصية ؛ لان اساس البطلان بمثابة القاعدة التي يركز عليها القاضي في تسبيب الحكم، اذ ان الاحكام يجب ان تكون واضحة

(١) اذ يعرف الاساس لغةً بأنه جمع اسس، ويأتي بمعنى الاصل ، اي اصل البناء او اصل كل شيء، ومن مرادفات القاعدة ، اي ان الاساس يأتي بمعنى اصل الاشياء او قاعدته؛ جبران مسعود، الرائد الصغير معجم ابجدي للمبتدئين، دار العلم للملايين ، بيروت، ط١، ١٩٨٢، ص٣٨.؛ من التعريف اللغوي يتضح لنا ان اساس البطلان هو الاصل او القاعدة التي تركز عليها جميع الاشياء، وَضَعُوا أَسَاسَ الْجِدَارِ: أَصْلُهُ، دِعَامَتُهُ، قَاعِدَتُهُ أَسَاسُ الْبِنَاءِ أَسَاسُ الْعَمَلِ الصِّدْقُ، لِأَسَاسِ أَوَّلِ كُلِّ شَيْءٍ وَمَبْدُوه، أساس قانوني: (القانون) القاعدة القانونية التي تشكل أساساً يرتكز عليه الحلّ القانوني للمسائل المعروضة؛ جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي، مصدر سابق، ج٣، ص٣٦؛ اما التعريف الاصطلاحي للأساس فلم نجد من تطرق لذلك بشكل دقيق، وانما هنالك من تطرق للقاعدة باعتبارها وحسب التعريف اللغوي من مرادفات الاساس ، اذ تعرف القاعدة بأنها قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها، وتأتي بمعنى الامر الكلي المنطبق على جميع جزئياته؛ نور الدين مختار الخادمي، القواعد الفقهية، بلا دار طبع، تونس، بلا طبعة، ٢٠٠٧، ص٢٦-٢٧.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

ومسببة لكي يتبين الامر لاطراف الادعاء، ولكي لا يكون الحكم الصادر بالبطلان مدعاة للنقض من قبل محكمة التمييز الاتحادية الذي تعد الجهة العليا للطعن بالاحكام الصادرة من محكمة الاحوال الشخصية لذا ارتأينا في هذا المطلب بيان اساس البطلان من خلال الرجوع الى موقف الفقهاء المسلمين والنصوص القانونية .

ويثار لدينا تساؤل على أي المرتكزات يرتكز القاضي في بطلان مسائل الاحوال الشخصية؟ ان الاجابة عن السؤال اعلاه تدفعنا الى تقسيم هذا المطلب على فرعين ، سنبين في الفرع الاول اساس البطلان في الفقه الاسلامي ، ومن ثم نتطرق في الفرع الثاني عن اساس البطلان في قانون الاحول الشخصية.

الفرع الاول

اساس البطلان في الفقه الاسلامي

بعد ان اتضح لنا فحوى الاساس بشكل عام ارتأينا الخوض في هذا الفرع عن اساس البطلان في اطار الفقه الاسلامي، وبعد البحث عن ذلك ارتأينا ان الاساس الذي يرتكز عليه الحاكم الشرعي هو النهي، لأنه يختلف عن الامر^(١) ، اذ ان مدلول النهي هو الالتزام بالترك هذا من جانب ، ومن جانب اخر لان مادة النهي ظاهرة في الحرمة، اما مادة الامر ظاهرة في الوجوب، وان كل محرم باطل، فإن الاساس التي يستدل به القاضي في البطلان هو الحرمة^(٢)، لذا علينا بيان مفهوم النهي وصيغته واقسامه ومقتضاه في اطار الفقه الاسلامي وحسب الاتي:-

اولاً:- مفهوم النهي:-

يعرف النهي^(٣) اصطلاحاً بعدة تعريفات ومنها:-

١- النهي هو ما دل على طلب الكف عن الفعل على وجه الحتم والالزام^(٤) .

(١) يعرف الامر بأنه طلب اداء من فعل او امتناع على وجه الحتم والالزام ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، مصدر سابق ، ص ٣٠٢.

(٢) الشيخ محمد رضا المظفر، اصول الفقه، ج ١، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، بلا سنة طبع، ص ١٤٨ .
(٣) للنهي معان اخرى كالتحريم كما في قوله تعالى (وَلَا تَقْرُبُوا الرِّثَاةَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا) وكذلك الكراهة كما في قوله تعالى (وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ) والدعاء ومثال على ذلك (لا تشمت بي الاعداء) والتهديد كقولك لخدمك (لا تطع امري) والالتماس كقولك (لا تبرح من مكانك حتى ارجع اليك) . ينظر د. احمد حميد سعيد النعيمي، خلدون وليد حسن، النهي ودلالاته عند الاصوليين، بحث منشور في مجلة كلية العلوم الاسلامية ، المجلد الثالث، العدد الخامس ، ٢٠٠٩، ص ٦١ .

(٤) د. وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ص ٢١٤ .

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

من خلال التعريف اعلاه يتضح لنا ان فحوى النهي هو المنع او الكف عن القيام بأي فعل، وتكون دلالة ذلك ملزمة لجميع من يعلم بها.

٢- عرف ايضاً بأنه ((هو اقتضاء كفٍ عن فعل))^(١).

والتعريف اعلاه لا يفرق عن سابقه بشيء سوى ان الاول فيه نوعاً من الشمولية بعكس الثاني ، اذ انه مقتضب ومجمل بعض الشيء، فيقصد بالاقتضاء اي الطلب ، والكف عن الفعل اي المنع او عدم القيام بالافعال المنهي عنها، لمخالفتها لاحكام الشريعة الغراء.

٣- عرف اخرون النهي على انه ((قول القائل لغيره لا تفعل على جهة الاستعلاء))^(٢).

٤- وذهب غيرهم الى تعريفه بأنه ((طلب الترك للفعل على جهة الاستعلاء))^(٣).

من خلال ما سبق من التعريفات المتعددة اتضح لنا ان النهي هو طلب الكف او الامتناع عن اي فعل منصوص عليه في أدلة الاحكام الشرعية الاصلية منها او التبعية ، المتمثلة بالقرآن الكريم او السنة النبوية الشريفة ، والاحكام التبعية الاخرى.

وأن الاجتناب عن الشيء والكف عنه شرعاً يتحقق بمجموعة شروط ومنها ما يلي:-

١- أن يكون الفعل المنهي عنه مقدوراً للعبد ، لان التكليف لا يتعلق بغير المقدور، بدلالة قوله سبحانه وتعالى ((..لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا...))^(٤).

٢- ان يكون للإنسان رغبة في الفعل المنهي عنه او ميل الى ايجاده مثل الرغبة في الزنى رغم النهي عنه بدلالة قوله تعالى ((وَلَا تَقْرُبُوا الزِّنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا))^(٥)، اما اذا لم تكن رغبة واجتناب العبد ذلك فلا يسمى نهي بل من مقتضى الطباع النفسية ، كمن يجتنب شرب السم .

(١) د. احمد حميد سعيد النعيمي، النهي عند الاصوليين، بحث منشور في مجلة كلية العلوم الاسلامية، المجلد الثالث، العدد الخامس، ٢٠٠٩، ص ٥٨.

(٢) زياد ابراهيم حسين مقداد، دلالة صيغة النهي على الاحكام الشرعية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الشريعة جامعة النجاح الوطنية، ١٩٩٣، ص ٧.

(٣) الامدي، الاحكام في اصول الأحكام (١/ ٣٧٤) .

(٤) سورة البقرة ، آية ٢٨٦.

(٥) سورة الأسراء، آية ٣٢.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

٣- أن يكون العبد ملتفتاً الى النهي حين الاجتناب، لذا لا يقال للنائم او الساهي انه اجتنب الحرام.

٤- ان تتوفر اسباب الحرام، فإذا كانت غير متوفرة فلا يستحق عليها الثواب، فعلى سبيل الفرض اذا اجتنب شخصٌ معينٌ الزنا او الغيبة لعدم توافر اسبابهما فلا يحسب له الثواب^(١).

ثانياً:- صيغ النهي:

ان النهي ومن خلال التعريفات المتقدم ذكرها لم يكن محصوراً بصيغ محددة وإنما هنالك العديد من الصيغ التي تدل على النهي، فأى طلب غايته الكف عن الفعل على وجه الحتم والالزام يعد نهياً، وسنبين اهم صيغ النهي كدليل من الدلالات المنطوقية في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة من خلال الترتيب الاتي :-

١- الفعل المضارع المقترن بـ (لا) الناهية ومثال ذلك قوله تعالى، ((وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ))^(٢). وكذلك قوله تعالى(((وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا))^(٣). وقول الرسول الكريم محمد صل الله عليه وآله وسلم ((لا تذكروا هلكاكم الا بالخير))^(٤).

٢- فعل الامر اذا دل على لزوم الترك مثل كف او اجتنب او غير ذلك، كما في قوله تعالى((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ))^(٥).

٣- مشتقات مادة (تحريم)^(٦) منها قوله تعالى ((حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله))^(٧)، كذلك قوله تعالى ((حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُكُمْ

(١) الشيخ فاضل الصفار، مصدر سابق، ص ١٩٧-١٩٨.

(٢) سورة البقرة، آية ١٨٨.

(٣) سورة الأسراء، آية ٣٢.

(٤) جلال الدين السيوطي، سنن النسائي، ج ٤، مكتبة المطبوعات الإسلامية، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، ط ١، ١٩٦٤، ص ٤٣.

(٥) سورة المائدة، آية ٩٠.

(٦) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، مصدر سابق، ص ٣٠٨. د. عبدالكريم زيدان، مصدر سابق، ص ٣٠٤.

(٧) سورة المائدة، آية ٣.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

نِسَانِكُمْ وَرَبَابِنِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّن نِّسَانِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَانِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا)).

٤- ويأتي النهي بصيغ متعددة اخرى مثل مشتقات مادة النهي كما في قوله تعالى ((.... وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ))^(١).

من خلال الصيغ سابقة الذكر التي وردت لمفهوم النهي يتبين للباحث ان اي صيغة منصوص عليها في القرآن الكريم او السنة النبوية الشريفة غايتها منع الانسان عن الافعال على سبيل الحتم والالزام تدل على النهي، وبهذا يجب تجنبها وفي حال الاقتراب منها او فعلها يحكم على الفعل بالبطلان ، فعلى سبيل الفرض وردت في احد السور القرآنية اعلاه كلمة (حرمت) فإذا لم تراع هذه الكلمة في مسائل الاحوال الشخصية ترتب على الفعل البطلان ، كمن يتزوج بأحد محارمه، او لم يراع الاركان او الشروط المنصوص عليها في الطلاق او الوصية وغير ذلك من الامثلة والايضاحات الاخرى.

ونتساءل عن مقتضى النهي بعد ان بينا مفهومه وصيغته ، هل ان الكف عن التصرف او الفعل يكون على الفور ام على التراخي، وهل يكون على التكرار ام لمرة واحدة ؟

ان الاجابة عن ذلك تقتضي بنا بيانها بشكل مفصل، اذ اتفق الاصوليون على ان الكف عن الافعال المحرمة يكون على الفور والتكرار مستدلين بعدة آيات قرآنية كريمة كما في قوله تعالى ((وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا))، اذ ان مدلول الآية الكريمة يبين لنا ان الاجتناب عن الزنى يجب ان يكون فوراً، وبشكل متكرر ، وبمعنى اخر اي يجب ان يكون الامتناع عن ممارسة الفاحشة طوال عمر الانسان، واذا ارتكبها في اي وقتٍ عد عاصياً للنهي الذي ورد في الآية الكريمة، ومن ثم ياثم على ذلك في الآخرة ، ويعاقب عنه في الحياة الدنيا، ولا يخلف الزنى اي اثر من الاثار المتعلقة بالزوجية الصحيحة^(٢).

وكما في قوله تعالى ((حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأَخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُكُمْ وَرَبَابِنِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّن نِّسَانِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ

(١) سورة النحل ، جزء من اية ٩٠ .

(٢) د. محمد اديب صالح، مصدر سابق، ص ٣٨٢ .

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

وَحَلَّائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا^(١)، اذ ان مدلول الآية الكريمة جاء صريحاً بعدم الزواج بمن حرمهن الله سبحانه وتعالى ، وكل شخص خالف تلك النواهي عد عاصياً ومن ثم عوقب على ذلك^(٢).

ثالثاً:- اثر النهي:- بعد ان اتضح لنا فحوى النهي والصيغ الشائعة له في النصوص الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ، سنبين في هذه الفقرة اثر النهي في الامور المنهي عنها ، هل ان النهي يفيد البطلان ، ام هنالك من يعارض ذلك برأي مخالف، كل ذلك سنبينه من خلال بيان موقف الفقهاء المسلمين من التصرفات الوارد عليها النهي.

ومن خلال الرجوع الى ذلك اتضح لنا ان التصرفات الوارد عليها النهي منها تصرفات حسية، اي تلك التصرفات التي تعرف بأحد الحواس ولا يتوقف تحققها على ورود الشرع كالكفر والظلم والزنا وشرب الخمر وغيرها من الامور الاخرى، اما التصرفات الشرعية فيقصد بها تلك التصرفات التي يتوقف امرها على الشرع ، اي ان هنالك وجود شرعي اضافة الى الوجود الحسي، بمعنى اخر اي ان هنالك اركان وشرائط معتبرة من قبل الشرع، ومن تلك التصرفات في اطار المعاملات النكاح والطلاق والوصية والبيع، اما في جانب العبادات فمنها الصلاة والصوم وغيرها من التصرفات الاخرى، ولا خلاف بين الفقهاء المسلمين بشأن دلالة النهي على البطلان في التصرفات الحسية ، والدليل على ذلك ان القبح هو في ذات التصرف وعينه ، وليست في اوصاف لازمة او غير لازمة فيه^(٣).

اما النهي على التصرفات الشرعية فإما ان يكون مطلقاً او مع القرينة ، ففي حالة الاطلاق ذهب جمهور الفقهاء الى القول بأن التصرفات المنهي عنها تعد باطله ودليلهم في ذلك ان النهي المطلق يكون لذات الشيء، في حين ذهب فقهاء الحنفية وبعض الشافعية الى ان النهي في هذه الحالة لا يقتضي بطلان المنهي عنه^(٤) فالكلام عنها يستدعي منا تقسيمها الى ثلاثة محاور فهنالك نهي لذات الشيء والذي سننتظر عنه في المحور الاول ، وهنالك نهي لوصف غير لازم للشيء، وهنالك نهي لوصف لازم، وسنبين في المحاور الثلاث موقف الفقهاء المسلمين من ذلك، وادلتهم وحسب التفصيل الاتي:-

(١) سورة النساء ، اية ٢٣ .

(٢) د. ابراهيم محمد سيلقي، تحقيق المراد في ان النهي يقتضي الفساد، دار الفكر، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٦٠ .

(٣) المصدر نفسه، ص ١٧٧ .

(٤) د. محمد اديب صالح ، مصدر سابق، ص ٣٨٩ .

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

المحور الاول:- النهي لذات التصرف:- اي ان يكون النهي لعين التصرف او لجزء مؤثر من اجزائه ، كالنهي الوارد في بعض المعاملات المالية ومنها تخلف ركناً من اركانه كما هو الحال في تخلف احد اركان عقد البيع، او بيع الجنين في بطن امه، او نكاح الأمهات، وغيرها من الامور الاخرى، ففي هذه الحالة تعد التصرفات سابقة الذكر باطلة باتفاق فقهاء المذاهب الإسلامية^(١) ولا يترتب عليها اي اثر من الاثار التي ترتبها التصرفات الصحيحة^(٢)، وخالف فقهاء الحنفية الرأي اعلاه بقولهم ان النهي المطلق عن الشرعيات لا يدل على بطلانها وانما يدل على صحتها بالاصل دون الوصف وهو ما يعبرون عنه بالفساد ، وبيننا فيما سبق ان الفساد غير البطلان^(٣)

اما في الاحوال الشخصية فكذلك هي الاخرى لا ترتب اي اثراً من الاثار التي ترتبها الاحوال الصحيحة ، فعلى سبيل المثال يعد زواج المحارم من الزيجات المحرمة في الشريعة الاسلامية والقانون ، وهذا التحريم وارد على ذات التصرف ، ومن ثم اذا حدث هذا الزواج يعد باطلاً باتفاق فقهاء المذاهب الاسلامية، واذا حكم عليه بالبطلان انتفتت عن التصرف الاثار التي يرتبها التصرف الصحيح كالميراث والنفقة ، الا ان النسب يثبت في بعض الاحيان اذا ارتفعت الشبهة^(٤) .

اما عن ادلة اصحاب المحور الاول فإنها مستوحاة من السنة النبوية الشريفة، والاجماع، والمعقول، وسنبين هذه الادلة من خلال الاتي:-

اولاً:- السنة النبوية :- ورد عن الرسول الكريم محمد صل الله عليه وآله وسلم احاديث متعددة تبين لنا ان الاثر المترتب على التصرفات المنهي عنها هو البطلان ومن تلك الاحاديث قوله (ص) ((من احدث في امرنا هذا ما ليس فيه فهو رد))^(٥).

^(١) وهذا ما قال به فقهاء المذهب المالكي والشافعي والظاهر والحنبلي والجعفري. ، ينظر الامدي ، الاحكام في اصول الاحكام (٤٠٧/٢)

^(٢) د. عبدالكريم زيدان، مصدر سابق، ص ٣٠١.

^(٣) وهذا ما ذهب اليه الغزالي والرازي واختاره ابن الهمام، محمد بن محمد بن حامد الغزالي، المستصفي من علم الاصول، ج٢، دار العلوم الحديثة، بلا مكان ، بلا سنة، ص ٢٤؛ فخر الدين محمد بن عمر الرازي، المحصول في علم الاصول، ج٢، مؤسسة الرسالة ، بلا مكان، ١٩٩٢، ص ٦٦.

^(٤) ابي بكر بن عبدالعزيز البغدادي، النهي يقتضي الفساد، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٩٩٣، ص ٢٢. د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص ٣١١.

^(٥) احمد بن علي بن حجر ابو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج٥، دار المعرفة، بيروت، ٢٠١٠، حديث رقم ٢٦٩٧، ص ٣٠١.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

وإن مدلول قوله (ص) هو ان اي شخصاً خالف امر الله سبحانه وتعالى وامر الرسول الكريم محمد (ص) ، تعد هذه المخالفة غير مشروعة ويحكم عليها بالبطلان، فعلى سبيل الفرض في اطار العبادات من اقام الصلاة بغير وضوء او خالف عدد الصلوات الخمس وغيرها من الامور الاخرى ، فكل ذلك يعد مخالفاً لأمر الرسول الكريم ومن ثم يحكم عليه بالبطلان ، ولا يعتد بأي اثر من اثاره الموضوعية من قبل الشارع.

اما اذ كانت المخالفة في امور المعاملات ، فلا يختلف الامر فيها ويكون التصرف باطلاً لأنه غير المسار المرسوم من قبل الله سبحانه في كتابه العزيز وكذلك خالف سنة رسوله الكريم، فعلى سبيل الفرض من تزوج بمعتدة الغير يعد زواجه باطلاً.

ومن خلال الآية الكريمة وحديث الرسول الكريم يتضح لنا ان اي مخالفة للنصوص الواردة في كتاب الله سبحانه وتعالى ، او الاحاديث الواردة في سنة نبيه الكريم تعد مخالفة يبنى عليها الحكم بالبطلان، ولا يعتد بأي اثر من اثارها سواء اكان ذلك في العبادات او المعاملات.

ثانياً :- الاجماع :-

استدل فقهاء المذاهب الاسلامية ببطلان التصرفات لذاتها بإجماع الصحابة والتابعين، ومن الامثلة على ذلك استدلالهم ببطلان زواج المشركات من قبل المسلمين بدلالة قوله تعالى ((وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ))^(١).

وكذلك استدلوا بقول الرسول الكريم محمد (ص) ((لا تبيعوا الذهب بالذهب بالذهب...))^(٢)، ومدلول الحديث الشريف ان الرسول الكريم نهى عن بيع الذهب بالذهب عند عدم التماثل، لان الذهب على اصناف متعددة فلا يمكن بيع احد اصناف الذهب ذات السعر الاغلى بنوع اخر من اصناف الذهب ذات الاسعار القليلة.

ثالثاً:- المعقول:- استدل فقهاء المذاهب الاسلامية في مسائل متعددة ومنها:-

(١) سورة البقرة ، اية ٢٢١ .

(٢) السيد البروجردي، جامع احاديث الشيعة، ج١٨، بلا دار طبع، ١٤١١هـ، ص١٧٠

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

١- ان الله سبحانه وتعالى عندما ينهى الانسان عن القيام ببعض التصرفات ، فسبب ذلك يعود الى تعلق المفسدة والعييب في الامر المنهي عنه، وهناك قواعد فقهية عدة تدل على ذلك ومنها قاعدة ((درء المفسد اولى من جلب المصالح)) بمعنى ان تجنب المفسدة والامر المنهي عنه هو اولى من الحصول على المنفعة ، وهذا ان دل على شيء فإنه يدل على خطورة الامر المنهي عنه من قبل الله سبحانه وتعالى ورسوله الكريم.

٢- يشترك النهي مع الامر في الطلب والاختصاص ، ويختلف عنه في الترك، وبما ان الامر نقيضاً للنهي ، وان مدلول الامر هو الصحة ، فليكن مدلول النهي هو البطلان لأنه نقيضاً للصحة^(١).

المحور الثاني:- النهي لوصف غير لازم بالتصرف :- يراد بالنهي لوصف غير لازم إن التصرف مشروعاً في اصله وواصفه اللازمة ، لكن هنالك شيء غير لازم قد يؤدي الى بطلان التصرف ، فعلى سبيل الفرض البيع مشروعاً بأصله ووصفه ، ولا يمكن بطلان البيع الا إذا كان هنالك خللاً بأصل البيع او وصفه اللازم له، وكذلك الحال الزواج او الطلاق ، مشروعين اذا تحققتا اصلهما ووصفهما ، لكن في بعض الاحيان يوجد وصف غير لازم يجعل من التصرف باطلاً كما هو الحال في البيع وقت صلاة الجمعة بدلالة قوله تعالى ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ))^(٢).

ففي الآية الكريمة لم يكن النهي موجهاً الى ذات البيع ، وكذلك لم يكن متوجهاً الى وصف لازم فيه لعدم تخلف الركن او الشرط لكن النهي كان موجهاً الى وصفاً غير لازم وهو ترك صلاة الجمعة ، وفي هذا المعنى اختلف الفقهاء في صحة هذا التصرف الذي يشوبه وصفاً غير لازم الى عدة اقول ، اذ ذهب جمهور الفقهاء بصحة هذا التصرف^(٣)، بينما ذهب فقهاء المالكية والحنابلة^(٤) الى بطلان هذا التصرف، لانهم يفرقون بين حقوق الله ، والحقوق المتعلقة بالمصلحة العامة والخاصة، ويرون ان البيع وقت الصلاة منهي عنه لتعلقه بحق الله، وكذلك الامور المتعلقة بالمصلحة العامة، اما اذا تعلق الوصف غير اللازم بتصرفات مرتبطة بمصلحة خاصة حكم بصحته^(٥).

(١) د. ابراهيم محمد سيلقي، مصدر سابق، ص ١٧٩ وما بعدها

(٢) سورة الجمعة ، آية ٩.

(٣) الامدي، الاحكام في اصول الاحكام (٢/ ٤٠٧).

(٤) العلامة الشيخ محمد بن احمد بن عبد العزيز بن علي الفتوح الحنبلي، شرح الكوكب المنير، وزارة الاوقاف ، المملكة العربية السعودية ، ج ٣، بلا سنة طبع، ص ٩٣-٩٦.

(٥) د. فرزدق روكان عبد العزاوي، النهي وتطبيقاته في سورة النساء، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت

للعلوم الانسانية، المجلد ١٤، العدد ١، ٢٠٠٧، ص ١٦.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

المحور الثالث:- النهي لوصف لازم للتصرف:- ويراد بالنهي لوصف لازم اي ان التصرف المنهي عنه قد يفترن بشروط تعد فاسدة، كما هو الحال في اقتران عقد الزواج بشرط فاسد ، او باقتران عقد البيع بشرط قد يؤثر في العوضين كلاهما وغيرها من الامور والمسائل الاخرى.

وفيما سبق اختلف الفقهاء فيما بينهم ومورد الخلاف يعود الى التساؤل الاتي ومفاده: هل يعد اختلال الاصل والوصف في مرتبة واحدة، ومن ثم يعد اختلال اي منهما مبطلاً للتصرف، ام هنالك خلاف في ذلك؟

ومن خلال الرجوع الى اراء المذاهب الاسلامية وجدنا ان جمهور الفقهاء، لا يميزون بين الاصل والوصف في البطلان ، ففي حال اختلال اي منهما يعد التصرف باطلاً ومن ثم لا يرتب اي اثرأ من الاثار التي ترتبها التصرفات الصحيحة^(١).

وبهذا اذا اختل اي ركن من اركان عقد الزواج ، او اي شرط من شروطه انعقاده او صحته فيعد العقد باطلاً حسب رأي جمهور الفقهاء وكذلك اذا اختل اي ركن من اركان الميراث او اي شرطاً من شروطه عد الميراث باطلاً ، لكن هنالك من خالف هذا الرأي وهم فقهاء الاحناف الذين قاموا بالتفرقة بين اصل التصرف ووصفه ، اذ انهم عدوا الخلل في اصل التصرف باطلاً، لكنهم اختلفوا مع الجمهور في وصف التصرف وعدوا اي خلل فيه غير مبطلاً له وانما رتبوا على ذلك حكماً سموه بالتصرف الفاسد وهو يتوسط الصحيح والباطل^(٢).

وعلى الحنفية مورد التفرقة بين البطلان للأصل والوصف، الى القول بأن اصل الماهية المتمثل بأركان التصرف وعناصره سالماً من العيب ، والنهي الوارد على الوصف انما هو خارجاً عن الماهية اي لوصف خارج لها وليست متعلق بأصلها ، ومن ثم لا يمكن التسوية بين البطلان لأصل الماهية ، والبطلان لوصف الماهية ، لكون الاول متعلقاً بماهية الشيء ، بينما الثاني متعلق بشي خارجاً عنها^(٣).

(١) الشيخ فاضل الصفار، مصدر سابق، ص ١٩٩ . د. مصطفى ابراهيم الزلمي، مصدر سابق، ص ٣١٥.

(٢) الإمام محمد ابو زهرة، اصول الفقه ، دار الفكر العربي، بلا مكان طبع، بلا سنة، ص ١٨٢. د. محمد عبدالكريم، النهي المطلق هل يقتضي فساد المنهي عنه وتطبيقاته الفقهية، بحث منشور في كلية التربية والاداب والعلوم، جامعة صنعاء، بلا سنة ، ص ١٧.

(٣) د. مصطفى الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد، مصدر سابق، ص ٣١٢.

الفرع الثاني

اساس البطلان في قانون الاحوال الشخصية

سبق وان بينا فحوى البطلان والاساس الذي يبنى عليه في الفقه الاسلامي ، واتضح لنا ان النهي هو القاعدة والاساس الذي يبنى عليه البطلان في اطار الفقه الاسلامي ، ونسأل في هذا الفرع عن الاساس القانوني للبطلان؟ وقبل بيان ذلك ارتأينا ايراد تعريفاً للأساس القانوني ، اذ يعرف بأنه ((الاعتبارات التي بني عليها مفهوم البطلان))^(١).

من خلال التعريف اعلاه اتضح لنا ان البطلان لا ينشأ لوحده، وانما هنالك اعتبارات مفروضة يبنى عليها ، أي القاعدة او الاصل التي يستند عليها البطلان ، ومن خلال الرجوع الى شراح القانون اتضح لنا ان هنالك اعتبارين اساسيين يبنى عليهما البطلان وهما الاعتبار الشكلي والموضوعي، وبهذا نتساءل هل ان اساس البطلان في قانون الاحوال الشخصية يعود الى الاعتبارين اعلاه؟ ، ام هنالك اعتبار او اساس اخر يبنى عليه البطلان؟

وللإجابة عن ذلك حري بنا بيان الاشكال التي يلزم اتخاذها في مسائل الاحوال الشخصية ، والاثر المترتب على تخلفها ، فإن كان الاثر المترتب هو البطلان يمكن عد اعتبار الشكل من الامور التي يبنى عليها البطلان، وفي خلاف ذلك أي اذ لم يعد للشكل اثرأ على البطلان لا يمكن اعتباره اساساً يبنى عليه البطلان، وكذلك بيان الاعتبار الموضوعي في مسائل الاحوال الشخصية ، لذا سنفرد لكل واحد من الاعتبارات فقرة خاصة نبين من خلالها موقف قوانين الاحوال الشخصية وحسب الترتيب الاتي :-

اولاً:- الاعتبار الشكلي:- من خلال البحث في اعماق الكتب القانونية التي تتحدث عن الاعتبار والشكل، لم نجد من اورد تعريفاً مانعاً جامعاً للاعتبار الشكلي، الامر الذي جعلنا نفرد لكل مصطلح تعريفاً خاصاً، اذ يعرف الاعتبار بأنه ((رد الشيء إلى نظيره بأن يحكم عليه بحكمه، ومنه سمي الأصل الذي ترد إليه النظائر عبره)) ، من خلال التعريف اعلاه اتضح لنا ان ماهية الاعتبار هو رد الاشياء الى اصلها كما هو الحال في رد الابناء الى ابائهم، فأصل الابن هو الاب، وكما هو الحال وحسب التعبير اللغوي في رد البناء الى الاساس او القاعدة التي يرتكز عليها، وغيرها من الاعتبارات الاخرى.

(١) د. اكرم محمود حسين البدو، أساس مسؤولية المنتج المدنية دراسة مقارنة في الفقه والقانون الوضعي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، العدد ٦، لسنة ١٩٩٩، ص ٧٤.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

وقبل ايراد تعريف للشكل ارتأينا بيان فحوى التصرفات القانونية، ومن خلال الرجوع الى ذلك اتضح للباحث ان التصرفات اما رضائية وهي التي يكفي لتمامها توفر ركن الرضا ، واما عينية وهي التي يشترط فيها التسليم ، واما شكلية ويقصد بها ((هو التصرف الذي لا ينشأ بمجرد رضا المتصرف به ، بل يتم الاعراب عن الارادة في شكل معين يحدده القانون))^(١) .

من خلال التعريف اعلاه يتضح لنا ان الشكلية مفروضة من قبل القانون ، وهذا ما يؤكد شراح القانون المدني بالقول ان الشكلية هي من خلق القانون ، و مخالفتها تؤدي الى بطلان التصرف ، اذ ان القانون يفرض في اغلب الاحيان شكلية معينة يجب التقيد بها كما هو الحال في الشكلية الملزمة في بيوع العقارات^(٢) .

وبهذا يتضح لنا فحوى الاعتبار الشكلي المتمثل برد التصرف الشكلي المخالف لأحكام القانون الى اصله ، ونعني بأصله أي القاعدة القانونية ، لان الشكل وكما بينا سابقاً هو من خلق القانون، وبهذا اذا تعرضت مسائل الاحوال الشخصية محل البحث الى مخالفة الشكل الموضوع من قبل القانون هل سيحكم ببطلانها كما هو الحال في المسائل المدنية ؟ ام هنالك رأي مخالف لذلك.

ويتساءل الباحث عن الشكلية المفروضة في مسائل الاحوال الشخصية ، لكي يمكن اعتبارها اساساً يبنى عليه البطلان في حال المخالفة ، ومن خلال الرجوع الى ذلك اتضح لنا ان قوانين الاحوال الشخصية اسردت لنا تطبيقات للشكلية رغم ان الشكلية لم تستوفي في مسائل الاحوال الشخصية، ومن تلك التطبيقات هي الوصية.

لذا سيبين الباحث موقف التشريعات المقارنة من الشكل المتخذ في الوصية والاثر المترتب على مخالفته لكي يمكن اعتباره اساساً للبطلان من عدمه، فإذا كان تخلف الشكل المفروض في الوصية مدعاة الى بطلانها فيمكن الاعتداد بهذا الشكل كأساس لبطلان مسائل الاحوال الشخصية كما هو الحال في المسائل المدنية اما اذا كان الامر على خلاف ذلك أي اذ لم يكن لتخلف الشكل اثراً من حيث البطلان ففي هذه الحالة لا يمكن الاعتداد به كأساس للبطلان في مسائل الاحوال الشخصية وحسب الترتيب الآتي:-

(١) د. علي عبد العالي خشان الاسدي، النظام القانوني للشكل في قانون المرور، بحث منشور في مجلس جامعة بابل، العلوم الانسانية، المجلد ١٤، العدد ٢، ٢٠٠٧، ص ٢٠٥.

(٢) د. عبدالرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٤٩٢.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

١- موقف القانون المصري:- لم يشترط قانون الوصية المصري النافذ على اتخاذ شكلية معينة في انعقاد الوصية ، وهذا ما نصت عليه المادة (٢) اذ جاء فيها ((تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة فإذا كان الموصي عاجزا عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهومة)).

من خلال نص المادة السابقة يتبين لنا ان انعقاد الوصية في القانون المصري لا يشترط فيه الشكلية اذ يمكن انعقادها بالعبارة أو الكتابة أو الإشارة ووضعت الشكلية في القانون المصري للأثبات وهذا ما نصت عليه اخر المادة (٢) من قانون الوصية المصري اذ جاء فيها ((ولا تسمع عند الانكار دعوى الوصية أو الرجوع القولي عنها بعد وفاة الموصي في الحوادث السابقة على سنة الف وتسعمائة واحدى عشرة الافرنجية إلا إذا وجدت اوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى ، واما الحوادث الواقعة من سنة الف وتسعمائة واحدى عشر الافرنجية فلا تسمع فيها ما ذكر بعد وفاة الموصي إلا اذا وجدت اوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفي وعليها امضاؤه كذلك ، وتدل على ما ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصي عليها))

مما سبق يتبين لنا ان الشكلية في القانون المصري للأثبات دون الانعقاد^(١) ، ويعود السبب في ذلك الى تأثر قانون الوصية المصري بالفقه الحنفي ، الذي يعد الاصل في انعقاد الوصية هو العبارة دون الكتابة التي يلتجأ لها عند عدم التمكن من التلفظ^(٢).

٢- قانون الاسرة الجزائري :- بين قانون الاسرة الجزائري النافذ الشكل التي تتخذها الوصية اذ نصت المادة (١٩١) على انه ((تثبت الوصية : ١- بتصريح الموصي امام الموثق وتحرير عقد بذلك . ٢- في حال وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ، ويؤشر به على هامش اصل الملكية)).

ومن خلال المادة اعلاه يتضح لنا ان الوصية لا تثبت في قانون الاسرة الجزائري دون مراعاة جانبين اولها عقد تصريحي يحرر من قبل موثق تراعى فيه جميع الاجراءات والترتيبات، وبحضور شاهدي عدل وعند اللزوم حضور شاهدي تعريف، والإشارة بدقة الى صفة الموصي ، والموصى له ، والموصى به، ثانيهما وفي حال وجود مانع من اثبات الوصية بالطرق المقررة في المادة الاولى يتم اللجوء الى الاستثناء وهو الحكم القضائي وهذا يعني ان الوصية في القانون الجزائري هي الاخرى للأثبات دون الانعقاد ، ومن ثم لا يترتب على عدم مراعاة الشكل بطلانها .

(١) د. كمال حمدي، المواريث والهيئة والوصية ، دار المطبوعات الجامعة، القاهرة، ١٩٨٧، ص ١٩٢ .

(٢) الإمام محمد ابو زهره ، شرح قانون الوصية مصدر سابق، ص ١٠-١١ .

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

٣- **موقف المشرع الاماراتي:-** نصت المادة (٢٤٦) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي النافذ على انه ((تنعقد الوصية بالعبارة او بالكتابة فإذا كان الموصي عاجزاً عنهما فبالإشارة (المفهومة))، يتبين لنا ان النص الاماراتي رغم حداثة الا انه ساير موقف المشرع المصري ولم يعتد بالشكل كأساس لإنشاء الوصية ، وبهذا لا يمكن بطلان الوصية لمخالفة الشكل.

٤- **موقف القانون الاردني:-** من خلال الرجوع الى احكام قانون الاحوال الشخصية الاردني النافذ الذي نصت المادة ٢٥٦ منه على ان ((تنعقد الوصية بالعبارة إن كان الموصي قادراً عليها وألا فبالكتابة ، فإذا كان الموصي عاجزاً عنها انعقدت بالإشارة المعلومة)).

من خلال مدلول النص اعلاه يتضح للباحث ان المشرع الاردني لم يشترط اتخاذ شكلاً معيناً لانعقاد الوصية ، وهذا الموقف مشابه لموقف المشرع المصري الذي جعل امكانية انعقاد الوصية بالعبارة ، والكتابة والاشارة ، أي انه لم يشترط شكلاً لذلك.

الا ان المشرع الاردني خالف المشرع المصري بمدى امكانية الرجوع عن الوصية ، اذ نصت المادة (٢٥٨) من قانون الاحوال الشخصية الاردني على انه ((يجوز للموصي الرجوع عن وصيته كلها او بعضاً منها على ان يكون الرجوع صريحاً ومسجلاً لدى جهة رسمية)).

من خلال النص اعلاه يتضح لنا امكانية الرجوع عن الوصية ، الا ان ذلك مشروطاً بتسجيل الرجوع من قبل الموصي لدى الجهات الرسمية المختصة بشؤون الوصايا كالمحاكم الشرعية ، ولم يبين لنا المشرع الاردني مخالفة عدم مراعاة الرسمية المطلوبة في الرجوع عن الوصية ، لكن الراجح هو صحة الرجوع ، لان الرسمية في النص اعلاه هي الاخرى وضعت للاثبات^(١).

٥- **موقف المشرع العراقي:-** ان المشرع العراقي كان صريحاً على اتخاذ الوصية شكلاً معيناً وبخلاف ذلك لا تعتبر الوصية ، وبما ان كلمة (لا) من صيغ النهي كما بينا ذلك سابقاً ، وان النهي يقتضي البطلان ، لذا في حال عدم مراعاة الشكل المطلوب تبطل الوصية ، وهذا ما اشارت له المادة (١/٦٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي اذ جاء فيها ((لا تعتبر الوصية الا بدليل كتابي موقع من قبل الموصي او مبصوم بختمه او طبعة ابهامه فإذا كان الموصى به عقاراً او منقولاً تزيد قيمته على خمسمائة دينار وجب تصديقه من قبل كاتب العدل)).

(١) د. محمد حسن القضاة ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٢٥٢.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

ودون الخوض في التغييرات التي جرت بعد ذلك وجعلت المسائل الخاصة بالوصية العقارية تخضع من حيث الشكل الى محاكم الاحوال الشخصية وهذا الامر اتضح لنا بموجب قانون الكتاب العدول رقم ٢٧ لسنة الملغى ١٩٧٧ اذ نصت المادة (٢/١٥) منه على انه (لا يجوز للكتاب العدل تنظيم او توثيق العقود التي تتعلق بالتصرفات العقارية او أي تصرف يفرض القانون لانعقاده شكلاً معيناً) وحتى بعد الغاء هذا القانون بقي الحال على ما كان عليه حسب قانون كتاب العدول النافذ رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٨ ، اما بشأن الوصية بالعقار فأصبحت ومنذ تاريخ صدور القانون رقم ١٩٧٧ من اختصاص المحاكم الشرعية (محكمة الاحوال الشخصية ومحكمة المواد الشخصية)، يتضح لنا ان مراعاة الشكل وفقاً لأحكام القانون العراقي امراً حتمياً لان الشكل من خلق القانون ، والقانون بين ذلك بشكلاً صريحاً^(١).

الا ان موقف محكمة التمييز العراقية جاء في مبدأ جديد يبين ان عدم الاعتبار الموجود في نص المادة (٦٥) من قانون الاحوال الشخصية المقصود فيه هو ان الكتابة الواردة في نص المادة للإثبات وليست للانعقاد، ومن ثم يمكن اثبات الوصية بالشهادة في حال وجود مانع مادي في ذلك^(٢).

من خلال ما تقدم يتضح لنا ان الشكل لا يعتد به كأساس للبطلان في حال تخلفه ، وهذا ما بينته النصوص القانونية السابقة والاحكام القضائية، أي ان الشكلية في قانون الاحوال الشخصية تختلف عن الشكلية في القوانين المدنية من حيث الاثر.

ثانياً:- الاعتبار الموضوعي :- بعد ان اتضح لنا ان الاعتبار الشكلي لا يمكن الاعتماد به كأساس للبطلان ، يثار لدينا سؤالاً مفاده: هل يعد الاعتبار الموضوعي هو الاساس الوحيد للبطلان ، ام ان هنالك اسس يمكن من خلالها بطلان مسائل الاحوال الشخصية غير الاعتبارين اعلاه؟

ان الاجابة عن السؤال اعلاه تدفع بنا الى البحث عن النصوص الموضوعية الواردة في متن قوانين الاحوال الشخصية محل المقارنة والتي يمكن من خلالها بطلان تلك المسائل من عدمها ومن ثم الاعتماد بهذا الاعتبار كأساس للبطلان في مسائل الاحوال الشخصية ، لذا سنبيين ذلك من خلال الاتي:-

(١) د. حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الوصايا والمواريث في التشريع العراقي والفقہ الاسلامي، العراق، دار وارث للطباعة ، ٢٠١٨، ص ٥٦.

(٢) ينظر قرار محكمة التمييز بالعدد ٣٧/وصية/٢٠١٠ في ٢٩/٨/٢٠١٠ منشور على موقع مجلس القضاء

الاعلى الالكتروني الاتي : <https://www.hjc.iq/index-ar.php>

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

١- **موقف القانون المصري:-** اورد المشرع المصري تطبيقات كثيرة يمكن الاعتداد بها واعتبارها اساساً للبطلان في متن القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل اذ نصت المادة الاولى منه على ان ((لا يقع طلاق السكران والمكره))، وتطبيقاً لما سبق اوردت محكمة النقض المصرية قرارات على عدم ايقاع طلاق السكران والمكره ، ومن تلك القرارات، قرارها بالعدد (نقض جلسة ١٩٨١/١٢/٨ - الطعن رقم ٣١ لسنة ٥٠ ق - س ٣٢)^(١)، والذي يتضح لنا من حيثياته عدم وقوع طلاق المكره ، لكون الارادة فيه غير متوفرة.

فمن خلال نص المادة سابقة الذكر يتضح لنا ان الطلاق الذي يتم ايقاعه من الزوج في حالة السكر او الاكراه يعد طلاقاً باطلاً، ويعود السبب في ذلك الى كلمة ((لا)) الواقعة في بداية النص اذ يدل فحوى الكلمة على النهي ، وبما ان النهي كما بينا فيما سبق يقتضي البطلان حسب رأي جمهور الفقهاء ، فبهذا يعد الطلاق باطلاً، ولا يمكن الاعتداد به في ترتيب الاثار الشرعية التي سنقوم بذكرها في مورد لاحق بالتفصيل ، اما طلاق المكره فهو الاخر لا يقع ولا ينتج الاثار الشرعية الذي يرتبها الطلاق الصحيح ، ويستدل شراح القانون المصري بقول الرسول الكريم محمد (صل الله عليه وآله وسلم) ((رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))^(٢).

٢- **موقف المشرع الجزائري:-** ان المشرع الجزائري هو الاخر اعتد بالاعتبار الموضوعي كأساس للبطلان وهذا ما جاءت به نصوص قانون الاسرة الجزائري اذ نصت المادة (٢٧) من على ان ((يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب))، وهذا يعني ان الرضاع والنسب يتساوون في حرمة الزواج، فعلى سبيل الفرض يحرم زواج الاخت الشقيقة من الاخ الشقيق، بدلالة قوله تعالى ((حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ))^(٣)، وان فحوى الآية الكريمة تدل على ان الزواج بالمحرمات غير صحيح ومحرم، وكذلك الحال في زواج الاخت من الرضاع ، بدلالة قوله تعالى ((وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ)) وبدلالة قوله (ص) ((يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب))^(٤)، وبما ان كلمة يحرم الواردة في الآية الكريمة ، وقول الرسول الكريم، وكذلك في نص المادة (٢٧) من قانون الاسرة

(١) المستشار اشرف مصطفى كمال، موسوعة الاحوال الشخصية ، ج ١، طبعة خاصة بنقابة المحامين في الجيزه ، بلا سنة، ص ١٢٧-١٢٩.

(٢) الكليني، اصول الكافي (٣٣٥/٢).

(٣) سورة النساء ، جزء الايه ١٩.

(٤) يوسف كهيبة ولامي ليلي، عقد الزواج وفقاً للأحكام الجديدة لقانون الاسرة الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبدالرحمن ميره، ٢٠١٢-٢٠١٣، ص ٦٩.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الجزائري تدل على النهي ، وان النهي يقتضي البطلان ، فهذا يعني ان قانون الاسرة الجزائري اخذ بالاعتبار الموضوعي كأساس للبطلان في مسائل الاحوال الشخصية.

٣- **موقف المشرع الاماراتي:-** اشار قانون الاحوال الشخصية الاماراتي الى الاعتبار الموضوعي كأساس للبطلان ، وتلك الاشارات جاءت بنصوص صريحة ، ومن تلك النصوص نص المادة (١/٢٧٠) الذي نصت على انه ((تبطل الوصية في الحالات الآتية : ١- رجوع الموصي عن وصيته صراحة او دلالة))، ويبرر شراح قانون الاحوال الشخصية الاماراتي امكانية الرجوع عن الوصية بالقول ان الوصية لا تعد من العقود اللازمة، وبهذا فلموصي الرجوع عنها متى شاء سواء أكان ذلك الرجوع صراحةً بقول من الموصي ، او دلالة كما هو الحال في بيع منزله التي اوصى به ، وغيرها من الدلالات الاخرى^(١)

٤- **موقف القانون الاردني:-** لم يخرج القانون الاردني عن القاعدة المتبعة في القوانين الاخرى، اذ هو الاخر جعل الاعتبار الموضوعي اساساً للبطلان في مسائل الاحوال الشخصية ، وهذا ما جاءت به النصوص الواردة في قانون الاحوال الشخصية الاردني ، ومن تلك النصوص نص المادة (٨٦) اذ نصت على انه ((لا يقع طلاق السكران.....))، وان نص المادة سابقة الذكر صريحاً ، فلا حاجة لتفصيله اكثر ، وتطبيقاً لذلك قررت محكمة التمييز الاردنية في قرارها المرقم ١٠٢٧٤٤ في ٢٠١٦/٢/١٠ بطلان طلاق الزوج السكران بعد ان اقامه زوجته دعوى بذلك امام محكمة الاحوال الشخصية الاردنية مطالبة فيها ببطلان طلاقها، وايدها الزوج انه في حالة السكر عند طلاقها^(٢).

٥- **موقف المشرع العراقي:-** اكد المشرع العراقي على ان الاعتبار الموضوعي يمكن الاعتداد به والاخذ بفحواه في موارد عده ، ومن تلك الموارد التي جاء به المشرع العراقي نص المادة (١/٣٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي ، اذ نصت على انه ((لا يقع طلاق الاشخاص الآتي بيانهم: ١-.....من كان فاقد التمييز من غضب)).

ويقصد بالغضب ((صفة نفسية قائمة بنفس الانسان تترتب عليه الاثار المشروعة وغير المشروعة))^(٣).

(١) المذكرة الايضاحية لقانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥، ص ٣٩٨.

(٢) لوي الصميعات واحمد القضاة، طلاق السكران في الفقه الاسلامي وقانون الاحوال الشخصية الاردني، بحث مقدم الى مجلة جامعة النجاح للابحاث الانسانية ، كلية العلوم الاسلامية ، المجلد ٣٣، العدد ٣، ٢٠١٩، ص ٤٥٤.

(٣) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن، مصدر سابق، ص ١٣٣.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

من خلال التعريف اعلاه يتضح لنا الغضب لوحده غير كاف لبطلان الطلاق، الا اذ لحقه فقدان التمييز ، وهذا ما اكدته محكمة التمييز الاتحادية^(١) في احد قراراتها والذي جاء في حيثياته، ان الغضب لوحده غير كاف لبطلان الطلاق ، مالم يلحقه فقدان التمييز، مما يقتضي احضار الشهود ومناقشتهم عن هذه الجهة ومن ثم اصدار الحكم بعد ذلك^(٢).

مما تقدم ذكره يتبين لنا ان المشرع العراقي اورد نصوصاً متعددة يمكن ان يبني عليها البطلان ، ومن تلك النصوص نص المادة سابق الذكر، بالإضافة الى ذلك فإن القوانين المقارنة هي الاخرى جعلت من الاعتبار الموضوعي هو الاساس القانوني للبطلان، وبهذا نخلص الى نتيجة مفادها ان الاعتبار الموضوعي هو الدليل الوحيد الذي يستدل فيه قاضي محكمة الاحوال الشخصية عند بطلان مسائل الاحوال الشخصية؛ لأن الاعتبار الشكلي وكما بينا فيما سبق لا يمكن الاعتماد به لبطلان مسائل الاحوال الشخصية

المطلب الثاني

مراتب البطلان في الفقه والتشريع

بعد ان اتضح الاساس الذي يبني عليه البطلان فيما سبق ارتأينا ان نبين في هذا المطلب مراتب البطلان في اطار الفقه والقانون ، اذ اننا سنتطرق في الفرع الاول عن مراتب البطلان في اطار الفقه، ومن ثم نبين فيما بعد مراتب البطلان في قوانين الاحوال الشخصية من خلال تقسيم هذا المطلب الى فرعين سنبيين في اولهما مراتب البطلان في الفقه الاسلامي والقانون ، ومن ثم نتطرق في الفرع الثاني عن مراتب البطلان في قوانين الاحوال الشخصية محل المقارنة وحسب الاتي:-

الفرع الاول

مراتب البطلان في الفقه الاسلامي والقانون

ارتأينا في هذا الفرع التطرق الى مراتب البطلان لدى فقهاء القانون وفقهاء الشريعة الاسلامية من خلال تقسيم هذا الفرع الى فقرتين ، سنبيين في اولهما موقف الفقه الاسلامي من مراتب البطلان وفي ثانيهما موقف الفقه القانوني من مراتب البطلان ، وبحسب الترتيب الاتي:-

(١) قرارها بالعدد ٢٥٠٢ في ١٢-٨-٢٠٠٨

(٢) نقلاً عن المحامي سرکوت کمال علي، مدونة قانونية تهدف الى نشر الثقافة القانونية على الرابط الالكتروني

الاتي:- ٢٠١٥/٠٨ http://sarkawtk.blogspot.com/

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

اولاً:- موقف الفقه الاسلامي:-

تتعدد مراتب البطلان لدى فقهاء القانون كما سنبين ذلك لاحقاً ، الا اننا نتسأل عن مراتب البطلان في الفقه الاسلامي؟

من خلال الرجوع الى الكتب الفقهية في هذا المورد اتضح لنا ان البطلان في الفقه الاسلامي على مرتبة واحدة ، ولا يمكن ان يكون البطلان الى عدة مراتب وبالخصوص في مسائل الاحوال الشخصية ، لان حكم البطلان هو العدم ولا يمكن ان يكون العدم الى مراتب متعددة^(١).

الا ان هنالك من يذهب الى القول بأن الفقهاء المسلمين يعرفون البطلان بمراتب متعددة منها البطلان المطلق والبطلان النسبي، ويوردون تطبيقات لذلك ، فمن صور البطلان النسبي اذا تخلل التصرف القانوني شرطاً مخالفاً لاحكام الشريعة الاسلامية والقانون فحكم هذا الشرط باطلاً بدلالة قول الرسول الكريم محمد (ص) ((أما بعد : ما بال اناس يشترطون شروطاً ليس في كتاب الله ، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له، وإن شرط مائة مرة ، شرط الله احق واوثق))^(٢).

وان مدلول الحديث الشريف يتحدث عن الشروط غير الصحيحة في التصرفات القانونية ، ففي هذه الحالة يتم الحكم ببطلان الشرط دون التصرف ، الا ان هذا الامر لا يمكن ان نطلق عليه البطلان النسبي، وانما يطلق عليه بانتقاص التصرف القانوني المبين سابقاً ، او البطلان الجزئي، اذ اننا وكما بينا سابقاً البطلان النسبي يحكم به في حال صدور الرضا عن ناقص الاهلية ، او اذا كان هنالك عيب من عيوب الارادة كالغلط والاكراه ، وهذا الامر غير متحقق في هذا المورد وهنالك من ذهب الى القول ان عيوب الارادة لا تؤدي الى اعتبار التصرف باطلاً بطلاناً نسبياً وانما يعد موقوفاً على اجازة صاحب التصرف المعيب^(٣)، ومن التطبيقات الاخرى الذي ذهب اليها بعض الفقهاء هو زواج الشغار ويقصد به ان يزوج الرجل ابنته مقابل ان يتزوج ابنة الرجل الاخر بلا مهر ، فيذهب اصحاب هذا الرأي الى ان الزواج صحيح والشرط باطل، ويقولون ان البطلان في هذا المورد نسبياً، وبدورنا ننتقد ذلك كما سبق في التطبيق الاول^(٤).

(١) د. محمد حسنين، نظرية بطلان العقد في الفقه الاسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ١٩٨٨، ص ٨٥

(٢) مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، ج٢، دار طيبة، بلامكان طبع، ١، ٢٠٠٦، ص ١١٤٢.

(٣) وهذا ما ذهب اليه الدكتور جميل الشرقاوي وايده بذلك الدكتور محمد بحر العلوم وهذا هو ديدن الفقه الاسلامي ، ينظر د. محمد بحر العلوم، عيوب الارادة في الشريعة الاسلامية، دار العلوم، القاهرة، ط٢، ٢٠٠٠، ص ١٥٩.

(٤) عبدالعزيز محمد عبداللطيف ، مصدر سابق، ص ٣٠

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

مما تقدم يتضح لنا ان البطلان في الفقه الاسلامي على مرتبة واحدة ولا يمكن ان يكون بمراتب متعددة ، لان العدم لا يتعدد، الا ان الخلاف الذي ثار فيما بعد بين الفقهاء المسلمين بشأن التصرفات القانونية غير الصحيحة ، هل هي بمرتبة واحدة ومن ثم يتم الحكم عليها بالبطلان ، ام ان التصرفات غير الصحيحة بمراتب متعددة ؟

ان الاجابة عن ذلك يقتضي بنا التطرق لجميع مسائل الاحوال الشخصية محل البحث، لمعرفة مدى تعدد التصرفات غير الصحيحة من عدمه، من خلال التطرق اولاً الى عقد الزواج ، ومن ثم بيان الطلاق والوصية والميراث في مورد اخر وحسب الترتيب الاتي:-

١- الزواج:

يعد الزواج احد المسائل المتعلقة بأحوال شخصية الفرد، واختلف فقهاء المذاهب الاسلامية في مراتب عدم صحة عقد الزواج الى اتجاهين وحسب الترتيب الاتي:-

الاتجاه الاول وهم اغلبية فقهاء الجمهور^(١)، الى ان عقد الزواج أما صحيحاً ومن ثم ينتج كافة الاثار التي فرضت من قبل الشرع والقانون، واما باطلاً وبهذا لا يترتب عليه اي اثر من الاثار التي يربتها الشرع والقانون، وإن حجة فقهاء الجمهور في التقسيم اعلاه ، اي تقسيم عقد الزواج الى صحيح وباطل هي المساواة بين البطلان بسبب اصل عقد الزواج المتمثل بأركانه^(٢) ، وشروط انعقاده وهنالك العديد من تلك الشروط بينها القوانين ومنها القانون العراقي^(٣) ، وبين

(١) موفق الدين ابي محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المقنع في فقه الامام احمد بن حنبل الشيباني، مكتبة السوادي، جدة ، ط١ ، ٢٠٠٠، ص ٣١٠. الماوردي، الاقناع في الفقه الشافعي (١٤٠). ابي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة ، ج١، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٨، ص ٤٢٦.

(٢) ويقصد بأركان عقد الزواج ١- العاقدان وهما الزوج والزوجة التي يشترط فيهم الاهلية والرضا .
٢- محل العقد والذي صرح اغلب فقهاء الجمهور بأن محل العقد هو حل الاستمتاع .
٣- الصيغة ويقصد بها الايجاب والقبول، اذ ان العقد لا يصحح دون ايجاب وقبول صادرين من اطراف العلاقة الزوجية او من يقوم مقامهما. ينظر د. مصطفى ديب البغا، د. محمد الحسن البغا، شرح قانون الاحوال الشخصية السوري (الزواج والطلاق)، الجامعة الافتراضية السورية، بلا سنة طبع، ص ٤٦-٤٨.
(٣) وشروط الانعقاد متعددة منها ١- ان يتفق الايجاب مع القبول في جميع الواجه.

٢- ان يكون الايجاب والقبول في مجلي واحد.
٣- ان لا يرجع الموجب عن ايجابه قبل قبول الاخر.
٤- ان يسمع كل المتعاقدين كلام الاخر ويفهمه.
٥- الشهادة على الصيغة. ينظر: د. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الاحوال الشخصية، دار الفكر ،

الاردن، ط٣، ٢٠١٠، ص ٣٧

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

وصفه المتمثل بشروط صحته^(١)، واي وصف اخر مقترن بالعقد، ويعود سبب المساواة في ذلك لدلالة مقتضى النهي ، اذ ان مقتضى النهي لدى جمهور الفقهاء هو البطلان سواءً تعلق ذلك بذات العقد ، ام بوصف ملازم له، وهذا ما نتجه اليه.

الاتجاه الثاني:- فقهاء المذهب الحنفي:- ان لفقهاء المذهب الحنفي رأي اخر اذ انهم يقسمون عقد الزواج الى صحيح وغير صحيح، وان الاخير يقسمونه الى باطل وفساد^(٢)، ودليلهم في ذلك يعود الى مقتضى النهي ، اذ انه لا يفيد التحريم في المسائل التي تتعلق بوصف خارجاً عن ماهية عقد الزواج، اما اذا تعلق النهي بأصل عقد الزواج فإنهم يتفقون مع فقهاء الجمهور في البطلان.

ويختلف العقد الباطل عن العقد الفاسد بعدة موارد منها ما يأتي :-

أ- ان البطلان والفساد يجتمعان من حيث تخلف اصل التصرف، اذ يحكم على التصرفات الذي يختل اصلها بالبطلان، وبهذا فإنهم يجتمعون في هذا المورد مع فقهاء الجمهور، فعلى سبيل الفرض اذا تخلف ركن من اركان الزوج او شرط من شروط انعقاده حكم عليه بالبطلان باتفاق المذاهب الاسلامية ، لان العيب اصاب اصل التصرف لا وصفه، الا انهم يختلفون في الوصف، اذ ان جمهور الفقهاء يبطلون التصرف لتخلف احد اوصافه المقترنة به، اما فقهاء الحنفية فيجعلون التصرف فاسدًا.

ب- يختلف البطلان عن الفساد من حيث ترتيب الاثار ، اذ يعد الاول غير منتج لأي اثر من الاثار الشرعية الا اذ كانت هنالك شبهة قوية في العقد فيمكن ان ينتج بعض الاثار على عملية الدخول، في حين يرتب الفساد من التصرفات لديهم بعض الاثار ، فعلى سبيل المثال اذا تخلف شرط من شروط صحة عقد الزواج عد العقد فاسدًا ورتب بعض الاثار الشرعية منها النسب والمهر والنفقة اذا حدث الدخول ، اما اذ لم يحدث الدخول لم يترتب اي اثر من الاثار الشرعية، اذ ان حكم العقد الفاسد قبل الدخول كحكم العقد الباطل فكلاهما لا يترتب اي اثر ، وتنقضي العلاقة الزوجية بينهما دون الحاجة الى الطلاق^(٣).

(١) يراد بشروط الصحة بأنها: ١- حضور شاهدين بالغين عاقلين مسلمين. ٢- عدم وجود مانع ثابت بدليل ٣- التأقيت. ٤- عدم وجود شرط فاسد. ٥- عدم كون الزوج والزوجة في الاحرام. ٦- كون الصيغة منجزة. ينظر: د. مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن، ص ٥٣- ٥٤.

(٢) يقصد بالعقد الفاسد :- غير المشروع بأصله دون وصفه . ينظر : صالح حميد العلي، وباسل محمود الحافي، نظرية العقد، دمشق، دار اليمامة، ط ١ ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٩٢

(٣) محمد وائل طلب ابو شرح، نظرية الفساد في الشرعية الاسلامية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس جامعة الخليل ، قسم الدراسات العليا، ٢٠١٨ ، ص ٩-١٠. ينظر : عبد الوهاب خلاف، احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية (على وفق مذهب ابي حنيفة وما عليه العمل بالحاكم)، دار القلم للنشر، الكويت، ط ٢، ١٩٩٠ ، ص ٣٩-٤٠.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

٢- الطلاق والوصية والميراث :- لا خلاف بين فقهاء المذاهب الاسلامية في مراتب البطلان المتعلقة بالطلاق والميراث والوصية ، اذ ان البطلان على مرتبة واحدة ، ولا يمكن تقسيمه الى صحيح وغير صحيح كما هو الحال في عقد الزواج^(١).

وبدورنا نذهب الى ترجيح رأي فقهاء الجمهور على رأي فقهاء الحنفية، وإنما نرى ان البطلان على مرتبة واحدة سواء اكان في عقد الزواج ام في مسائل الاحوال الشخصية الاخرى ، وسبب ترجيحنا لذلك يعود الى امرين اولهما ان القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ومصادر الحكم الشرعي الاخرى لم تضع قاعدة مدلولها ان غير الصحيح في مسائل الاحوال الشخصية يقسم الى باطل وفساد، اذ ان ادلة البطلان كانت صريحة في ذلك ، لأن الله سبحانه وتعالى اذ حرم شيء رتب على فعله البطلان لغاية قد يدركها العقل ، كما هو الحال في بطلان زواج المحارم لكي لا تختلط الانساب.

ثانيهما ان فقهاء المذهب الحنفي جعلوا من تقسيم غير الصحيح الى باطل وفساد فقط في اطار عقد الزواج، اي انها قاعدة نسبية، رغم ان الوصية والميراث والطلاق يتعلق بطلانها بأصل ووصف، فعلى سبيل الفرض بطلان طلاق الحائض اذ ان البطلان هنا لا يتعلق بأصل التصرف والمتمثل بتخلف ركن من اركان الطلاق، وانما البطلان تعلق بوصف لازم وهو الطلاق في فترة الحيض، لذا فحري بفقهاء المذهب الحنفي جعل هذا الطلاق فاسداً اسوةً بالزواج الفاسد ، اذ لا يمكن الاخذ بالأحكام الشرعية ان صح قولهم بصورةً نسبية وتطبيقها على بعض الحالات دون البعض الاخر، الامر الذي دفعنا الى ترجيح رأي فقهاء الجمهور بدلالة القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

ثانياً:- موقف الفقه القانوني:

ظهرت عدة آراء تتحدث عن مراتب البطلان عند فقهاء القانون ، ومن اهم تلك الآراء

هي:-

١- **الرأي الاول :-** ذهب اصحاب هذا الرأي وهم اصحاب النظرية التقليدية^(٢) بتقسيم البطلان الى ثلاثة مراتب، اذ تتحدث **المرتبة الاولى** من مراتب البطلان عن الانعدام ، ويحدث هذا

(١) د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، (النظريات الفقهية والعقود) ، ج٤، مصدر سابق، ١٩٨٥، ص٢٣٨.

(٢) د. اسراء جاسم العمران، البطلان واثره على فاعلية العقد في القانون والشريعة، بحث منشور في مجلة بيت المشورة، المجلد ٢، ٢٠١٥، ص ٩٩.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الانعدام في ظل فقدان ركن من اركان التصرف المتمثلة بالرضا والمحل والسبب وهذه الاركان الموضوعية للتصرفات القانونية ، وكذلك يعد التصرف بحكم المنعدم في حال عدم مراعاة الشكل الذي خلقه القانون ، لان الشكلية وكما بينا فيما سبق من خلق القانون.

اما **المرتبة الثانية** من مراتب البطلان لدى اصحاب هذه النظرية وهو البطلان المطلق^(١) ، ويرى اصحاب هذه النظرية ان البطلان يعد مطلقاً اذا اختل في التصرفات القانونية شرطاً من الشروط التي تتضمنها الاركان ، كما هو الحال في فقدان شرط المشروعية في ركني المحل والسبب^(٢) ، الا ان اكثرية الفقهاء يعيرون هذا الرأي^(٣) ، بقولهم ان التصرف المنعدم والتصرف الباطل سواء فكلاهما لا يرتب اي اثر من الاثار التي ترتبها التصرفات الصحيحة، وكلاهما لا تلحقه الاجازة ، وكلاهما لا يرد عليه التقادم^(٤)، وبدورنا نتساءل عن سبب التفرقة بين التصرف المنعدم والباطل؟ على الرغم من ان الاثار التي تترتب على الحكمين تعد سواء .

من خلال الرجوع الى ذلك اتضح لنا ان التمييز بين التصرف المنعدم والباطل خلقه الفقه الفرنسي في اطار عقد الزواج ، اذ قرر الفقهاء الفرنسيون ان لا بطلان بدون نص ، وبهذا فلا يمكن الحكم ببطلان اي تصرف سواء في المسائل المدنية ام في مسائل الاحوال الشخصية اذ فقد النص في هذا المورد ، الا انهم اصطدموا بوقائع مادية يلزم على قاضي الموضوع الحكم ببطلانها رغم عدم وجود نص يحكمها ، ومن تلك الوقائع زواج شخصين من جنس واحد وهو ما نسميه بالزواج المثلي ، وكذلك الحال فيمن يقوم بزواج اشخاص اخرين دون ان تكون هنالك صفة رسمية لمن يتولى هذا التصرف ، الامر الذي جعل الفقهاء الفرنسيون يبحثون عن حكم يتم من خلاله معالجة هذه الوقائع ، اذ ان هذه الوقائع لا يمكن الحكم عليها بالبطلان لعدم وجود نص يمكن من خلاله الاستدلال ببطلان هذه التصرفات ، ومن خلال ظهور هذه الوقائع ظهرت لديهم

(١) يقصد بالبطلان المطلق هو جزء تخلف أحد أركان التصرف القانوني ، وهي الرضا والمحل والسبب والشكل في العقود الشكلية والتسليم في العقود العينية ، وهذا الجزء ليس فيه إيجاب للمدين على تنفيذ التزامه بل على العكس ففيه عدم اعتداد بالتصرف المخالف ومنعه من ترتيب آثاره واعتباره كأن لم يكن .

(٢) بغيزي فيرية ، مخناس ريم ، العقود الباطلة في ضوء القانون والشريعة ، ص ١٧

(٣) ومنهم الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، وكذلك الدكتور علي حلوان، والدكتور سمير تناغوا. ينظر د. عبد

الرزاق السنهوري، مصدر سابق ج ١، ص ٤٩١ .

(٤) د. سمير عبد السيد تناغوا ، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، ط ١، ٢٠٠٩، ص ٩٨ وما

بعدها.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

نظرية الانعدام^(١) ، الا ان هنالك من الفقهاء^(٢) من رد على اصحاب هذا الرأي بقولهم ان حصر البطلان بالنص يجب عدم التقيد به وعلى الخصوص في الصورتين اعلاه.

وهذه النظرية لم يأخذ بها اي قانون من القوانين محل المقارنة ، سواء في المسائل المدنية ، ام في مسائل الاحوال الشخصية ، اذ لم يوجد على الصعيد الواقعي والعملي مسائل يتم الحكم عليها بالانعدام كما فعل الفقهاء الفرنسيين فيما سبق.

في حين ان اصحاب هذه النظرية لا يكتفون بما سبق ذكره ، اذ ان هنالك مرتبة اخرى من مراتب البطلان يطلقون عليها البطلان النسبي ، وهو الذي يتم تقريره في حال صدور الرضا من عديم الاهلية ، او اذا شاب ركن الرضا عيباً كالغلط او الاكراه او التدليس فعلى سبيل الفرض لو صدر التصرف من شخص عديم الاهلية عد باطلاً بطلاناً نسبياً ، ويثار لدينا سؤال في هذا الخصوص وهو ما الفرق بين المراتب الثلاث سابقة الذكر؟

من خلال البحث في طيات الكتب القانونية اتضح لنا ان الانعدام لا يحكم به الا في وقائع معينة تم تحديدها فيما سبق ولا يرتب الانعدام اي اثاراً من الاثار القانونية التي تترتب على التصرفات الصحية ، اما البطلان المطلق فهو الاخر يشابه الانعدام في العديد من المسائل ، الا ان هذا البطلان يختلف عن الاول بالمعالجة القانونية ، اذ ان هنالك نصوصاً صريحة يستند اليها القاضي عند الحكم على مسألة معينة بالبطلان ، كما هو الحال في بطلان عقد الزواج لتخلف ركن من اركانه المتمثل بالايجاب والقبول ، الا ان البطلان المطلق ورغم بعض موارد التشبه بينه وبين الانعدام فهو يختلف عن البطلان النسبي ، اذ ان الثاني تلحقه الاجازة من قبل من له حق في ذلك ، وكذلك يتم سقوط الحق فيه خلال مدة معينة اي ان التقادم يسقط الحق بعكس البطلان المطلق.

الرأي الثاني :- ذهب اصحاب هذا الرأي الى تقسيم البطلان الى مرتبتين^(٣) تتحدث الاولى فيهما عن البطلان المطلق وهو الذي يتم تقريره في حال تخلف ركن من اركان العقد او شرط من

(١) لم يورد فقهاء القانون تعريفاً للانعدام في الاطار الموضوعي ، ويعود السبب في ذلك الى ان الانعدام والبطلان المطلق عندهم سواء ، الا ان هنالك من عرف الانعدام في الاطار الاجرائي بأنه ((عدم نشأة الرابطة الاجرائية نظراً لكون الاجراء مشوباً بعيب يفقده كل المقومات القانونية الاساسية اللازمة لوجوده او بعضها)). د. رزوق حكيم ، الفرق بين البطلان وغيره من الجزاءات في قانون الاجراءات المدنية ، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليده، العدد العاشر، بلا سنة ، ص ١٣٩.

(٢) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق، ج ١، ص ٤٩٠.

(٣) د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام مصادر الالتزام، دار النهضة ، مصر، ١٩٧٧، ص ٢٢٤.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

شروطه كما بينا سابقاً، والثاني هو البطلان النسبي^(١) وهو الذي يكون لعيب في الاهلية او غلط او غيرها من عيوب الارادة الاخرى.

الرأي الثالث:- ان الراجح لدى فقهاء القانون عدم تقسيم البطلان الى مراتب متعددة، اذ ان عدم لا يمكن ان يكون الى عدة مراتب ، أما بشأن التصرفات التي يتم بطلانها بطلاناً نسبياً فتمر بمرحلتين الاولى تلحقها الاجازة ومن ثم تنتج جميع الاثار القانونية بأثر رجعي وهنا يحكم عليه بالتصرف الصحيح، وفي حال عدم اجازة تلك التصرفات تعد باطلة ولا تنتج اي اثر من وقت نشوئها ، اي انها تبطل بأثراً رجعياً ، وهذا ما اخذ به المشرع العراقي في القانون المدني^(٢) .

وبدورنا نتساءل هل توجد مراتب اخرى غير ما سبق ذكره للبطلان ؟ ام ان فقهاء القانون اكتفوا فيما ذكر؟

من خلال الرجوع الى بعض الابحاث اتضح لنا بأن هنالك مراتب اخرى للبطلان ، وان هذه المراتب مشتقة من البطلان المطلق والبطلان النسبي ، ومن اهم تلك المراتب هي البطلان الكلي والجزئي ، اذ ان الفقه القانوني سابقاً لم يعرف سوى بطلاناً واحداً وهو البطلان الكلي ويراد به ان التصرف يتم بطلانه بأكمله ، اي اذا شاب التصرف اي خلل في جوهره يتم بطلانه كاملاً دون تجزئة ذلك البطلان الى عدة اجزاء^(٣) .

ومن ثم عرف البطلان الجزئي الذي ينشأ بسبب عيب يصيب شق من التصرف دون التصرف اكملة، فعلى سبيل الفرض اذ كان هنالك تصرفاً متكون من شقين ، الا ان احدهما باطلاً ففي هذه الحالة يتم بطلان الشق المعيب وحده دون التصرف بأكمله ، وهو ما يعبر عنها فقهاء القانون بأنتقاص التصرف القانوني^(٤)، الا اننا ننتقد ذلك التقسيم ، لان البطلان الكلي والبطلان الجزئي ليس بمراتب منفردة عن التصرفات القانونية ، وإنما يعد البطلان الكلي والجزئي من اثار التصرفات القانونية.

(١) وهو بطلان مقرر لمصلحة خاصة للأفراد، أي بطلان مقرر لمخالفة شرط نص عليه القانون لحماية مصلحة خاصة، فهو بطلان يزول بنزول من له التمسك به أي بالإجازة الضمنية أو الصريحة .

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الالتزام الجزء الاول ، ص ٤٨٩ .

(٣) ابو القاسم بن الزين ، عقد الزواج المقترن بالشرط الفاسد بين الفسخ والتصحيح، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، ٢٠١٤-٢٠١٥، ص ١٠٥ .

(٤) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت، ط١، ١٩٩٨، ص ١٩٨ .

الفرع الثاني

مراتب البطلان في قوانين الاحوال الشخصية

بعد ان تطرقنا في الفرع السابق لمراتب البطلان في اطار الفقه الاسلامي والقانون، ارتأينا في هذا الفرع بيان مراتب البطلان في النصوص القانونية وعلى وجه الخصوص النصوص الواردة في قوانين الاحوال الشخصية ، لذا يثار لدينا تساؤل بهذا الخصوص وهو مدى تأثير تلك النصوص بالفقه القانوني ؟ ومدى امكانية استعانة قاضي محكمة الاحوال الشخصية بالنصوص المدنية للحكم بالمسائل الواردة في الاحوال الشخصية ؟

من خلال الرجوع الى النصوص الواردة في مسائل الاحوال الشخصية وجدنا هنالك بعض الغموض في هذا الجانب ، ويكمن ذلك الغموض في عدم معالجة قوانين الاحوال الشخصية لعيوب الإرادة من جهة ، وعدم وجود جزاء في تلك القوانين يترتب على وجود عيب من عيوب الإرادة بإستثناء الاكراه الذي سنبين احكامه في مورد اخر، الا ان هنالك بعض القوانين الذي تطرقت لذلك في مسألة نقص الاهلية ، ومنها قانون تحديد سن الزواج الجزائري رقم ٢٢٤/٦٣ الصادر في عام ١٩٦٣ ، اذ نصت المادة الثالثة منه على انه ((يعتبر العقد قبل السن القانونية باطلاً بطلاناً مطلقاً ويمكن لاحد الزوجين او النيابة العامة او اي شخص له مصلحة في ذلك ان يرفع دعوى بطلان هذا الزواج ، اما بعد الدخول فيصير البطلان المطلق بطلاناً نسبياً يتعلق بالمصلحة الخاصة للزوجين ولا يمكن الطعن فيه الا من قبل الزوجين)) وان مدلول النص جاء واضحاً اذ ان القانون الجزائري اخذ بالبطلان بنوعيه المطلق والنسبي، الا ان هنالك من يذهب الى القول بأن هذا القانون يختلف من حيث النسق مع قانون الاسرة الجزائري المعدل بالامر رقم ٠٢-٠٥ لسنة ٢٠٠٥ ، اذ نصت المادة (٧) من القانون الاخير على انه ((تكتمل اهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام ١٩ سنة وللقاضي ان يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة او ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج)) الا ان القانون الاخير لم يبين الجزاء المترتب على مخالفة ذلك ، الامر الذي يجعلنا نرجع الى نص المادة (٢٢٢) من ذات القانون والذي جاء فيها ((كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى احكام الشريعة الاسلامية))، وبما ان الشريعة الاسلامية لم تجعل البطلان الى مراتب متعددة وإنما اجازت زواج القاصر فإننا نتوصل الى نتيجة مفادها ان بطلان زواج ناقص

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الاهلية في قانون الاسرة الجزائري على مرتبة واحدة، وبهذا فلا يوجد بطلان مطلق وبطلان نسبي في هذا الشأن^(١).

اما بشأن باقي التشريعات محل المقارنة فهي الاخرى لم تتطرق للجزاء المترتب على نقص الاهلية في الزواج ، الا ان هنالك من ذهب الى القول بأن زواج ناقص الاهلية يعد موقوفاً على اجازة الولي^(٢)، وهنالك من اعتبر الزواج فاسداً^(٣)، ودون الخوض في التفاصيل يتضح لنا ان القوانين محل المقارنة لم تأخذ بالبطلان المطلق والبطلان النسبي بشأن نقص الاهلية في عقد الزواج على عكس الحال في المسائل المدنية اذ انها اخذت بالبطلان المطلق والنسبي في هذا الشأن^(٤) ، الامر الذي يجعل الباحث يتساءل هل لقاضي محكمة الاحوال الشخصية الاستعانة بالنصوص المدنية ومن ثم الاخذ بالبطلان المطلق والبطلان النسبي؟.

لم نجد نصاً صريحاً يعين القاضي للاستعانة بالنصوص المدنية ، ومن ثم يتم ابطال العقد، وبهذا فسلطة القاضي تبقى تقديرية في هذا الشأن الا ان هنالك من القوانين التي لم تجعل للقاضي سلطة تقديرية ومنها قانون الاحوال الشخصية الاردني، اذ نصت المادة (٣١/ز) على انه ((الحالات التالية يكون فيها العقد فاسداً ... ز - اذا كان العاقدان او احدهما غير حائز على شروط الاهلية حين العقد)).

من كل ما تقدم يتضح لنا ان نقص الاهلية في عقد الزواج لم يجعل من بطلان العقد على مراتب ، اذ ان العقد في حالات يعد موقوفاً وفي حالات اخرى يعد فاسداً ، وهذا يعني ان قوانين الاحوال الشخصية لم تأخذ بمراتب البطلان اذا كان هنالك نقص في اهلية احد الزوجين.

اما اذا كان هنالك نقص في الاهلية في مسائل الاحوال الشخصية الاخرى كالوصية والطلاق ، فعلى سبيل الفرض اذا اوصى شخصٌ بثلاث تركته وهو ناقص الاهلية ، فما هو حكم هذه الوصية ؟

(١) بلعربي خالدية ، اثار عيوب الرضا على عقد الزواج، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة الجزائر، ٢٠١٤-٢٠١٥، ص٣٤.

(٢) الامام محمد ابو زهرة ، الاحوال الشخصية ، مصدر سابق، ص ٤٠.

(٣) د. محمد احمد حسن القضاة ، مصدر سابق، ج ١، ص ٥٧.

(٤) ينظر نص المادة (١٣٤) من القانون المدني الاردني، ونص المادة (١٠١) من القانون المدني الجزائري، ونص المادة (١١٩) من القانون المدني المصري.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

اشترطت بعض القوانين محل المقارنة ان يكون الموصي اهلاً للتبرع ، لان الوصية بحكم التبرعات ، وهذا ما جاء في مطلع الفقرة الخامسة من قانون الوصية المصري اذ نصت على انه ((يشترط في الموصي ان يكون اهلاً للتبرع قانوناً...))، الامر ذاته في قانون الاسرة الجزائري ، اذ نصت المادة (١٨٩) على انه ((يشترط في الموصي ان يكون سليم العقل بالغ من العمر (١٩) سنة على الاقل) ، اما قانون الاحوال الشخصية الاماراتي فهو الاخر بين الاهلية المطلوبة في الموصي ، اذ نصت المادة (١/٢٤٨) على انه ((تصح الوصية ممن له أهلية التبرع ولو صدرت في مرض الموت ..))، كذلك الحال في قانون الاحوال الشخصية الاردني ، اذ نصت المادة (٢٦٩/أ) على انه ((يشترط في الموصي ان يكون اهلاً للتبرع بالغاً عاقلاً رشيداً))، الا ان القوانين سابقة الذكر جميعها لم تحدد الجزاء المترتب على وصية الصغير غير المميز ، وكذلك وصية المجنون ، الامر الذي يجعلنا نستعين بالفقه الاسلامي ، اذ ان وصية ناقص الاهلية ومن في حكمه باطله، والبطلان في الفقه الاسلامي على مرتبة واحدة وكما بينا ذلك فيما سبق^(١).

اما بشأن طلاق ناقص الاهلية فيترك امره الى قاضي الموضوع ، ولا يمكن ان يطلق من دون موافقة قاضي محكمة الاحوال الشخصية ، وبهذا تنتفي مراتب البطلان في هذه الفرضية، والامر ذاته في الميراث اذ ان نقص الاهلية لا يكون ذو اهمية في مسائل الميراث ، فالشخص سواء كان كبيراً ام صغيراً ، لا يمكن بطلان ميراث غيره منه في حالة وفاته.

اما بشأن عيوب الارادة والذي سنبين احكام الغلط والتدليس والغبن مع التغيرير، ونترك الاكراه في مورد اخر ، الامر الذي يجعلنا نتساءل هل لعيوب الارادة في القوانين محل المقارنة ذات الاثر في القوانين المدنية ، ومن ثم يعد البطلان نسبي اذا كان هنالك عيب من عيوب الارادة ام في ذلك احكامٌ اخرى؟

ان قوانين الاحوال الشخصية لم تبين لنا عيوب الارادة والاثر المترتب عليها في مسائل الاحوال الشخصية ، الامر الذي يجعلنا نرجع الى احكام الفقه الاسلامي في هذا الشأن اذ انها المرجع الاصيل في حال عدم وجود نص في مسائل الاحوال الشخصية ، وهذا الامر متفق عليه من قبل اغلب قوانين الاحوال الشخصية محل المقارنة ، فعلى سبيل الفرض اذا اصاب ارادة احد الزوجين عيب الغلط فما هو حكم العقد في هذه الفرضية؟ ان الاجابة عن السؤال السابق يستدعي

(١) محمد علي محمود يحيى، احكام الوصية في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية ، ٢٠١٠، ص٥٣.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

بنا ان نفرق بين الغلط المانع^(١) ، وهو الذي يؤدي الى بطلان العقد ، والغلط المفسد لا يؤدي الى بطلان العقد الا ان التطبيقات قليلة في هذا الشأن وهناك من طرح حالة عدم البكارة كتطبيق لذلك ولا يعد عيباً يوجب بطلان العقد^(٢).

اما بشأن التدليس والغبن مع التغيرير (ودون الخوض في التفاصيل) ، لم نجد من ابطال عقد الزواج بطلاناً نسبياً بسبب التدليس^(٣) ، اذ ان في حالة التدليس اعطى الحق للطرف الاخر بفسخ العقد ، اما في حالة التغيرير فإذا كان في اركان العقد عد فاسداً ولا يرتب اثر قبل الدخول، واذا حدث الدخول رتب اثار العقد الفاسد، اما اذا كان التغيرير في مسائل اخرى كما هو حال التغيرير في الكفاءة اجاز الفقهاء للطرف الاخر فسخ العقد وفي كلا العيين لم يوجد هنالك بطلان نسبي او مطلق^(٤).

اما بشأن عيوب الارادة في مسائل الاحوال الشخصية الاخرى كالطلاق والوصية والميراث وإن كانت هنالك بعض التطبيقات عليها رغم قلتها، الا ان الجزاء المترتب على عيوب الارادة في هذا الخصوص لا يؤدي الى ابطال مسائل الاحوال الشخصية ، اذ ان الطلاق والميراث والوصية إما تصرفات صحيحة وترتب جميع الاثار وإما باطلة والبطلان هنا على مرتبة واحدة ، وبهذا نخلص الى نتيجة مفادها ان البطلان في قوانين الاحوال الشخصية على مرتبة واحدة ، ولا يوجد هنالك بطلان مطلق واخر نسبي ، على عكس الحال في المسائل المدنية ، وبهذا فإينما ذكرت كلمة بطلان فيما بعد نعني بها البطلان الذي لا يرتب اي اثر ولا تلحقه الاجازة ولا يرد عليه التقادم، وهذا ما هو عليه في القانون المدني العراقي ، الذي لم يقسم البطلان

(١) الغلط وهو الذي يعدم الرضا فيمنع من انعقاد العقد ويقع في ماهية العقد او طبيعته او محله، فالغلط في ماهية الشيء مثاله من تصرف ارادته الى ابرام عقد زواج ، الا ان الارادة الثانية انصرفت الى تكوين علاقة حرة ، ومثال الغلط في طبيعة الشيء كمن يبرم عقد زواج معتقد انه مجرد صداقة عاطفية او ما شابه ذلك ، دون ادراك ما يرتبه من واجبات جسدية ومادية ومعنوية على الطرف الاخر ، اما الغلط في محل الشيء كمن يتزوج امرأة ضاناً انها هند فتبين انها ليلي. ينظر - عبد الحميد العيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وانهاية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، قدمت الى جامعة ابي بكر بلقايد ، ٢٠١٣ ، ٢٠١٤ ، ص ٦٣.

(٢) بلعربي خالدية، مصدر سابق ، ص ٤٠.

(٣) بسام موسى النزلي، احكام صور التدليس المعاصر في عقود الزواج، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعة والقانون جامعة غزة ، ٢٠١٠ ، ص ٩٧.

(٤) بسمة عثمانى ، التغيرير واثره في عقد النكاح بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف ، ٢٠١٦ ، ص ٧٧.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الى مطلق ونسبي ، اذ ان الاثر المترتب على عيوب الارادة في القانون المدني العراقي هو جعل التصرف موقوفاً.

الا ان الامر لا ينتهي عند هذه النقطة ، فظهر خلاف بين الفقهاء المسلمين بتقسيم التصرف غير الصحيح الى باطل وفساد وهذا ما تطرقنا له فيما سبق، الامر الذي عكس انظاره على موقف مشرعي قوانين الاحوال الشخصية محل المقارنة^(١) ، فنجد من ذهب منهم الى ان غير الصحيح في مسائل الاحوال الشخصية على مرتبتين احدهما باطلاً اذا اصاب العيب مخالفة في اصل التصرف، والاخر فاسداً اذا حدث الخلل في وصف التصرف دون اصله، وهذا هو رأي فقهاء المذهب الحنفي.

في حين لم يفرق البعض الاخر من مشرعي قوانين الاحوال الشخصية بين باطل التصرف وفساده، اذ ان الاثنين في مرتبة واحدة، ومرد ذلك هو ان العيب سواء اصاب اصل التصرف ام وصفه يجعل منه باطلاً ولا يترتب عليه اي اثر من الاثار الشرعية والقانونية، وهذا موقف جمهور الفقهاء.

بعد ان بينا مدى تأثير النصوص القانونية محل المقارنة بالفقه الاسلامي، واتضح لنا هنالك من اخذ بالفقه الحنفي ، والاخر اخذ برأي جمهور الفقهاء ، ارتأينا بيان الرأي القانوني من ذلك ومدى تأثيره من خلال اتجاهين وحسب الاتي:-

الاتجاه الاول:- النصوص المتأثرة برأي الفقه الحنفي:- تأثرت العديد من القوانين برأي الفقه الحنفي ومن تلك القوانين ، قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المصري المعدل والنافذ، اذ ان القانون رغم خلوه من تنظيم صريح لذلك الا اننا وجدنا تطبيقات من قبل المحاكم في مصر تقسم العقد غير الصحيح الى باطل وفساد^(٢) ، اذ جاء في فحوى القرار ، ان النسب يثبت بالزواج الفاسد، وبما ان الزواج كان بلا حضور شهود ونتج عنه ابناء ، فإن نسب الابناء يعد ثابتاً الى ابائهم رغم اعتبار الزواج فاسداً حسب رأي فقهاء المذهب الحنفي^(٣).

(١) وهذا ما ذهب اليه قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المصري وكذلك قانون الاحوال الشخصية الاردني والاماراتي وكذلك الحال بشأن قانون الاسرة الجزائري ، وان التفصيلات سابقة الذكر بينهاها من خلال التطرق الى حيثيات اطروحتنا.

(٢) ومن تلك التطبيقات هي (القرار رقم ٧٣ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٩/٥/٢٣، وكذلك القرار رقم ٥٩ لسنة ٦٦ ق- جلسة ١٩٩٦/١٢/٢٠)؛ المستشار اشرف مصطفى كمال، مصدر سابق، ج٢، ص ٤٧٠.

(٣) بسمة عثمانى، مصدر سابق، ص ٧٧.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

وهذا ما جاءت به احد قرارات محكمة النقض المصرية^(١) ، اذ كان موجز القرار ومدلوله هو اثبات نسب الابناء الحاصل من زواج امرأة مسلمة من رجل مسيحي رغم جهلها بديانته، الا ان محكمة النقض اثبتت نسب الطفل استناداً الى ارجح الاقول من مذهب ابي حنيفة ، وعد الزواج فاسداً يترتب اثاراً ومن تلك الاثار ثبوت النسب.

اما بشأن قانون الاسرة الجزائري فإنه هو الاخر كان متأثراً بموقف الفقه الحنفي اذ انه افرد فصلاً خاصاً في قانون الاسرة الجزائري ، وهو الفصل الثالث كان بعنوان النكاح الفاسد والباطل ، والذي تطرق فيه عن احكام النكاح الفاسد والباطل في المواد (٣٢-٣٥) رغم عدم صراحة ذلك الا اننا يمكن ان نستنتج هذا الامر من نص المادة (٣٣) والذ جاء فيها ((اذا تم الزواج بدون شهود او صداق او ولي في حال وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل))، وبهذا فإن عقد الزواج غير الصحيح في قانون الاسرة الجزائري رقم ٨٤-١١ لسنة ١٩٨٥ يقسم الى باطل وفاسد، وهذا يعني ان تخلف اي شرط من شروط الصحة الواردة في قانون الاسرة الجزائري ومن ضمنها على سبيل الفرض نص المادة (٩) مكرر التي نصت على انه ((يجب ان تتوافر في عقد الزواج الشروط الاتية :- الشاهدان)) وهذا يعني ان عدم حضور الشاهدين في مجلس العقد يجعل من العقد فاسداً ، لا يترتب عليه المهر قبل الدخول، في حين يترتب عليه مهر المثل اذا حدث الدخول وهذا الامر يمكن استنتاجه من مدلول نص المادة (٣٣) اعلاه^(٢).

ولم يختلف موقف قانون الاحوال الشخصية الاماراتي عن مواقف القوانين اعلاه ، اذ هو الاخر جعل عقد الزواج غير الصحيح يقسم الى باطل وفاسد ، لكنه كان اكثر صراحةً من القوانين السابقة ، وتكمن تلك الصراحة في بيان العقد الفاسد والباطل في نصوصه ، اذ نصت المادة (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي على انه ((الزواج صحيح وغير صحيح ، وغير الصحيح يشمل الفاسد والباطل)).

يتضح لنا من مدلول النص اعلاه ان قانون الاحوال الشخصية الاماراتي هو اكثر القوانين تأثراً بموقف الفقه الحنفي، الا انهم يختلفون عنهم في صياغة تعريف الزواج الفاسد ،

(١) القرار رقم ٦١ لسنة ٥٦ جلسة ١٩٨٨/٣/٢٦. ينظر احكام محكمة النقض في ثبوت النسب ونفيه على الرابط

الالكتروني الاتي :- <https://lawyeregypt.net>

(٢) ينظر : لعمرىو نسرين، أحفير بلندی، اشكاليات ابرام عقد الزواج في القانون الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبدالرحمن ميره، ٢٠١٥-٢٠١٦، ص ٣٢ وما بعدها.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

فكما بينا سابقاً ان الزواج الفاسد هو المشروع بأصله دون وصفه ، الا ان قانون الاحوال الشخصية الاماراتي يصف الزواج الفاسد بأنه الزواج الذي اختلت بعض شروطه وهذا ما نصت عليه المادة (٥٩) من القانون المذكور، وان وجه الاختلاف بين القانون الاماراتي والفقهاء الحنفي يكمن في ان تخلف الشروط يقتصر على تلك المتعلقة بشروط الصحة فقط دون شروط الانعقاد لكي يصبح العقد فاسداً في الفقه الحنفي، اما نص قانون الاحوال الشخصية الاماراتي جاء مطلقاً، والمطلق يجري على اطلاقه وبهذا إن اردنا التوسع في النص لاعتبرنا ان عقد الزواج يعد فاسداً ان تخلف فيه شرط من شروط الانعقاد وذلك غير صحيح ؛ لأن هنالك اتفاق من قبل فقهاء المذاهب الاسلامية والقوانين على اعتبار عقد الزواج يعد باطلاً ان تخلف فيه أي شرط من شروط الانعقاد^(١).

ولحق قانون الاحوال الشخصية الاردني النافذ بالقوانين سابقة الذكر، اذ هو الاخر قسم العقد غير الصحيح الى باطل وفاسد ، واتضح لنا هذا الامر من خلال نصوص عدة ، ومنها نص المادة (٣٤) الذي نصت على انه ((اذا وقع العقد فاسداً ولم يتم به الدخول لا يفيد حكماً اصلاً ولا يرتب أثراً، اما اذا تم به الدخول فيلزم به المهر والعدة ويثبت به النسب وحرمة المصاهرة ولا تلزم به بقية الاحكام كالأرث والنفقة)).

ان نص المادة سابق الذكر بين لنا ، هنالك عقد يسمى بالعقد الفاسد ، وهذا هو موقف الفقه الحنفي، لحق هذا العقد بالبطلان اذا لم يتم الدخول واستنتجنا ذلك من خلال عدم ترتيب اي اثر من الاثار الشرعية ولقانونية، اي لا نفقة ولا توارث ولا مهر وغيرها من الحالات الاخرى التي يجب الامتثال لها في العقد الصحيح، اما اذا حدث الدخول في العقد الفاسد فإن الامر يختلف بعض الشيء ، اذ ان هنالك اثراً تترتب على ذلك ومن تلك الاثار المهر ، والعدة ، والنسب ، وحرمة المصاهرة، الامر الذي يجعل بنا ان نستنتج ان العقد الفاسد بعد الدخول اقرب الى العقد الصحيح دون الباطل^(٢).

والامر لا يقتصر على ما ذكر اعلاه اذ ان المشرع الاماراتي تطرق للأثار الذي يرتبها العقد الفاسد في نص المادة (٦٠) اذ جاء فيها ((يترتب على الزواج الفاسد بعد الدخول الاثار الاتية :-١- الاقل من المهر المسمى ومهر المثل. ٢- ثبوت النسب . ٣- حرمة المصاهرة . ٤- العدة . ٥- النفقة مادامت المرأة جاهلة فساد العقد)).

(١) المذكرة الايضاحية لقانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥، ص ١٣٠.

(٢) د. محمد حسن القضاة، مصدر سابق، ج ١، ص ١٣١.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

وتطبيقاً لما سبق اوردت محكمة النقض في امارة ابو ظبي العديد من الاحكام القضائية التي تؤيد من خلالها النصوص سابقة الذكر ، والتي تقسم النكاح غير الصحيح الى باطل وفساد، اذ جاء في مضمون القرار ان فسخ عقد النكاح الفاسد شرعاً حماية لحق الله تعالى في ايقاف المعاشرة المحرمة شرعاً بسبب فساد النكاح؛ لان ركن الولي لم يكن متوفراً في هذا النكاح، الا ان فسخ النكاح بسبب فساد العقد ينتج اثاراً ومنها ثبوت النسب، وهذا تطبيق لنص المادة (٦٠) الوارد فيما سبق^(١).

بعد ان انهينا موقف اصحاب الاتجاه الاول اتضح لنا امور عدة ومنها :-

١- ان قوانين الاحوال الشخصية كانت متأثرة تأثيراً كبيراً بالفقه الحنفي، اذ انها جعلت من العقد غير الصحيح يقسم الى باطل وفساد، ورتبت اثار عدة على العقد الفاسد بعد الدخول ، الامر الذي جعلنا نلحق العقد الفاسد بعد الدخول بالعقد الصحيح، لان العقد الصحيح هو من ينتج الاثار دون غيره.

٢- ان ما يؤكد تأثر القوانين سابقة الذكر بالفقه الحنفي انها جعلت من تقسيم الباطل والفساد في اطار عقد الزواج فقط ، دون مسائل الاحوال الشخصية الاخرى كالميراث والوصية والطلاق، وهذا مؤشر سلبي ، لان القاعدة الذي وضعها فقهاء المذهب الحنفي بتعريف التصرف الفاسد بأنه مشروعاً بأصله دون وصفه يجب ان تطبق على جميع مسائل الاحوال الشخصية دون القصور على بعضها كما فعلوا وقصروها على عقد الزواج، في حين هنالك مسائل في الاحوال الشخصية يمكن ان يكون اصلها مشروع ووصفها غير مشروع ويحكم ببطلانها لا فسادها ، كما هو الحال في طلاق الحائض ، اذ الاصل فيه مشروع ، لكن الوصف غير مشروع.

٣- لم يوجد دليل صريح على ما ذهب اليه اصحاب الاتجاه الاول بتقسيم العقد غير الصحيح الى باطل وفساد، اذ ان لكل تصرف دليلاً سواء أكان ذلك في مصادر الحكم الشرعي الاصلية المتمثلة بالقرآن والسنة النبوية، ام مصادر التبعية المتمثلة بالقياس والاستصحاب وغيرها.

٤- لما سبق ذكره من ايضاحات بهذا الشأن لم يؤيد الباحث موقف القوانين المقارنة سابقة الذكر الذي اتجهت بتقسيم العقد غير الصحيح الى باطل وفساد، والمستوحاة من الرأي المنفرد الذي ذهب اليه فقهاء المذهب الحنفي.

^(١)ومن تلك التطبيقات (الحكم رقم ٢٣/٤/٢٠٠٨ . الطعن رقم ٥٢٤/٤/٢٠٠٨ . جلسة ٢٠٠٨/١١/١٩) . ينظر المستشار مصطفى عبيد، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة النقض بأمارة ابو ظبي في خمس سنوات (٢٠٠٧-٢٠١١)، بلا دار طبع، ط١، ٢٠١٤، ص ٣٩٦.

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الاتجاه الثاني:- ذهب اصحاب هذا الاتجاه الى ان البطلان على مرتبة واحدة ولا يمكن تقسيم غير الصحيح الى باطل وفساد، وهذا رأي جمهور الفقهاء الذي يؤيده الباحث للأسباب سابقة الذكر، ونهج هذا النهج قانون الاحوال الشخصية العراقي^(١)، اذ نصت المادة (١/٦) منه على ان ((لا ينعقد عقد الزواج اذا فقد شرط من شروط الانعقاد والصحة المبينة فيما يأتي:-

- أ- اتحاد مجلس الايجاب والقبول
- ب- سماع كل من العاقدين كلام الاخر واستيعابهما بأن المقصود منه عقد الزواج.
- ت- موافقة القبول للايجاب
- ث- شهادة شاهدين متمتعين بالاهلية القانونية على عقد الزواج.
- ج- ان يكون العقد غير معلق على شرط او حادثة غير محققة.

الواضح من مفهوم المادة السابقة ان اي تخلف في شروط الانعقاد والصحة الوارد في نص المادة اعلاه يجعل من العقد باطلاً، وتبين لنا هذا الامر من كلمة (لا ينعقد) الواردة فيما سبق، الا ان نص المادة سابقة الذكر تعرضت للانتقاد من قبل شراح قانون الاحوال الشخصية العراقي، ويكمن هذا الانتقاد فيما يأتي:-

- ١- ان نص المادة لم يكن شاملاً لجميع الشروط الشرعية لعقد الزواج.
- ٢- انها ساوت بين شروط الانعقاد وشروط الصحة، فعدت العقد باطلاً اذا تخلف اي شرط منهما سواء اكان من شروط الانعقاد او الصحة، وهذا الامر غير صحيح؛ لان تخلف شرط من شروط الانعقاد يجعل من العقد باطلاً ، اما تخلف شرط من شروط الصحة يجعل من العقد فاسداً، وهذا موقف فقهاء الحنفية كما بينا سابقاً، ويظهر ان الكاتب كان متأثراً بهم^(٢).

الا ان الامر لا يقتصر على هذا الشأن فقط اذ ان القضاء العراقي ذهب في بعض اتجاهاته الى تقسيم عقد الزواج غير الصحيح الى باطل وفساد، وهذا الامر يتضح لنا من خلال قرار عدة^(٣) ، وجاء في حيثيات هذا القرار الذي ايدته محكمة التمييز والصادر من محكمة الاحوال الشخصية في الناصرية والذي يقضي برد الدعوى التي اقامتها المدعية مطالبة فيها بتصديق عقد الزواج المؤقت (المتعنة) بتاريخ ٢٠١٦/٨/٣٠ وبمهر مليوني دينار غير مقبوض، اذ ردت

(١) رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ النافذ

(٢) د. فاروق عبدالله كريم، مصدر سابق، ص ٤٣.

(٣) منها قرار محكمة التمييز العراقية هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية بالعدد ٦٨٠٦/ت/٢٠١٧ في ٢٠١٧/١٠/٣٠

الفصل الاول :- مفهوم البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

محكمة الموضوع دعوى المدعية ، وقام وكيل المدعية بتمييز القرار امام محكمة التمييز التي هي الاخرى ايدت قرار محكمة الموضوع مسببه ذلك ان عقد الزواج المؤقت يعد عقداً فاسداً لانتفاء شرط من شروط الانعقاد وهو القصد من الزواج يجب ان يكون على الديمومة وليس على التأقبت.

يتبين لنا من مفهوم القرار اعلاه ان القضاء العراقي يقصد بالفساد البطلان لان من شروط انعقاد عقد الزواج ان يكون على التأيد ، وبما ان التأيد غير متحقق في القرار اعلاه فأمر قرار محكمة التمييز الاتحادية اعلاه قرار صائب ، ولكن كان الاجدر بالقضاء العراقي ان يقول ان تخلف احد شروط الانعقاد يترتب عليه البطلان بشكلٍ صريح لا شكلٍ ضماني .

اما رأي الباحث بخصوص مراتب البطلان فيذهب الى القول بأن البطلان على مرتبة واحدة ولا يمكن تقسيمه الى مراتب عدة بدلالة ان النهي الذي ورد في القرآن يقتضي البطلان وهذا ما ذهب اليه جمهور الفقهاء، اما من يذهب الى ان غاية عقد الزواج الفاسد هو التخفيف من اثار البطلان ، فهذا كلام غير دقيق على اطلاقه، اذ ان البطلان لا يمكن التخفيف من اثاره، لان التخفيف يعني مخالفة احكام الشريعة الاسلامية الغراء ، الا ان الامر يمكن ان يكون بغير هذا المعنى فيبقى البطلان مرتبة واحدة ، وان اصبحنا امام واقعة مادية ففي ذلك كلام سنبينه فيما بعد.

الفصل الثاني

صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

تمهيد وتقسيم

تتعدد صور البطلان بتعدد اسبابها، اذ ان الاسباب التي تؤدي الى البطلان كثيرة منها ما هو متفق عليها بين الفقهاء المسلمون، ويستدلوا على ذلك بما ورد في كتاب الله وسنة رسوله وما اجمع عليه الفقهاء وتم ايراد نصوص تشريعية لتلك الصور من قبل اغلب مشرعي قوانين الاحوال الشخصية المقارنة ولاسيما القانون العراقي وفي حال عدم وجود نص تشريعي فيها يمكن الرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية الغراء ؛ لان هذه الحالات المتفق عليها لا يمكن ان يصدر بها حكماً مختلفاً ومن ثم ستكون المبادئ التمييزية متفقه في هذا الشأن وهذا هو المراد.

وهناك حالات لم يتم الاتفاق على بطلانها بين الفقهاء المسلمين وذلك لعدم وجود نصوص تشريعية تبطل تلك المسألة ، او لوجود نصوص ضمنية اختلف الفقهاء في تفسيرهما الامر الذي عكس نظاره على ارائهم الفقهية، فمن وجد تفسير النص ينافي الشرع والقانون حكم ببطلان المسألة، ومن يرى خلاف ذلك حكم بعدم بطلانها وإن كان الشخص اثم عليها، والمسائل الخلافية سابقة الذكر كان لها بالغ الاثر في مسائل الاحوال الشخصية اذ ان اغلب التشريعات كانت متأثرة بالاراء الفقهية وعلى ضوء ذلك شرع قانون الاحوال الشخصية مستمد احكامه ونصوصه من الشريعة الاسلامية ، فقوانين الاحوال الشخصية كانت متأثرة بالمذهب السائد في بلدهم .

وان حالات بطلان الاحوال الشخصية متعددة منها امور غير مالية واخرى مالية وسبق وأن بينا في نطاق بحثنا ان الامور التي سنتناولها تقتصر على اهم تلك الحالات وهي (الزواج والطلاق والوصية والميراث) ، اذ ان الزواج والطلاق يعد من مسائل الاحوال الشخصية غير المالية، اما بشأن الميراث والوصية فتعد من ابرز مسائل الاحوال الشخصية المالية، لذا سنبين ذلك عن طريق ايراد صور وتطبيقات لكل حالة من الحالات سابقة الذكر.

من كل ما تقدم ارتأينا تقسيم هذا الفصل على مبحثين سنبيين في اولهما حالات بطلان الرابطة الزوجية وهذا المبحث يعد من مسائل الاحوال الشخصية غير المالية ويشتمل على حالات بطلان انشاء الرابطة الزوجية وانقضائها، ونتطرق في ثانيهما الى بطلان المسائل المالية

في الاحوال الشخصية، وسنبين في هذا المبحث حالات بطلان الوصية والميراث وحسب الترتيب الاتي:-

المبحث الاول

بطلان الرابطة الزوجية

يمكن القول ان الرابطة الزوجية لها بداية ونهاية ، والحالتين كلاهما يمكن ان تتعرض للبطلان، وثار الخلاف الفقهي في ذلك الشأن الذي عكس نظاره على النصوص القانونية، اذ هنالك العديد من الدول تتأثر بمذهب معين، ومن ثم تشريع النصوص القانونية لما يتوافق مع ذلك المذهب ، فعلى سبيل الفرض نجد التشريع المصري متأثراً تأثيراً واضحاً بالفقه الحنفي، وفيما يخص التشريعات الاخرى كالتشريع الجزائري والاماراتي والاردني اذ نجدهم متأثرين برأي جمهور الفقهاء ، اما بخصوص التشريع العراقي فقد نصت المادة (٢/١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على انه (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون).

وتتعدد الحالات التي يتم فيها بطلان الرابطة الزوجية من حيث الانشاء والانقضاء، وان كثرة تلك الحالات يعود الى اسباب متعددة سيأتي بيانها بشكل مفصل فيما بعد، وقد عالج المشرع بعض تلك الحالات ولم يعالج بعضها الاخر، الامر الذي جعلنا نبحت عن تلك الاحكام في القواعد العامة للنصوص القانونية، واذا كانت الاخيرة لا تسعفنا على ذلك نرجع الى الاراء الفقهية بهذا الشأن؛ لأن القوانين محل المقارنة جميعها جعلت من الشريعة الاسلامية المصدر الاول لمسائل الاحوال الشخصية في حال عدم وجود النص.

من كل ما تقدم ارتأينا تقسيم هذا المبحث على مطلبين سنبيين في المطلب الاول حالات بطلان انشاء الرابطة الزوجية، ونتطرق في الثاني الى حالات بطلان انقضاء الرابطة الزوجية وحسب الترتيب الاتي:-

المطلب الاول

حالات بطلان انشاء الرابطة

تتعدد الحالات التي يتم من خلالها بطلان الرابطة الزوجية ، ويعود البطلان في تلك الحالات الى اسباب متعددة منها ما يتعلق بتخلف ركن من اركان الزواج ومنها ما يتعلق بوجود

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

مانع او تخلف شرط من شروط عقد الزواج المبطله، وقد تطرق الشراح والباحثين الى بعض الحالات الشائعة لبطلان عقد الزواج ، الا ان هنالك حالات لم يبينها الشراح بشكل مفصل (وإن تطرقوا لها) ، لذا سيتطرق الباحث الى اهم الحالات التي لم يبينها الشراح وكذلك تلك التي لم يوجد فيها نصوص قانونية وذلك من خلال ايراد تطبيقات ذات جدوى في هذا الاطار.

ومن خلال الرجوع الى الكتب الفقهية والقانونية وجدنا ان عقد الزواج غير الصحيح يقسم الى قسمين اولهما متفق على بطلانه فقهاً وقانوناً وثانيهما مختلف فيه^(١) ، لذا وعند تقسيمنا للمطلب اعلاه سنتبع ما ذهب اليه الفقهاء ، وبهذا يذهب الباحث الى تقسيم هذا المطلب على فرعين سنبيين في اولهما حالات بطلان عقد الزواج المتفق عليها، وسنتطرق في ثانيهما الى حالات بطلان عقد الزواج المختلف فيها وحسب الاتي:-

الفرع الاول

حالات بطلان عقد الزواج المتفق عليها

اتفق الفقهاء المسلمون على وجود العديد من الحالات التي يتم من خلالها بطلان عقد الزواج منها حالات شائعة منذ زمن الرسول الكريم محمد (ص) ، ومنها حالات ظهرت مع تطور العلم ، فمن الحالات المتفق فيها على بطلان عقد الزواج اذا تخلف ركن من اركان العقد ، رغم اختلاف المذاهب الاسلامية بالاركان ذاتها ، اذ ذهب فقهاء الامامية الى ان اركان العقد الدائم (الايجاب والقبول) اما اركان العقد المنقطع فهما الصيغة والمحل والاجل والمهر^(٢) ، في حين ذهب فقهاء المالكية الى جعل اركان النكاح خمس وهي (الزوج ، الزوجة ، الولي، الصداق، الصيغة)^(٣)، وذهب فقهاء الشافعية الى ان اركان النكاح كذلك خمس وهي (الزوج والزوجة والولي والصيغة والشاهدان)^(٤)، واقصر فقهاء الحنفية اركان العقد على الايجاب والقبول^(٥)، في

(١) د. فاروق عبدالكريم، مصدر سابق، ص ٥٥.

(٢) المحقق الحلبي، شرائع الاسلام في بيان الحلال والحرام ، ج٢، كتاب نشر الكترونياً برعاية شبكة الامامين الحسين للتراث والفكر الاسلامي، بلا سنة ، ص ٢٦٨.

(٣) محمد بن احمد بن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، دار ابن حزم ، بيروت، ط١، ٢٠١٣، ص٣٤٠.

(٤) بدر الدين ابي الفضل محمد بن ابي بكر الاسدي الشافعي ، بداية المحتاج في شرح المنهاج، ج٣، دار المنهاج، المملكة العربية السعودية، ط١، ٢٠١١، ص ٣٠.

(٥) الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٧، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، ١٩٨٦، ص٢٢٩.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

حين اضاف فقهاء الحنابلة ركناً جديداً عما سبق تناوله لدى الفقهاء اذ جعلوا اركان العقد ثلاث وهما (الايجاب والقبول والزوجان الخاليان من الموانع) وان الاخير اي الموانع لم يتناولها الفقهاء السابقين كأحد اركان العقد^(١).

مما تقدم ذكره يتبين لنا ان الفقهاء المسلمون على اتفاق بأن تخلف اي ركن من اركان العقد يجعل منه باطلاً، لذا فيجب مراعاة ذلك لاستيفاء العقد صحته، ولم يقتصر الامر على ما سبق ذكره اذ ان الفقهاء المسلمين اتفقوا كذلك على ان وجود اي مانعاً من موانع العقد ويقصد بذلك المحرمات يجعل من العقد باطلاً وموانع العقد متفق على اغلبها منها ما يتعلق بالنسب اذ ان الزواج بالاصول والفروع وإن نزل محرم ووردت آيات قرآنية كثيرة تبين اساس الحرمة منها قوله تعالى (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ)^(٢)، وان الحرمة لا تقتصر على ذلك اذ ان هنالك محرمات بسبب المصاهرة ، وكذلك هنالك العديد من النصوص القرآنية التي بينت الحرمة ومنها قوله تعالى (وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي...)) وهنالك حالات اخرى متعددة متفق على بطلانها منها حرمة زواج الاخوات من الرضاع وكذلك حرمة زواج الشغار، وغيرها من المسائل والحالات الاخرى.

وقد تمت معالجة بعض ما ذكر تشريعياً وبحث البعض الاخر من قبل الشراح لذا سنقتصر كلامنا على ايراد بعض التطبيقات المهمة الذي لم تعالج تشريعياً ولم يتناولها الشراح ، ومن اهم تلك التطبيقات على سبيل المثال لا الحصر ما يأتي :-

اولاً:- بطلان العقد بسبب تغيير جنس احد الزوجين^(٣):- قبل الخوض في اثر تغيير الجنس على انشاء الرابطة الزوجية يثار لدى الباحث تساؤلات متعددة يجب بيانها ومن ثم التطرق الى اثره ، ومنها ما هو فحوى تغيير الجنس؟ وما الاسباب الدافعة له؟ وما مدى مشروعيته؟

من خلال الرجوع الى الكتب الفقهية والقانونية وجدنا ان مصطلح تغيير الجنس^(٤) ظهر حديثاً ويعرف بأنه (تحويل جنس الشخص من ذكر الى انثى او من انثى الى ذكر وذلك عن

(١) البعلي، الروض الندى (٣٥٢).

(٢) سورة النساء ، جزء من الاية ٢٣.

(٣) له مسميات متعددة منها تحول الجنس او تبديل الجنس

(٤) يرجع تاريخ ظهور عبارة تغيير الجنس الى عام ١٨٦٩ عندما نشر krafft Ebing كتابه المعنون psychopathia

sexualis وبين من خلاله تصنيف معقد ومتغير للأمراض الجنسية والنفسية؛ ينظر وهيبه مكرلوف، الاحكام القانونية

لنظام تغيير الجنس (دراسة مقارنة) ، اطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص الى جامعة ابو بكر بالقايد -

تلماس، كلية العلوم السياسية، ٢٠١٥، ٢٠١٦، ص ١.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

طريق المعالجات الهرمونية او المداخلات الجراحية التي تهدف الى إنماء الاعضاء الجنسية او الغائها^(١)، وعرفه بعضهم الاخر بأنه (التغيير الحاصل للشخص الذي يجعله على هيئة وشكل لجنس معاكس لجنسه، اي انها حالة يجريها الاطباء او هي عملية مسخ يتم فيها استئصال وطمس المظاهر الجنسية الحقيقية للشخص واصطناع مظاهر اخرى تتلائم مع النوع الاخر ويكون هذا التغيير ظاهرياً ، اي لا يكتسب هذا الشخص الصفات الحقيقية للنوع الاخر والتي على اساسها يصبح احد افراده، لأن هذه العمليات في حقيقتها عمليات مسخ محرمة)^(٢).

مما تقدم يتبين لنا ان تغيير الجنس بمعنى تحويل جنس الشخص من ذكر الى انثى او بالعكس يعود الى عاملين اولهما بيولوجي^(٣) ، وثانيهما العامل النفسي^(٤).

خلاصة ما تقدم ذكره ان تغيير الجنس ظاهرة لها وجودها واسبابها وهناك حالات متعددة في دول اوربا وكذلك الدول العربية تم من خلالها تغيير جنس الشخص ومن اهمها حالة

(١) د. منال مروان منجد ، عمليات تحويل الجنس في دولة الامارات العربية المتحدة: دراسة تحليلية، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة ، المجلد ١٦ ، العدد ٢ ، ٢٠١٩ ، ص ٩٦ .

(٢) د. ابراهيم الشهابي الشرقاوي، تثبيت الجنس واثاره دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني، ط١، دار الكتب، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص ١٧ .

(٣) وفحواه اذا حدثت حالة غموض جنسي للإنسان كما هو الحال عند اختلال الكروموزومات الجنسية ، اذ اننا وكما نعلم ان الذكور لديهم ٤٦ زوج xy و ٤٦ xx لدى الاناث ، فإذا اختل ذلك كما هو الحال فيما يعرف بـ (كلينفلتر) ونموذجها الكروموزومي xxy اي زيادة x عن الحالة الطبيعية للشخص العادي، او حالة (ترنر) ونموذجها الكروموزومي (x٤x او x٠) يؤدي ذلك الى غموض في الحالة الجنسية مما يدفع الشخص الى اجراء عملية تصحيح الجنس. وهيبة مكرلوف، الاحكام القانونية لنظام تغيير الجنس (دراسة مقارنة) ، مصدر سابق، ص ٣١ .

(٤) تعود اسبابه الى حالات متعددة منها المعاناة من عوامل نفسية تؤثر على جنسه، مما يؤدي ذلك الى ظهور بعض الاعراض الراضة لجنسه الطبيعي، كما لو قام الشخص بتقليد الجنس الاخر من خلال لبس الملابس او التصرفات الامر الذي يدفع به الى تغيير جنسه، ومن الاسباب الاخرى هنالك بعض الاسر لديها ظروف تدفع الشخص الى تغيير جنسه ، كما هو الحال اذا كانت العائلة متكونة من بنات فقط وهنالك ذكرٌ واحد يعيش بينهن، والامر لا يقتصر على ذلك اذ ان معاملة الوالدين للشخص اذا كان ذكراً معاملة الاناث من خلال اجباره على لبس ملابس الاناث لها اثرها الفعال في تغيير الجنس، وكذلك ان فقدان الاب في وقت مبكر من حياة الانسان لها اثرها على الشخص في تغيير جنسه وذلك من خلال تأثره بتصرفات الام د. عادل ناصر حسين، اثر تغيير الجنس في مسائل الاحوال الشخصية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون جامعة بغداد، بلا عدد، ٢٠١٩ ، ص ٥ .

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

(سالي)^(١) الذي حولت نفسها من ذكر الى انثى، ودون الخوض في تفاصيل اكثر لان المهم لدينا بيان الحكم نكتفي بهذا القدر.

اما حكم تغيير الجنس من الناحية الشرعية ففيه اتجاهين الاول **مجيز لذلك**^(٢)، وهذا الامر تبين لنا من موارد عدة منها سؤال لاحد فقهاء الامامية^(٣) مفاده هل يجوز تغيير جنسية الانسان من ذكر الى انثى؟ واجاب اذا كان المقصود من تغيير الذكر الى انثى إجراء عملية جراحية لقطع القضيب والانثيين وايجاد فتحتين إحداها لمجرى البول والأخرى لممارسة الجنس وإعطاء الشخص جرعات من الهرمونات الانثوية التي تؤثر في ظهوره بمظهر الانثى في بروز الثديين وعدم نبات شعر اللحية ونحو ذلك . والمقصود من تغيير الأنثى الى ذكر أن يزرع لها قضيب صناعي وتعطى جرعات من الهرمونات الذكورية لتظهر بمظهر الرجال في عدم بروز الثديين ونبات اللحية ونحو ذلك، فهذا كله مما لا أثر له ولا تتحول الأنثى الى ذكر ولا الذكر الى الانثى بشيء من ذلك مضافا الى ما تستلزمه العمليات المذكورة من النظر الى العورة ولمسها من دون مسوغ شرعي .

وأما اذا كان المقصود بتحويل الذكر الى انثى وبالعكس التحويل بحسب الاجهزة التناسلية الداخلية والخارجية التي هي المناطق في تمييز أحد الجنسين عن الآخر فهذا مما لا مانع منه في حد ذاته بغض النظر عن مقدماته ومقارناته المحرمة ولكن الظاهر عدم تحققه الى زماننا هذا والذي يتحقق هو الأمر الاول عادة . نعم ربما تجري بعض العمليات الجراحية لمن يكون له تشوه في

(١) طرحت هذه القضية على القضاء المصري فحواها ان هنالك طالب في كلية طب الازهر يدعى (سيد) قام بإجراء عملية تغيير الجنس من ذكر الى انثى نتيجة معاناته من اضطرابات جنسية ، وغير اسمه من (سيد) الى سالي، الامر الذي كلفه الفصل من كلية الطب، مما دعاه الى اقامة دعوى امام القضاء الاداري يطلب فيها الاستمرار بالدراسة رغم تغيير جنسه وصدر حكم انذاك يقضي بأعادة الشخص الى مكانه الدراسي ، وحدث هذا الامر في مصر عام ١٩٨٨ وعلى ضوء ذلك اصدرت دار الافتاء المصرية حكماً يقضي بعدم جواز عمليات تغيير الجنس. ينظر د. احمد محمود السعيد، تغيير الجنس بين الحظر والاباحة، دار النهضة العربية، القاهرة ، ط١، ١٩٩٣، ص١٠٥.

(٢) وهذا ما قال به الشيخ فيصل الموالي والشيخ محمد سيد طنطاوي شيخ الازهر . ينظر ينظر موقع مولي الاتي:- www.molawi.net ينظر فرحان بن همساوي ومصطفى بن محمد جبري شمس الدين. حكم تحويل الجنس دراسة تقويمية في ضوء مقاصد الشريعة، المجلة العالمية للدراسات الفقهية والاصولية ، المجلد الثاني ، العدد الثاني، ٢٠١٨ ص٥.

(٣) المرجع الديني الاعلى السيد علي الحسيني السيستاني ينظر موقعه الالكتروني على الرابط الاتي :-

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

جهازه التناسلي كأن يتوهم انه انثى لعدم ظهور قضيبه وخصيتيه فيتبين بعد الكشف الطبي أنه لا يملك الجهاز الانثوي الداخلي بل يملك قضيباً وخصيتين مضمرتين مثلاً فيقوم الطبيب بإجراء عملية جراحية لإظهارهما أو يكون له شبه القضيب والخصيتين فيتوهم أنه ذكر وبعد الفحص الطبي يتبين أنه يمتلك الجهاز التناسلي الأنثوي من المبيض والرحم فيقوم الطبيب بقطع اللحم الزائدة وإزالة ما يشبه القضيب مثلاً وهذا لا مانع منه في حد ذاته وليس ذلك تغييراً للذكر الى انثى او بالعكس حقيقة، وأما ارتفاع الحرمة عن مقدماته ومقارناته فمנוط بحصول أحد العناوين الثانوية كالاضطرار والرجح الذي لا يتحمل عادة^(١).

مما سبق يتبين لنا ان الاجابة تضمنت شقين الاول حرمة ذلك ، ولا اثر لها اذ ان الذكر يبقى على ذكوريته والانثى تبقى على انوثتها اذا كان التغيير للأعضاء الخارجية فقط، لكن في الشق الثاني عاد واجاز ذلك اذا شملت عملية التحول الاعضاء الداخلية والخارجية رغم قناعاته بعدم وجود عملية بالشكل اعلاه، في حين جاء الشطر الاخير من الشق الثاني مبيناً بعض الحالات التي تشبه حالات الخنثى ان صح القول، واستدل اصحاب الرأي اعلاه بعدة ادلة منها القاعدة الفقهية ((الضرورات تبيح المحظورات))^(٢) بقولهم اذا وجدت ضرورة ملحة لتغيير الجنس فذلك جائز استناداً الى جواز التداوي بالمحرمات عند الضرورة^(٣).

في حين ذهب اغلبية الفقهاء على عدم جواز عملية تغيير الجنس^(٤) واستدل المانعون لتغيير الجنس بقوله تعالى ((وَلَا مَرْنَهُمْ فَلْيَغْيِرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ)) ، وان مدلول الآية الكريمة كان صريحاً ، اذ ان تغيير الجنس يعد من الامور المخالفة للشريعة وفيها تغيير لخلق الله.

اما بشأن القوانين محل المقارنة فنجد من سكت عن ذلك ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ والمعدل، الا اننا يمكن ان نرجع الى احكام المادة الاولى من ذات القانون والتي احالت الامر الى الشريعة الاسلامية رغم ان النص على المنع صراحة يجنبنا الخوض في الاراء الفقهية التي طرحها الفقهاء المسلمين فكان الاجدر بالمشرع العراقي ان ينص على ذلك صراحة،

(١) ينظر موقع السيد السيستاني الالكتروني الاتي:- <https://www.sistani.org/arabic/qa/>

(٢) زين الدين ابن ابراهيم ابن نجيم الحنفي، الاشباه والنظائر، ج ١، دمشق، دار الفكر، ط ١، ١٩٨٣، ص ٩٥.

(٣) د. عادل ناصر حسين، مصدر سابق ، ص ٧.

(٤) ومنها الفتوى الصادرة عن دار الافتاء المصرية سنة ١٩٨٨، وكذلك الحال قرار مجلس المجمع الفقهي الاسلامي سنة ١٩٨٩، ولفقهاء الامامية المعاصرين الرأي ذاته ، اذ ذهب السيد الخوئي والشيخ التبريزي، والسيد صادق الشيرازي والسيد محمد الشيرازي الى عدم جواز تغيير الجنس. ينظر د. عادل ناصر حسين، مصدر سابق ، ص ٧؛ القرار السادس الصادر عند الدورة (١١) المنعقد في مكة المكرمة للفترة من ١٩٦٦/٢/٢٦-١٩٨٩؛ ينظر حوزة الزهراء على الرابط الالكتروني

الاتي:- <https://www.facebook.com/hawzatalzahra/posts/>

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

في حين هنالك من قال بالمنع كما هو حال المشرع الاماراتي^(١) في قانون المسؤولية الطبية رقم ٤ لسنة ٢٠١٤ اذ نصت المادة (٣١) منه على انه ((يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد عن عشر سنوات كل من يخالف حكم المادة (٥) بند (٩) من هذا المرسوم بقانون)) اما المادة (٥) بند (٩) فقد نصت على انه ((يحظر على الطبيب ما يأتي ٩- اجراء عمليات تغيير الجنس)) ان نص المادتين اعلاه جاء صريحاً بتحريم وتجريم عمليات تغيير الجنس ومن خلال الرجوع الى بعض الباحثين تبين لنا انهم مؤيدون لما جاء في النص سابق الذكر^(٢).

والامر الذي يعنينا من كل ما تقدم وعلى فرض امكانية تغيير الجنس بالشكل الذي يراه الفقهاء المسلمون و فقهاء القانون ما هو حكم الرابطة الزوجية ؟

ان الاجابة عن السؤال اعلاه لا تخل من فرضيتين الاولى اذا غير شخص جنسه واراد بعد ذلك الزواج، والثانية اذا كان الشخص متزوج وغير جنسه ففي الفرضيتين كلاهما ما هو حكم عقد الزواج فقهاً وقانوناً؟

ان حكم عقد الزواج في الفرضية الاولى اي اذا غير شخص جنسه على سبيل المثال من رجل الى امرأة واراد الزواج من الرجال ففي ذلك احكام يجب بيانها، اذ ذهب المعاصرون من فقهاء الامامية بقولهم اذا تبين ان الرجل تحول من جنس الى جنس اخر اي من رجل الى امرأة يحق له الزواج من الرجال إن نجحت العملية وتغيرت مظاهره الداخلية والخارجية، اما تغيير المظهر الخارجي فقط فلا اثر له^(٣).

اما جمهور الفقهاء فلم نجد منهم حسب علمنا من تطرق لحكم زواج الشخص المغير لجنسه لان المسألة تعد من المستجدات ، ويعود السبب في الاساس الى غلق باب الاجتهاد لديهم على عكس الحال لدى فقهاء الامامية الذي يواكب التطور بوجود اشخاص مجتهدين لبيان تلك الحالات، الا انهم تطرقوا لمشروعية تغيير الجنس من عدمه، ويمكن ان نستنتج من قولهم ان زواج المغير لجنسه باطلاً، استناداً الى بطلان اصل العملية ، وسبب استنتاجنا مبني على القاعدة الفقهية (ما بني على باطل فهو باطل).

في حين ذهب بعض الباحثين الى القول بعدم امكانية اجراء العقد في هذه الحالة لإننا سنكون اما امام عقد زواج بين رجلين او بين امرأتين وفي الحالتين يعد عقد الزواج مرفوضاً،

^(١) يقابله نص المادة (٨) من قانون المسؤولية الطبية والصحية الاردني رقم (٢٥) لسنة ٢٠٠٨.

^(٢) د. منال مروان منجد ، مصدر سابق، ص ١٠٧.

^(٣) الصدر، ما وراء الفقه (٦/ ١٣٨).

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

وهذا ما بينته النصوص القانونية لقوانين الاحوال الشخصية اذ نصت الفقرة (١) من المادة الثالثة من قانون الاحوال الشخصية العراقي على ان عقد الزواج هو (عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غاية انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل)^(١)، الا ان الكلام اعلاه على اطلاقه تشوبه بعض الملاحظات ومنها ان عقد الزواج للشخص المغير لجنسه صحيح اذا كان التغيير على مستوى المظاهر الداخلية والخارجية ، وبهذا سيكون العقد بين رجل وامرأة ولا يكون حسب القول اعلاه بين رجلين او امرأتين.

اما اذا حدث تغيير الجنس اثناء قيام الحالة الزوجية فهل يبطل عقد الزواج ام هنالك احكام اخرى كالفسخ او التفريق؟

ان الاجابة عن السؤال اعلاه يقتضي منا الرجوع الى احكام الفقهاء المعاصرون ومن خلال الرجوع الى ذلك تبين لنا ان هنالك من الفقهاء من ذهب الى القول ببطلان عقد الزواج^(٢) ويكمن دليلهم في ان الحياة الزوجية تصبح غير مشروعة بعد تغيير الجنس ، اذ ان الامر اما ان يكون بين رجلين وهذا ما يعرف بالزواج المثلي ، واما ان يكون بين انثيين وهذا الامر مرفوض بالاتفاق ، لذا فان الحالة الزوجية تنتهي ببطلان العقد.

ويذهب بعض شراح القانون^(٣) الى ما قال به الفقهاء المعاصرون بالقول إن العقد يعد باطلاً اذا غير الشخص جنسه اثناء قيام الحالة الزوجية اي بعد تمام عقد الزواج ؛ لإستحالة بقاء العلاقة الزوجية شرعاً بدلالة قوله تعالى (إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِّنْ دُونِ النِّسَاءِ^٤ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ مُّسْرِفُونَ)^(٤).

(١) د. عادل ناصر حسين ، مصدر سابق، ص ١٤ .

(٢) وهذا ما قال به المرجع الديني السيد علي السيستاني ورد ذلك في سؤال لسماعته جاء فيه (ماذا لو تغير جنس كل من الزوج والزوجة؟ بان صار الرجل امرأة والمرأة رجل؟ اجاب بالقول (يجوز في حد ذاته لو امكن ذلك بصورة واقعية، وأما مجرد تغيير بعض الظواهر فلا يعد منه، ولو فرض تحقق ذلك بين الزوج والزوجة بطل العقد. ينظر استفتاءات السيد السيستاني سؤال ١٨٥، ص ٥٠ نقلاً عن مكتبة اهل البيت الاصدار الاول ٢٠٠٥، مركز المعجم الفقهي ومركز المصطفى للدراسات الاسلامية على الموقع الالكتروني الاتي:- www.almarkaz.net؛ وكذلك السيد محمد صادق الصدر. ينظر ماوراء الفقه (٦/١٣٨).

(٣) د. علي حسين نجيدة ، بعض صور التقدم الطبي وانعكاساته القانونية في مجال القانون المدني، التلقيح الصناعي وتلقيح الجنس، دار النهضة العربية القاهرة ، ١٩٩١، ص ٩٦.

(٤) سورة الاعراف، اية ١٨٠.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الا ان هنالك رأي يذهب الى القول بأن العقد لا يبطل بطلاناً مطلقاً^(١)، وانما يحق للزوج او الزوجة اقامة دعوى تفريق للعيب او للضرر؛ لأن كلا من الزوج او الزوجة سيتضرر من الشخص المغير لجنسه^(٢)، الا اننا نعقب على الكلام اعلاه بالقول ان التفريق حق للزوج او الزوجة وبهذا اذ لم تطالب بهذا الحق امام المحكمة فتبقى الحياة الزوجية مستمرة، وللمحكمة سلطة تقديرية للتحقق من وجود العيب او الضرر، وبهذا فمن المحتمل ان لا تحكم المحكمة بالتفريق بسبب تغيير الجنس هذا من جانب ومن جانب اخر ان صفة الزوج او الزوجة تنتفي عن الشخص الذي غير جنسه، لذا فالراجح لدى الباحث ان العقد يعد باطلاً من تاريخ تغيير جنس الزوج او الزوجة لاستحالة استمرار الحياة الزوجية.

ولم تبين القوانين محل المقارنة ومنها القانون العراقي اثر تغيير الجنس على العلاقة الزوجية، ومما تقدم نخلص الى عدة نتائج ومن اهمها ما يأتي:-

١- ان تغيير الجنس يختلف عن تثبيت الجنس او تصحيحه، اذا ان الاخير لا اشكال فيه من الناحية الشرعية والقانونية وهذا ما بينه الفقهاء المسلمون والقانونيين الاماراتي والاردني، اما الاول فأشكل عليه الراجح لدى الفقهاء المسلمين وقالوا بحرمة تغيير الجنس الا ان هنالك من اجاز ذلك بشروط معينة.

٢- يمكن للشخص المغير لجنسه من حيث المظاهر الداخلية والخارجية ان يبرم عقد زواج مع الجنس الاخر، الا ان تغيير المظاهر الداخلية والخارجية نادرة الوجود فما يحدث في زماننا مجرد تغيير الظواهر الخارجية.

٣- ان مجرد تغيير المظاهر الخارجية للشخص مع احتفاظه بمظاهره الداخلية لا يؤثر على جنسه من حيث الزواج، اذ ان الذكر يبقى على ذكوريته والانثى على انوثتها، وبهذا فلا يصح عقد الزواج الذي يبرمه الشخص المغير لجنسه من حيث المظاهر الخارجية مع الجنس الاخر ويعد العقد بمثابة عقداً بين رجلين او بين امرأتين، اما اذا كان هنالك عقد مبرم يؤدي هذا التغيير الى بطلان العقد.

(١) د. عادل ناصر حسين، مصدر سابق، ص ١٣.

(٢) وهيبه مكرلوف، مصدر سابق، ص ٣٣٠.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

٤- يبطل عقد الزواج حسب القول الراجح^(١) اذا اجرى شخصٌ متزوج عملية تغيير جنس للمظاهر الداخلية والخارجية، لأن العقد في هذه الحالة يصبح اما بين رجلين او امرأتين.

٥- لم نجد معالجة تشريعية للأمور المذكورة اعلاه في ظل احكام قانون الاحوال الشخصية العراقي والقوانين محل المقارنة لذا نوصي بالاخذ بما توصلنا اليه من نتائج.

ثانياً:- بطلان زواج الخنثى: ان خلق الله سبحانه أما ذكوراً او انثاءً، وهذا الامر ورد في محكم كتابه العزيز بقول الله سبحانه وتعالى : (**لَلّٰهُ مُلْكُ السَّمٰوٰتِ وَالْاَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ اِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُوْرَ اَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرٰنًا وَاِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيْمًا اِنَّهُ عَلِيْمٌ قَدِيْرٌ**)^(٢)، من قوله تعالى يتبين لنا ان خلق الله جنسين اما ذكور او اناث ، الا ان هنالك حالة ثالثة او جنس يصعب بيان ذكوريته من انوثته وهو ما يسمى بالخنثى وهذه الحالة نادرة الوجود الا انها موجودة ويتساءل الباحث عن حكم زواج هذا الجنس ، وقبل الخوض في ذلك تبين ان الخنثى تقسم الى قسمين اولهما الخنثى غير المشكل ويعرف بأنه (هو من يتبين فيه علامات الذكورة والانوثة فيعلم إنه رجل أو امرأة)^(٣)، اي ان ارجاعه لاحد الجنسين اما ذكر او انثى امراً سهلاً وذلك من خلال وجود بعض الحالات ومنها المبال ، فإذا كان من الذكر فهو ذكراً وإذا كان من القبل فهو انثى ، وإذا خرجت له لحية فهو ذكر وبعدم ذلك فهو انثى ، وإذا حاض فهي انثى وبخلاف ذلك يعد ذكراً، اي ان هنالك علامات تدل على ذكوريته او انوثته^(٤).

اما الخنثى المشكل فيعرف بأنه (الذي لم تتضح ذكوريته ولا أنوثته بعلامة مميزة)^(٥) ، اي انعدام اي علامة يمكن من خلالها ارجاع الخنثى الى احد الجنسين اما ذكر او انثى ، ويتساءل الباحث عن حكم زواج الخنثى من قبل الرجال او النساء هل لفقهاء المسلمين رأي في ذلك ؟ وهل اشار القانون العراقي الى هذه الحالة ؟

(١) السيد محمد الصدر والسيد علي الحسيني السيستاني. ؛ السيد محمد الصدر ، ما وراء الفقه (ج٦/١٣٨)

(٢) سورة الشورى ، الاية ٤٩-٥٠.

(٣) عبد الحميد حسن صباح، ميراث الخنثى في ضوء الحقائق العلمية المعاصرة وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس الجامعة الإسلامية بغزة كلية الشريعة والقانون قسم القضاء الشرعي، ٢٠٠٨، ص١٢.

(٤) شمس الدين أحمد بن قودر، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، ج٨، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط١، ١٣١٨هـ، ص٥٥.

(٥) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، دار أحياء الكتب العربية، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع، ص ٤٩٠.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

لا خلاف بين الفقهاء المسلمين في جواز زواج الخنثى غير المشكل (الواضح) اذ ان هنالك العديد من العلامات التي يمكن من خلالها ارجاع الخنثى غير المشكل الى احد الجنسين اما ذكراً او انثى، في حين اتفق الفقهاء على بطلان زواج الخنثى المشكل الذي انعدمت علامات تمييزه بين الذكر والانثى^(١).

اما قانوناً فلم نجد من تطرق لاحكام زواج الخنثى سواء المشكل منه ام غير المشكل بشكلٍ صريح الا ان هنالك من ارجع البطلان الى تعريف عقد الزواج وهذا ما ذهب اليه بعض الباحثين^(٢) مستدلين بأحكام المادة (٤) من قانون الاسرة الجزائري والذي نصت على انه ((الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي...)) ، الا ان النص السابق لم يعالج حكم زواج الخنثى من الناحية الشرعية وإنما بين لنا ان الزواج لا يتم الا بين رجل وامرأة اي ان العقد يحرم اذا اجري بين رجلين او امرأتين، اما حكم زواج الخنثى فلا يمكن الرجوع فيه الى حكم المادة السابقة ، والحال ذاته لدى المشرع العراقي اذ ان نص المادة (١/٣) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ والذي نصت على (الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة الحياة المشتركة والنسل)^(٣)، فهذا النص هو الاخر لم يبين لنا حكم زواج الخنثى ، وبدورنا نوصي المشرع العراقي بإيراد نص يبين من خلاله احكام زواج الخنثى وذلك من خلال تقسيم الخنثى الى غير مشكل وهذا القسم لا اشكال في زواجه، اما اذا كان مشكلاً فلا يصح زواجه ونبرر ذلك بالقول ان زواج الخنثى المشكل يؤدي الى تخلف ركن المحل الواجب توافره في اغلب العقود ومنها عقد الزواج ، اذ اختلف الفقهاء في محل عقد الزواج فذهب البعض

(١) اذ ذهب فقهاء الامامية ان الاصل حرمة الوطء لذا يحرم زواج الخنثى الا اذا وجدت علامة دالة يتبين من خلالها ذكوريته من انوثته ففي ذلك الحين يحق له الزواج. ينظر الشيخ الجواهري محمد بن باقر عبد الرحيم بن محمد الصغير النجفي، جواهر الكلام ، ج٣٩، دار الكتب الاسلامية، طهران، مطبعة خورشيد، ط٢، ١٣٦٥ هـ ، ط ٣٥٥؛ اما فقهاء الجمهور فكذلك قالوا بحرمة نكاح الخنثى المشكل ؛ ينظر أن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الامام احمد، ج٣، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٤، ص ٣٨؛ ابي عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج٣، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا طبعة، بلا سنة طبع، ص ٤٣٥؛ ابو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب ، ج١٦، دار الفكر، بلا سنة طبع، ص ٢١٣؛ محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج٣، دار عالم الكتب، بيروت، طبعة خاصة، ٢٠٠٣، ص ٤.

(٢) من الجزائر منهم :- حمزة طيبي، محمد بن يطو، احكام ميراث الخنثى في الفقه والقانون المقارن، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس جامعة زيان عاشور بالجلفة كلية الحقوق، ٢٠١٧/٢٠١٨، ص ٣١.

(٣) ينظر نص المادة ١٩ من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي والمادة (٥) من قانون الاحوال الشخصية الاردني.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الى القول بأن ركن المحل هو الزوجة، وذهب البعض الى ان المنفعة المستوفاة من العقد هي المحل ، الا ان الرأي الراجح يذهب الى القول بأن محل عقد الزواج هو الرجل والمرأة ، وبهذا فيجب ان يكون الرجل محقق الرجولة ، والمرأة محققة الانوثة ، اي ان لا يكون احدهما او كلاهما خنثى مشكل ، وبخلاف ذلك عد العقد باطلاً لتخلف ركن المحل الواجب توفره في كلا الزوجين^(١).

الفرع الثاني

حالات بطلان الزواج المختلف بها

سبق وان تطرقنا لاهم الحالات المتفق على بطلانها بين الفقهاء المسلمين والتشريعات المقارنة، الا ان الاتفاق لا يكون في كل حالة من حالات بطلان عقد الزواج ، فهناك العديد من الحالات المختلف في بطلانها ومن تلك الحالات (سبيل المثال لا الحصر) زواج المتعة ، اذ ذهب فقهاء الامامية الى جواز ذلك ، في حين ابطله جمهور الفقهاء معللين ذلك بأن من شروط الزواج ان يكون على الدوام، وان التأقيت احد شروط زواج المتعة^(٢) ، وكذلك اختلف الفقهاء في زواج الصغير غير المميز فذهب بعضهم الى جواز ذلك في حين اتجه اخرون الى بطلانه ، الا ان المشرع العراقي حسم الخلاف الفقهي اذ نصت المادة (١/٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على انه (يشترط في اتمام اهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة)، ولم يقتصر الخلاف الفقهي على ما سبق ذكره ، فقد ثار الخلاف على مسألة الاشهاد، اذ ذهب فقهاء الامامية على صحة عقد الزواج بلا شهود، في حين قال جمهور الفقهاء ببطلانه مستدلين بالحديث النبوي الشريف ((لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل)) الا ان المشرع العراقي تدخل في هذا الامر اذ نصت المادة (١/٦ د) من قانون الاحوال الشخصية على انه (لا ينعقد عقد الزواج اذا فقد شرطاً من شروط الانعقاد او الصحة المبينة فيما يلي: د- شهادة شاهدي متمتعين بالاهلية القانونية على عقد الزواج) وقد بين شراح قانون الاحوال الشخصية ذلك بشكل مفصل.

ان ما سبق ذكره يمثل جزء من حالات متعددة لم يتفق عليها الفقهاء المسلمون، الا اننا سنورد تطبيقين مهمين لم تتم معالجتهم تشريعياً وان التطبيقين اختلف فيهما الفقهاء المسلمون فذهب بعضهم الى انهما يبطلان عقد الزواج وذهب اخرون على خلاف ذلك ، ولبيان ما تقدم

(١) د. فاروق عبدالله كريم، مصدر سابق، ص ٥٣.

(٢) د. ملكة يوسف زرارة، موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الاسلام والشرائع الاخرى المقارنة، ج ١، دار غريب للطباعة ، دمشق، ط ١، ٢٠٠٠، ص ١٧٠ وما بعدها.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

بشكلٍ مفصل افردنا لكل واحد منهما فقرة خاصة سنبيين من خلالها مدى مشروعيتها من حيث الصحة والبطلان وحسب الترتيب الاتي:-

اولاً:- بطلان الزواج بين المتلاعنين:- يحدث ان يتهم الزوج زوجته بجريمة الزنا دون وجود شهود على ذلك ، ففي هذه الحالة يحق له ان يلاعن زوجته بالطريقة الشرعية ، اذ يعرف اللعان بأنه (أسم لشهادات مؤكدات بالأيمان، مقرونة باللعن والغضب قائمة في مقام حد القذف في حق الزوج، ومقام حد الزنا في حق الزوجة، فلو قذف زوجته بالزنا وهو ممن يحد قاذفها، أو نفي نسب الولد، أو بهما معن، وعجز عن اثبات ذلك بالبينة وطالبته بموجب القذف وجب اللعان، فإن أبى حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه، وإن ابت حبست حتى تلاعن أو تصدقه، فإن تلاعن الزوجان بالصفة المبينة بالقرآن الكريم حكم القاضي بالتفريق بينهما وبنفي نسب الولد عن ابيه ويلحق بأمه)^(١).

واصل مشروعية اللعان وردت في قوله تعالى (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ)^(٢).

مما تقدم يتبين لنا الكيفية التي تتم بها الملاعنة بين الزوجين ، ويشترط لذلك قيام الحالة الزوجية ولو في العدة من طلاق رجعي او بائن بينونه صغرى، وكذلك يجب ان يكون الزوجين عاقلين بالغين ، وان يكونا مسلمين، وبخلاف ذلك لا يمكن اجراء الملاعنة بينهما، وتتم الملاعنة عند قاضي الاحوال الشخصية لأن الامر تترتب عليه اثار كثيرة ومنها سقوط حد الزنا على الزوجة وسقوط حق القذف على الزوج وكذلك انتفاء نسب الولد، لذا يجب ان تتم الملاعنة وفق شروط واحكام معينة ويفضل ان تجري امام قاضي محكمة الاحوال الشخصية رغم عدم وجود نصاً قانونياً يوضح به كيفية اجراء الملاعنة امام المحاكم^(٣).

(١) د.احمد محمد علي داوود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، دار الثقافة، عمان، بلا طبعة، ٢٠٠٩، ص ٥٥٤.

(٢) سورة النور، اية ٦-٩.

(٣) د. عز الدين كيجل، اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القضاء الجزائري، مجلة المفكر، العدد الثالث، بلا مجلد، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، بلا سنة طبع، ص ١٢٢ وما بعدها.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

بعد ان تطرقنا لمفهوم اللعان وادلته ، يثار لدى الباحث سؤالاً مفاده : هل اللعان يعد فسخاً تلقائياً ام قضائياً ام انه طلاق ؟

ان الاجابة عن السؤال سابق الذكر تقتضي بنا الرجوع الى الاراء الفقهية ، اذ ذهب جمهور الفقهاء الى القول بأن اللعان يعد فسخاً ودليلهم يكمن في وجوب الحرمة على التأبيد بين المتلاعنين^(١) ، في حين ذهب فقهاء الاحناف الى خلاف ذلك بقولهم ان اللعان يعد طلاقاً بائن^(٢) ، اما بشأن موقف القوانين محل المقارنة فنجد من تطرق لذلك بشكلٍ صريح، وسكت الاخرون عن ذلك^(٣).

ويثار تساؤل لدى الباحث عن حكم زواج المتلاعنين بعد اجراء عملية اللعان؟ ان الاجابة عن ذلك تقتضي بنا الرجوع الى احكام الفقه الاسلامي والقوانين محل المقارنة، اذ ذهب جمهور الفقهاء الى ان الملاعنة بين الزوجين تؤدي الى الحرمة المؤبدة بينهما وبذلك اذا تزوجا فيما بعد عد الزواج باطلاً^(٤)، واستدل جمهور الفقهاء بأحكام السنة النبوية الشريفة ، ففقهاء الامامية استدلوا بما روي عن سهل بن زيد عن محمد بن يحيى عن زرارة بن أعين عن ابي عبدالله (عليه السلام) انه قال ((من لاعن زوجته لا تحل له ابدا...))^(٥)، في حين استدل الفقهاء الاخرين بما روي عن ابن عباس عن الرسول محمد (ص) ((المتلاعنان اذا تفرقا لا يجتمعان ابدا)) وكذلك ما روي عن ابن مسعود ((مضت السنة أن لا يجتمع المتلاعنان)) ، وقال مالك ابن انس ((السنة عندنا ان المتلاعنين لا يتناكحا أبداً ..))^(٦)

(١) ابو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، بلا دار ، القاهرة،

٢، ١٩٩٤، ص ١٠١؛ الكليني، فروع الكافي (٥-١٠٥/٦)

(٢) الشيخ عبد الغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، ج٣، المكتبة العلمية ، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٧٧.

(٣) وهذا الامر اتضح لنا من مدلول نص المادة (١٦٥/أ) اذ نصت على (يترتب على اللعان بين الزوجين فسح عقد زواجهما) ولم تبين لنا باقي القوانين المقارنة الحكم سابق الذكر.

(٤) الشيخ جعفر السبحاني، نظام النكاح في الشريعة الاسلامية الغراء، ج٢، مؤسسة الامام الصادق ، ايران ، بلا سنة طبع، ص٣٠٢؛ الشيخ عثمان احمد النجدي الحنبلي، هداية الراغب لشرح عمدة المطالب، دار محمد ، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٩٩٦، ص٧١٧، الامام محمد بن ادريس الشافعي، الام، ج٦، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، ط١، ٢٠٠١، ص ٧٣٣؛ ابن جزى، القوانين الفقهية، بلا دار طبع، بلا سنة، ص١٣١.

(٥) الكليني، اصول الكافي (٦، ٥/٢٥٦).

(٦) د. احمد غنيم ، موانع الزواج بين الشرائع السماوية الثلاث والقوانين الوضعية، مصر، دار النهضة العربية ، بلا سنة طبع، ص ١٦٧.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

في حين ذهب فقهاء الحنفية الى خلاف ذلك بقولهم ان اللعان لا يوجب الحرمة المؤبدة اذا انه يعد بحكم الطلقة البائنة ومن ثم اذ قام الزوج واكذب نفسه يحق له فيما بعد ان يرجع الى زوجته بعقد جديد، ودليلهم في ذلك ان الولد يثبت نسبه الى ابيه اذا كذب نفسه فكذلك الحال ان الزوجة لا تحرم عليه^(١).

وبدورنا نناقش الامر بالقول ان الفرقة باللعان لا تعد طلقة بائنة وانما فسحاً للعقد بدليل ان الزوجة لا تستحق السكنى ، وكذلك ان الحياة الزوجية مبنية على المودة والرحمة بدلالة قوله تعالى (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ)^(٢)، وفي حال حصول اتهام الزوج للزوجة بالزنا فتنتفي تلك المودة والرحمة ويصبح الامر قائم على الحقد والكراهية الذي يستحيل فيه الامر لإعادة الحياة الزوجية من جديد، وبهذا فيرى الباحث ان اللعان يؤدي الى جعل الزوجة محرمة على الزوج حرمة مؤبدة ودليلنا في ذلك ما ذهب اليه فقهاء الجمهور من استدلالات بالسنة النبوية الشريفة وبذلك ان اراد الزوج الزواج بها مرة ثانية عد زواجه باطلاً.

اما موقف القوانين محل المقارنة فهناك من عالج الامر واخرون لم يبينوا ذلك ، اذ ارجع بعض شراح قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المصري الامر الى موقف الفقه الحنفي والذي سبق وان تطرقنا له^(٣) وعلى الرغم من ان قانون الاسرة الجزائري لم يعالج الامر تشريعياً الا انه اورد تطبيقات قضائية يتبين من خلالها الحرمة المؤبدة بين المتلاعنين المؤدية الى بطلان العقد اذا تم فيما بينهما وهذا ما بينته المحكمة العليا اذ جاء في حكمها (من المقرر شرعاً وقانوناً انه اذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين)^(٤).

اما موقف القوانين محل المقارنة الاخرى بهذا الشأن فنجد منهم من عالج الامر تشريعياً وهذا ما ذهب اليه قانون الاحوال الشخصية الاماراتي بنص المادة (٤٥) اذ جاء فيها (يحرم على الرجل التزوج بمن لاعنها بعد تمام اللعان) وان نص المادة المتقدم ذكرها صريحاً في باب

(١) حسام الدين علي بن مكي الرازي، خلاصة الدلائل في تنقيح المسائل، ج٢، مكتب الرشيد، المملكة العربية السعودية، ط١، ٢٠٠٧، ص٤٢.

(٢) سورة الروم، آية ٢١.

(٣) الامام محمد ابو زهرة، الاحوال الشخصية، مصدر سابق، ص ١٠٧.

(٤) ينظر القرار رقم ٦٩٧٩٨ في ٢٣/٤/١٩٩١، وكذلك القرار رقم ١٧٢٣٧٩ في ٢٨/١٠/١٩٩٧ نقلاً عن محمد فرحي ولعربي ناجي، موانع الزواج وفق قانون الاسرة الجزائري والشريعة الاسلامية ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة اكلي محنداو لحاج - البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٤، ص ٣٧.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

المحرمات للتأبيد وهذا ما ذهب اليه جمهور الفقهاء، وبخلاف ذلك عد العقد باطلاً، وبذات المعنى اورد المشرع الاردني نصاً يوضح فيه حرمة الزواج بين المتلاعنين اذ نصت المادة (٢٨/ح) من قانون الاحوال الشخصية الاردني النافذ على انه (يحرم بصورة مؤقتة ما يلي : ح- الزواج ممن لاعنها إلا إذا أكذب نفسه، وتحقق القاضي من ذلك) وهذا يعني ان المشرع الاردني كان متأثراً بالفقه الحنفي ، اذ انه جعل الحرمة مؤقتة يمكن للزوج ان يراجع زوجته بعقد جديد اذا كذب نفسه^(١)، في حين لم يتطرق قانون الاحوال الشخصية العراقي لأحكام بطلان الزواج بسبب اللعان، على الرغم من وجود نص المادة الاولى فقرة (٢) من القانون والذي نصت على انه (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون) الا ان هذا النص غير وافٍ لمعالجة الحالة محل البحث لوجود خلاف فقهي وقانوني في الامر ، لذا ولتلافي كل ما تقدم كان على المشرع العراقي ايراد نص صريحاً يحرم فيه الزواج بين المتلاعنين كما فعل ذلك المشرع الاماراتي.

ثانياً:- بطلان زواج الزاني من الزانية واصولها وفروعها:- تعالج هذه الحالة حكم زواج الزاني بالزانية ان كانت محصنة او غير محصنة، وكذلك تبين حكم زواج الزاني بأصول وفروع الزانية، ولا يخلوا الامر من بيان حكم الزواج اذا زنى الرجل بأمر زوجته او بنتها، وأن بيان ما تقدم يقتضي بنا الرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية الغراء وكذلك النصوص القانونية.

قبل الخوض في كل ما تقدم لا بد من تعريف الزنا فقد عرفه البعض بأنه (ايلاج الأنسان ذكره في فرج امرأة محرمة عليه شرعاً بدون عقد)^(٢) ، وان دليل حرمة الزنا ذكر في القرآن الكريم اذ قال تعالى (وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا)^(٣)، وهذا يعني ان الزنا امر مرفوض شرعاً وقانوناً.

اذا حدث الامر اعلاه يترتب عليه في بعض الحالات بطلان العقد وحرمة المصاهرة وفي حالات اخرى لا يؤدي ذلك الى بطلان العقد ، ولبيان ذلك بشكل مفصل ارتأينا التطرق لكل حالة على حدة وحسب التفصيل الاتي:-

(١) د. محمد احمد حسن القضاة، مصدر سابق، ج٢، ص ٢٦٥.

(٢) علي محمد علي الطباطبائي الحائري، الشرح الصغير في شرح المختصر النافع، ج٣، مكتبة آية الله المرعشي النجفي العامة، قم المقدسة، ط١، ١٤٠٩ هـ، ص٣٣٢.

(٣) سورة الأسراء، آية ٣٢.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الحالة الاولى :- حكم زواج الزاني بالزانية:- لا يخلوا هذا الامر من فرضيتين احدهما اذا كان الزنا بامرأة غير محصنة (غير المتزوجة) اذ اتفق الفقهاء بعدم الحرمة في هذه المسألة سواء تزوجت الزانية من الزاني نفسه ام من شخص اخر رغم وجود الحرمة على ذلك في الاية الكريمة (الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرْمٌ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ)^(١)، الا اننا وبالرجوع الى تفسير الاية الكريمة تبين لنا ان (الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً)^(٢) يقصد بها ان الزاني لا يزني الا بالزانية او المشركة ، اما (وَحُرْمٌ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ) اي ان الزنا محرم على المؤمنين، واستدل الفقهاء على عدم الحرمة بقوله تعالى (وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ)^(٣)، اذ ان المحرمات المذكورات على سبيل الحصر ولم تذكر الزاني والزانية من ضمن ذلك وهذا ما قال به فقهاء الجمهور^(٤).

وكذلك استدل الفقهاء بقول الرسول محمد (ص)**((لا يحرم الحرام الحلال))** اي ان الزنا رغم حرمة الا انه لا يحرم المسائل المشروعة ، وفي سؤال لسماحة السيد السيستاني هل يصح الزواج بالمرأة التي زنيت بها من قبل ؟ واجاب اذ لم تكن حين الزنا زوجة للغير او في عدة الغير فيصح بلا اشكال^(٥).

اما ثانيهما اذا كان الزنا بامرأة محصنة (متزوجة) ففي هذه الحالة ان طلقها زوجها فتحرم حرمة مؤبدة على الزاني وهذا الامر لم يوضحه بشكل مفصل فقهاء المذاهب الاسلامية السابقين، اما الفقهاء المحدثين فبينوا ذلك بشكل واضح^(٦).

(١) سورة النور آية ٣.

(٢) سورة النور، جزء من الاية ٣.

(٣) سورة النساء اية ٢٤.

(٤) ينظر الفتوى رقم ٢٧٥٨ في ٢٠١٢/١٢/١٦ على الرابط الالكتروني الاتي:-

<https://aliftaa.jo/Question.aspx?QuestionId=٢٧٥٨#.XzrCM-gzBIU>

(٥) ينظر موقع سماحة السيد السيستاني للاستفسارات على الرابط الالكتروني الاتي:-

<https://www.sistani.org/arabic/qa/٠٥٠٢/>

(٦) وهذا الامر اتضح لنا من موارد عدة منها سؤال لاهد فقهاء الامامية مفاده (انا امرأة متزوجة وقد اقترفت - الزنا - ثم طلقت من زوجي الاول وتزوجت بالزاني نفسه بعد انقضاء العدة فما حكم ذلك؟ الجواب: ١- حرمة المزني بها ذات البعل علي الزاني حرمة مؤبدة تبنتي عندنا على الاحتياط، فان تم الرجوع في هذه المسألة الي فقيه آخر - مع رعاية الاعلام فالأعلم - واقتي بالحرمة فلا بد من الانفصال من دون حاجة الي الطلاق وان اقتي بعدم الحرمة يبني علي صحة العقد، وان لم يتم الرجوع الي غيرنا فلا بد من رعاية الاحتياط بالانفصال مع الطلاق.

٢- مع الرجوع الي من يفتي بالحرمة المؤبدة او لزوم رعاية الاحتياط فلا بد من الامتناع من ترتيب آثار الزوجية من جانبك باي وجه ممكن. ٣ - اذا كان منكراً لوقوع الزنا فلا سبيل الي الزامه ببطلان العقد او لزوم رعاية الاحتياط من دون توفر الشهود علي الزني، وان كان ذلك لا يسقط عنك التكليف بما مر؛ ينظر موقع سماحة السيد علي السيستاني ، الاستفتاءات، على الرابط الالكتروني الاتي:
<https://www.sistani.org/arabic/q>

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

والحال ذاته ذهب اليه اغلبية فقهاء الامامية^(١).

اما جمهور الفقهاء^(٢) فلا يوجد دليل لديهم على حرمة زواج المرأة الزانية من قبل الزاني بعد انفصالها^(٣).

مما تقدم نخلص الى نتيجة مفادها ان الراجح لدى فقهاء الامامية حصول الحرمة المؤبدة بين الزاني ومن زنا بها اذا كانت في ذمة رجل ، ومن ثم اذا حصل الزواج فيما بينهما يترتب عليه بطلان العقد لأن حكمه والزنا سواء، اما جمهور الفقهاء فلم يحرموا ذلك ومن ثم يحق للزاني الزواج بالزانية ذات البعل بعد انفصالها.

في حين لم تتطرق القوانين محل المقارنة^(٤) لهذا الامر ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي ، وبدورنا نوصي المشرع العراقي الاخذ بما ذهب اليه فقهاء الامامية وجعل الحرمة مؤبدة يترتب عليها بطلان العقد؛ ويعود تبريرنا لذلك لكي لا تنفشى هذه الحالة ولكي لا تتخذ زوجة الغير ذريعة الزنا للانفصال عنه ومن ثم تتزوج بمن زنا بها، على عكس الحال في المسألة الاولى اذ لم تكن متزوجة اذ ان غاية الزواج لكي يحصنها وتعد زوجة محصنة، اما الحالة الثانية فالزوجة بالاساس محصنة فلا حاجة الى تحصينها من قبل زوج اخر لذريعة غير مشروعة.

الحالة الثانية :- زواج الزاني من اصول او فروع من زنا بها:- تبين هذه الحالة مدى امكانية زواج الزاني من اصول^(٥) الزانية الذي قام بمواقعتها بشكلٍ محرم ، ولبيان ذلك يجب الرجوع الى موقف الفقه الاسلامي والقانون .

(١) السيد الخوئي، مصدر سابق، ص ٢٧٩.

(٢) وهذا ما ذهب اليه فقهاء الاحناف والمالكية والشافعية والحنابلة؛ ينظر ابن قدامه، المغني (١٤٠/٧)

(٣) ينظر دار الفتوى المصرية، رقم الفتوى ١٥٠١٣١ على الرابط الالكتروني الاتي:-

<https://www.islamweb.net/ar/fatwa/150131/> وكذلك القاضي محمد حسن كشكول، مصدر سابق،

ص ٤٣.

(٤) ومن نافذة القول ان القانون المدني الايراني ورغم اننا لم نعقد مقارنة مع الا انه نص على ذلك في المادة (١٠٥٠) والذي جاء فيها (اذا تزوج رجل بأمرأة سواء اكانت متزوجة مع العلم بوجود رابطة زوجية وبتحريم الزواج ، ام كانت امرأة في فترة العدة من طلاق او من وفاة مع العلم بقيام العدة وتحريم الزواج فإن العقد يكون باطلاً ، وهذه المرأة تكون محرمة للأبد على هذا الرجل) ينظر د. احمد غنيم، مصدر سابق، ص ٢٠٧.

(٥) نقصد بالاصول الام وام الام وان على الامر

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

اذا ذهب فقهاء الحنابلة الى القول بثبوت حرمة المصاهرة اذا زنا الرجل بأمرأة ، وبهذا فلا يجوز له الزواج بأمرأة وإن علت وبناتها وإن نزلت^(١)، والحال ذاته ذهب اليه فقهاء الحنفية بقولهم (اذا وطئ رجل امرأة بنكاح، او فجور ، حرمت عليه امها وابنتها)^(٢)، ولم يقتصر الامر على ما سبق اذ ان بعض فقهاء الشافعية قالوا ببطلان زواج الرجل من ام او بنت من دخل بها فجوراً^(٣)، والحال ذاته ذهب اليه فقهاء المالكية^(٤) والامامية^(٥).

مما سبق يتبين لنا الحرمة المؤبدة لزواج الرجل بأمرأة او بنت المرأة التي زنا بها ويترتب على ذلك بطلان العقد بينهما ، واستدل جمهور الفقهاء بحرمة المصاهرة سواء اكانت المصاهرة عن طريق الزواج او الزنا، وان حكمة التحريم بسبب المصاهرة هي ان المرأة اذا اقترنت بالرجل صارت قطعه من نفسه وصار هو الاخر قطعه منها سواء اكان الاقتران بعقد صحيح ام غير صحيح حسب اتفاق الفقهاء على ذلك ، وهناك ادلة عدة على ذلك منها قوله تعالى (هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ)^(٦)، وبهذا اذا صار كلاهما جزء من الاخر فمن المنطق ان تكون امها كأمه ، وابنتها كبنته والعكس صحيح، وهذا الامر محل اتفاق بين الشرائع السماوية والشريعة الاسلامية^(٧).

الا ان ما سبق ذكره لم يتم الاتفاق عليه من قبل الفقهاء ، اذ ذهب الرأي الراجح لدى فقهاء الشافعية الى ان الزنا لا يؤدي الى حرمة المصاهرة بين الزاني وافرغ الزانية ودليلهم في ذلك قوله تعالى (وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا)^(٨)، وإن فحوى الآية الكريمة ان الله سبحانه وتعالى ميز بين النسب والصهر، وبما ان النسب لا يثبت بالزنا ، فكذلك الحال ان حرمة المصاهرة تنتفي بالزنا، ولا يقتصر الامر على ذلك اذ انهم استدلوا بقول

(١) ابو المواهب الحسين بن محمد العكبري الحنبلي، رؤوس المسائل الخلافية بين جمهور الفقهاء، المجلد الرابع، دار اشبيليا ، بلا سنة طبع، ص ٨٣.

(٢) برهان الدين، المحيط البرهان (٤ / ٨٦).

(٣) العلامة عبدالله بن عمر بن عبدالله باجماع العمودي، اعانة المبتدئين ببعض فروع الدين، جدة ، دار المنهاج، ط١، ٢٠٠٥، ص ٣٨٣.

(٤) الشيخ ابو محمد عبدالله بن ابي زيد القيرواني، اختصار المدونة والمختلطة، ج٢، دار البيضاء ، المملكة المغربية، ط١، ٢٠١٣، ص ٧٣.

(٥) السيد ابو القاسم الخوئي، كتاب النكاح، ج١، منشورات مدرسة دار العلم، ١٤١١، ص ٣١٦.

(٦) سورة البقرة ، آية ١٨٧.

(٧) الامام محمد ابو زهرة ، الاحوال الشخصية، مصدر سابق، ص ٧٣.

(٨) سورة الفرقان، آية ٥٤.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الرسول محمد (ص) (لا يحرم الحرام الحلال) اي ان الزنا لا يجعل هنالك مانعاً بين الزاني واصل وفرع الزانية^(١).

وان الامر اعلاه لا يقتصر على الزانية فقط ، اذ ان اصول الزاني وفروعه يحرموا على الزانية حرمة مؤبدة لتحقق الغاية المتواخاة من ذلك ، اما اذا حدث زنى الشخص بأمر زوجته او ابنتها ففي هذه الحالة وبأتفاق الفقهاء لا يترتب على ذلك حرمة المصاهرة ومن ثم ان الزوجة لا تحرم على زوجها وتبقى الحياة الزوجية مستمرة بلا اشكالات شرعية او قانونية^(٢).

ويرى الباحث ان ادلة اصحاب الرأي الاول(جمهور الفقهاء) اكثر ترجيحاً لديه من رأي فقهاء الشافعية ، اذ ان الدخول سواء اكان صحيحاً ام غير صحيح يجعل من حرمة المصاهرة متحققة ، لإن مجرد الدخول يجعل هنالك اقتران بين الشخصين وبهذا تتحقق الغاية المراد منها تحقيق الحرمة .

اما موقف القوانين محل المقارنة فهناك من عالج الامر واخرون لم يتطرقوا للأحكام سابقة الذكر اذ لم يبين لنا قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المصري نصاً بهذا الامر ، الا ان الشرح استدلوا بأرجح الاقوال للإمام ابي حنيفة بقولهم (يحرم على الرجل أن يتزوج اصل مزنيته وفرعها وتحرم المزني بها على أصوله وفروعه ولا تحرم عليهم أصولها وفروعها)^(٣)، اما عن موقف القانون الجزائري فلم نجد نصاً يسعنا في الامر اعلاه الا ان بعض الباحثين الجزائريين ارجعوا الامر الى احكام الشريعة الاسلامية^(٤)، والحال ذاته ذهب اليه المشرع الاماراتي.

في حين نصت المادة (٢٦) من قانون الاحوال الشخصية الاردني على انه ((وطء المرأة غير الزوجة يوجب حرمة المصاهرة دون دواعي الوطء)) وان النص جاء مطلق والمطلق يجري على اطلاقه اذ ان الدخول بأي امرأة يؤدي ذلك الى حرمة المصاهرة وهذا ما بينته الاراء الفقهية للمذاهب الاسلامية محل المقارنة^(٥)، الا ان بعض الشراح لم يبينوا ذلك بشكلٍ دقيق واقتصر على عقد الزواج الفاسد والعقد بشبهة^(٦).

(١) بدر الدين، بداية المحتاج (٣/ ٨٥).

(٢) ينظر القاضي محمد حسن كشكول، مصدر سابق، ص ١٩٩.

(٣) المستشار اشرف مصطفى كمال، مصدر سابق، ص ٩٣٨.

(٤) يوسف كهيبة، وليلى لامي، مصدر سابق، ص ٦٤.

(٥) د. محمود علي السرطاوي، مصدر سابق، ص ٦١.

(٦) د. محمد احمد حسن القضاة، مصدر سابق، ج ١، ص ١٠٣.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

في حين ذهب الرأي الراجح لدى شراح قانون الاحوال الشخصية الاردني بالقول ان حرمة المصاهرة تثبت بالزنا مستدلين بقوله تعالى ((ولا تتكحوا ما نكح آباؤكم من النساء))^(١)، ووجه الدلالة في الاية الكريمة ان النكاح هو مطلق الوطاء سواء أكان ذلك من زواج صحيح او من زنا، وكذلك بقول الرسول الكريم محمد (صل الله عليه واله وسلم) (من نظر الى فرج امرأة لم تحل له امها ولا ابنتها)^(٢).

ولم يبين لنا قانون الاحوال الشخصية العراقي حرمة المصاهرة بالزنا، ويعد الامر نقصاً تشريعياً كان على المشرع تلافيه من خلال ايراد نصاً يبين فيه حرمة المصاهرة بالزنا كما اورد المشرع الاردني ذلك، اذ ان نص المادة (١٥)^(٣) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ متعلق بحرمة المصاهرة اذا كان الزواج صحيحاً ، الا انها لم تبين لنا حكم الزواج بأصول وفروع الزانية ، وبعد رجوعنا الى شراح هذه المادة لم نجد منهم من تطرق الى الحكم اعلاه^(٤).

بعد ان اتضح لنا موقف الفقه الاسلامي والقوانين محل المقارنة من زواج الزاني بالزانية واصولها وفروعها توصلنا الى عدة نتائج اهمها:-

- ١- ان الزاني يجوز له الزواج بالزانية اذا كانت الزانية غير محصنة، اما اذا كانت محصنة ففي الراجح يحرم ذلك حرمة مؤبدة ومن ثم اذا حصل الزواج عد العقد باطلاً.
- ٢- من زنا بامرأة حرمت عليه امها وان علت وبناتها وإن نزلت ، وان دليل الحرمة في هذا المورد هو ثبوت حرمة المصاهرة بين الشخص وام وبنات من زنا بها.
- ٣- لا تثبت الحرمة بين الزوجة وزوجها اذا قام الاخير بزنا ام الزوجة او بنتها، بمعنى اخر ان الحياة الزوجية تبقى مستمرة ولا تأثر عليها.

(١) سورة النساء ، اية ٢٢.

(٢) ينظر د. جميلة عبد القادر الرفاعي، نظرة فقهية لمسائل طرحت في قانون الاحوال الشخصية لعام ٢٠١٠، بحث منشور في مجلة الجامعة الاردنية ، كلية علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٢، العدد الثالث، ٢٠١٥، ص ٩٣٩.

(٣) نصت المادة اعلاه على انه (يحرم على الرجل أن يتزوج بنت زوجته التي دخل بها وأم زوجته التي عقد عليها. وزوجة أصله وإن علا وزوجة فرعه وإن نزل).

(٤) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الزواج والطلاق، مصدر سابق، ص ٣٦؛ د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية، مصدر سابق، ص ٧٢. د. محمد حسن كشكول ، مصدر سابق، ص ٤٠-٤١.

المطلب الثاني

حالات بطلان انقضاء الرابطة الزوجية

سبق وان تطرقنا لاهم الحالات التي يبطل فيها عقد الزواج سواء المتفق على بطلانها ام المختلف في بطلانها واوردنا تطبيقات ذات اهمية بالغة من الناحية الشرعية والقانونية ، وان الرابطة الزوجية لا تقتصر على الانشاء فقط، اذ انها تشمل الانشاء والانقضاء، وهناك العديد من الحالات التي يتم من خلالها انقضاء الرابطة الزوجية ومنها الفسخ والذي تقدم الكلام عنه في فصلنا الاول، وكذلك اللعان وهو الاخر تطرقنا له سابقاً، ولم يقتصر الامر على ذلك اذ ان الرابطة الزوجية تنقضي (بالظهار^(١)، والايلاء^(٢)، والطلاق^(٣)، والخلع^(٤))، والتفريق القضائي^(٥).

(١) ومعنى الظهار ان يقول الزوج لزوجته انت علي كظهر امي اي محرمه عليه ولا يريد جماعها وهو ليس طلاقاً بل هو قسم ولكي يتحرر من القسم فان على الرجل ان يصوم شهرين او يطعم ستين مسكيناً قبل ان يتماسا. ينظر المستشار طه شريف، الزواج الاسلامي ومقارنته بالزواج في الشرائع المسيحية، بلا دار ، مصر، بلا سنة، ص ٨٤. وإن مشروعية الظهار وردت في قوله تعالى (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا دُلُّكُمْ تُوَعِّظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ) ينظر سورة المجادلة، اية رقم ٣.

(٢) يعرف الايلاء بأنه (حلف الزوج الذي يصح منه الطلاق بالله او بصفة من صفاته على عدم مضاجعة زوجته مدة اكثر من اربعة اشهر) ينظر: يوسف عبدالله محمد الشريفي و شبلي احمد عيسى عبيدات ، التفريق بين الزوجين للايلاء دراسة فقهية مقارنة بقانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠، بحث منشور في كلية الشريعة والدراسات الاسلامية جامعة اليرموك، المجلد ٤٦، العدد ٣، ٢٠١٩، ص ١٨٤.

(٣) يعرف الطلاق بتعريفات عدة لا يمكن احصائها في هذا المورد ومن تلك التعريفات بأنه (رفع قيد الزواج في الحال او في المال بلفظ مخصوص له شرعاً صريحاً كان او كنايةً او ما يقوم مقامه ، ورفع قيد الزواج في الحال يكون بالطلاق البائن وفي المال يكون في الطلاق الرجعي، واللفظ المخصوص هو ما دل على الطلاق من الالفاظ الصريحة او الكنائية) ينظر د. رنا سلام امانه ، الطلاق الشرعي والطلاق الالكتروني، فقهاً وقضاء وقانوناً ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، على الرابط الالكتروني الاتي :

<https://www.iasj.net/iasj/download/eecaff>

(٤) يعرف الخلع بأنه (فراق الزوجة بعوض بألفاظ مخصوصة) ينظر : محمد علي جميل، فقه الخلع، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية التعليم المفتوح قسم الدراسات الاسلامية، جامعة العلوم التكنولوجية، ٢٠١١، ص ١٢. وتختلف المباراة عن الخلع بعدة حالات منها ان المباراة تترتب على كراهة كلا الزوجين بخلاف الخلع يترتب على كراهة الزوجة فقط ، فضلاً عن ذلك يلزم ان يلحق المباراة صيغة الطلاق بخلاف الخلع الذي لا يحتاج فيه الى صيغة طلاق ، وكذلك يشترط في المباراة ان لا يكون العوض اكثر من المهر ، بخلاف الخلع الذي يكون اكثر او اقل من المهر؛ ينظر موقع سماحة السيد السيستاني على الرابط الالكتروني الاتي:-

<https://www.sistani.org>

(٥) يعرف التفريق القضائي بأنه (انتهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب احدهما ، لسبب كالشقاق والضرر وعدم الانفاق او بدون طلب من احد حفاظاً لحق الشرع كما اذا ارتد احد الزوجين. ينظر عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الشريعة الجامعة الاسلامية بغزة، ٢٠٠٤، ص ٦.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

ورغم ان البطلان يشملهم جميعاً من الناحية الشرعية والقانونية اذ ان الظهار يبطل اذ لم تراخ فيه الصيغة الشرعية والحال ذاته بخصوص الايلاء ، الا ان الحالتين السابقتين لم يكن لهما تطبيقات في الواقع العملي واتضح لنا ذلك من خلال مراجعة اغلب المبادئ التمييزية في مسائل الاحوال الشخصية سواء في العراقية منها ام تلك المتعلقة بالقوانين محل المقارنة ، اذ ان الواقع العملي يقتصر على حالتين فقط هما بطلان الطلاق وبطلان التفريق القضائي، لذا ارتأينا التطرق الى ذلك من خلال فرعين سنبيين في اولهما حالات بطلان الطلاق ، ونتطرق في ثانيهما الى حالات بطلان التفريق القضائي وحسب الاتي:

الفرع الاول

حالات بطلان الطلاق

تكثر الحالات التي يتم فيها بطلان الطلاق منها ما تمت معالجته تشريعياً والاخرى لم تتم معالجته ، الامر الذي جعل قاضي الموضوع يرجع في ذلك الى احكام الشريعة الاسلامية الغراء، وذلك يؤدي الى تناقض الاحكام التي تصدرها محكمة الموضوع ، لذا فمن الاخرى توحيد تلك الاحكام من خلال ايراد نصوص قانونية تعالج ذلك بشكل صريح، وان الامام بجميع حالات بطلان الطلاق يمكن ان نرجعه الى تخلف اركان الطلاق، لذا سنبيين كيفية تخلف اركان الطلاق من خلال التطرق لكل ركن بفقرة خاصة وحسب الترتيب الاتي:-

اولاً:- الصيغة:- تعد صيغة الطلاق من الاركان الذي يجب توافرها وبخلاف ذلك لا يمكن ايقاع الطلاق؛ وغاية ذلك تكمن في ان فقهاء الامامية لهم صيغة معينة للطلاق، فضلاً عن ذلك فإن الطلاق بالكتابة لا يقع لديهم واستدلوا بما روي عن محمد بن يعقوب عن محمد بن ابراهيم عن ابيه الخ عن الامام ابي جعفر (عليه السلام) قلت رجل كتب بطلاق امرأته فقال عليه السلام ليس ذلك بطلاق^(١)، والصيغة اما صريحة ، كأن يقول الزوج لزوجته انت طالق ، او غير صريحة (كناية) كأن يقول لها اذهبي تزوجي او ما شابه ذلك من الالفاظ الكنائية، ولا خلاف بين الفقهاء المسلمين بشأن صحة الطلاق الصريح ، الا ان الخلاف ثار بين الفقهاء المسلمين بشأن الطلاق الكنائي الى اتجاهين : اولهما قال به فقهاء الامامية، وبعض فقهاء الجمهور^(٢) ان الطلاق لا يقع الا اذا كان صريحاً وهذا الامر اتضح لنا من خلال عبارات عديدة ومنها على سبيل المثال (ولا

(١) ينظر الشيخ محمد آبن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة، ج ٢٢، مؤسسة آل البيت، قم، بلا سنة، ص ٣٦.

(٢) وهذا ما ذهب اليه ابن القيم وابن حزم الظاهري. ينظر ابن حزم الاندلسي الظاهري، المحلى بالاثار، ج ١٠،

دار ابن حزم، بيروت، بلا سنة، ص ١٧٠.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

عبارة عندنا بالسراح والفراق وإن عبر عن الطلاق بهما في القرآن الكريم بقوله تعالى (او تسريحاً بإحسان^(١)) وقوله تعالى (وفارقوهن بمعروفٍ) إذ ان السراح والفراق كانا كناية ، والالفاظ الكنائية لا يقع بها الطلاق، وفي خلاف ذلك عد الطلاق باطلاً ، بمعنى اخر ان فقهاء الامامية يعد الطلاق الكنائي لديهم باطلاً^(٢).

وثانيهما ذهب اليه جمهور الفقهاء الى ان طلاق الكناية^(٣) يقع اذا نوى الزوج على انه طلاقاً، فإن نوى على انه طلقه فعدت واحدة، وان نوى على انه اثنان فعدت كذلك وان نوى على انه ثلاث فعدت ثلاث وبذلك تحرم عليه حرمة مؤقته ولا يجوز له الزواج بها الا ان تنكح من زوج اخر، وهذا يعني ان الزوجة تبين على زوجها بينونة كبرى وبذلك لا تحل له الا ان تنكح من زوج اخر ومن ثم يفترقا ويجب ان لا يكون قصد النكاح لتحليلها على زوجها الاول فاذا كان القصد كذلك بطل النكاح^(٤).

ويرجح الباحث اصحاب الاتجاه الاول ؛ وغاية ترجيحنا لها مبررات ومن اهمها ان الطلاق يعد من ابغض الحلال عند الله ولا يمكن انهاء علاقة زوجية بالاعتماد على الفاظ غير صريحة.

اما موقف القوانين محل المقارنة بشأن المسألة اعلاه فهناك من تطرق الى ذلك صراحة واخرون تطرقوا ضمناً الا ان هنالك من لم يعالج الامر اعلاه اذ ذهب المشرع المصري في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ في نصت المادة (٤) على انه (كنايات الطلاق وهي ما تحتمل الطلاق وغيره ولا يقع بها الطلاق إلا بالنية)، ولم نجد مثيلاً للنص اعلاه في طيات قانون الاسرة

(١) سورة البقرة، اية ٢٢٩

(٢) الاستاذ المحقق وجداني فخر، الجواهر الفخرية في شرح الروضة البهية، ج١٣، ايران، بلا سنة، ص ١٤-١٥.

(٣) والكناية نوعان ظاهرة ومن انواعها انت خليه وبائنة وحرمة...، وخفية ، ومن انواعها اخرجي اذهبي وذوقي وليست لي بامرأة وغيرها من الالفاظ الاخرى . ينظر عثمان بن عبدالله بن جامع الحنبلي، الفوائد المنتخبات في شرح اخصر المختصرات، ج٣، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ٢٠٠٣، ص ٤٨٨ . الشيخ الفقيه ابي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن ابن الجلاب البصري، التفرع في فقه الامام مالك ابن انس، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٧، ص ١٢. تقي الدين ابي بكر محمد بن عبد المؤمن الخصني الحسيني الدمشقي الشافعي، كفاية الاختيار في حل غاية الاختصار، دار المنهاج للنشر والتوزيع، قطر، ط٥، ٢٠١٦، ص٥١٢.

(٤) الامام محمد بن الحسن الشيباني، الاصل ، ج٤، اصدارات وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، قطر، ط١، ٢٠١٢، ص٥١٦.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الجزائري او قانون الاحوال الشخصية الاماراتي، الا ان قانون الاحوال الشخصية الاردني النافذ جاء بنص صريح اذ نصت المادة (٨٤) على انه (يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة دون الحاجة إلى نية، وبالألفاظ الكنائية- وهي التي تحتمل معنى الطلاق وغيره- بالنية)

اما موقف قانون الاحوال الشخصية العراقي فلم يتطرق الى ذلك بشكلٍ صريح الا ان الشق الاخير من نص المادة (١/٣٤) جاء فيها (ولا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصصة له شرعاً) وذهب بعض شراح القانون الى ان العبارة الاخيرة تشمل الطلاق الصريح وطلاق الكناية^(١)، الا اننا ننتقد ذلك اذ ان النص جاء واضحاً ، والصيغة الشرعية لا تشمل طلاق الكناية حسب رأي اصحاب الاتجاه الاول.

من كل ما تقدم نخلص الى نتيجة مفادها ان التشريع الاردني والمصري كان متأثراً برأي جمهور الفقهاء والذي اجازوا من خلاله طلاق الكناية، في حين لم يبين المشرع العراقي ذلك، لذا نوصي المشرع العراقي بإيراد نصاً صريحاً يبين فيه عدم وقوع طلاق الكناية وبخلاف ذلك يعد الطلاق باطلاً.

ولم تقتصر المسألة على اللفظ فقط اذ ثار الخلاف بين الفقهاء بشأن الاشارة والكتابة، فهل يقع الطلاق بهما؟ اتجه فقهاء الامامية الى القول بأن الطلاق بالكتابة والاشارة لا يقع ، الا اذا كان الزوج (اخرس) ففي ذلك يمكن ايقاع الطلاق بالاشارة المفهمة، واستدلوا بما روي عن محمد بن مسلم عن الباقر (ع) (انما الطلاق ان يقول انت طالق) وهذا يعني ان الطلاق بغير اللفظ الصريح باطلاً^(٢)، اما جمهور الفقهاء فلهم رأي اخر اذ انهم يخالفون فقهاء الامامية بقولهم ان الطلاق بالاشارة والكتابة يقع^(٣).

اما قانوناً فنصت بعض القوانين المقارنة المتأثرة بجمهور الفقهاء على صحة الطلاق بالكتابة والاشارة ومنها قانون الاحوال الشخصية الاردني اذ نصت المادة (٨٣) على انه (أ- يقع الطلاق باللفظ وللعاجز عنه بإشارته المعلومة. ب- يقع الطلاق بالكناية بشرط النية) والامر ذاته

(١) د. فاروق عبدالكريم ، مصدر سابق، ص ١٧٨.

(٢) الشهيدين السعديين محمد بن جمال الدين المكي العاملي، زين الدين الجبعي العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج ٦، دار المعارف للمطبوعات، بيروت، بلا سنة طبع، ص ١٣.

(٣) منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي، المنح الشافيات بشرح مفردات الامام احمد ، كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط ١، ٢٠٠٦، ص ٦٢٥. جلال الدين عبدالله نجم بن شاش، عقدة الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ج ١، دار الغرب الاسلامي، بلا سنة ، ص ٥٢٧.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

نصت عليه المادة (٢/٩٩) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي، ولم تتطرق القوانين الاخرى محل المقارنة الى بطلان او صحة الطلاق بالاشارة او الكتابة، وبدورنا نوصي المشرع العراقي بايراد نصاً في قانون الاحوال الشخصية يوضح فيه عدم صحة ايقاع الطلاق بالكتابة او الاشارة الا من قبل العاجز، ونبرر ذلك بالقول ان هدم الرابطة الزوجية له مؤثراته على حياة كلا الزوجين وعلى اطفالهم، لذا يجب ان يراعى اللفظ الصريح عند ايقاع الطلاق.

ثانياً:- المطلق:- يعد المطلق من اهم اركان الطلاق وبخلاف ذلك لا يمكن انقضاء الرابطة الزوجية ، الا ان هنالك اشخاص متعددون لا يصح طلاقهم من الناحية الشرعية والقانونية رغم انهم ازواج ، وسنفرد لكل واحد منهم فقرة خاصة وحسب الترتيب الاتي:-

١- **فأقد الادراك والارادة والتمييز:-** يرى فقهاء الامامية بعدم جواز ايقاع طلاق المجنون ومن يلحق في حكمه كالسكران والغضبان اذا خرج عن شعوره وادراكه اذ انه حكمه كحكم المجنون^(١)، واستدل فقهاء الامامية بالسنة النبوية الشريفة، وهذا ما روي عن الامام علي عليه السلام اذ انه قال (كل طلاق جائز الاطلاق... مجنون) وسأل الامام الرضا عليه السلام عن طلاق المعتوه والسكران والمجنون والمغلوب على عقله ومن لم يتزوج ، فقال لا يجوز^(٢)، وذهبوا كذلك الى عدم جواز طلاق الصبي واستدلوا بعدة ادلة منها ما روي عن النوفلي عن السكوني عن ابي عبدالله(عليه السلام) انه قال (كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه او الصبي ..) وكذلك ما روي عن ابي الصباح الكناني عن ابي عبدالله (عليه السلام) (ليس طلاق الصبي بشيء) وعن ابي بصيره عن ابي عبدالله انه قال (لا يجوز طلاق الصبي)^(٣)، نخلص من كل ما تقدم ان طلاق الصبي لا يقع عند فقهاء الامامية.

اما فقهاء الجمهور فيتوافقون مع فقهاء الامامية في اغلب المسائل سابقة الذكر ومنها عدم جواز طلاق الصبي اذ ذهب فقهاء الحنابلة الى ذلك مستدلين بقول الرسول الكريم محمد (ص) (رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم..)^(٤)، ولم يقتصر الامر على ما سبق ذكره اذ ان جمهور الفقهاء لهم الرأي ذاته^(٥).

(١) محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، دار الجواد، بيروت، ط الاخيرة، ٢٠٠٠، ص ٤٠٩.

(٢) السيد محمد تقى المدرسي، احكام الطلاق ومعالجة تفكك الاسرة، دار الاستقلال، ط ١، ٢٠٠٥، ص ٣٤.

(٣) السيد احمد الخوانساري، جامع المدارك في شرح المختصر النافع، ج ٤، مكتبة الصدوق، طهران، ١٣٨٩هـ، ص ٣٩٣.

(٤) منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج ٥، عالم الكتب، بيروت، ١٩٨٣، ص ٢٣٣.

(٥) صدر الدين علي بن علي ابن ابي العز الحنفي، التنبيه على مشكلات الهداية، ج ١، مكتبة الرشد، مكة المكرمة، ط ١، ٢٠٠٣، ص ١٣٠٣.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

اما بشأن طلاق المجنون والسكران فذهب فقهاء المالكية الى عدم جواز الاول اي ان طلاق المجنون يعد باطلاً في حين يقع طلاق السكران واستدلوا بما قاله مالك ابن انس عندما سألهم احدهم ايجوز طلاق السكران ، فقال نعم يجوز^(١)، اما فقهاء الحنابلة فيذهبون الى عدم صحة طلاق المجنون ، الا انهم قالوا بأن طلاق السكران يقع اذ كان مختاراً على السكر ، اما اذا كان مكرهاً فطلاقه لا يقع ويعد باطلاً^(٢)، والحال ذاته اتجه اليه فقهاء الشافعية^(٣) والحنفية^(٤).

وان الغاية من بطلان طلاق من سبق ذكرهم لانتفاء الارادة لديهم الذي تعد شرطاً لصحة الطلاق.

وقد عالجت اغلب القوانين محل المقارنة الامور سابقة الذكر الذي تطرق لها الفقهاء المسلمون وهذا الامر اتضح لنا من موارد عدة منها ما جاء به المشرع المصري في نص المادة الاولى من قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠^(٥).

في حين نجد ان بعض القوانين جاءت متأثرة برأي جمهور الفقهاء، اذ نصت المادة (١٠١) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي على انه ((١- يشترط في المطلق العقل والاختيار. ٢- يقع طلاق فاقد العقل بمحرم اختياراً)) ، وبينت المادة (٨٦/أ) الاشخاص الذي لا يقع طلاقهم اذ نصت على انه ((لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره ولا المعتوه ولا المغمى عليه ولا النائم)).

وان القانون العراقي عالج بعض المسائل وهذا ما نصت عليه المادة (١/٣٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ والمعدل اذ جاء فيها (لا يقع طلاق الاشخاص الاتي ذكرهم

(١) جلال الدين، عقدة الجواهر الثمينة (١/٥٠٧).

(٢) عبد الغني بن ياسين اللبدي النابلسي ، حاشية اللبدي على نيل المآرب، ج ١، دار البشائر الاسلامية، ١٣١٩ هـ ، ص ٣٠٩.

(٣) ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب المارودي، الاقتناع في الفقه الشافعي، دار احسان للنشر والتوزيع، ايران، ط ١، ١٤٢٠ هـ، ص ١٤٦.

(٤) احمد بن محمد بن احمد بن جعفر القدوري الحنفي البغدادي، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٩٧، ص ١٥٣.

(٥) وجاء في قرار لمحكمة النقض المصرية بالعدد ٦٦ لسنة ١٩٤٩ ان طلاق المجنون لا يقع، وفي قرار ثان بالعدد ٢٨ لسنة ١٩٤٨ اذ جاء فيه ان طلاق الغضبان لا يقع اذا وصل الى مرحلة الهذيان ..؛ ينظر في ذلك الشيخ احمد ابراهيم بك، والمستشار واصل علاء الدين احمد ابراهيم، احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية والقانون، دار القضاة، مصر، ط ٤، بلا سنة طبع، ص ٢٨٢.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

١- السكران والمجنون... وفاق التمييز من غضب او مصيبيه مفاجأة^(١)، والغضبان على ثلاثة درجات احدهما يؤدي الى عدم وقوع طلاقه والاخر يؤدي الى وقوع طلاقه ومرتبته وسط يترك امر تقديرها الى سلطة القاضي^(٢)، الا ان المشرع العراقي لم يبين لنا احكام طلاق الصبي سواء اكان مميزا ام غير مميز.

من كل ما تقدم يتضح لنا ان طلاق السكران والمجنون والصبي والغضبان لا يقع فقهاً وقانوناً، وهذا ما تبين لنا من كلمة (لا) الواردة في النصوص الشرعية والقانونية وبما انها تفيد النهي، وان النهي الوارد فيما سبق يعد لذات الشيء وليس لشيء خارج عن ماهيته فهذا يعني ان الطلاق يعد باطلاً.

ويثار تساؤل فحواه اذا كان طلاق المجنون او الصبي لا يقع فهل يحق للولي ان يطلق مكانهم؟

من خلال الرجوع الى الكتب الفقهية والقانونية اتضح لنا ان الولي او القيم لا يمكنهما ايقاع الطلاق مكان المجنون او الصبي، واستدل الفقهاء بالحديث النبوي الشريف (الطلاق لمن اخذ بالساق)، وكذلك لما روي عن الامام الصادق عليه السلام سألهم هل يجوز للولي ان يزوج ابنه الصغير؟ فأجاب نعم، وقال له الرجل هل يجوز له ان يطلق فأجاب عليه السلام بـ لا^(٣)، وعلى هذا الرأي استقرت قرارات محكمة التمييز^(٤) وكذلك الحال لدى محكمة النقض

(١) الا ان محكمة التمييز الاتحادية وفي احد قراراتها بالعدد ٥٣٠/شخصية/١٩٨١ والذي جاء فيه (يقع طلاق الغضبان ما دام لم يفقد التمييز خلال غضبه) وهذا يعني ان الغضبان نوعين احدهما يفقد التمييز عند غضبه وطلاقه لا يقع، والاخر لا يفقد التمييز عند غضبه والاخير طلاقه يقع.؛ ينظر ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في قسم الاحوال الشخصية، مطبعة اسمند، بغداد، ١٩٨٩، ص ٢٠١؛ وبذات معنى القرار السابق، اصدرت محكمة التمييز الاتحادية قرارها بالعدد ٢٥٠٢/طلاق/٢٠٠٨ يتضمن عدم وقوع الطلاق من الغضبان مالم ينتج عن ذلك فقدان التمييز، وإن فقد التمييز مسألة تقديرية تترك لقاضي الموضوع، ينظر مجلس القضاء الاعلى على الرابط الالكتروني الاتي: <https://www.hjc.iq/indexqanoun-ar.php> (٢) اما بشأن الاول فهو الذي يؤدي الغضب الى اختلال التوازن وفقدان التمييز وهذا لا يقع طلاقه كما بينا، في حين ان الثاني يبقى مسيطراً على تفكيره وهذا يقع طلاقه، اما الثالث فيترك امر تقديره الى قاضي الموضوع؛ ينظر. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الزواج والطلاق، مصدر سابق، ص ١٣٣.

(٣) العامل، وسائل الشيعة (٨٠/٢٢) ينظر محمد جواد مغنية، الفصول الشرعية، منشورات المكتبة الاهلية، بيروت، ط٢، ١٩٦١، ص ٦١.

(٤) بالعدد ٥٥٥٤/هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٧، ينظر في ذلك موقع مجلس القضاء الاعلى على الرابط الالكتروني الاتي: <https://www.hjc.iq/indexqanoun-ar.php>

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

المصرية^(١)، وان ارادت الزوجة الطلاق فترفع امرها الى الحاكم الشرعي لدى فقهاء الشريعة او الى قاضي محكمة الموضوع في السياقات المتبعة قانوناً.

٢- **المكره والهازل والمخطئ**: - ثار الخلاف الفقهي الذي انعكست اثاره على النصوص القانونية بشأن طلاق المكره والهازل والمخطئ، اذ ذهب فقهاء الامامية الى ان طلاق المكره لا يقع مستدلين بعبء ادلة منها ما روي عن الامام علي عليه السلام انه قال (لا يجوز طلاق في استكراه)، وكذلك الحال بشأن طلاق الهازل اذا تلفظ بذلك دون قصد^(٢)، وطلاق المخطئ^(٣).

وذهب جمهور الفقهاء الى ان طلاق المكره لا يقع^(٤) لا قضاء ولا ديانة، ورد عليهم فقهاء الحنفية بعكس ذلك اذ ان طلاق المكره عندهم يقع مستدلين بقول الرسول الكريم محمد (ص) (كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه والصبي) والحديث الشريف لم يشمل المكره، وكذلك استدلوا بقول الرسول محمد (ص) (ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والنكاح والرجعة) والمكره لا يخلوا من ان يكون اما جاداً او هازلاً وفي كلا الحالتين يقع طلاقه^(٥)، وان استدلال فقهاء الحنفية بالحديثين الشريفين استدلال ضمنى فلا يوجد دليل صريح على صحة ايقاع الطلاق من قبل المكره، لذا يرى الباحث ان طلاق المكره باطلاً لانتهاء الرضا لديه.

اما بشأن طلاق الهازل والمخطئ فالراجح لدى جمهور الفقهاء عدم وقوعه، فمن اسم زوجته طالباً، وناداهها طالقاً لا يقع الطلاق^(٦)، في حين ذهب فقهاء الحنفية الى وقوع طلاق الهازل والمخطئ مستدلين بقول الرسول الكريم (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة)^(٧).

(١) القرار رقم ٣١٨ لسنة ١٩٦٩، ينظر الشيخ احمد ابراهيم بك، والمستشار واصل علاء الدين احمد ابراهيم، مصدر سابق، ص ٢٨٣.

(٢) المدرسي، احكام الطلاق ومعالجة تفكك الاسرة (٣٤).

(٣) محمد محمد طاهر الخاقاني، الزواج والطلاق في رسالات السماء، بلا مكان طبع، بلا طبعة، ١٤٠٠ هـ، ص ٣٨٦.

(٤) منصور بن يونس بن ادريس البهوتي الحنبلي، عمدة الطالب لنيل المآرب، الكويت، ط ١، ٢٠١٠، ص ٢٠٢.

(٥) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (٤/٤٣٨).

(٦) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج ٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٤٥٠؛ ابي عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج ٥، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة، ص ٣٦٤.

(٧) ينظر: محمد بن علي بن محمد الحكفي، الدر المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ٢٠٠٢، ص ٢٠٦.

وما بعدها.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

ويرجح الباحث اراء الفقهاء القائلين بعدم وقوع طلاق المكره، والهازل، والمخطئ، اذ ان الارادة تنتفي في الاول والقصد غير متوفر في الثاني والثالث.

اما بشأن القوانين محل المقارنة فجاءت بنصوص صريحة اذ نصت المادة (١) من قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المصري على انه (لا يقع طلاق .. المكره) في حين لم يتطرق المشرع الجزائري الى ذلك، الا ان المشرع الاماراتي بين ذلك اذ نصت المادة (١٠١) منه على (يشترط في المطلق العقل والاختيار) ولا يقتصر الامر على ما سبق ذكره اذ نصت المادة (٨٦/أ) على انه (لا يقع طلاق...المكره)^(١) ، اما موقف المشرع العراقي فنجد ان نص المادة (١/٣٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي نصت على انه (لا يقع طلاق الاشخاص الآتي بيانه، ١- المكره....)^(٢)، الا ان التشريعات سابقة الذكر لم تبين لنا موقفها من طلاق الهازل والمخطئ ، وهذا الامر يعد نقصاً لذا فإننا نوصي المشرع العراقي بإيراد نصاً واضحاً يبين في فحواه عدم وقوع طلاق الهازل والمخطئ ؛ ويعود السبب في ذلك لانتفاء القصد الذي يعد امراً جوهرياً في ايقاع الطلاق.

ثالثاً:- المطلقة:- لا يمكن ايقاع الطلاق في حال عدم وجود زوجة (مطلقة) اذ ان الشخص اذا كان غير متزوج لا يمكنه ايقاع الطلاق لأي امرأة على الرغم من وجود بعض الاراء الفقهية التي تحيز للشخص ان يطلق اي امرأة ويعد هذا الطلاق بمثابة الطلقة الاولى وبهذا يحق له بعد الزواج ان يطلقها مرتان الثانية تبين عليه بينونة صغرى والثالثة تبين عليه بينونة كبرى، الا ان ما سبق ذكره ليست راجحاً لدى الفقهاء المسلمين، وتخلوا القوانين محل المقارنة من معالجة هذا الامر، والذي يهمننا في ذلك اي الزوجات تكون محلاً لأيقاع الطلاق، وهل هنالك زوجات لا يمكن تطليقهن في وقت معين ؟

من خلال الرجوع الى الكتب الفقهية والقوانين محل المقارنة وجدنا ان الزوجة على ثلاث انواع من حيث طلاقها، اولهما لا خلاف فيه بين الفقهاء وهي الصغيرة غير البالغة

(١) ينظر لؤي الصميعات واحمد القضاة، طلاق السكران في الفقه الاسلامي وقانون الاحوال الشخصية الاردني، بحث منشور في مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الانسانية) ، المجلد (٣٣) ٣ ، ٢٠١٩ ، ص ٤٥٢ .

(٢) وتطبيقاً لذلك صدر قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٠٤٧/شرعية/١٩٦٩ في ١٩٦٨/١٢/٢٨ والذي جاء فيها (طلاق المكره لا يقع) . ينظر ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في قسم الاحوال الشخصية- مطبعة اسمد، بغداد، ١٩٨٩ ، ص ١٧٢ .

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

واليأس اذ يحق للزوج ان يطلقها في اي وقت ؛ لأنهما لا تعدان من ذوات الحيض وبذلك فلا خلاف بين الفقهاء بذلك^(١).

اما النوع الثاني من الزوجات وهي من ذوات الحيض او من ذوات الطهر الذي واقعها زوجها فيه، وهذا النوع يعد محل خلاف بين الفقهاء المسلمين الامر الذي عكس انظاره على النصوص القانونية والقرارات التمييزية، اذ ذهب فقهاء الإمامية الى عدم صحة ايقاع الطلاق في وقت الحيض او وقت الطهر الذي واقعها الزوج فيه^(٢)، واستدل فقهاء الإمامية بعدة ادلة منها قوله تعالى (فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ) وكذلك استدلوا بالسنة النبوية الشريفة لما روي عن ابن مسلم عن ابي عبدالله انه قال (خمس يطلقهن ازواجهن متى شاء المستبين حملها والجارية التي لم تحض والمرأة التي قعدت من المحيض والغائب عنها زوجها والتي لم يدخل بها)^(٣) من فحوى الحديث سابق الذكر يتضح لنا ان المرأة في فترة الحيض لا يمكن طلاقها لعدم امكانية احصاء عدتها لأن العدة عند الإمامية ثلاث قروء والقراء لديهم هو الطهر وهذا ما روي عن الامام الصادق (الاقراء الاطهار)^(٤)، وكذلك الحال بشأن المرأة المدخول بها فلا يقع طلاقها حتى تحيض وتطهر لامكانية حصول الحمل في تلك الفترة وهذا الامر يدخلنا في اشكالية اثبات نسب الطفل ، لذا فالاحرى هو عدم ايقاع الطلاق في فترة الحيض او خلال الطهر اذا واقعا زوجها في ذلك^(٥)، ولا يقتصر الامر على ذلك اذ ان فقهاء الإمامية استدلوا بأحاديث عدة منها ما رواه الكافي عن الحلبي قال (سألت ابي عبدالله (عليه السلام) عن رجل طلق امرأته وهي حائض ؟ قال : الطلاق على غير السنة باطل)^(٦) ، والحديث الاخير جاء واضحاً وسبق وان بينا القصد من ذلك البطلان، اذ ان طلاق الحائض ومن واقعها زوجها يعد طلاقاً بدعياً.

وان ما سبق ذكره من رأي وادله لفقهاء المذهب الامامي لم يلاق اتفاق من قبل جمهور الفقهاء ، اذ ان طلاق الحائض ومن واقعها زوجها في فترة الطهر يصح عندهم ويعد طلاقاً رجعيّاً يمكن للزوج ان يراجع زوجته في فترة الطهر وان يمسك بها اي تبقى على ذمته وإن شاء

(١) مغنية، الفصول الشرعية (٦١).

(٢) الفقيه يحيى بن سعيد الحلبي، الجامع للشرائع، المطبعة العلمية، قم، بلا طبعة، ١٤٠٥ هـ، ص ٤٦٥.

(٣) العامل، وسائل الشيعة (ج ١٥ / ٣٠٦).

(٤) محمد حسن النجفي، آيات الاحكام في جوهر الكلام، ج ٢، با دار، قم، ١٣٢٩ هـ، ص ١٩.

(٥) الخاقاني، الزواج والطلاق في رسالات السماء (٤٠٨).

(٦) الخوانساري، جامع المدارك (٣٩٩/٤).

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

بعد ذلك اوقع الطلاق عليها^(١)، ويبرر جمهور الفقهاء ذلك بقولهم ان الطلاق وقع بإرادة ورضا الزوجة، ونرد بالقول ان المسألة لا تتعلق برضا الزوجة من عدمه اذ ان الطلاق نوعان اما طلاق السنة والذي تتوفر فيه كافة الامور الشرعية من حيث الاركان و الشروط، او طلاق بدعة والاخير على خلاف الاول لا تتوافر فيه الامور الشرعية^(٢).

اما موقف القوانين محل المقارنة ومن خلال الرجوع الى ذلك اتضح لنا ان التشريعات لم تعالج الاحكام سابقة الذكر ولم تميز بين الطلاق السني والطلاق البدعي ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي ، الا ان محكمة التمييز الاتحادية اوردت عدة قرارات بينت من خلالها حكم الطلاق حال الحيض او النفاس و طلاق المرأة في طهر واقعها فيها زوجها اذ جاء في احد تلك القرارات ما نصه (يشترط ان تكون المطلقة طاهراً حال الطلاق ولا يصح طلاق الحائض الا اذا غاب عنها الزوج حال طهر لم يواقعها فيه...)^(٣).

الا ان القضاء العراقي عاد بمبدأ جديد يخالف ما سبق ذكره اذ جاء في احد قراراته (ان الثابت ان عقد زواج الطرفين حصل وفق المذهب الحنفي الذي لا يشترط لصحة الطلاق حالة الطهر لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية)^(٤).

من كل ما تقدم يتضح لنا ان طلاق السنة يقع في كل حال ، الا ان الطلاق البدعي والذي من حالاته ان تكون الزوجة على طهر لم يواقعها زوجها فيه، وهذا الامر لم تبينه القوانين محل المقارنة ومنها القانون العراقي ، الا ان القضاء العراقي جاء بمبدأين احدهما لا يشترط الطهر والاخر يشترط الطهر، ولتلافي ذلك الخلاف الفقهي والقضائي كان الاجدر بمشرعنا ايراد نصاً يبين فيه ان الطلاق في حال الحيض او الطهر الذي واقعها فيه لا يقع ويعد باطلاً لأنه طلاق

(١) ينظر العلامة الشيخ ابي الحسن احمد بن محمد بن احمد بن جعفر القدوري الحنفي البغدادي، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٧، ص ١٥٥؛ علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان بن احمد المرادوي الحنبلي، التنقيح المشبع في تحرير احكام المقنع، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية، ط١، ٢٠٠٤، ص ٣٨٣.

(٢) جلال الدين، عقدة الجواهر الثمينة (١/٥٠٥).

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٦٧/شرعية/١٩٦٣، ينظر في ذلك ابراهيم المشاهدي، مصدر سابق، ص ١٦٧؛ ينظر كذلك القرار رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٩ اذ جاء فيه (لا يقع طلاق الزوجة اذ لم يكن في حالة طهر) ، نقلاً عن د. فاروق عبدالله كريم ، مصدر سابق، ص ١٧٦.

(٤) ينظر القرار رقم ٣٢٢٤ / احوال شخصية/ ٢٠٠٨ نقلاً عن النشرة القضائية ، السنة الثانية، العدد التاسع عشر، ص ١٠.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

بدعي، كما اوردت التشريعات المقارنة ومنها التشريع العراقي بعض حالاته والمتمثلة بالطلاق اذا كان بعدد من الالفاظ فإنه لا يقع الا واحدة^(١).

اما النوع الثالث الذي يتم من خلاله البطلان فهو طلاق المرأة المسترابة^(٢)، ولم يتطرق جمهور الفقهاء لذلك، اذ ان القواعد العامة لديهم تعالج ذلك وهذا الامر اتضح لنا من خلال بيان احكام طلاق المرأة في حالة الحيض او الطهر الذي واقعها فيه اذ ان جمهور الفقهاء عدوا ذلك الطلاق صحيحاً، اما بشأن فقهاء الامامية فقد اوردوا حكماً خاصاً لذلك اذ انهم قالوا بعدم صحة طلاق المسترابة اي المرأة التي لا تحيض وهي بسن من تحيض لأي سبب كان سواء اختيارياً ام اجبارياً^(٣)، ولا يصح طلاقها الا بعد مضي مدة ثلاثة اشهر من اعتزالها.

اما بشأن القوانين محل المقارنة فلم نجد من تكلم منهم بخصوص احكام طلاق المسترابة، ومنهم قانون الاحوال الشخصية العراقي وهذا الامر يعد نقصاً تشريعياً يجب على المشرع تلافيه وذلك للتخلص من القرارات التمييزية المتناقضة، وقد اصدرت محكمة الاحوال الشخصية في البياع قراراً بهذا الشأن اذ جاء في حيثياته (بما ان المرأة تعد من ذوات الحيض الا انها منقطعة الحيض منذ اثنى عشر سنة وقد صادقها الزوج في جلسة ٢٠١٩/١١/٤ وان اخر معاشره زوجية كان بتاريخ ٢٠١٩/٨/١٣ وإن الطلاق الخارجي كان بتاريخ ٢٠١٩/٩/١٤ وهذا يعني ان مدة العزل شهر ويوم وهذا الامر لا يتوافق مع احكام فقهاء المذهب الجعفري استناداً للأراء الفقهية لديهم الذي من شروطها ان تترك المرأة التي لا تحيض وهي بسن من تحيض ثلاثة اشهر

^(١) ينظر بذلك نص المادة (٣٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي ومن تطبيقاته قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٢٦/١٢٦/١٩٦٣ نقلاً عن ابراهيم المشاهدي، مصدر سابق، ص ٦٧، ونص المادة (٣) من قانون الاحوال الشخصية المصري ومن تطبيقاته قرار محكمة النقض المصرية بالعدد ٣٠ في ١٩٧٦/٤/٢٨ نقلاً عن غسان ضياء محمد رضا المظفر، المسائل الخلافية في دعاوى الطلاق والتفريق، رسالة مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠١٥، ص ٥١؛ وينظر ايضاً نص المادة (٣/١٠٣) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي، ونص المادة (٨٩) من قانون الاحوال الشخصية الاردني، ولا مثل لذلك في قانون الاسرة الجزائري.

^(٢) ويقصد بالمسترابة اي التي لا تحيض وهي في سن من تحيض سواء أكان لعارض اتفاقي ام لعادة جارية في امثالها، كما في ايام ارضاعها او في اوائل بلوغها فإنه اذ اراد تطليقها اعتزلها ثلاثة اشهر ثم طلقها... ينظر سماحة السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، ج ٣، دار انسان، النجف الاشرف، ١٤١٦ هـ، مسألة ٤٩١، ص ٩٢.

^(٣) ينظر ابي جعفر محمد بن منصور بن احمد بن ادريس الحلبي، كتائب السرائر لتحريير الفتاوى، ج ٢، مؤسسة النشر الاسلامية، قم، بلا سنة طبع، ص ٦٩٣.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

، وبهذا قررت المحكمة عدم وقوع الطلاق ومن ثم تعد الزوجة في ذمة زوجها فعليه تطليقها ان اراد بعد انتهاء المدة^(١).

رابعاً:- **الاشهاد** : اختلف الفقهاء المسلمين بشأن هذا الركن اذ ذهب جمهور الفقهاء الى ان الاشهاد على الطلاق لا يعد من اركانه^(٢)، في حين ذهب فقهاء الامامية الى ان الاشهاد يعد ركناً يترتب على مخالفته بطلان الطلاق^(٣)، وان سبب خلافهم يعود الى تفسير قوله تعالى (فَإِذَا بَلَغَنَّ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ) اذ ذهب جمهور الفقهاء الى القول بأن الاشهاد بالاية الكريمة يخص الرجعة، اي عندما يمسك الزوج بزوجه خلال فترة العدة بعد طلاقها بمعنى يقوم بأرجاعها فيجب عليه ان يشهد على ذلك، اما اذ قام بطلاقها فلا يشترط الاشهاد^(٤)، وذهبت اراء لديهم بالقول ان الاشهاد الوارد في الآية الكريمة يخص الطلاق لا الرجعة الا انهم قالوا بأن الاشهاد للندب لا للوجوب، في حين ذهب فقهاء الامامية على خلاف ذلك بقولهم ان الاشهاد يرد على الطلاق وعلى الرجعة وانه على الوجوب لا الندب^(٥).

والواضح لدينا ان الاشهاد في الاية الكريمة جاء صريحاً اذ انه يرد على الطلاق، لصراحة الاية الكريمة وشمولها لكل ما سبقها، وبهذا فأننا نذهب مع رأي فقهاء الامامية بهذا الشأن ونعد الاشهاد ركناً من اركان الطلاق وبخلاف ذلك يعد الطلاق باطلاً.

اما بشأن القوانين محل المقارنة فقد نصت المادة (٢١) من قانون تنظيم بعض اوضاع واجراءات التقاضي في مسائل الاحوال الشخصية رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المعدل والنافذ على انه (لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار الا بالاشهاد والتوثيق....) وذهب الفقه المصري بتفسير هذا

(١) ينظر قرار محكمة الاحوال الشخصية في البياع بتاريخ ٢٥/١٢/٢٠١٩.

(٢) ابو بكر احمد بن علي الرازي، احكام القرآن، ج٥، دار احياء التراث العربي، لبنان، بلا سنة طبع، ص ٣٥٠-٣٥١؛ القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية (١/٢٦٤)؛ ابو عبدالله محمد بن ادريس الشافعي، احكام القرآن، ج١، بلا مكان طبع، ط١، ص ١٣٠؛ المنح الشافيات بشرح مفردات الامام احمد (٧/٢٦٩).

(٣) الشيخ ابي عبدالله شمس الدين بن محمد بن احمد المطلبي العاملي، مكي بن الشيخ شمس الدين محمد بن حامد بن احمد المطلبي العاملي، اللعة الدمشقية في فقه الامامية، دار التراث بلا مكان طبع، ط١، ١٩٩٠، ص ١٩٣.

(٤) ينظر ابي عبدالله محمد بن احمد بن بكر القرطبي، الجامع لاحكام القرآن، مؤسسة الرسالة، بلا مكان طبع، بلا طبعة، ص ٥٥٨.

(٥) عماد الدين ابي الفداء إسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج٤، دار الخير، بلا مكان طبع، ص ٤٠٠، علي ابن ابراهيم القمي، تفسير القمي، ج٢، بلا مكان طبع، ص ٣٧٣؛ السيدة تمام عودة عبدالله العساف، الاشهاد على الطلاق، بحث منشور في المجلة الاردنية للدراسات الاسلامية، المجلد السادس العدد الثالث، ٢٠١٠، ص ٣٧.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

النص بالقول ان ايقاع الطلاق باق وفق القواعد العامة الذي يتم من خلال التلفظ بالالفاظ الدالة على ذلك، الا ان الاشهاد والتوثيق يعتد بهن عند الانكار ، ولا يشترط الاشهاد لإيقاع الطلاق كما يرى فقهاء الامامية ، وهذا الامر موضح كذلك بنص المادة (٥) من قانون الاحوال الشخصية المصري^(١)، ولم يتطرق قانون الاسرة الجزائري لذلك الامر الذي جعلنا نرجع الى نص المادة (٢٢٢) الذي احالت مسائل الاحوال الشخصية الخالية من التنظيم التشريعي الى الشريعة الاسلامية، اما بشأن موقف قانون الاحوال الشخصية الاماراتي فهو الاخر عد الاشهاد على الطلاق للإثبات ، وهذا الامر اتضح لنا من نص المادة (٢١) اذ جاء فيها (على الشخص الذي يرغب في اثبات طلاق اوقعه ان يتقدم بطلب الى القاضي يشتمل على اسمه واسم المطلقة وتاريخ عقد الزواج ومكان وتاريخ الدخول ان كان والاولاد ان وجدوا والشهود...) ، في حين جاء قانون الاحوال الشخصية الاردني من غير معالجة صريحة لإحكام الاشهاد، والذي يهمننا في الامر موقف قانون الاحوال الشخصية العراقي ومن خلال الرجوع اليه اتضح لنا خلوه من معالجة الاشهاد على الطلاق، الا ان محكمة التمييز الاتحادية اوردت تطبيقات عدة اشترطت من خلالها الاشهاد على الطلاق اذا كان بين رجل وامرأة على المذهب الامامي، وهذا ما نذهب اليه لموافقته احكام الشريعة الاسلامية^(٢).

من كل ما تقدم نخلص الى نتيجة مفادها ان الاشهاد يعد ركناً من اركان الطلاق وبخلاف ذلك فلا يقع الطلاق ، وبهذا ولتلافي التناقض الحاصل في القرارات التمييزية لاختلاف الاراء الفقهية لذا نوصي المشرع العراقي من اعتبار الطلاق لا يقع الا بحضور شاهدين عدلين ؛ وغاية ذلك تكمن بالادلة والاراء الفقهية التي سبق ذكرها.

الفرع الثاني

حالات بطلان التفريق

تتعدد الحالات التي يتم من خلالها اجراء التفريق القضائي منها حالات تعود الى الزوج والاخري ترجع الى الزوجة ، وقد عالج مشرعي قانون الاحوال الشخصية اغلب تلك الحالات، ولتعددنا ارتأينا ايراد بعض التطبيقات المهمة للتفريق القضائي الذي يتم من قبل محاكم الاحوال الشخصية مبينين موقف الفقه الاسلامي من ذلك وكيفية الحكم ببطلان التفريق وحسب الاتي:-

(١) الشيخ احمد ابراهيم بك، والمستشار واصل علاء الدين احمد ابراهيم، مصدر سابق، ص ٣٤٢.

(٢) ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٧٠٨/شريعة/٦٨ والقرار بالعدد ١٣٦٧/شريعة/١٩٧٠ نقلاً عن

ابراهيم المشاهدي، مصدر سابق، ص ١٧١-١٧٣

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

اولاً:- التفريق للعيب:- اختلف الفقهاء المسلمين فيما بينهم بشأن العيوب الموجبة للتفريق اذ ذهب فقهاء الحنفية^(١) الى ان العيوب الموجبة للتفريق تلك التي تصيب الجهاز التناسلي للزوج وحده دون غيرها وخير مثال على ذلك الجب والعنة والخصاء^(٢)، ويبررون ذلك بالقول ان قصد الزواج منتفي في هذه الامور وبهذا فيحق للزوجة اقامة دعوى التفريق لهذا السبب، ومن المفهوم المخالف لذلك ان اي تفريق للعيب لا يستند لما ذكر يعد باطلاً، الا اننا ننتقد هذا الرأي بالقول ان العيوب لا تقتصر على ما ذكره فقهاء الحنفية اذ ان هنالك العديد من العيوب الموجبة للتفريق ومنها على سبيل المثال لا الحصر الجذام والبرص والجنون وغيرها من العيوب الاخرى، وانتقادنا الاخير قال به بعض فقهاء الحنفية وهو محمد ابن الحسن^(٣)، هذا من جانب ومن جانب اخر ان فقهاء الحنفية لم يعطوا الحق للزوج في طلب التفريق اذا كانت زوجته مصابه بأحد العيوب التناسلية كالرتق والقرن^(٤).

في حين ذهب جمهور الفقهاء^(٥) الى ان العيوب لا تقتصر على تلك التي تصيب الجهاز التناسلي فقط فهناك عيوب متعددة منها ما يخص كلا الزوجين كالجنون والجذام والبرص ومنها ما يخص الزوج وحده ومنها الجب والعنة، والاخر يخص الزوجة كالرتق والقرن^(٦)، وفي خلاف ما سبق لا يمكن اجراء التفريق استناداً لعدة اخرى، وان اجري التفريق فيعد باطلاً بحق كلا الزوجين.

(١) علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، ج٣، دار احياء التراث العربي، بيروت، بلا سنة طبع، ص٣٢٩.

(٢) الجب يعني القطع، ومنه المبوب الخصي الذي استوصل ذكره وخصيته، والعنين والخصي وهو الذي لا يقدر على اتيان النساء. ينظر علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا طبعة، ١٩٨٤، ص٢٢٥.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع (٣/٥٩٧).

(٤) لمزيد من التفصيل ينظر: استاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم، واستاذنا الدكتور علي شاکر عبدالقادر، والدكتور حسن محمد كاظم، التفريق للعيوب التناسلية للزوجين في القانون والشريعة، بحث منشور في مجلة كلية القانون جامعة كربلاء، المجلد السابع، العدد الثالث، ٢٠٠٩، ص٥٦.

(٥) شهاب الدين احمد ابي العباس احمد بن احمد بن حمزة الرملي، فتح الرحمن بشرح زيد ابن رسلان، دار المنهاج، بيروت، ط١، ٢٠٠٩، ص٧٥٧؛ الشيخ ناصر مكارم الشيرازي، انوار الفقاهة، ج٣، دار الناشر، ايران، بلا طبعة، بلا سنة طبع، ص٩-٢٠.

(٦) الرتق يقصد به انسداد محل الجماع باللحم، والقرن يقصد به وجود عظم في الفرج يمنع الجماع. ينظر في ذلك يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، ج٧، بلا دار طبع، بلا سنة، ص١٧٦-١٧٧.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

مما تقدم يتضح لنا ان التفريق للعيوب في الفقه الاسلامي يرد على الزوج والزوجة ولا يقتصر الامر على احدهما كما ذهب الى ذلك فقهاء الحنفية، اذ ان غاية التفريق بين الزوجين لوجود عيب في احدهما دون الاخر وهذا العيب له مؤثراته على الطرف السليم ، والعيوب لا يمكن حصرها بتلك التي تصيب الجهاز التناسلي دون غيره ، وبهذا فان الباحث يذهب مع ما ذهب اليه جمهور الفقهاء.

اما بشأن موقف التشريعات محل المقارنة فلم تخلوا من معالجة تشريعية للتفريق بسبب العيب اذ نصت المادة (٩) من قانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٢٥ المصري على انه (للزوجة ان تطلب التفريق بينها وبين زوجها اذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه او يمكن البرء منه بعد زمن طويل. ولا يمكنها البقاء معه الا بضرر كالجنون والجزام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به او حدث بعد العقد ولم ترضى به، فان تزوجته عالمة بالعيوب او حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة او دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق)

ان النص اعلاه يثير لدى الباحث عدة ملاحظات ومن اهمها:-

١- ان المشرع المصري جعل حق التفريق بسبب العيب للزوجة وحدها دون الزوج وهذا الامر يخالف موقف جمهور الفقهاء سابق الذكر، وبذلك اذا تم التفريق بين الزوجة والزوج لإصابة الزوجة بأحد الامراض المعدية و فرق القاضي بينهما عد ذلك التفريق باطلاً لعدم مراعاته النص القانوني.

٢- يعد علم الزوجة قبل العقد بأحد الامراض المعدية رضا بذلك العيب ، وبهذا اذا فرق قاضي الموضوع بين الزوج وزوجته رغم علم الزوجة يعد ذلك التفريق باطلاً ، وبهذا سيكون قراره عرضة للنقض اذا ما طعن به.

٣- اذا حدث العيب بعد الزواج ورضيت الزوجة بذلك العيب فلا يجوز لقاضي الموضوع اجراء التفريق بينهما لذات العيب ، واذا اجري التفريق بينهما عد باطلاً ، ومن ثم يكون قراره عرضة للنقض من قبل محكمة النقض المصرية^(١).

ولا يقتصر الامر عما سبق ذكره اذ نصت المادة (٢/٥٣) من قانون الاسرة الجزائري على انه (يجوز للزوجة ان تطلب التطلاق للأسباب الاتية ٢- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج) .

(١) الامام محمد ابو زهرة، الاحوال الشخصية، مصدر سابق، ص ٣٥٨.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

ان النص جاء مطلقاً وبهذا فإن اي عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج والمتمثل بالاستمتاع والنسل يعطي الحق للزوجة بطلب التفريق امام قاضي الموضوع مبينة الاسباب التي جعلتها تطلب الفرقة من زوجها ، وبعد ان يتحقق قاضي الموضوع من ذلك يفرق بينهما ، الا ان نص قانون الاسرة الجزائري جاء مشابهاً لنص المشرع المصري من حيث اقتصاره على الزوجة فقط دون الزوج، ويبرر الشراح ذلك بالقول ان الزوج يملك حق الطلاق ، وبهذا فلا يمكن ان نعطي له حق التطلق بخلاف الزوجة ، هذا الرأي يعد راجحاً لدى فقهاء الحنفية^(١)، وبذلك فإن اي تفريق يجريه قاضي الموضوع في المحاكم الجزائرية استناداً لعيب في الزوجة يعد باطلاً ويكون قراره عرضة للنقض.

وافرد المشرع الاردني عشرة مواد^(٢) لمعالجة العيوب الموجبة للتفريق ولم تختلف تلك المواد في مضمونها عما سبق ذكره ، اذ ان المشرع الاردني جعل حق التفريق للزوجة وحدها، واي تفريق يجريه القاضي بسبب العيب الذي يصيب الزوجة يعد باطلاً، وهذا اتجاه موقف فقهاء الحنفية سابق الذكر، اما بشأن موقف قانون الاحوال الشخصية الاماراتي فقد جانب الصواب عندما اخذ بموقف جمهور الفقهاء وجعل التفريق للعيوب حقاً لكلا الزوجين، وهذا الامر اتضح لنا من نص المادة (٤/١١٤) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي اذ جاء فيها ((لكل من الزوجين حق طلب التفريق في الحالات الاتية : ٤- اذا ثبت اصابة الاخر بمرض معدي يخشى منه الهلاك كالإيدز وما في حكمه فإن خشي انتقاله للزوج الاخر ، او نسلهما ، وجب على القاضي التفريق))، في حين اقتصر المشرع العراقي حق التفريق للزوجة وحدها اذا وجد عيب في زوجها وهذا الامر يتضح لنا من نص المادة (٦/٤٣) من قانون الاحوال الشخصية العراقي اذ جاء فيها ((إذا وجدت بعد العقد، أن زوجها مبتلى بعلة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر، كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون، أو أنه قد أصيب بعد ذلك بعلة من هذه العلة أو ما يماثلها، على أنه إذا وجدت الحكومة بعد الكشف الطبي، أن العلة يؤمل زوالها، فتؤجل التفريق سنة ((شرط ان تكون العلة نفسية لا عضوية)) حتى زوال تلك العلة، وللزوجة أن تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل، أما إذا وجدت المحكمة، ان العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة وإمتنع الزوج عن الطلاق وأصررت الزوجة على طلبها، فيحكم القاضي بالتفريق) .

(١) د. عبد الباقي بدوي، التفريق القضائي بين الزوجين بسبب الامراض الجنسية في الشريعة الاسلامية وقوانين الاحوال الشخصية العربية ، بحث منشور في مجلة الاحياء جامعة البويرة، العدد ١٧-١٨، ٢٠١٥، ص ٥٠.

(٢) ينظر المواد من (١٢٨-١٣٨) من قانون الاحوال الشخصية الاردني النافذ.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

مما تقدم يثار لدينا سؤالاً مفاده ما حكم جائحة (مرض كورونا)^(١) على الرابطة الزوجية ، هل يتم التفريق بين كلا الزوجين وما حكم ذلك ؟

ان الاجابة عن السؤال اعلاه تقتضي بنا الرجوع الى احكام الفقه الاسلامي ، ومن خلال الرجوع الى ذلك اتضح لنا ان فايروس كورونا يعد من الامراض المرجى شفائها خلال مدة تتراوح بين اسبوعين او ثلاث ، وبهذا فإن التفريق لهذا السبب يعد باطلاً، الامر الذي اخذت به اغلب القوانين محل المقارنة ومنها القانون العراقي اذ نصت المادة (٦/٤٣) على انه (.... إذا وجدت الحكومة بعد الكشف الطبي، أن العلة يؤمل زوالها، فتؤجل التفريق حتى زوال تلك العلة...) ، وهذا يعني ان المرض اعلاه لا يعد موجباً للتفريق وبخلاف ذلك يعد التفريق باطلاً^(٢).

وقد ثار النزاع بهذا الخصوص امام محكمة الاحوال الشخصية في الاعظمية ، اذ طالبت الزوجة محكمة الموضوع بالتفريق بينها وبين زوجها لاصابة زوجها بمرض فايروس كورونا ، والدعوى لم تحسم لحد الآن، الا ان الاجدر بقاضي الموضوع عدم التفريق ؛ لأن المرض يؤمل زواله خلال مدة معينة، واذا قضي بخلاف ذلك عد التفريق باطلاً^(٣).

ثانياً:- التفريق للضرر:- يعرف الضرر بأنه (الاذى الذي يصيب الانسان في جسمه او ماله او شرفه او عواطفه)^(٤).

والحال ذاته فيما سبق ذكره من احكام اذ ان الفقهاء المسلمين على خلاف دائم بشأن المسائل التي لا يوجد فيها نصٌ صريح ، ومن تلك الامور التفريق للضرر، اذ اختلف الفقهاء المسلمين فيما بينهم بين الاجازة وعدمها بخصوص هذا التفريق ، وهذا يعني ان الفقهاء المسلمين الذين لا يجيزون التفريق للضرر يعدون انتهاء الرابطة الزوجية بهذه الوسيلة باطلاً .

(١) يعرف مرض كورونا بأنه (مرض كوفيد-١٩ هو مرض معد يسببه آخر فيروس تم اكتشافه من سلالة فيروسات كورونا. ولم يكن هناك أي علم بوجود هذا الفيروس الجديد ومرضه قبل بدء تفشيه في مدينة ووهان الصينية في كانون الأول/ ديسمبر ٢٠١٩. وقد تحوّل كوفيد-١٩ الآن إلى جائحة تؤثر على العديد من بلدان العالم). ينظر الرابط الالكتروني الاتي: <https://www.who.int/ar/emergencies>

(٢) د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية، ج ١، المكتبة القانونية، بغداد، ط٢، ٢٠٠٦، ص١٦٤.

(٣) ينظر البحث الاجتماعي بالعدد ٤٢٥/بحث/٢٠٢٠ في محكمة الاحوال الشخصية في الاعظمية.

(٤) ينظر: د. فاروق عبدالكريم، مصدر سابق، ص ١٩٤.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

اذ ذهب اصحاب الاتجاه الاول وهم (فقهاء الحنفية والشافعية ورأي للإمامية والمالكية والحنابلة)^(١) الى ذلك، ويبررون رأيهم بالقول ان للزوجة طرق متعددة يمكن من خلالها ازالة الضرر وذلك من خلال رفع امرها للحاكم تطالب بتأديب الزوج الذي سبب لها ضرراً في جسمها او مالها او شرفها، وعلى الحاكم ان يتحقق من ذلك الامر ومن ثم الحكم بتأديب زوجها حتى يرجع عن الاضرار بها^(٢)، واستدلوا كذلك بقوله تعالى ((إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا^(٣)))، ومدلول الآية الكريمة حسب رأيهم ان الباري عز وجل لم يقل في محكم كتابه الكريم تفرقا اذا كان هنالك شقاق مؤدي الى الضرر وانما اراد الاصلاح والتوفيق بينهما^(٤)

من كل ما تقدم يتضح لنا ان التفريق الذي يجريه الحاكم استناداً الى الاضرار التي لحقت بالزوجة من زوجها يقع قضاء لا ديانته .

في حين ذهب اصحاب الاتجاه الثاني وهم البعض من فقهاء المالكية والامامية^(٥) الى رأي يخالفون فيه ما سبق اذ انهم عدوا الضرر من موجبات التفريق مستدلين بقوله تعالى ((وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا^(٦)))، ويفسرون الآية الكريمة بقولهم ان سلطة الحكامين لم تكن قاصرة على الاصلاح فقط بل لهم التفريق، اذا ان الله سبحانه وتعالى اسماهم حكامين، والحكم والحاكم واحد لديهما^(٧)، واستدلوا كذلك بالحديث النبوي الشريف (لا ضرر ولا ضرار) ، وبهذا فأن التفريق الذي يتم استناداً لوجود ضرر لحق بالزوجة يعد صحيحاً عندهم بخلاف فقهاء الشافعية والحنفية، ويرجح الباحث الرأي الاخير.

^(١)ابي الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار ابن حزم، بيروت، ط١، ١٩٩٥، ص ١٠٢٠؛ المحقق الحلبي، شرائع الاسلام (٤٢)؛ شرف الدين موسى المقدسي، الاقتناع في فقه الامام احمد بن حنبل، ج٣، المطبعة المصرية، مصر، ص٢٥٠.

^(٢) ينظر د. وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ج٧، ص٥٢٧.

^(٣) سورة النساء اية ٣٥.

^(٤) لمزيد من ذلك ينظر استاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم الشمري، التفريق للضرر الواقع من الزوجين بين الشرائع الاسلامية والتشريعات الوضعية، المركز العربي، مصر، ٢٠٢٠، ص ٢٤ وما بعدها.

^(٥) شمس الدين الشيخ محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢، دار أحياء الكتب العربية، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع، ص ٢٨١-٢٨٥؛ وسائل الشريعة (٢١/٣٣٧).

^(٦) سورة النساء، اية ٣٤.

^(٧) د. ابراهيم عبد الرحمن ابراهيم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية الاردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ١٩٩٩، ص ٢٢٦.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

اما بشأن القوانين محل المقارنة فنجدهم اخذوا بالرأي المجيز للتفريق بسبب الضرر وهذا الامر اتضح لدينا من النصوص القانونية ، اذ ان المشرع المصري لم يأخذ بهذا التفريق استناداً الى احكام الفقه الحنفي، وهذا الامر كان معمول عليه سابقاً في المحاكم المصرية، لكن الامر اختلف بعد صدور القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل ، ويكمن ذلك بأتباع المشرع المصري الاحكام الواردة في الفقه المالكي دون تلك الواردة في الفقه الحنفي، اذ نصت المادة السادسة من ذات القانون على انه ((اذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين امثالها يجوز لها ان تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقاً بائنة اذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكماً وقضي على الوجه المبين في المواد ١١، ١٠، ٩، ٨، ٧)، الا ان اتباع المشرع المصري احكام الفقه الحنفي يسبب كثير من الاشكالات الشرعية ومنها ان الشعب المصري اقلية من اتباع الفقه الحنفي وبذلك فإن التفريق القضائي اذا اجري بين شخصين تابعين للفقه الحنفي عد باطلاً من الناحية الشرعية؛ لكون الاخير لا يعد الضرر من موجبات التفريق، اما من يتبع الفقهاء المجيزين التفريق للضرر فلا اشكال في تفريقهم من حيث صحته اذا تم مراعاة الشروط الواجب توافرها فيه^(١).

وجاء المشرع الجزائري في نص مشابهة لما عليه التشريع المصري، اذ نصت المادة (١٠/٥٣) من قانون الاسرة الجزائري على انه (يجوز للزوجة ان تطلب التطلاق للأسباب الاتية: ١٠- كل ضرر معتبر شرعاً..)، ولا يقتصر الامر على ذلك اذ نصت المادة (١١٧/١) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي على انه (لكل من الزوجين طلب التطلاق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بالمعروف بينهما...) والنص الاخير يختلف عما سبق ذكره من نصوص اذ انه جعل التفريق للضرر من حق كلا الزوجين بعكس التشريع المصري والجزائري، وقد نص المشرع الاردني على احكام التفريق للضرر وجاء هذا الامر في نص المادة (١٢٦) من قانون الاحوال الشخصية النافذ اذ نصت على ((لأي من الزوجين أن يطلب التفريق للنزاع والشقاق إذا ادعى ضرراً لحق به من الطرف الآخر يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، سواء كان الضرر حسيّاً كالإيذاء بالفعل أو بالقول أو معنوياً، ويعتبر ضرراً معنوياً أي تصرف أو سلوك مشين أو مغلٍ بالأخلاق الحميدة يلحق بالطرف الآخر إساءة أدبية، وكذلك إصرار الطرف الآخر على الإخلال بالواجبات والحقوق الزوجية المشار إليها في الفصل الثالث من الباب الثالث من هذا القانون...)) ولا يختلف هذا النص عما سبق ذكره اذ جعل التفريق من حق كلا الزوجين، اما عن

(١) ذلك الشيخ احمد ابراهيم بك، والمستشار واصل علاء الدين احمد ابراهيم، مصدر سابق، ص ٤٢٩.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

موقف المشرع العراقي فلم يكن خالياً من نص ينظم به احكام التفريق للضرر اذ نصت المادة (٤٠) من قانون الاحوال الشخصية على ذلك في الفقرات (١،٢،٣،٤،٥) وسنذكر الفقرة الاولى وذلك لعدم الاطالة والتسوية في الموضوع اذ نصت على انه (لكل من الزوجين طلب التفريق عند توافر احد الاسباب الآتية: ١- إذا أضر أحد الزوجين بالزوج الآخر أو بأولادهما ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية. ويعتبر من قبيل الأضرار، الإدمان على تناول المسكرات أو المخدرات، على أن تثبت حالة الإدمان بتقرير من لجنة طبية رسمية مختصة. ويعتبر من قبيل الأضرار كذلك، ممارسة القمار ببيت الزوجية) وهذا يعني ان المشرع العراقي اورد تطبيقات عدة لإعطاء الحق لكلا الزوجين بالتفريق ومنها تناول المسكرات والمخدرات ، اذ ان الامور الاخيرة تعد محرمة شرعاً ومنافية للأخلاق^(١).

مما تقدم يتضح لنا ان الفقهاء المسلمين على خلاف في امرهم ، اذ ان الراجح لديهم عدم جواز التفريق للضرر، الا ان هنالك سؤالاً ذو اهمية من الناحية الشرعية يثيره الباحث ومفاده ، ماحكم التفريق القضائي الذي يتم في محاكم الاحوال الشخصية العراقية، هل تعد الرابطة الزوجية منتهية ام للفقهاء المسلمون رأي اخر؟

ان الاجابة عن السؤال اعلاه يحتم علينا الرجوع الى اراء الفقهاء المسلمين بهذا الشأن ، ومن خلال الرجوع الى ذلك وجدنا اجابات ضمنية واخرى صريحة، فمن الاجابات الضمنية وجه سؤال لاحد مراجع الامامية مفاده هل يجوز ان يعمل الانسان غير المجتهد قاضياً ؟ واجاب ((بسمه تعالى : كلا. ولا يكون حكمه نافذاً شرعاً وليس له ولاية على الغائب والممتنع ونحو ذلك)) ويمكن ان نفسر اجابته بالقول ان النص جاء مطلقاً والاطلاق يشمل الاجزاء وبهذا فان التفريق القضائي حسب رأيه غير صحيح ويعد باطلاً لأن تولي القضاء يجب ان يكون من شخص مجتهد^(٢).

اما بشأن الاجابات الصريحة فوجه سؤال لفقهاء الامامية المعاصرين مفاده، هل يجوز الرجوع الى المحاكم الرسمية لطلب الطلاق^(٣) ؟ واجاب الطلاق لا يتم الا باذن الزوج او الحاكم الشرعي، وفي سؤال اخر مفاده ماحكم الطلاق الصادر من المحكمة بطلب من الزوجة من دون

(١) ينظر، القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي، مصدر سابق، ص ١٥٢.

(٢) محمد صادق الصدر، مسائل وردود، دار ومكتبة البصائر، بيروت، ٢٠١٠، مسألة (٤٥٦)، ص ١١٢.

(٣) ينظر استفتاءات السيد السيستاني، السؤال ١٥١ على الرابط الالكتروني الاتي: -www.alseraj.net

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

موافقة الزوج؟ ووردت فتوى بذلك جاء فيها (الموارد التي يحق للحاكم الشرعي ان يبادر الى الطلاق من دون رضا الزوج محصاة في منهاج الصالحين من ٣٥٦-٣٦٠)^(١).

نخلص من كل ما تقدم بشأن احكام التفريق ، هنالك بعض الحالات المتفق عليها وهنالك حالات مختلف فيها، وقد عالج المشرع اغلب تلك الحالات، الا ان الخلاف الذي اثير في الفقه مفاده ان التفريق الذي يوقعه القاضي الوضعي يقع قضاء لا ديانه ، واستدل الفقهاء في عدة مسائل منها يشترط في الحاكم ان يكون مجتهد وبخلاف ذلك فلا يصح حكمه ، ومنها ان الاصل في الفرقة هو الطلاق ولا يمكن ان يتم الطلاق الا من قبل الزوج ؛ لإن الطلاق بيد من اخذ بالساق، واذا اضر الزوج بزوجه يمكن ان ترفع امرها الى الحاكم الشرعي الذي بدوره يقوم عن طريق وكلاءه باستدعاء الزوج وإن لم ينجح في الاصلاح بينهما فرق الحاكم الشرعي بينهما ولا يحق للحاكم الوضعي التفريق ، وهذا يعني ان التفريق الذي يجري في المحاكم العراقية باطلاً لأن الحاكم ليس مجتهد من الناحية الشرعية، وهذا الامر اوقعنا في اشكالية تكمن في ان القضاة وبالخصوص اتباع المذهب الامامي يتهربون في اغلب الاحيان من التفريق خوفاً من مخالفة ذلك للأحكام الشرعية وهذا ما تضح لنا من خلال متابعتنا للاحكام القانونية التي تصدر بهذا الشأن، الامر الذي يجعل الزوجة معلقة بين وجود حكم وضعي وعدم وجود حكم شرعي، الا اننا نرد على خلاصتنا بالقول ان الفرقة سواء اكانت عن طريق الطلاق او التفريق القضائي تقع قضاءً لا ديانة.

فيما سبق تطرقنا لرأي فقهاء الامامية المعاصرين ، الا ان الامر يختلف لدى جمهور الفقهاء اذ صدرت عدت فتاوى تجيز للقاضي الوضعي اجراء التفريق بين الزوج والزوجة وإن كان ذلك الامر دون رضا الزوج ، وهذا الامر اتضح لنا من التساؤلات الكثيرة التي صدرت فيها فتاوى بهذا الشأن ، ومفاد تلك الاسئلة جاء بالكيفية الاتية (ماحكم الشرع في المرأة المطلقة بأمر المحكمة ولم يطلقها الزوج ولم ينطق بالزواج؟ واجاب عن ذلك بالقول ان حكم القاضي بطلاق امرأة من زوجها منه ما يكون صحيحاً ومنه ما يكون باطلاً، فإذا كان هنالك سبب لإجبار الزوج على الطلاق او التطلق عليه، كأضراره بالزوجة او اعساره بالأنفاق فأن الطلاق صحيح ولو لم يتلفظ الزوج بالطلاق^(٢)).

(١) المصدر نفسه، السؤال ٣٣.

(٢) ينظر في ذلك الفتوى رقم ٣٥٤٣٠ في ٢٩/٧/٢٠٠٣، وينظر بذات الشأن الفتوى رقم ٢٩١٧٨٧ في

٢٠١٥/٤/٩. نشرت على الموقع الالكتروني الاتي:- www.islamweb.com

المبحث الثاني

بطلان مسائل الاحوال الشخصية المالية

سبق وان تطرقنا لأهم الحالات التي يتم من خلالها بطلان الرابطة الزوجية سواء من حيث الانشاء او الانقضاء وان الاخير تعد من مسائل الاحوال الشخصية غير المالية ، وفي هذا المورد ارتأينا التطرق الى مسائل الاحوال الشخصية المالية وتكثر هذه الحالات ومنها المهر والنفقة والوصية والميراث ، وتتعلق المسائل الاخيرة بأمر مالي ، فعلى سبيل المثال ان المهر يعد من المسائل الذي يجب توافرها في العقد والحال ذاته بالنسبة للنفقة ، اذ ان للزوجة ان تطالب زوجها بنفقة وللأطفال مطالبة ابئهم بنفقة وهذه الامور كلها تتعلق بالاموال .

ولا يقتصر الحديث عما سبق ذكره فهناك العديد من المسائل المالية ومنها الوصية والميراث ، ويتشابه الاثنان من حيث عدم امكانية انتقال المال الا بعد وفاة الموصي او المورث هذا من جانب ومن جانب اخر يكمن التشابه من حيث الاطراف والمال، اذ ان اطراف الوصية اثنان الموصي والموصى له وكذلك الموصى به (المال) اما اطراف الميراث فهم المورث والوارث والتركة ، الا ان الخلاف بينهما يكمن في ان الوصية تعد تملك وبهذا يستطيع الموصى له رد الوصية وعند ذلك تبطل الوصية وينتقل المال الى الورثة ، اما في مسائل الميراث فلا يمكن للوارث ان يرد ارثه بعد وفاة المورث؛ ويعود سبب ذلك الى ان الميراث خلافة اجبارية في مال المورث ولا يمكن للوارث ان يرد ميراثه، وغيرها من اوجه الشبه والخلاف بين الوصية والميراث ، الا اننا نكتفي بهذا القدر تجنباً للإطالة .

وبما ان نطاق بحثنا يتعلق بالوصية والميراث فيما يخص المسائل المالية ؛ لأنها اكثر الامور ذات جنبه مالية ، لهذا ارتأينا تقسيم هذا المبحث على مطلبين سنبيين في اولهما حالات بطلان الوصية ، ونتطرق في ثانيهما الى حالات بطلان الميراث وحسب الآتي:-

المطلب الاول

حالات بطلان الوصية

تكثر الحالات التي يتم من خلالها بطلان الوصية منها ما يعود الى وقت انشاءها، اي وقت صدور الوصية من قبل الموصي والبعض من هذه الحالات اتفق الفقهاء المسلمون عليها واخذت القوانين محل المقارنة بذلك، الا ان البعض الاخر كان محل خلاف بين الفقهاء المسلمون مما عكس انظاره على النصوص القانونية ، اذ جاءت بعض النصوص متأثرة بمذهب معين ، في

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

حين جاءت نصوصٌ اخرى متأثرة بمذهب او مذاهب مختلفة عما سبق ذكره ، ومنها بسبب طارئ على انشائها اي بعد صدور الوصية من الموصي بمعنى ان الوصية تنشأ صحيحة من حيث اركانها وشروطها وبعد فترة معينة من انشائها تطرأ عليها بعض الظروف سواء اكانت بإرادة الموصي او الموصى له كما هو حال رد الوصية او التصرف بالموصى به وغيرها من الحالات الاخرى، او يعود سبب البطلان لطارئ غير ارادي كما لو توفي الموصى له قبل وفاة الموصي او هلك الموصى به وغيرها من المسائل والاحداث غير الارادية، ولهذا ارتأينا تقسيم هذا المطلب الى فرعين سنبيين في اولهما بطلان انشاء (انعقاد) الوصية، ونتطرق في ثانيهما الى البطلان اللاحق على انشاء (انعقاد) الوصية.

الفرع الاول

بطلان انشاء (انعقاد) الوصية

ان اركان الوصية وحسب الرأي الراجح تتكون من اربعة وهي الايجاب والقبول والموصي والموصى له فان تخلف اي منهما عدت الوصية باطلة ، ولكون الايجاب والقبول يرتبطان ارتباطاً وثيقاً بكل من الموصي والموصى له فأنا سنتطرق لهما ضمناً دون الخوض في تفاصيلهما، الا ان المهم في فرعا هذا حالات بطلان الوصية وقت انشائها ومن خلال الرجوع الى الكتب الفقهية والقانونية اتضح لنا وجود حالات متعددة يتم من خلالها بطلان الوصية وقت صدورها من الموصي، وتلك الحالات منها ما هو متفق عليه من قبل الفقهاء المسلمين ومنها ما هو مختلف فيه ، ومن تلك الحالات بطلان الوصية للوارث الا ان القانون المدني العراقي عد الوصية للوارث صحيحة اذا كانت في حدود الثلث واجازها الورثة ، ومنها اذا كان الموصي مديناً بدين مستغرق كل التركة وهذه المسألة ايضاً تمت معالجتها وسبق التطرق الى ذلك في الفصل الاول ، وكذلك الحال بشأن وصية القاتل وحسم المشرع العراقي ذلك⁽¹⁾ وغيرها من حالات الوصية الباطلة، وان مرد جميع تلك الحالات يرجع الى طرفي الوصية كلاً من الموصي والموصى له ، اما بشأن الموصى به فهناك بعض الامور تطرقنا لها سابقاً كما هو حال الوصية اذا زادت عن ثلث التركة، واما البعض الاخر سنبيين احكامه من خلال اطراف الوصية ، ومن كل ما تقدم ارتأينا التطرق الى حالات بطلان الوصية وقت انشائها من خلال الترتيب الاتي:-

اولاً:- حالات البطلان المتعلقة بالموصي:- يعد الموصي من اهم اطراف الوصية وبخلاف ذلك لا يمكن انشائها لتخلف احد اركانها وبهذا انتفى لدينا ركن الايجاب الذي بدوره يجعل منها باطلة،

(1) ينظر نص المادة (٢/٦٨) من قانون الاحوال الشخصية العراقي اذ جاء فيها (ان لا يكون قاتلاً للموصي)

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

ويشترط في الموصي شروط متعددة يترتب على انعدامها بطلان الوصية ، منها ما هو منظم قانوناً ومنها ما هو غير معالج ، وتتعدد الحالات التي يمكن من خلالها بطلان الوصية وقت انشائها اذ انها تعد من التصرفات المضرة ضرراً محضاً ؛ لأنها تعد تبرعاً دون عوض^(١)، وسنفرّد تطبيقات مهمة تتعلق بتخلف شروط الموصي الذي من خلاله يتم بطلان الوصية وقت انشائها ومن اهم تلك التطبيقات ما يأتي:-

١- **الاهلية:-** تعد الاهلية من اهم الشروط الواجب توافرها في الموصي وبخلاف ذلك عد التصرف باطلاً ، والاهلية التي يجب توافرها هي اهلية الاداء بمعنى يجب ان يكون الموصي اهلاً لصدور التصرفات منه على الوجه الذي يعتد به شرعاً وقانوناً، وتعد اهلية التبرع جزءاً منها الذي هي الاخرى تتناول جانبيين اولهما العقل ، وثانيهما البلوغ.

اما بشأن الاول (العقل) فلا خلاف بين الفقهاء المسلمين بوجود توفره لدى الموصي، وأن عدم توفر ذلك يكمن بعدة صور ، ومن ابرزها الجنون وما في حكمه، والجنون يقسم الى قسمين مطبق وغير مطبق، اذ تطرق الفقهاء المسلمين الى ذلك بقولهم تعد الوصية باطلة اذا صدرت من المجنون المطبق ، اما غير المطبق فلا خلاف بين الفقهاء المسلمين بصحة تصرفاته وقت افاقته، اذ انه يأخذ حكم الانسان العاقل، والامر اتفاقي اذ لم يوجد رأي يخالفهم ويقول بصحة وصية المجنون المطبق، وكذلك الحال بالنسبة للمعتوه والنائم والمغمى عليه اذ انه يأخذ حكم المجنون وتعد وصيته باطلة، وان دليل الفقهاء كان منصباً على اعتبار الوصية تعد من التبرعات المضرة ضرراً محضاً والتي يشترط فيها العقل السليم وان لا يكون مشوباً بعارض من عوارض الاهلية كالجنون والعتة^(٢).

وقد اخذت اغلب القوانين محل المقارنة بالرأي اعلاه وهذا الامر اتضح لنا من موارد عدة جاءت بها النصوص التشريعية ومنها نص المادة (٥) من قانون الوصية المصري والتي نصت على انه ((يشترط في الموصي ان يكون اهلاً للتبرع قانوناً...))، وبيننا فيما سبق ان اهلية التبرع يجب توفر العقل السليم فيها، اما اذ كان الموصي غير اهل لذلك عدت وصيته باطلة

(١) د. الياس ناصيف، مصدر سابق، ص ٧١

(٢) الامام موفق الدين ابي محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المقنع في فقه الامام احمد بن حنبل الشيباني، مكتبة السوادي، جدة، ط١، ٢٠٠٠، ص ٢٤٩؛ عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج٥، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٦٥؛ ابي زكريا محبي الدين يحيى بن شرف النووي، تصحيح التنبيه، ج١، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٩٩٦، ص ٤٣٥؛ الامام مالك ابن انس، الموطأ، بلا دار طبع، بلا سنة، ص ٧٦٢، الحلي، الجامع للشرائع (٤٦٥).

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

لانتفاء الارادة لدية والتي تعد شرطاً لصحة الوصية^(١)، وتطبيقاً لذلك اصدرت محكمة النقض المصرية قرارها بالعدد ٥٨٥ في ١٩٧٥/٤/١ ومفاده (ان العقل شرط لصحة الوصية وبهذا فإن وصية المجنون تعد باطلة وقت انشائها)^(٢).

ولا خلاف بين التشريعات الاخرى بهذا الامر اذ نصت المادة (١٨٦) من قانون الاسرة الجزائري على انه (يشترط في الموصي ان يكون سليم العقل ..) اذ ان الفقه والتشريع الجزائري متفقان بهذا الامر ويشترطان سلامة العقل من العيوب لكي تصح الوصية وهذا ما اتضح لنا من صراحة النص اعلاه^(٣)، ولا خلاف في ذلك لدى المشرع الاماراتي اذ نصت المادة (٢٤٨) على انه (تصح الوصية ممن له اهلية التبرع)، ولا يقتصر الامر على ذلك اذ نصت المادة (٢٦٩/أ) من قانون الاحوال الشخصية الاردني على انه (يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع..) وسبق وان تطرقنا لفحوى اهلية التبرع، الذي يعد العقل من شروطها الاساسية وبخلاف ذلك عدت الوصية باطلة^(٤) واحسن المشرع العراقي عندما اورد نصاً مماثل لما سبق ذكره من النصوص سابقة الذكر اذ نصت المادة (٦٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على انه (يشترط في الموصي ان يكون أهلاً للتبرع قانوناً).

ويثار لنا تساؤل في هذا المورد مفاده ما حكم الجنون الطارئ على الوصية؟

من خلال الرجوع الى الكتب الفقهية للبحث عن الاجابة على التساؤل اعلاه وجدنا ان الفقهاء المسلمين على خلاف فيما بينهم اذ ذهب جمهور الفقهاء الى ان الجنون الطارئ على الوصية لا يعد من مبطلاتها ودليلهم في ذلك أن العقود والتصرفات تعتمد في صحتها على تحقيق الاهلية وقت انشائها ولا يؤثر زواله بعد ذلك على صحة الوصية، وعززوا دليلهم بتطبيقات منها ان البيع والاجارة والوقف لا تبطل بالجنون الطارئ فكذلك الحال بشأن الوصية^(٥)، وخالفهم

(١) د. محمد مصطفى شحاته الحسيني، الاحوال الشخصية، مطبعة دار التأليف، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٦٥.

(٢) ينظر قرار محكمة النقض المصرية على الرابط الالكتروني: <https://www.cc.gov.eg/judgment>

(٣) د. حمدي باشا عمر، الهيئة - الوصية - الوقف، دار هومة، الجزائر، بلا طبعة، ٢٠٠٤، ص ٤٨.

(٤) حسن تيسير عبدالرحيم شموط، احكام الوصية في الفقه الاسلامي مقارناً بقانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠، بحث منشور في كلية الشريعة، جامعة جرش، المجلد ٤٠، العدد ١، ٢٠١٣، ص ١٩١.

(٥) الشيخ محمد اسحاق الفياض، منهاج الصالحين، ج ٢، شبكة كتب الشيعة، بلا دار طبع، ط ١، بلا سنة طبع، ص ٤١٢؛ مغني المحتاج معرفة معاني الفاظ المنهاج (٧١/٣)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٢٦)؛ المنح الشافيات بشرح مفردات الامام احمد (٤١٨/٤).

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

فقهاء الحنفية بقولهم ان الوصية تعد من العقود غير اللازمة كالوكالة فشرط الاهلية يجب توافره حين انشاء الوصية ويلزم بقاءه لحين نفاذها اي بعد وفاة الموصي^(١).

اما القوانين محل المقارنة فأشارت الى الاحكام السابقة بشكلٍ صريح اذ نصت المادة (١٤) من قانون الوصية المصري على انه (تبطل الوصية بجنون الموصي جنونا مطبقا اذا اتصل بالموت...) والحال ذاته ذهب اليه المشرع العراقي اذ نصت المادة (٢/٧٢) على انه (تبطل الوصية في الاحوال الاتية : ٢- بفقدان أهلية الموصي إلى حين موته) مما سبق يتضح لنا ان المشرع المصري كان متأثراً بموقف الفقه الحنفي، اما بشأن موقف التشريعات الاخرى فلم نجد معالجة فيها الا ان المشرع الاردني جعل من فقدان الاهلية الطارئ غير مبطل للوصية وهذا ما اتضح لنا من نص المادة (٢٦٩/د) اذ نصت على انه (لا تبطل الوصية بجنون الموصي جنوناً مطبقاً متصلاً بالموت) وهذا يعني ان المشرع الاردني اخذ برأي فقهاء الجمهور ونحن نميل الى ذلك^(٢)، اما بشأن موقف المشرع العراقي فللهولة الاولى نجد ان نص المادة سابقة الذكر يبين ان الجنون الطارئ يعد من مبطلات الوصية الا ان هنالك من يفسر ذلك بالقول ان المشرع العراقي قد زواج بين الاراء الفقهية سابقة الذكر اذ انه اشترط امتداد الجنون في الموصي لحين وفاته وهذا ما ذهب اليه اصحاب الرأي الثاني، الا ان الموصي لو افاق قبل الموت فإن الوصية صحيحة الا اذا رجع عنها وهذا الامر يتوافق مع اصحاب الري الاول^(٣).

اما وصية السفية^(٤) فتثار الخلاف الفقهي بشأنها الى ثلاث اقوال اولهما ذهب اليه جمهور الفقهاء^(٥) الى القول بصحة وصية السفية مستدلين بعدة ادلة منها ان السفية مخاطباً بأحكام الشرع ومكلف بها، وان سلامة عقله وبلوغه خير دليل على ذلك، وكذلك فإنه يسأل عن اقواله وافعاله في اطار الحدود والقصاص والدية^(٦)، وثانيهما ذهب اليه بعض الفقهاء بقولهم تصح وصية

(١) الكاساني، بدائع الصنائع (٣٩٤/٧).

(٢) د. وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ج ١٠، ص ٥٥٤.

(٣) ينظر استاذنا الدكتور حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الوصايا والمواريث، مصدر سابق، ص

٨٧.

(٤) اذ يعرف بأنه الشخص الذي يبذر ماله فيما حرمه الله تعالى ؛ ينظر عاهد احمد ابو العطا ، الحجر على الصغير والمجنون والسفيه وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة ماجستير مقدمة الى الجامعة الاسلامية ، كلية الشريعة والقانون ، قسم القضاء الشرعي، ٢٠٠٨، ص ٨٨.

(٥) المحقق البحراني، الحقائق الناظرة في احكام العترة الطاهرة، ج ٢٢، مؤسسة النشر الاسلامية، ايران بلا سنة طبع، ص ٣٤٤؛ الشريبي، مغني المحتاج (١٧١/٢)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (٣٩٥/٥).

(٦) استاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الوصايا والمواريث، مصدر سابق، ص ٢٥.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

السفيه بالمعروف فقط اي في البر والخير ، كمن يوصي لبناء مسجد او لمساعدة بعض الفقراء وما شابه ذلك^(١).

وثالثهما لا تصح وصية السفيه بأمواله مطلقاً وبخلاف ذلك تعد باطلة^(٢).

والراجح لدينا ما ذهب اليه اصحاب القول الثاني ، اذ ان وصية السفيه لا يمكن اعتبارها صحيحة او باطلة بشكلٍ مطلق، وانما تعد صحيحة اذا كانت في سبيل البر والخير والغاية من ذلك استوحيناها من تعريف السفيه الذي يصرف امواله ويبذرها في ما حرم الله ، وان الحرمة تنتفي اذا كانت الوصية على وجه المعروف .

اما موقف القوانين محل المقارنة فأغلبها نظمت حكم وصية السفيه اذ نصت المادة (٥) من قانون الوصية المصري على ذلك اذ جاء فيها (..... اذا كان محجورا عليه لسفه أو غفلة او بلغ من العمر ثماني عشرة سنة شمسية جازت وصيته ...) وهذا يعني ان المشرع المصري اخذ برأي اصحاب القول الاول لدى الفقهاء المسلمين وعد وصية السفيه مطلقة وتصح في جميع امواله سواء أكانت في البر والخير ام بعكس ذلك .

اما بشأن المشرع الجزائري فترك الامر الى الشريعة الاسلامية استناداً الى احكام المادة (٢٢٢) من قانون الاسرة الجزائري، واحسن المشرع الاماراتي عندما اخذ برأي فقهاء المسلمين الثاني وهذا الامر اتضح لنا من نص المادة (٢/٢٤٨) اذ جاء فيها (تصح الوصية من المحجور عليه لسفه او غفلة بالقربات^(٣) بإذن المحكمة) .

ولا يقتصر الامر على ذلك اذ نصت المادة (٢١٤/أ) من قانون الاحوال الشخصية الاردني على (يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً متى أذنته المحكمة في ذلك)، اما موقف المشرع العراقي فلم يعالج ذلك ضمن احكام قانون الاحوال الشخصية، الا انه بين ذلك ضمن احكام القانون المدني العراقي اذ نصت المادة (٢/١٠٩) منه على انه (تصح وصايا السفيه بثلاث امواله) وهذا يعني ان المشرع العراقي اخذ بالإطلاق وجاز وصية السفيه سواء اكانت لجهة البر والخير ام لجهة اخرى، وهذا الامر على اطلاقه لا يؤيده الباحث، لذا

(١) السيد كاظم الحسيني الحائري، منهاج الصالحين، بلا دار، قم، ط١، بلا سنة، مسألة ١٠، ص ٣٥٢.

(٢) السيد علي الحسيني السيستاني، المسائل المنتخبة، العبادات والمعاملات، بلا دار، قم، ١٤٢٢ هـ، المسألة ٤٦٢، ص ١٢٩٠.

(٣) يقصد بالقربات اي التقرب الى الله سبحانه وتعالى عن طريق بعض افعال الخير كبناء مسجد او حفر بئر وما شابه ذلك، ينظر المقالة الالكترونية المنشورة على الرابط الاتي:- mawdoo.com

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

نوصي المشرع العراقي ان ينحى نحو المشرع الاماراتي ويجعل وصية السفية صحيحة اذا كانت في اطار البر والخير وبخلاف ذلك تعد الوصية باطلة.

ان ما سبق ذكره يعد من اهم التطبيقات المتعلقة بوصية الشخص الذي يشوب عقله عارضاً ، ولا يقتصر الامر على ذلك اذ هنالك حالات وتطبيقات متعددة بهذا الشأن كالسكران^(١) ومن اخذ حكمه ، الا اننا نكتفي بهذا القدر .

اما الثاني (البلوغ) والذي يعد الشق الاخر لأهلية التبرع بعد ان تطرقنا الى العقل ، ويتعلق في البلوغ امران اولهما وصية الصغير غير المميز ، وثانيهما وصية الصغير المميز، اما حكم الاول فلا خلاف بين الفقهاء المسلمين بشأنه اذ ان وصية الصبي غير المميز باطلة لان تصرفاته تعد مضرة له ضرراً محضاً^(٢)، اما الثاني فثار الخلاف بشأنه بين مجيز ومانع، اذ يرى جمهور الفقهاء بصحة وصية الصغير المميز اذ بلغ عشرة سنوات^(٣).

وعلى الخلاف ذهب فقهاء الحنفية اذ ان وصية الصغير المميز لديهم غير صحيحة وان حكمه والصغير غير المميز سواء، واستدلوا بالحديث النبوي الشريف(رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم) وان كلمة الصبي الواردة في الحديث النبوي جاءت مطلقة وبهذا فأنها تشمل المميز وغيره لذا فإن اي وصية تصدر من الصبي المميز تعد باطلة^(٤)، واستدلوا كذلك بالقول ان الوصية تعد من التبرعات والصبي ليس اهلاً للتبرع لما فيه من الضرر المحض^(٥) ، ويرى

(١) اتفق الفقهاء المسلمين على ان السكران اذا كان مظطراً او مكرهاً او مخطأ لا تصح وصيته، الا ان الخلاف ثار بينهم اذا كان متعدياً في سكره اذ يرى فقهاء الحنفية صحة وصيته وذلك قياساً على صحة وقوع الطلاق منه بينما يرى جمهور الفقهاء عدم صحة وصيته لانه يأخذ حكم المجنون ؛ نقلاً عن د. حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الوصايا والموارث، مصدر سابق، ص ٢٢.

(٢) العامل، اللمعة الدمشقية (١٦٧).

(٣) وهذا ما ذهب اليه فقهاء الامامية بقولهم ان وصية الصغير الذي اكمل العاشرة من عمره صحيحة لما يناله من نفع اذا كانت في المعروف (الخير والبر)، واستدلوا برواية زرارة عن الامام الباقر عليه السلام انه قال (اذا اتى علي الغلام عشر سنين فإنه يجوز له في ماله ما اعتق او تصدق ، او اوصى على حد معروف وحق فهو جائز) ينظر: الكليني، اصول الكافي (٢٨/٣) . العلامة الشيخ محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج، دار المعرفة ، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٣٣٦.

(٤) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (٣٤٨)؛ د. عبد السلام محمود ابو ناجي، الوسيط في احكام الميراث والوصية، بلا دار، طرابلس، ط ١، ٢٠٠٠، ص ١٤٨.

(٥) د. زكي الدين شعبان، د. احمد الغندور، الوصية والميراث والوقف في الشريعة الاسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، ط ١، ٢٠٠٠، ص ٦٢.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الباحث ان الصغير سواء اكان مميزاً او غير مميز لا يدرك افعاله كما هو حال من اكمل سن البلوغ ، وبهذا فأنا نذهب مع الرأي الثاني بالقول ان وصية الصبي المميز غير صحيحة لما فيها من اضراراً تعكس انظارها عليه من الناحية السلبية.

وأن القوانين محل المقارنة بينت احكام ذلك بشكلٍ صريح وهذا الامر اتضح لنا في موارد عدة منها ما نصت عليه المادة (١٨٦) من قانون الاسرة الجزائري اذ جاء فيها (يشترط في الموصي ان يكون سليم العقل بالغاً من العمر تسعة عشر (١٩) سنة على الاقل) ، ومن الشق الاخير يتضح لنا ان البلوغ هو مناط التكليف في الاحكام الشرعية ، وبهذا اذا لم يتم الشخص السن المذكور اعلاه عدت وصيته باطلة^(١)، والحال ذاته ذهب اليه المشرع الاردني اذ نصت المادة (٢٦٩/أ) من قانون الاحوال الشخصية على انه (يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع، بالغاً عاقلاً رشيداً) وان الصبي المميز ليست اهلاً للتبرع لعدم بلوغه ، ولم يقتصر الامر على ذلك اذ عالج المشرع الاماراتي حكم وصية الصبي وهذا ما نصت عليه المادة (٢٤٨) سابقة الذكر ونحى المشرع العراقي نحو التشريعات السابقة وعد الوصية باطلة اذ لم يكن الموصي اهلاً للتبرع، واهلية التبرع لا تصح الا من البالغ الذي اكمل سن الثامنة عشر من عمره استناداً لاحكام المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي^(٢) .

من كل ما سبق نخلص الى ان اهلية التبرع تعد شرطاً لصحة الوصية ، وعلى عكس ذلك تعد الوصية باطلة ، وهذا ما اتضح لنا من خلال التطبيقات المتعددة والمتعلقة بأهم شقين وهما العقل والبلوغ ، ولذلك فإن اي شخص لم يكن لديه اهلية التبرع تعد وصيته باطلة.

٢- الاختيار :- يشترط الفقهاء المسلمين لصحة الوصية ان يكون الموصي مختاراً (غير مكره) وبخلاف ذلك تعد الوصية باطلة وغاية البطلان تكمن في انعدام الرضا الذي يعد من شروط صحة الوصية وهذا رأي جمهور الفقهاء واستدلوا بالحديث النبوي الشريف (رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) وان الحديث الشريف جاء صريحاً ومطلقاً اذ انه يخص وصية المكره وغيرها من التصرفات الاخرى^(٣)، وخالفهم في ذلك فقهاء الاحناف بقولهم ان

(١) حكيم دربالي، حورية لشهب، الوصية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ٢٠١٥، ص ١١

(٢) د. صبحي محمصاني، المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والمواريث والوصية، دار العلم، بيروت، ط١، ص١٨٣.

(٣) العمودي، اعانة المبتدئين (٣٥٧)؛ احمد بن يحيى ابن المرتضي، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، ج٥، دار الحكمة، صنعاء، بلا سنة طبع، ص ١٠٠؛ السيد محسن الحكيم، مستمسك العروة الوثقى، ج٣، دار احياء التراث العربي، بيروت، ط١، ١٣٩١هـ، ص ٤٧.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

وصية المكره تنعقد موقوفه على اجازته فان اجازها بعد زوال الاكراه صحت وبخلاف ذلك عدت الوصية باطلة^(١).

ويرجح الباحث موقف جمهور الفقهاء اذ ان استدلالهم اكثر ترجيحاً لاستنادهم بالسنة النبوية الشريفة وهذا الامر اتضح لدينا من خلال قول الرسول الكريم (رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) هذا من جانب ومن جانب اخر ان الاكراه يعدم الرضا وهذا بحد ذاته يكفي لبطلان الوصية.

ولم تتطرق قوانين الاحوال الشخصية محل المقارنة الى حكم وصية المكره، رغم وجود بعض الاراء القانونية التي ارجعت ذلك الى القواعد العامة في القانون المدني وجعلت وصية المكره موقوفه على اجازته وهذا هو موقف الفقه الحنفي^(٢)، الا اننا نشكل على ذلك اذ ان القواعد العامة في القانون المدني لا تعد المصدر الاول في حال غياب النص في قوانين الاحوال الشخصية، وانما اخذت اغلب القوانين محل المقارنة بالشرعية الاسلامية في حال غياب النص وهذا الامر اتضح لنا من موارد عدة منها نص المادة (٢/١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي وكذلك نص المادة (٢٢٢) من قانون الاسرة الجزائري، وهذا الامر بحد ذاته يعد اشكالية ولا يمكن للقاضي ان يأخذ بالشرعية الاسلامية في هذا المورد لوجود خلاف فقهي بهذا الشأن الذي هو الاخر اذا اخذ به قاضي محكمة الموضوع سيؤدي الى صدور قرارات متناقضة، ولتجنب ذلك نوصي المشرع العراقي بإيراد نصاً صريحاً يبين من خلاله بطلان وصية المكره لانعدام الرضا.

ثانياً :- حالات البطلان المتعلقة بالموصى له:- بعد ان تطرقنا لاهم التطبيقات المتعلقة بالموصي فيما سبق، ارتأينا ان نبين بعض حالات البطلان المتعلقة بالموصى له؛ لأنه الطرف الثاني الذي يجب تواجده في الوصية، ولهذا سنبين اهم تطبيقات البطلان المتعلقة بالموصى له وحسب الترتيب الاتي:-

١- **الوصية للمعدوم:-** ويراد بالمعدوم (من لم يوجد لا من كان موجوداً ثم انعدم)^(٣)، وثار الخلاف الفقهي بهذا الخصوص بين مجيز ومانع اذ ذهب جمهور الفقهاء الى ان وصية المعدوم

(١) الكاساني، بدائع الصنائع (٣٣٥/٧).

(٢) د. سمير احمد الحراسيس، احكام الارادة المنفردة في الفقه الاسلامي مقارنة بالقانون المدني الاردني، دار الجنان، الاردن، بلا سنة طبع، ص ٦١.

(٣) وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلتاه (٥٢٠/١٠)

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

باطلة واستدلوا على ذلك بأمرين، اولهما ان الوصية تعد تملك ، بمعنى ان الموصى له سيتمك الموصى به بعد وفاة الموصي ، وان تملك الشخص المعدم لديهم غير صحيح، اما ثانيهما فان الوصية تأخذ حكم الميراث في مسائل متعددة وبما ان الانسان اذا مات لم يرثه الا من كان موجوداً فكذاك حال الوصية^(١) ، واختلف جمهور الفقهاء فيما بينهم في وقت الوجود ، هل هو وقت الانشاء ام وقت الوفاة، اذ يرى اغلبية الفقهاء ان شرط الوجود يجب ان يكون وقت الانشاء^(٢) في حين ذهب فقهاء الحنفية الى خلاف ذلك بقولهم ان شرط الوجود يجب ان يكون وقت الوفاة لا وقت الانشاء^(٣)، وان شرط الوجود عند انشاء الوصية انما ينصرف الى الموصى له المعين بالذات ، اما المعين بالوصف كأولاد فلان او فقراء البلد فلا يشترط جمهور الفقهاء وجودهم عند الانشاء بل يكفي لصحة الوصية تواجدهم عند الوفاة^(٤)

من خلال ما تقدم يثار لدينا سؤالاً مفاده ما حكم الوصية للحمل ؟ وهل يشترط وجوده وقت الانشاء ام وقت الوفاة؟

ولبيان ما سبق يقتضي بنا الرجوع الى الاراء الفقهية ، ومن خلال الرجوع الى ذلك فقد اتضح لنا وجود خلاف فقهي في هذا الامر اذ يرى جمهور الفقهاء بوجوب اشتراط وجود الحمل حين انشاء الوصية ودليلهم في ذلك لأن الوصية تعد عندهم تملك يشترط فيها وجود الموصى له^(٥)، وعلى خلاف ذلك ذهب فقهاء الحنفية بقولهم ان الوصية للحمل تعد صحيحة حين وفاة الموصي^(٦)، ويذهب الباحث مع رأي الجمهور ، ويشترط لصحة وصية الحمل ان يكون موجوداً

(١) النجفي، جواهر الكلام (٢٨ / ٣٥٢)؛ العمودي، اعانة المبتدئين (٣١٧). العلامة المحقق علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام المبجل احمد بن حنبل، بلا دار طبع، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٩٥٦، ص ٢٩٥.

(٢) البهوتي، المنح الشافيات (٤ / ٣٨٧).؛ الشربيني، مغني المحتاج معرفة معاني الفاظ المنهاج (٤٠).؛ البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار (٥ / ٣٠٩).

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع (٧ / ٣٣٥).

(٤) ينظر: د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الوصايا والمواريث، مصدر سابق، ص ٣١.

(٥) الشيخ محسن آل عصفور، احكام الاحوال الشخصية على ضوء الفقه الجعفري، بلا دار طبع، قم، بلا سنة طبع، ص ٧٥؛ موفق الدين ابي محمد عبدالله بن احمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، المغني، ج٦، دار عالم الكتب، الرياض، ط٣، ١٩٩٧، ص ١٢٦.

(٦) محمد عاشق إلهي البرني، التسهيل الضروري لمسائل القدوري، مكتبة الشيخ، المدينة المنورة، ١٤١٣هـ، ص ٢٩٥؛ الشيخ حسن بن عماد بن علي الوقائي الحنفي، الدرر الحكام في شرح غرر الاحكام، بلا دار طبع، بلا سنة، ص ٤٢٨.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

وقت الانشاء لا وقت الوفاة، لأن الوصية تختلف في هذا الامر مع الميراث اذ انها تمليك والآخر يشترط لصحته وجود الموصى له وقت الوصية والذي بدوره يستطيع رد الوصية ، على خلاف الميراث الذي يعد خلافة ولا يمكن للخليفة (الوارث) ان يرد الميراث، وخالف ما سبق ذكره من اراء فقهاء المالكية اذ ان الوصية عندهم صحيحة مطلقاً للمعدوم سواء اكان الموصى له موجوداً وقت الوصية ام سيوجد في وقتاً اخر ، ويشكل الباحث على الاطلاق الذي ذهب اليه فقهاء المالكية ويستدل بما استدل به جمهور الفقهاء بالقول ان الوصية تمليك وهذا الاخير يشترط فيه وجود الموصى له وقت انشاء الوصية ، الا ان فقهاء المالكية وحسب قولهم ذهبوا الى خلاف ذلك ، فعلى سبيل الفرض من اوصى لأبن زيد المستقبلي صحت وصيته على الرغم من ان زيد ليس له أبن في وقت انشاء الوصية، وكذلك من اوصى لميت رغم علمه بذلك صحت وصيته وانتقلت لورثته، وهذا الامر ينافي احكام الشريعة والقانون اذ ان الميت لا يكون اهلاً للتمليك ودليلنا في ذلك هو انتقال تركته بمجرد موته الى الورثة بعد سداد ديونه وتنفيذ وصاياه^(١).

اما عن موقف القوانين محل المقارنة فقد نصت المادة (٢/٦) من قانون الوصية المصري على انه (يشترط في الموصى له ٢- ان يكون موجودا عند الوصية ان كان معينا فان لم يكن معينا لا يشترط ان يكون موجودا عند الوصية لا وقت موت الموصي وذلك مع مراعاة ما نص عليه في المادة ٢٠)، يتضح لنا ان المشرع المصري لم يكن موفقاً في نصه اذ انه اخذ برأي جمهور الفقهاء اذا كانت الوصية لشخص معين بالذات واشترط وجود الموصى له وقت انشاء الوصية وهذا الرأي تؤيده ونذهب معه لموافقته احكام الشريعة الغراء، الا انه خالف رأي الجمهور واخذ برأي فقهاء المالكية اذا كان الموصى له معين بالوصف كفقراء المسلمين وما شابه ذلك وعد الوصية صحيحة سواء انعدم وجود الموصى له وقت الانشاء ام وقت الوفاة ، وهذا الرأي لا يمكن الاعتداد به وبناء الاحكام الشرعية والقانونية عليه لمخالفتها لذلك، اذ اننا وكما بينا سابقاً ان الوصية تمليك والآخر من شروطه وجود الموصى له^(٢)، ولم يتطرق المشرع الجزائري الى احكام الوصية للمعدوم ، وذهب البعض من الباحثين الى ان المشرع الجزائري يشترط لصحة الوصية وجود الموصى له وقت صدورها ، وبخلاف ذلك عدت الوصية باطلة^(٣)، اما بشأن المشرع الاماراتي فهو الاخر لم يبين حكم وصية المعدوم ، في حين اورد المشرع

(١) ابن جزى، القوانين الفقهية (٦٧١).

(٢) د. عبد الغفار ابراهيم صالح، احكام الموارث والوصية والوقف في الشريعة الإسلامية والقانون، مكتبة فلسطين للكتب المصورة، بلا دار ، مصر، بلا سنة طبع، ص ٢٦٢.

(٣) حكيم دربالي، حورية لشهب، مصدر سابق، ص ١٤.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الاردني في قانون الاحوال الشخصية النافذ احكاماً صريحةً بهذا الشأن اذ نصت المادة (٢٧٠) ب/ على انه ((يشترط في الموصى له ب- إذا كان معيناً بالتعيين، فيشترط وجوده وقت الوصية، أما إذا كان معرفاً بالوصف فلا يشترط وجوده وقت الوصية، وذلك مع مراعاة أحكام المادة (٢٧٥) من هذا القانون)) في حين نصت المادة (٢٧١) من ذات القانون على انه ((تصح الوصية لشخص معين أكان موجوداً أو منتظر الوجود...)) ومن النصين السابقين يتبين لنا ان المشرع الاردني اخذ برأي جمهور الفقهاء القائلين بأشترط وجود الموصى له وقت انشاء الوصية اذا كان معيناً بالذات ، اما اذا كان معيناً في الوصف كما هو حال المساجد وما شابه ذلك فلا يشترط وجودها وقت الانشاء، وما سبق نحن نؤيده ، الا انه عاد وخالف رأي جمهور الفقهاء في النص الثاني عندما قال بصحة الوصية سواء اكان الشخص موجوداً أو منتظر الوجود، بمعنى ان الوصية للشخص المعدم وقت انشاء الوصية او وقت وفاة الموصي صحيحة وهذا ما اتضح لنا من اطلاق النص ، والمطلق يجري على اطلاقه، وهو في هذا النص يتوافق مع فقهاء المالكية.

وقد اشار المشرع العراقي لذلك وهذا ما نصت عليه المادة (١/٦٨) اذ جاء فيها (يشترط في الموصى له ١- ان يكون حياً حقيقة أو تقديراً حين الوصية وحين موت الموصى...) وان نص المادة السابقة محل انتقاد؛ وسبب ذلك يعود لاشتراطه الحياة حين الوصية وحين الوفاة ويكمن انتقادنا في ان اشترط الوجود حين الوصية يستتبعه اشترط الوجود حين الوفاة^(١)، الا ان الغاية الذي نبحت عنها متحققه في النص اعلاه وهذا يعني ان المشرع العراقي اخذ برأي جمهور الفقهاء ونحن نؤيد ذلك اذ انه عد وصية المعدم باطله واتضح لنا الامر من صراحة النص سابق الذكر الذي تبين لنا من خلاله ان الوصية لا تصح اذا لم يكن الموصى له موجوداً وقت انشاء الوصية وحين موت الموصي^(٢).

٢- الوصية لجهة المعصية:- اتفق الفقهاء المسلمين^(٣) على عدم صحة الوصية لجهة المعصية كإندية القمار او دور اللهو المحرمة، اذ ان غاية تشريع الوصية هي التقرب الى الله سبحانه

(١) استاذنا الدكتور حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الوصايا والمواريث، مصدر سابق، ص ٣٢.

(٢) رنا صادق شهاب حمد الدليمي، الوصايا وتزاحمها في الفقه الاسلامي وقوانين الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة النهرين، ٢٠٠٩، ص ٤٣.

(٣) اذ بين ذلك فقهاء الحنابلة في موارد عدة ومنها ما جاء في المغني (ولا تصح الوصية بمعصية وفعل محرم مسلماً كان الموصي أو غير مسلم) ينظر موفق الدين عبدالله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقى، دار عالم الكتب، الرياض، ط٣، ١٩٩٧، ص ١٠٥؛ الحدائق الناظرة في احكام العترة الطاهرة (٥٥٩/٢٢).

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

وتعالى ولتقوية الصلة بين الناس والاخير تنتفي اذا كانت الوصية لجهات محرمة، وإن جهات المعصية مطلقة وتختلف من ديانة الى اخرى ، وبهذا فإن وصية المسلم لا تصح الا بما هو قرابة في نظر دينه كالوصية للفقراء والمحتاجين^(١) ، وهناك من يذهب الى ان الوصية للكنايس والمعابد الذي يتعبد بها غير المسلمين غير صحيحة لأن غاية التقرب الى الله فيها منتفية من قبل الموصي^(٢)، وبدورنا نتفق مع ما ذهب اليه الفقهاء المسلمين ونرى ان الوصية تعد باطله اذا كانت غايتها حث الناس للابتعاد عن الله سبحانه وتعالى ويكمن هذا الامر اذا كان الموصى له جهة عاصية لله سبحانه وتعالى وان الايحاء لهذه الجهة يعد اشتراكاً في المعصية وهذا الامر مرفوض في شريعتنا الغراء.

وقد تطرقت بعض القوانين محل المقارنة الى ذلك صراحةً ومنها ما جاءت به المادة (٣) من قانون الوصية المصري اذ نصت على (يشترط في صحة الوصية الا تكون بمعصية والا يكون الباعث عليها منافياً لمقاصد المشرع وإذا كان الموصي غير مسلم صحت الوصية الا اذا كانت محرمة في شريعته أو الشريعة الاسلامية) واحسن المشرع المصري في هذا الامر ان الوصية لجهات المعصية لديه باطلة وهذا ما ذهب اليه الفقهاء المسلمين ، ولم يقتصر الامر على ذلك اذ انه جعل الوصية باطلة اذا كان الباعث غير مشروع ، فعلى سبيل المثال اذا وصى شخص لامرأة بمبلغ من المال او بعقار عدت وصيته صحيحة ، اما اذا كانت الغاية من الوصية لاستمرار العلاقة غير المشروعة بينهما عدت الوصية باطلة^(٣).

وقد اتجه المشرع الاردني الى ذات الحكم وهذا ما تبين لنا من نص المادة (٢٧٨) من قانون الاحوال الشخصية اذ نصت على (يشترط في صحة الوصية ألا تكون في معصية أو في منهي عنه شرعاً) ، الا ان القوانين الاخرى محل المقارنة لم تتطرق الى ذلك ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي وفي هذا المورد يمكن ان نرجع الى احكام الشريعة الاسلامية استناداً لنص المادة (٢/١) من قانون الاحوال الشخصية ؛ ويعود السبب في ذلك لوجود اتفاق لدى الفقهاء المسلمين بهذا الامر، ومن ثم فإن الاحكام اذا صدرت استناداً لهم عدت صحيحة ولا يمكن تناقضها، الا ان الافضل من ذلك على المشرع العراقي ايراد نصاً يبين فيه بطلان الوصية لجهات المعصية وأي جهة يكون الباعث فيها غير مشروع، كما بين ذلك المشرع المصري.

(١) د. الياس ناصيف، مصدر سابق، ص ١٠٨.

(٢) عبد المجيد عبد الحميد الديباني، أحكام الموارث والتركات والوصية في الشريعة الاسلامية، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي، ط١٩٩٨، ص٤٣٢.

(٣) لمزيد من ذلك ينظر المذكرة الايضاحية للمادة (٣) من قانون الوصية المصري.

الفرع الثاني

البطلان اللاحق على انشاء (انعقاد) الوصية

قد تنشأ الوصية صحيحة الا ان هنالك احداث تطراً على ذلك تجعل من الوصية باطلة ، وتكثر تلك الحالات منها ما يتعلق بالموصي ومنها ما يتعلق بالموصى له ، وقد عالجت التشريعات محل المقارنة بعض تلك الحالات في حين اغفلت عن معالجة حالات اخرى بعضها موجود منذ القدم والبعض الاخر ظهر بسبب التطور العلمي ، لذا ارتأينا التطرق لاهم تلك الحالات من خلال ايراد تطبيقات ذات اثر من الناحية الشرعية والقانونية وحسب الترتيب الاتي:-

اولاً:- بطلان الوصية بسبب تغيير الجنس:- سبق وان تطرقنا عن مدى مشروعية تغيير الجنس، وماهيته ، واثار ذلك على عقد الزواج، الا ان الامر يختلف في هذا المورد اذ ان المسألة تتعلق بالأموال المالية، وبهذا فإننا نتساءل عن اثر تغيير الجنس على الوصية التي انشأت صحيحة؟

لا تخلوا الاجابة عما سبق ذكره من التطرق الى عدة فرضيات ومن اهمها ، ما حكم تغيير الجنس بالنسبة الى الموصى له؟ فعلى سبيل المثال اذا اوصى شخص الى شخصاً اخر بمبلغ من المال ، او بعقار او منقول ، وقام الموصى له بعد مرور مدة معينة بتغيير جنسه من ذكر الى انثى او العكس، فهل تبقى الوصية صحيحة ومن ثم تنفذ بعد وفاة الموصي ام تبطل الوصية؟

من خلال الرجوع الى الكتب الفقهية والشروحات لم نجد من تطرق الى هذه المسألة بشكل صريح، لكن يمكننا الاستنتاج بأن الوصية في الفرضية اعلاه تعد باطلة ويعود ذلك للأسباب الآتية:-

١- ان الوصية اما قد تكون للزوجة ، وفي هذا المورد تنتفي صفة الزوجية اذ ان عقد الزواج يعد باطلاً بتحول الزوجة من انثى الى ذكر ، والحال ذاته يسري على الوصية اذ انها وكما بينا سابقاً اما ان تكون قرابة الى الله سبحانه وتعالى او لتقوية الصلة بين الناس، وهذا الامر لا يمكن تحققه في هذا المورد ، اذ ان الزوج عندما اوصى لزوجته كانت غايته تقوية الصلة بينهما وكذلك التقرب الى الله، وعند قيام الزوجة بتغيير الجنس تنتفي تلك الغاية والعكس صحيح .

٢- وقد تكون الوصية الى الاولاد والحال ذاته يسري على ذلك ، اذ ان الموصي اذا اوصى لاحد ابناؤه دون بناته محبةً فيه ومن ثم قام الابن بتغيير جنسه من ذكر الى انثى انتفتت الغاية ومعها

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

تنتفي الوصية وتعد باطلة، هذا من جانب ومن جانب اخر ان الموصى له لا يستطيع تنفيذ الوصية عند وفاة الموصي وذلك لتغير حالته المدنية.

٣- وقد تكون الوصية الى غير ما سبق ذكره فمن اوصى لذكر وتحول الى انثى عد هذا الامر من اسباب بطلان الوصية ، اذ ان شخصية الموصى له لدى الموصي محل اعتبار فإذا قام الاخير بتغييرها بطلت الوصية ، ويحق للموصي بعد ذلك ان اراد ان يحرر وصية جديدة^(١)، اما اذا حدث تغيير الجنس بعد وفاة الموصي ففي هذه الحالة لا يمكن بطلان الوصية؛ لأن الموصى له تملك الموصى به من تاريخ وفاة الموصي وبذلك لا يمكن المساس بالحقوق المكتسبة والنافذة.

وان ما سبق ذكره يتعلق بالموصى له، اما اذا غير الموصي جنسه، فكذلك الحال لم نجد اجابة صريحة لهذا الامر سواء من قبل الفقهاء المسلمين ام فقهاء القانون ، فلو اخذنا حالة (سالي) سابقة الذكر الذي قامت بتغيير جنسها الى انثى، ففي هذا الفرض اذا اوصت قبل اجراء تغيير الجنس ومن ثم غيرت جنسها فتعد الوصية باطلة، اذ ان المسائل المتعلقة بالحالة المدنية ستتغير وهذا ما ذهب اليه القضاء المصري في قضية سالي الذي اصدر حكماً يقضي بتغيير كل الامور المتعلقة بالحالة المدنية^(٢)، ومن ثم لا يستطيع الموصى له المطالبة بالوصية، لأن الموصي تغيير من ذكر الى انثى والعكس صحيح.

اما بشأن القوانين محل المقارنة فلم نجد لها حكم بهذا الخصوص وهذا الامر يعد نقصاً تشريعياً يجب على المشرع تلافيه وذلك من خلال ايراد نص يبين فيه ان تغيير الجنس يعد من مبطلات الوصية وذلك لتغير جنس الموصي او الموصى له .

ثانياً:- **الوصية بالمنفعة**^(٣):- تتعلق بعض مسائل الوصية بالمنفعة في وقت انشاءها ، اذ ذهب جمهور الفقهاء الى صحة ذلك، وقال ابن ابي ليلى وابن شبرمه واهل الظاهر ان الوصية بالمنافع باطلة^(٤)، واستدل الجمهور بالقول ان المنافع يصح تملكها في حياة الموصي سواء عن طريق

(١) د. عادل ناصر حسين، مصدر سابق، ص ٢٢.

(٢) د. احمد محمود السعيد، مصدر سابق، ص ٦٣٣.

(٣) يقصد بالمنفعة كل ما يستفاد به من الاعيان التي تكون بنتائجها ومنفعتها دون اعيانها، كسكن الدار وركوب الدابة وما في حكمها كالسيارة او قراءة الكتاب وتشمل الاعيان المتولدة من اصلها كالثمار المتولدة من الاشجار واجرة الدار والسيارة وارباح التجارة. ينظر د. حيدر حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٧٣.

(٤) محمد بن احمد بن محمد بن احمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٢، بلا دار، ط ٤، ١٩٧٥، ص ٣٣٥.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الاجارة او المساقاة، وكذلك يصح التبرع بها كما هو حال الاعارة، وعليه فمن باب اولى صحة التبرع بها بعد الوفاة عن طريق الوصية، في حين استدل الرأي المانع بالقول ان المنافع بعد وفاة الموصي تعد ملكاً للورثة ، وبهذا فلا تصح الوصية فيها^(١).

ويذهب الباحث مع رأي الجمهور، الا ان الوصية بالمنافع قد تطراً عليها بعض الامور التي تعد سبباً لبطلانها وسنذكر منها ما يأتي:-

١- الوصية بالمنفعة المقيدة:- ان الموصي وفي بعض الحالات يحدد وصيته بفترة زمنية معينة، فعلى سبيل المثال اذا اوصى زيد الى عمر بسكنى داره من ٢٠٢٠ الى ٢٠٣٠ فما حكم هذه الوصية ، في ذلك عدة فرضيات منها اذا انتهت المدة والموصي لم يمته هنا تعد الوصية باطله بانقضاء المدة، لان الوصية لا تنفذ الا بعد وفاة الموصي ، وفي فرضية ثانية اذا انقضت جزء من المدة وتوفى الموصي ففي هذه الحالة تعد الوصية صحيحة فيما تبقى منها وتبطل بالنسبة الى الفترة الماضية ، وهنا يمكن ان نستعين بفكرة انتقاص التصرفات القانونية والذي بينا فحواها فيما سبق ، اي اذا كان التصرف فيه شق صحيح وشقاً اخر باطلاً يمكن تطبيق نظرية انتقاص التصرف، وبهذا تبطل الوصية بالفترة الماضية وتصح فيما تبقى من المدة، اما اذا توفى الموصي قبل المدة فهنا يستحق الموصى له سكنى الدار حسب التاريخ المذكور^(٢) .

اما عن موقف القوانين محل المقارنة ، فنجد من عالج الامر بنصوص صريحة ومنها نص المادة (٥٠) من قانون الوصية المصري اذ نصت على (اذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مدة معلومة المبدأ والنهية استحق الموصى له المنفعة في هذه المدة فاذا انقضت المدة قبل وفاة الموصي اعتبرت الوصية كأن لم تكن واذا انقضت بعضها استحق الموصى له المنفعة في باقيها..)، وان نص المادة جاء متوافقاً مع ما ذهب اليه جمهور الفقهاء، وهذا يعني ان الموصي اذا انقضت المدة ولم يمته عدة الوصية باطله، اما اذا انقضت جزء منها فنفذت فيه وبطلت في الجزء الماضي ، ويمثلها بعض الفقهاء بهلاك جزء من الموصى به او استحقاقه، فهنا تصح في الجزء المتبقي وتبطل في الجزء الذي هلك ، وهذا فحوى نظرية انتقاص التصرف القانوني الذي تطرقنا لإحكامه فيما سبق^(٣).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع (٢٠٢/٧)؛ الشربيني، مغني المحتاج (٤٥/٣)؛ ايم قدامة، المغني (٥٩/٦)

(٢) البهوتي، المنح الشافيات (٤١٣/٤)؛ ابي اسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، ج٣، دار القلم ، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٧١٥.

(٣) الامام محمد ابو زهرة ، شرح قانون الوصية، مصدر سابق، ص ١٤٢.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

وعلى الرغم من ان اغلب القوانين محل المقارنة اجازت الوصية بالمنفعة وهذا ما تبين لنا من نص المادة (١٩٠) من قانون الاسرة الجزائري اذ جاء فيها (للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عيناً او منفعة) وكذلك نص المادة (١/٢٦٤) على انه (يكون الموصى به المعين عقاراً، او منقولاً مثلياً او قيماً عيناً او منفعة...) والحال ذاته ذهب اليه المشرع الاردني اذ نصت المادة (٢٧٧/أ) على انه (تجوز الوصية إذا كان الموصى به مالا معلوماً منقولاً مملوكاً للموصي شائعاً أو معيناً أو منفعة) الا ان القوانين سابقة الذكر لم تنص على حكم الوصية المقيدة بمدة معلومة ، اما بشأن المشرع العراقي فلم نجد في نصوصه حكماً لمبطلات الوصية بالمنفعة المقيدة، وهذا نقصاً تشريعياً كان على المشرع العراقي تلافيه وذلك من خلال ايراد نصاً مشابهاً لما جاء به المشرع المصري.

ولم يقتصر الامر على ذلك اذ ان ما سبق ذكره يتعلق بالوصية المقيدة بمدة زمنية معلومة، وهنالك مدة زمنية غير معلومة البداية والنهاية ، كمن يوصي بمدة خمسة او عشرة سنوات ، ويتساءل الباحث عن حكم الوصية في الفرضية السابقة ، وهل هنالك مبطلات لها كما هو حال الوصية بمدة معلومة البداية والنهاية ؟

لا خلاف بين الفقهاء المسلمين بصحة الوصية بالفرضية اعلاه، وهنا يستحق الموصى له وصيته حين وفاة الموصي^(١)، وتنقضي بإنهاء المدة، الا ان الخلاف ثار بين الفقهاء المسلمين بشأن وفاة الموصى له قبل انتهاء المدة ، فهل تبطل الوصية في المدة اللاحقة ومن ثم ينتقل الحق الى ورثة الموصي باعتبارهم مالكي العين، ام ان الوصية تعد صحيحة ومن ثم تنتقل الى ورثة الموصى له، ذهب جمهور الفقهاء الى ان الوصية في الفرضية اعلاه تنتقل الى ورثة الموصى له؛ لأنه حق لمورثهم وهذا الحق لم يكتمل بعد ، ومن مات على حق فهو لورثته، وكذلك استدلوا بأن المنافع كالأعيان في هذا الخصوص، وبما ان الاعيان تنتقل الى الورثة فكذلك حال المنفعة تنتقل الى ورثة الموصى له^(٢).

(١) العاملي، اللعة دمشقية(٦/ ١١٧)؛ الشريبي، مغني المحتاج (٣/٤٥)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (٢٠٢/٢).

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي (٤٨). ينظر في هذا الامر د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، م انعام محمود شاكر، مفهوم الوصية بالمنافع(دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقوانين الاحوال الشخصية)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، المجلد ١١، ٢٠١٩، ص ٩٢ .

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

وخالفهم في هذا الامر فقهاء الحنفية بقولهم ان وفاة الموصى له قبل انتهاء المدة تعد سبباً لبطلان الوصية في المدة اللاحقة ودليلهم في ذلك ان المنافع ليست مال حتى تقبل الانتقال بالإرث، وهذا يعني ان الموصى به بعد وفاة الموصى له ينتقل الى ورثة الموصي^(١).

ونناقش ذلك بالقول ان المنافع تعد حقوقاً من ضمن التركة ودليلنا في ذلك قول الرسول الكريم محمد (صل الله عليه واله وسلم) (من ترك مالا او حقاً فلورثته)^(٢) وهذا يعني ان التركة تشمل الاموال والحقوق وبما ان المنافع تعد حقاً لصاحبها فهذا يعني ان امكانية انتقالها بالإرث جائزة، وبذلك فإن المنفعة تنتقل الى ورثة الموصى له حين وفاته للمدة اللاحقة، وهذا ما ذهب اليه جمهور الفقهاء، اما بشأن فقهاء الحنفية فإن الحديث سابق الذكر لديهم بالكيفية الاتية (من ترك مالا فهو لورثته بعد موته)^(٣).

وقد عالجت التشريعات محل المقارنة الامر سابق الذكر اذ نصت المادة (٥٠) من قانون الوصية المصري في شقها الاخير على انه (...واذا كانت المدة معينة القدر غير معلومة المبدأ بدأت من وقت وفاة الموصي منع ورثة الموصى له بالانتفاع في المدة) ، وان المشرع المصري كان متأثراً برأي فقهاء المذهب الحنفي سابق الذكر، اذ انه جعل من وفاة الموصى له سبباً لبطلان الوصية ومن ثم يرجع حق المنفعة الى ورثة الموصي، وهذا الامر غير مرجح لدينا كما بينا سابقاً، ولم نجد نصاً يعالج الحالة اعلاه في قوانين الاحوال الشخصية محل المقارنة، ومنها القانون العراقي وهذا يعد قصوراً تشريعياً يجب على المشرع تلافيه ؛ لأن احكام المادة (٢/١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي لا يمكن الرجوع اليها في هذا المورد لوجود خلاف فقهي قد يعكس انظاره على تناقض القرارات التمييزية، وللتخلص مما سبق فأننا نوصي المشرع العراقي بإيراد نصاً يوضح من خلاله ان وفاة الموصى له قبل انتهاء مدة الوصية لا يعد سبباً لبطلانها ومن ثم فإن حق المنفعة ينتقل الى ورثة الموصى له.

٢- الوصية المؤبدة:- سبق وإن بينا الوصية المؤقتة بمدة ، سواء اكانت تلك المدة معلومة البداية والنهاية او غير معلومة، الا ان الامر في هذه الفقرة مختلف، ومثاله ان يقول الموصي اوصيت

(١) الكاساني، بدائع الصنائع (٢٠٢/٧)؛ د. علي الخفيف ، احكام الوصية (شرح قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ٤٦ ، معهد الدراسات العربية، بلا دار طبع، بلا سنة، ص ٤٤٧ .

(٢) ابي عبدالله محمد ابن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق، ط١، ٢٠٠٢، ص ١٦٦٨ .

(٣) ابي الفضل شهاب الدين احمد بن علي ابن محمد ابن حجر الشافعي، تلخيص الحبير في تخريج احاديث الرافي الكبير، ج٣، دار المشكاة، بلا مكان طبع، ١٩٩٥، ص ١٠٨ .

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

بسكنى داري او بغلة ارضي ابدأ، ويأخذ حكم الحالة السابقة كمن يقول اوصيت بسكنى داري دون ان يحدد الوقت، ويتسأل الباحث عن حكم هذه الوصية ؟

لا خلاف بين الفقهاء المسلمين بصحة الوصية من حيث الانشاء، الا ان الوصية تبطل بعد ذلك اذا توفى الموصى له وكان معيناً بالذات، وهذا ما ذهب اليه فقهاء الحنفية كما بينا سابقاً لأن المنافع لا تورث عندهم ، في حين خالف جمهور الفقهاء ذلك بالقول ان الوصية بالمنفعة المؤبدة لا تنتهي بموت الموصى له اذا ان المنافع تورث عندهم ، كما لو قال اوصيت لزيد بغلة ارضي ابدأ، والحال ذاته اذا كانت الوصية مطلقة ، اما اذا كانت الوصية لعدد محصور كما لو قال اوصيت لأولاد فلان او لطلاب العلم في مدرسة معينة ففي هذا الفرض تبطل الوصية بموت ما سبق ذكرهم ولا تنتقل الى ورثتهم ، لأن الموصى له معلوم ، اما اذا كان العدد غير محصور كطلاب العلم وفقراء المسلمين ، ففي هذا الفرض اذا كان يظن انقطاعهم تنتهي الوصية ويرجع الموصى له الى ورثة الموصي ، اما اذا كان لا يظن انقطاعهم فتأخذ حكم الوقف على الرأي الراجح^(١).

اما بشأن موقف القوانين محل المقارنة ، فهناك من عالج الامر صراحةً وهذا موقف قانون الوصية المصري اذ نصت المادة (٥٢) على انه (اذا كانت الوصية بالمنفعة لقوم غير محصورين لا يظن انقطاعهم او لجهة البر وكانت مؤبدة او مطلقة استحق الموصى لهم المنفعة علي وجه التأييد فاذا كانت الوصية مؤبدة او مطلقة لقوم غير محصورين يظن انقطاعهم استحق الموصى لهم المنفعة الى انقراضهم ...) ونصت المادة (٥٣) على انه (اذا كانت الوصية بمنفعة بمدة معينة ولقوم محصورين ثم من بعدهم لمن لا يظن انقطاعهم او لجهة من جهات البر ولم يوجد احد من المحصورين من خلال ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصى او في خلال المدة المعينة للمنفعة او وجد في خلال هذه المدة وانقراض قبل نهايتها كانت المنفعة في المدة كلها او بعضها علي حسب الاحوال لما هم اعم نفعاً من جهات البر) من خلال النصين السابقين يتبين لنا ان المشرع المصري اجاز الوصية المؤبدة ، سواء اكانت لعدد محدد او غير محدد، فإذا كان العدد غير محدد ولا يمكن انقطاع الموصى لهم ففي هذه الفرضية يتملكون الموصى به على وجه التأييد وهذا موقف جمهور الفقهاء، بمعنى ان الوصية لا تبطل بوفاة احد الموصى لهم، اما اذا كان العدد محدود ففي ذلك تبطل الوصية عند انقراضهم الا ان المشرع المصري حدد طبقات

(١) ينظر : ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (١٤٨/٣)؛ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٢٠٢/٧)؛ استاذنا حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الوصية والميراث مصدر سابق، ص ٧٦؛ د. الياس ناصيف ، مصدر سابق، ص ١٣٦. د. زكي الدين شعبان، د. احمد الغندور، مصدر سابق، ص ١٥٠.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الوصية بطبقتين فقط وعند انقراضهم تبطل الوصية وهذا ما اتضح لنا من نص المادة (٢٩) من قانون الوصية المصري اذ جاء فيها (إذا كانت الوصية بالمنافع لأكثر من طبقتين لا تصح الا للطبقتين الاولين فإذا كانت الوصية مرتبة الطبقات يكون استحقاق الطبقة الثانية عند اليأس من وجود احد من أهل الطبقة الاولي أو انقراضهم واليأس من وجود غيرهم مع مراعاة وجود الاحكام الواردة في المادتين السابقتين ، وإذا انقضت الطبقات كانت العين تركة إلا اذا كان قد اوصي بها او ببعضها لغيرهم)^(١).

اما اذا كانت الوصية لعدد محصور وبمدة معينة واخرى غير محصورة ففي ذلك استحق الموصى لهم المعينين الوصية خلال تلك المدة ، اما اذا انقضوا قبل انتهائها بطلت بحقهم وانتقلت المنفعة الى الاعم نفعاً من جهات الخير، واختيار ذلك يتم من خلال قاضي الموضوع وله سلطة تقديرية في تحديد الاكثر نفعاً، الا ان الاجتهادات القضائية المصرية وقبل صدور قانون الوصية المصري لم تكن تعرف الوصية المؤبدة الا اذا اخرجها الموصي مخرج الوقف الخيري^(٢).

ولم نجد نصوصاً تفصيلية في القوانين محل المقارنة الاخرى كما عليه الحال في القانون المصري، الا ان هنالك من عالج بعض المسائل اذ نصت المادة (١٩٦) من قانون الاسرة الجزائري على انه (الوصية بمنفعة لمدة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصى له ..) وهذا يعني ان المشرع الجزائري كان متأثراً بالفقه الحنفي الذي جعل الوصية بالمنافع لا تعد من التركات ومن ثم لا تورث ، اما بشأن القوانين الاخرى فلم نجد من نص على ذلك ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي.

الا اننا لو رجعنا الى القواعد العامة في القانون المدني العراقي النافذ والمعدل لوجدنا في طياته نصاً يبين من خلاله انتهاء الوصية بموت المنتفع ، وبما ان الموصى له يعد منتفعاً من ذلك فهذا يعني ان الوصية تنتهي بموته ، وهذا ما اتضح لنا من نص المادة (١٢٥٧) اذ نصت على انه (ينتهي حق المنفعة بانقضاء الاجل المعين له فإن لم يعين له اجل عد مقررأ مدى حياة المنتفع وهو ينتهي على كل حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الاجل المعين) مما سبق يتضح لنا ان المشرع العراقي عد وفاة الموصى له بحق المنفعة سبباً لانقضائها ، وأي اتفاق على خلاف ذلك

(١) د. محمد مصطفى شحاته الحسيني، مصدر سابق، ص ٨١.

(٢) ينظر قرار محكمة النقض المصرية بالعدد ٣/٤٠ في ١٩٤٠/٧/٨ ، د. الياس ناصيف ، مصدر سابق، ص

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

يعد باطلاً، وهذا يعني ان المشرع العراقي في القواعد العامة اخذ بموقف الفقه الحنفي⁽¹⁾، الا اننا نشكل على موقف المشرع العراقي ويعود ذلك الى سببين ، اولهما ان قاضي محكمة الاحوال الشخصية لا يمكن له الرجوع الى القواعد العامة مع حكم لذلك في الشريعة الاسلامية، وثانيهما اننا نرجح رأي الجمهور بالقول ان الوصية بالمنفعة تورث ولا تنتهي بموت الموصى له ، الا ان القواعد العامة سابقة الذكر خالفت ذلك، وللتخلص من الاشكاليات سابقة الذكر وعدم صدور قرارات تمييزية متناقضة يوصي الباحث المشرع العراقي بايراد نصاً يوضح به صحة الوصية بالمنفعة اذا كانت مؤبدة ، مع بيان الحالات المتعلقة بها كما بينا ذلك سابقاً.

المطلب الثاني

حالات بطلان الميراث

بعد ان تطرقنا لأهم حالات بطلان المسائل المالية المتعلقة في الوصية ارتأينا ان نبين المسألة الثانية من مسائل الاحوال الشخصية المالية ويتعلق هذا المطلب بمسائل الميراث وكيفية بطلان ذلك، ومن خلال الرجوع الى الكتب الفقهية والقانونية اتضح لنا وجود كثير من الحالات التي يتم بطلانها في الميراث ويعود ذلك لأسباب متعددة منها اذا تخلف ركن من اركان الميراث المتمثلة بالمورث اي المتوفي ، والوارث والتركة ، ففي حال عدم توفر احد تلك الاركان عد الميراث باطلاً، وعلى سبيل الفرض ان الميراث يستحق بعد الدين والوصية ، وهذا يعني اذا فقد ركن التركة لاستغراقها بالدين وخالف ذلك احد الورثة وحاول اخذ نصيبه عد ميراثه باطلاً ، ولم يقتصر الامر على ذلك اذ ان تخلف احد شروط الميراث المتمثلة بموت المورث وحياء الوارث والعلم بجهة الارث يعد من مبطلات الميراث.

وفيما سبق تطرقنا لما يتعلق بالأركان والشروط الا ان توفر ذلك قد لا يكون موجباً للميراث في حال وجود مانع من موانع الارث كالقتل رغم اختلاف الفقهاء فيه فهناك من ذهب الى ان كافة انواع القتل سواء اكان خطأ ام عمدأ يعد مانعاً ، في حين ذهب فقهاء الامامية وفقهاء المالكية الى خلاف ذلك بقولهم ان القتل الموجب للمنع من الميراث هو العمد فقط دون الخطأ وهذا ما نؤيده، وكذلك ان اختلاف الدين يعد الاخر من موانع الميراث ، وهذا يعني ان اخذ الوارث ميراثه مع توفر احد تلك الموانع يعد من حالات بطلانه، وهناك العديد من تلك الحالات الاخرى الا اننا نكتفي بهذا القدر.

(1) د. محمد طه البشير ، د. غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية، ج ١، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٣٠٩.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

ولا يقتصر الامر عما سبق ذكره ، اذ يجب توفر اسباب الميراث المتمثلة بالزوجية الصحيحة والقرابة، ودون الخوض في تفصيل الزوجية الصحيحة اذ تطرقنا لذلك في المطلب الاول من هذا الفصل ، اما بشأن القرابة فسوف نتطرق الى تطبيقاتها في الفروع اللاحقة من هذا المطلب .

ولو رجعنا الى حالات بطلان الميراث لوجدنا بعضها متفق عليها بين الفقهاء المسلمين والبعض الاخر ثار الخلاف الفقهي بشأنها وتماشياً مع ذلك ارتأينا تقسيم هذا المطلب الى فرعين سنبيين في اولهما حالات بطلان الميراث المتفق عليها، ونتطرق في ثانيهما الى حالات بطلان الميراث المختلف فيها وحسب الترتيب الاتي:-

الفرع الاول

حالات بطلان الميراث المتفق عليها

تكثر الحالات التي وجد فيها اتفاقاً فقهيّاً بشأن بطلان الميراث وتعود تلك الحالات الى اسباب متعددة منها عدم توفر احد اركان الميراث والآخرى اذا فقد شرطاً من شروط الميراث وغيرها من الحالات التي يتم بطلانها، اذ ان البطلان يتحقق كلما توفر سببٌ لذلك ولكثرة تلك الحالات ارتأينا التطرق لاهم التطبيقات المتعلقة بها ، اذ ان بعض الحالات عولجت من الناحية القانونية وإن الخوض فيها يعد تكراراً دون جدوى ، لذا ارتأينا التطرق لاهم تطبيقات بطلان الميراث المتفق عليها وحسب الترتيب الاتي:-

اولاً:- بطلان الميراث بطريق الوصية الواجبة:- قبل الخوض في معرفة ذلك ارتأينا بيان سبب التطرق الى هذه الحالة في الميراث دون الوصية؛ ويعود ذلك الى ان طبيعتها اقرب للميراث منها الى الوصية، اذ ان الوصية الواجبة تعد بحكم الخلافة الاجبارية الذي فرضها القانون ، وهذا يعني ان الامر ليس اختياري بل على العكس امرٌ مفروض يجب الالتزام به وتأكيداً لذلك ان الوصية الواجبة تدخل ضمن القسام الشرعي الذي يتم اصداره من قبل المحكمة المختصة ، ومن المفترض ان القسام لا يتضمن احكام الوصية بل هو معني بكيفية توزيع التركة بالطريقة الشرعية ، الا انها لا تخلوا من احكام الوصية وتبين لنا ذلك من خلال تحديد انصبة الورثة بمقدار الثلث^(١)، من كل ما تقدم يتضح لنا ان جنبة الميراث تتغلب على الوصية وبهذا ارتأينا التطرق لها ضمن احكام الميراث.

(١) ينظر نص المادة (٧٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الأحوال الشخصية

وتعرف الوصية الواجبة بأنها ((جزء من التركة يستحقه أبناء الأب المتوفي قبل وفاة الاب او الام إذ لم يكونوا وارثين، وذلك بمقادير وشروط خاصة))^(١)، وهذا يعني ان الوصية الواجبة لها شروط واحكام خاصة اذ يشترط فيها ان يكون الحفيد ابن الابن او البنت غير وارث، فإن كان وارثاً فلا يستحق ، وكذلك يجب وفاة الاب قبل الجد وهذين اهم شرطين يجب توافرها اضافةً لذلك يجب ان لا يكون الجد قد اوصى الى احفاده بمقدارٍ من المال^(٢) .

ولا خلاف لدى الفقهاء المسلمين^(٣) بأن الوصية الواجبة لا دليل لها من الناحية الشرعية ، اذ ان الوصية مندوبة غير واجبة واستدل جمهور الفقهاء بقوله تعالى ((كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ)) وهذه الاية لها دلالة واضحة اذ يجب على كل شخص قبل وفاته ان يوصي للوالدين والاقربين ، الا انها نسخت بقوله تعالى ((لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا))^(٤) ، وكذلك قوله تعالى ((وَلِكُلِّ جَعَلْنَا مَوَالِي لِّلْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ))^(٥) ومدلول قوله تعالى انه جعل لكل شخص مالياً يوالونه بعد موته اي يرثونه وهم الوالدين والاقربون، وبذلك فإن الوصية الواجبة غير صحيحة؛ ويعود سبب ذلك الى عدم توفر احد شروط الميراث الا وهو حياة الوارث بعد موت المورث، وهذا يعني ان حكم الوصية الواجبة باطلة من الناحية الشرعية، اما بشأن الاقارب الذي لا يرثون فقد خصهم الله سبحانه وتعالى بقوله تعالى ((وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ)) اي اذ حضر قسمة الميراث من ذكر في الاية الكريمة فعلى الورثة رزقهم منها.

اما بشأن موقف القوانين محل المقارنة فنجدها نظمت الوصية الواجبة واتضح لنا ذلك من عدة نصوص منها نص المادة (٧٦) من قانون الوصية المصري اذ نصت على انه (إذ لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكماً بمثل ما كان يستحقه هذا الولد

(١) د.مهنا فؤاد سنتي، الوصية الواجبة، بحث نشر في مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد الثامن والعشرون، بلا مجلد، ٢٠١٢، ص ٢٠٩.

(٢) د.جابر عبدالهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء، بلا دار طبع، عمان، بلا طبعة، ٢٠٠١، ص ١٠٩.

(٣) ابي البركات أحمد بن محمد بن أحمد لدردير، الشرح الصغير على قرب المسالك لمذهب الإمام مالك، ج ٤، دار المعارف، مصر، بلا سنة طبع، ص ٥٧٩؛ الكاساني، بدائع الصنائع (٣٣٠/٧)؛ المرادوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف (١٤٩/٧)؛ المقتعة (٦٦٠/٤).

(٤) سورة النساء ، اية ٧.

(٥) سورة النساء، جزء من اية ٣٣.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

ميراثا في تركته أو كان حيا عند موته وجب للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض عن طريق تصرف آخر قدر ما يجب له وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات وأولاد الأبناء من الطبقة الأولى وإن نزلوا على ما يجب كل اصل فرعه دون فرع غيره وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أو اصوله الذين يدلى بهم إلى الميت ماتوا بعده موتهم مرتباً كترتيب الطبقات)، وكذلك نص المادة (٧٧) من ذات القانون اذ جاء فيها ((إذا اوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية وإن اوصى له بأقل من نصيبه وجب له ما يكمله وأن اوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر وجب لمن لم يوصى له قدر نصيبه ويأخذ نصيب من لم يوصى له ويوفى نصيب من اوصى له بأقل مما وجب من باقي الثلث فأن ضاق عن ذلك فمما هو مشغول بالوصية الاختيارية))، وجاء في نص المادة (٧٨) على إنه: ((الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا فإذا لم يوصى الميت لمن وجبت لهم الوصية وأوصى لغيرهم أستحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقي ثلث التركة إن وفى وإلا فمما ووصى به لغيرهم)).

والحال ذاته ذهبت اليه التشريعات المقارنة^(١)، ومنها التشريع العراقي اذ نصت المادة (٢/١/٧٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على انه ((١- اذا مات الولد ذكراً كان أم انثى، قبل موت ابيه او امه، فإنه يعتبر بحكم الحي عند موت أي منهم، وينتقل استحقاقه من الإرث إلى أولاده ذكوراً كانوا أم اناثاً، حسب الأحكام الشرعية، باعتباره وصية واجبة، على أن لا تتجاوز ثلث التركة. ٢- تقدم الوصية الواجبة ، بموجب الفقرة (١) من هذه المادة، على غيرها من الوصايا الأخرى في الاستيفاء من ثلث التركة)، ومن خلال نص المادة سابقة الذكر يتضح لنا ان استحقاق الميراث بطريق الوصية الواجبة يجب ان يتوفر فيه عدة شروط ، اولها اجتماع ابناء الابناء مع الابناء والا استحق الاحفاد ميراثهم كورثة اصليين، وثانيهما ان يكون تاريخ وفاة والد الابناء في حياة المورث ، اما اذا كان بعد حياته ففي هذه الحالة يستحق ميراثه بالطرق الشرعية، وثالثهما ان تكون وفاة الجد او الجدة بعد تاريخ ١٩٧٩/٦/١٨ وهو تاريخ نفاذ تعديل القانون ولا تسري الاحكام قبل هذا التاريخ، ورابعهما يستحق الاحفاد نصيب والدهم شرط ان لا يزيد عن ثلث التركة^(٢) .

(١) ينظر نص المادة (١٦٩ و ١٧٠) من قانون الاسرة الجزائري، وكذلك نص المادة (٢٧٢) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي، ونص المادة (٢٧٩) من قانون الاحوال الشخصية الاردني.

(٢) استاذنا الدكتور حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الوصايا والموارث، مصدر سابق، ص ٧٣.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

وبدورنا نشكل على ما سبق ذكره ، وان ميراث الاحفاد بطريق الوصية الواجبة الذي نصت عليه القوانين المقارنة يعد باطلاً للأسباب التالية:-

١- حددت النصوص القانونية سابقة الذكر نصيب الاحفاد بمقدار نصيب والدهم شرط ان لا يزيد عن ثلث التركة، وهذا الامر لا يوجد فيه اي دليل شرعي من قبل الفقهاء المسلمون ، ونرى ان هذا المقدار المحدد قانوناً غير جائز.

٢- لو كان هنالك دليلاً شرعياً على الوصية الواجبة لما طبقت بعد تاريخ ١٩٧٩/٦/١٨ ولجعلها نافذة بأثر رجعي وهذا الامر نجده نسبي اذ انه يعطي الحق للأحفاد بعد التاريخ المذكور اعلاه ولا يستحق الاحفاد الاخرون الذي توفي مورثهم قبل التاريخ سابق الذكر، وهذا الامر غير دقيق ، لان الاستحقاقات الأثرية مطلقة وليس نسبية فلا يمكن تطبيقها على البعض دون البعض الاخر، وفي وقت دون وقت اخر، اذ ان حلال محمد حلال الى يوم الدين وحرامه حرام الى يوم الدين.

٣- لم يتم مراعاة حق الملكية، اذ ان التركة وبعد وفاة المورث تنتقل الى الورثة الشرعيين، الا ان النصوص سابقة الذكر جعلت هنالك بعض الاشخاص الذي يحق لهم ان يزاوموا الورثة من دون وجه حق او دليلاً في القرآن الكريم او السنة النبوية الشريفة^(١) ، وتطبيقاً لذلك نصت المادة (٦٧) على انه (يشترط في الموصي...ان يكون مالكاً لما اوصى به) وان الملكية بعد وفاة المورث تنتقل الى الورثة الشرعيين والاحفاد ليست من ضمنهم.

٤- ان العدالة لا تتحقق في الوصية الواجبة في بعض الحالات ومنها اذا اجتمع الحفيد مع ابن وبناتان للمتوفي ففي هذه الفرضية تصح المسألة الأثرية من (٦) اسهم للابن الصليبي سهمان ولكل بنت سهم وللحفيد سهمان ، اذ انه اخذ نصيب ابيه المتوفي وبهذا فإنه يتفوق على البنات الصليبيات ويزيدهن بسهم رغم ان ميراثه لا يتجاوز ثلث التركة.

٥- وجود مخالفة شرعية واضحة في الوصية الواجبة ، اذ ان الله سبحانه وتعالى اعطى لكل وارث نصيبه واي زيادة او نقصان في ذلك يعد منافياً للشرع ومن ثم يعتبر الميراث باطلاً وخير دليل على ذلك البطلان المساواة بين الرجل والمرأة في الميراث وهذا ما اتجهت اليه بعض القوانين العربية ومنها قانون الاحوال الشخصية التونسي، وبهذا فإن الوصية الواجبة تعد حكماً وضعياً منافياً للشريعة الاسلامية الغراء ولا دليل لها في مصادر الحكم الشرعي.

(١) د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية (الوصايا والموارث)، مكتبة السنهوري، بغداد،

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

للأسباب التي ذكرت اعلاه ولغيرها من الاسباب الاخرى التي يتم من خلالها مخالفة الشريعة الاسلامية فإننا نرى ان الميراث بطريق الوصية الواجبة باطلاً ويجب على المشرع العراقي اعادة النظر فيه وذلك من خلال الغاء نص المادة (٧٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي .

ثانياً:- بطلان الميراث بسبب تغيير الجنس:- سبق وان تطرقنا لماهية تغيير الجنس ومدى مشروعيته، وبيننا احكامه في عقد الزواج والوصية، الا ان تغيير الجنس لا يقتصر على ذلك اذ له اثاراً عدة تكمن في مسائل الميراث ومن ثم قد يؤدي ذلك الى البطلان، ولحداثة هذه العملية التي كان للتطور العلمي دوراً في اكتشافها وهذا يعني ان الفقهاء القدامى لم يتطرقوا الى ذلك بشكل صريح في امهات الكتب الفقهية ، الا ان الفقهاء المحدثين تطرق بعضهم الى اثر تغيير الجنس على مسائل الميراث ،في حين ترك البعض الاخر الامر الى القواعد العامة .

وعلى اساس ما تقدم نجد كثير من الفرضيات التي يتعين علينا ان نجد اجابه لها ، **اولهما** ما حكم ميراث احد الزوجين من الاخر اذا اجرى الزوج او الزوجة عملية تغيير الجنس؟

ان الاجابة عن الفرضية الاولى يمكن ان نبينها من خلال التطرق الى اسباب الميراث بين الزوجين ، وقد اتفق الفقهاء المسلمون على ان الزوجية الصحية تعد سبباً للميراث واشترطوا لذلك ان يكون عقد الزواج صحيحاً غير باطلاً وسبق وان بينا حالات بطلان العقد، وكذلك يجب ان تستمر الزوجية لحين الوفاة ولو حكماً كما هو حال الطلاق الرجعي^(١)، الا ان الزوجية الصحيحة في حال تغيير الجنس تنتفي ببطلان العقد ومعها تنتهي الرابطة الزوجية ، وبذلك فإن تغيير الزوج لجنسه يعد احد اسباب الذي لا يرث فيها من زوجته والعكس صحيح اي ان الزوجة لا ترث من زوجها الذي اجرى عملية تغيير الجنس، وان الامور سابقة الذكر يجب ان تتحقق اثناء قيام الرابطة الزوجية ،اما اذا كان تغيير الجنس بعد وفاة احد الزوجين ففي هذه الحالة يرث من الزوج الاخر؛ لان سبب ميراثه وقت وفاة الطرف الاخر متحقق وهو قيام الزوجية الصحيحة.

(١) د. رمضان علي السيد الشرنباصي، احكام الميراث بين الشريعة والقانون، مكتبة المعارف، الاسكندرية،

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

من كل ما تقدم يتضح لنا ان الزوج لا ميراث له ، وعلى خلاف ذلك لو اخذ الزوج الذي اجرى عملية تغيير الجنس ربع التركة كما هو الحال لو كان عقد زواجه صحيحاً فهذا يعد باطلاً^(١) ويجب على المحكمة من تلقاء نفسها ان تحكم بذلك.

اما عن موقف القوانين محل المقارنة فلم نجد من تطرق الى ذلك ، اذ ان المسألة تعد من المسائل المستحدثة ، في حين ذهب البعض من شراح القانون على خلاف ما سبق ذكره بالقول ان تغيير الجنس لا اثر له على احكام الميراث ، ومن ثم فإذا غير الزوج جنسه وتوفت زوجته يرث منها مادام عقد الزواج كان صحيحاً^(٢)، وبدورنا نشكل على ذلك بالقول ان الزوجية الصحيحة تعد سبباً للميراث وهذا الامر متحقق بين الزوج الذي قام بتغيير جنسه وزوجته ، الا ان تلك الزوجية لم تستمر على صحتها فطرات عليها امور جعلت منها باطلة، ومن ثم ان بطلان العقد يؤدي الى انتفاء الميراث بين الزوجين، وسبق وإن تطرقنا الى ان الزوجية الصحيحة يجب ان تستمر الى حين وفاة المورث ، الا ان هذا الامر غير متحقق بين الزوجين الذي قام احدهما بتغيير جنسه.

اما بشأن الفرضية الثانية وهي ميراث المغير لجنسه من اولاده ، فعلى سبيل الفرض اذا اجرى الاب عملية تغيير الجنس وتوفى احد اولاده فما حكم ميراثه منه؟

ذكر احد فقهاء الإمامية عدة اجابات على الفرضية سابقة الذكر ومنها ان الاب لا يرث اصلاً ؛ لان سهام الارث واردة على انه اب وهو ليس بأب بعد اجراء عملية تغيير الجنس، وكذلك ليس بأب رغم تحوله الى انثى ولا يمكن ان يأخذ حصة من الميراث اذا توفى احد ابناؤه لان حصص الارث واردة على سبيل الحصر ولا يمكن ان يعطى المتحول جنسياً حصة لا دليل لها في القرآن والسنة النبوية الشريفة، او انه يرث بالجملة فعلى الرغم من انتفاء صفة الابوة عنه الا انه يبقى احد الوالدين ويأخذ سدس التركة على الاقوى^(٣).

والفرضيات سابقة الذكر خالفها البعض بالقول ان الاب يبقى بذات الصفة ومن ثم يرث من ابناؤه كما لو انه لم يغير جنسه، فعلى سبيل الفرض اذ توفى شخص عن ابن قام بتغيير جنسه وام مع عدم وجود فرع وارث وعدد من الاخوة والاخوات فتصح المسألة من ثلاث اسهم للاب سهمين وللام سهم واحد^(٤).

(١) الصدر، ما وراء الفقه (١٣٨/٦).

(٢) د. عادل ناصر حسين، مصدر سابق، ص ٢٣.

(٣) الصدر، ما وراء الفقه (١٣٩/٦).

(٤) د. عادل ناصر حسين، مصدر سابق، ص ٢٣.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

وبدورنا ارتأينا ان نناقش الاراء سابقة الذكر من خلال النقاط الاتية:-

١- اذا جرى شخصاً عملية تغيير الجنس وتم ذلك من خلال تغيير الاعضاء الداخلية والخارجية انتفى عنه الجنس الذي كان عليه، وبذلك اذا غير الاب جنسه من ذكر الى انثى اخذ حكم الاناث وبهذا فلا ميراث له من اولاده لانتفاء صفة الابوة وحكمه والميت سواء، اما بشأن الزوجية فكذلك تنتهي بالبطلان ومن ثم ينتفي الميراث بينهما وعلى خلاف ذلك عد الارث باطلاً لمخالفته الاحكام الشرعية.

٢- اذا كان تغيير الجنس متعلقاً بالاعضاء الخارجية فقط فهذا مما لا اثر له، وهذا يعني ان الذكر يبقى على ذكوريته والانثى تبقى على انوثتها وهذا الامر اتضح لنا من فتوى سماحة السيد السيستاني سابقة الذكر^(١).

الا اننا يجب ان نفضل احكام ذلك بالقول ان تغيير الاعضاء الخارجية له اثره على الزوجين، فمن خلال الاحكام سابقة الذكر اتضح لنا ان تغيير الجنس سواء اكان متعلقاً بالاعضاء الداخلية ام الخارجية يعد سبباً لبطلان العقد، ومن ثم ينتفي الميراث اي ان الزوجين لا يتوارثا اذا غير احدهما جنسه وعلى خلاف ذلك عد الميراث باطلاً، اما بشأن الابوة فلا تنتفي عنه لأنه يبقى على ذكوريته لعدم اجراء تغيير جنس للأعضاء الداخلية ومن ثم اذ توفى صح ميراث ابناؤه منه بالطرق الشرعية.

٣- اما بشأن ميراث الاولاد من ابيهم الذي غير جنسه فلا اشكال في ذلك اذ انهم اولاده ومن ثم يرثوه بالطرق الشرعية، وفيما يخص الطبقات الاخرى فان المغير لجنسه يأخذ احكام الاناث فهو اخت وليس اخ وعمة وليس عم وخالة وليس خال وهكذا^(٢).

ولم نجد معالجة او اشارة الى الاحكام السابقة سواء في التشريع العراقي ام التشريعات المقارنة، وبهذا فإننا نوصي المشرع العراقي بإيراد نصاً يبين من خلاله احكام الميراث في حال تغيير الجنس، واعتبار ان الميراث بين الزوجين في حال تغيير الجنس سواء اكان ذلك متعلقاً بالأعضاء الداخلية او الخارجية باطلاً ؛ ويعود سبب ذلك الى ان الحياة الزوجية تنتهي بالبطلان عند اجراء عملية تغيير الجنس.

(١) ينظر موقع السيد السيستاني الالكتروني الاتي:- <https://www.sistani.org/arabic/qa>

(٢) الصدر، ما وراء الفقه (١٣٨/٦)

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الأحوال الشخصية

أما بشأن ميراث الأب أو الأم الذي قاما بتغيير جنسهما من أولادهما فيجب أن نفرق بين التغيير المتعلق بجميع الأعضاء سواء الداخلية منها أم الخارجية وهذا يعد من مبطلات الميراث ومن ثم لا يرث الأب أو الأم الذي أجريا عملية التغيير من أولادهما ؛ ويعود سبب ذلك إلى انتفاء صفة الأبوة بعد إجراء العملية، أما إذا كان التغيير خاص بالأعضاء الخارجية فهذا مما لا أثر فيه ومن ثم يتم الميراث بالطرق الشرعية المنصوص عليها في الكتاب والسنة النبوية، أي أن صفة الأبوة لا تنتفي في هذا المورد.

ثالثاً:- بطلان الميراث لنفي النسب:- يعد النسب من الأسباب التي يجب توافرها في الميراث وعلى خلاف ذلك لا يمكن أن يرث الشخص، وهناك عدة تطبيقات يمكن أن نبينها في هذا الجانب ومن أهمها ما يأتي:-

١- **بطلان ميراث ابن الزنا واللعان:-** سبق وأن تطرقنا لماهية الزنا واللعان عند بياننا حكم زواج الزانية^(١) وكذلك حكم زواج المتلاعنين، إلا أن الأمر يختلف في هذا المورد إذ قد ينتج عن ذلك الزواج أبناء سواء من الزنا أو اللعان ويتساءل الباحث عن حكم ميراثهما ؟

ومن خلال الرجوع إلى الكتب الفقهية اتضح لنا أن الفقهاء المسلمين على اتفاق فيما بينهم بشأن عدم ميراث ابن الزنا أو اللعان من أبيه ، ودليلهم في ذلك انتفاء النسب الذي يعد من أهم الأسباب الواجب توافرها في الميراث^(٢)، فعلى سبيل الفرض إذا توفي شخص عن زوجة وابن صحيح وابن زنا ففي هذه الحالة توزع التركة بالكيفية الآتية:-

نصيب الزوجة مع وجود الفرع الوارث = ٨/١

نصيب الابن الصحيح من التركة = الباقي

نصيب ابن الزنا من التركة = لا يرث لأنه غير ثابت النسب.

(١) يتثبت الزنا بثلاثة طرق ومن تلك الطرق ١- الإقرار بدلالة قوله تعالى (بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَىٰ نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ) . ٢- الشهادة بدلالة قوله تعالى (وَأَلَّتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَانِكُمْ فَأَسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةٌ مِّنكُمْ) . ٣- الحمل بدلالة ما رواه ابن عباس عن عمر عن الرسول الكريم محمد (ص) (الرجم في كتاب الله حق على من زنى من النساء والرجال، إذا احسن وإذا أقامت البيعة، أو كان الحمل والاعتراف) ينظر محمد سكمال المجاجي، المهذب في الفقه المالكي وأدلته، ج ٣، دار الوعي، دمشق، ط ١، ٢٠١٠، ص ٢٥٧.

(٢) د.التواتي ابن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالدلالة، كتاب الأحوال الشخصية، ج ٤، دار الوعي، الجزائر، ط ١، ٢٠٠٩، ط ٢، ٢٠١٠، ص ٦٢٥. ؛ العاملي، للمعة الدمشقية (٨ / ٢١٢). ؛ شرف الدين اسماعيل بن المقرئ اليمني الشافعي، روض الطالبين ونهاية مطلب الراغب، ج ٢، دار الضياء، الكويت، ط ١، ٢٠١٣، ص ٢٧.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

مما سبق يتضح لنا ان ابن الزنا واللعان لا يرثان من ابيهم واذا ورثا فيحق لأي وريث ان يقيم دعوى يطالب فيها ببطلان ميراثهم لعدم ثبوت نسبهم، وتقام الدعوى امام محكمة الاحوال الشخصية بعد ان يبرز المدعي ادلته الثبوتية لمحكمة الموضوع ، وفحوى تلك الادلة ان الابن غير ثابت النسب لأبيه بسبب الزنا او اللعان، وبذلك فإذا ورثا عد ميراثهم باطلاً.

اما بشأن القوانين محل المقارنة فلم نجد من عالج ذلك بشكلٍ صريح ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي ، فهناك بعض القوانين بينت ميراث ابن الزنا واللعان من الام وهذا ما اتضح لنا من نص المادة (٤٣) من قانون الميراث المصري رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ اذ جاء فيها (مع مراعاة المادة المبينة بالفقرة الأخيرة من المادة ٤٣ يرث ولد الزنا وولد اللعان من الأم وقرابتها وترثهما الأم وقرابتها)) وهذا النص يعالج احكام الميراث من الام وهو موقف جمهور الفقهاء بإستثناء الامامية الذي يخالفونهم بالقول ان ابن الزنا لا يرث من الام والاب^(١)، اما عن موقف قانون الاسرة الجزائري فهو الاخر لم يكن صريحاً اذ نصت المادة (١٣٨) على انه (يمنع من الارث اللعان...) وهذا النص جاء مطلقاً ولو توسعنا فيه لوجدنا ان ابن اللعان لا يرث من امه وابيه هذا من جانب ومن جانب اخر لم نجد نصاً في طيات القانون يوضح لنا بطلان ميراث ابن الزنا من ابيه وهذا ما اتفق عليه الفقهاء المسلمين، وقد سار المشرع الاماراتي على ذات ما سار عليه المشرع المصري اذ نصت المادة (٣٥٨) على انه (يرث ولد الزنا من أمه وقرابتها، وترثه أمه وقرابتها، وكذلك ولد اللعان) ويمكن ان نستنتج من النص سابق الذكر ان ولد الزنا واللعان ميراثهم من ابيهم باطلاً لانقضاء النسب ، في حين ان نسبهم من امهم ثابت وبهذا فيعد ميراثهم صحيحاً، واحسن المشرع الاردني عندما نص على ان النسب ينتفي باللعان اذ نصت المادة (١٦٣/أ) من قانون الاحوال الشخصية النافذ على انه ((في الأحوال التي يثبت فيها نسب الولد بالفراش في زواج صحيح قائم أو منحل أو بالدخول في زواج فاسد أو بوطء بشبهة يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد أو الحمل باللعان، وللرجل أن يلاعن بمفرده لنفي النسب حال إقرار المرأة بالزنا)) وفي حال انتفاء النسب ينتفي معه الميراث ، وهذا يعني ان ميراث ابن اللعان من ابيه باطلاً، اما احكام ميراث ابن الزنا فلم يتطرق المشرع الاردني الى ذلك بشكلٍ صريح.

ولم نجد تنظيمياً قانونياً للأحكام السابقة في متن قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ والمعدل، الا اننا يمكن ان نرجع بذلك الى المادة (٢/١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي التي تحيل الى الشريعة الاسلامية في حال عدم وجود نص يمكن الرجوع اليها في هذا المورد

(١) الشيخ محمد أبراهيم الكرباسي، الارث في الفقه الجعفري، ج ٢، مؤسسة الأعلى للمطبوعات، بيروت، ط١،

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

لوجود اتفاق فقهي لا يمكن ان ينتج عنه تناقض في صدور الاحكام، الا ان الافضل من ذلك النص صراحةً على عدم ميراث ابن الزنا واللعان من ابيهم ، وإن ميراثهم يعد باطلاً.

٢- ميراث ابن التبني:- يقصد بالتبني (ان يدعي شخص بنوة ولد معروف النسب او مجهول النسب مع علمه بأنه ليس بأنه الصلبي ويلحقه بنسبه)^(١) ، من فحوى التعريف سابق الذكر يتضح لنا ان الابن المتبنى سواء اكان معلوم او مجهول النسب لا يقرب الى الشخص الذي تبناه بشيء ، ومن ثم فإن سبب القرابة ينتفي واذا انتفى النسب انتفى مع الميراث ولا خلاف بين الفقهاء المسلمين^(٢) في بطلان ميراث المُتَبَنِّي ومن في حكمه^(٣) ، ودليلهم في ذلك قوله تعالى (وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ)^(٤) ، ويقصد بذلك ان الداعي هو ولد الغير الذي يتخذه الشخص ابناً له وهذا امرٌ مرفوض من الناحية الفقهية، اذ ان الباري عز وجل نهى عن ادعاء الشخص ببنة شخصاً اخر ، وبما ان النهي وكما بينا ذلك يعد اساساً للبطلان فهذا يعني ان ميراث ابن التبني باطلاً ويحق لكل ذي مصلحة ان يطالب ببطلان ميراثه، ويتم ذلك من خلال اقامة دعوى امام محكمة الاحوال الشخصية فحواها نفي نسب الشخص لعدم وجود صلة بينه وبين الاب الذي تبناه وعلى المحكمة في هذا الاطار ان تتحقق من ذلك فإذا ثبت لها عدم ثبوت نسبه عليها اصدار قرارها والحاق نسب الشخص بوالديه الحقيقيين ، ومن ثم فإن الارث ينتفي مع انتفاء نسب الشخص.

ولا يقتصر الامر على ذلك اذ ان التبني له اثاره السلبية ومنها على سبيل المثال اختلاط الانساب بين الاجيال وضياعها ، وكذلك تحليل الحرام وتحريم الحلال ويكمن هذا الامر من خلال منع الشخص المتبنى من زواج من تحل له وكذلك تحليل الخلوة بمن تحرم به وهذا تلاعب في

(١) شادية الصادق الحسن، حكم التبني في الاسلام، بحث منشور في جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، معهد العلوم الاسلامية، العدد الرابع، ٢٠١٢، ص ١.

(٢) علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان ابن احمد السعدي الحنبلي، التنقيح المشبع في تحرير احكام المقنع، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية، ط١، ٢٠٠٤، ص ٣٠٣؛ الشيخ الانصاري، كتاب الوصايا والموارث، مؤسسة الهادي، قم، ط١، ١٤١٥ هـ، ص ١٧٧؛ محمود بن احمد بن موسى بن احمد بن الحسين المعروف ببدر الدين العيني الحنفي، البناية شرح الهداية، ج٥، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٠، ص ٦٠١.

(٣) هنالك عدة اشخاص يأخذون حكم ابن التبني ومنهم اللقيط اذ يعرف بأنه (الطفل الذي يوجد ملقى على قارعة الطريق ولا يعرف له نسب ولا يعرف له اب ولا ام) استاذنا د. حيدر حسين الشمري، المختصر في شرح الميراث والوصية، مصدر سابق، ص١٢٨.

(٤) سورة الاحزاب الاية ٤-٥.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

غيره محله بأحكام الشريعة الغراء القائمة على تطبيق ما ورد في الكتاب الكريم والسنة النبوية الشريفة^(١).

اما موقف القوانين محل المقارنة فمنها من بينت حكم ذلك بشكلٍ صريحٍ والاخرى تركت الامر الى القواعد العامة، اذ جاء المشرع المصري بنصٍ واحداً بين فيه حكم الاقرار بالنسب وهذا ما نصت عليه المادة (٤٠) من قانون الميراث المصري رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ اذ جاء فيها (اذا اقر الميت بالنسب على غيره استحق المقر له التركة اذا كان مجهول النسب ولم يثبت نسبه من الغير ولم يرجع في اقراره ويشترط في هذه الحالة ان يكون المقر له حياً وقت موت المقر او وقت الحكم بأعتباره ميتاً وان لا يقوم به مانع من موانع الارث) من نص المادة سابقة الذكر يتبين لنا ان الشخص اذا اقر ببنة شخصاً اخر فأن اقراره يكون صحيحاً ويثبت نسبه منه ومن ثم يرث اذا كان غير معروف النسب^(٢) مع توافر الشروط المنصوص عليها، الا ان هذا النص لا يمكن ان يستند عليه قاضي الموضوع بشأن التبني لوجود فرق بين الاقرار بالنسب والتبني، ويكمن ذلك الخلاف في ان الاول كاشفاً للنسب اذ ان المقر بالنسب يعترف بنسب حقيقي لشخص مجهول النسب مع الاعتراف بالبنة الشرعية لذلك ويثبت معه الميراث، في حين ان الثاني منشى لنسب غير حقيقي لا يعترف به الاسلام ومن ثم فأن الاثار المترتبة على ذلك تعد باطلة ومن ضمنها الميراث^(٣)

اما موقف القانون الجزائري فجاء بنص صريح بين من خلاله ان التبني غير صحيح وذلك بنص المادة (٤٦) من قانون الاسرة اذ جاء فيها (يمنع التبني شرعاً وقانوناً) ومن فحوى النص سابق الذكر يتضح لنا ان التبني امرٌ منهي عنه وممنوع وبذلك فأن ميراث المتبني باطلاً لعدم ثبوت نسبه ، في حين بين المشرع الاماراتي احكام اللقيط الذي يعد في حكم المتبني في مسائل الميراث اذ نصت المادة (٦/١٤٣) على انه (..ولا ينسب اللقيط إلى الكافل أو العائل) ومن فحوى النص يتضح لنا ان نسب اللقيط غير ثابت وبأنقاء نسبه ينتفي معه الميراث ، الا ان المشرع الاماراتي لم يتطرق لأحكام التبني في قانون الاحوال الشخصية ، واحسن المشرع الاردني عندما جاء بنص صريح بين من خلاله عدم ثبوت النسب بالتبني اذ نصت المادة (١٦٢) من قانون الاحوال الشخصية الاردني على انه (لا يثبت النسب بالتبني، ولو كان الولد المتبني

(١) د. فواز اسماعيل محمد ، التبني وبدائله، بحث منشور في مجلة العلوم الاسلامية جامعة الموصل، العدد الثالث عشر، المجلد الرابع، ٢٠١٣، ص ٦.

(٢) الامام محمد ابو زهرة، احكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٧٢.

(٣) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، مصدر سابق، ص ١٣.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

مجهول النسب) وهذا يعني ان ميراث ابن التبني باطلاً ، ولم يتطرق المشرع العراقي لأحكام التبني وهذا الامر يعد نقصاً تشريعياً وبهذا فأنا نوصي المشرع العراقي الى ايراد نصاً يبين فيه عدم ثبوت نسب ابن التبني لمنافاة ذلك مع أحكام الشريعة الاسلامية وكما بينا ذلك اعلاه.

الفرع الثاني

حالات البطلان المختلف فيها

بعد ان تطرقنا لاهم الحالات المتفق على بطلانها في مسائل الميراث واوردنا عدة تطبيقات لذلك، الا ان الفقهاء المسلمين لم يتفقوا على جميع تلك الحالات فظهرت هنالك حالات عدة اختلفوا فيها ، ويعود السبب في ذلك الى عدم وجود نص صريح في المسألة المختلف فيها او هنالك احاديث نبوية شريفة البعض يقر بصحتها والبعض الاخر على الخلاف لم يثبت لديهم الحديث الامر الذي عكس انظاره على مسائل الاحوال الشخصية عموماً ومنها مسائل الميراث .

ولم يقتصر الامر على ذلك اذ ان النصوص القانونية التي عالجت مسائل الميراث كانت مستوحاة من الاراء الفقهية وبهذا كانت بعض النصوص مستوحاة من اراء فقهية لمذهب معين في حين خالفهم البعض بالأخذ بمذهب اخر ، وهنالك بعض القوانين لم تعالج جميع مسائل الميراث وهذا يعني ان الامر كان متروكاً للشريعة الاسلامية وهذا الامر لا يمكن الاعتماد عليه في مسائل الاحوال الشخصية لأن الخلاف الفقهي يؤدي الى صدور احكام قضائية متناقضة وكما بينا ذلك في مطلع البحث ان النقيضان لا يجتمعان ولا يرتفعان، لهذا وللتخلص من الاشكاليات السابقة كان الاحرى بالمشرع ايراد نصوصاً صريحة يمكن ان يستند اليها قاضي محكمة الموضوع في صدور الاحكام.

وتكثر الحالات التي كان الخلاف الفقهي سائد فيها ومن تلك الحالات على سبيل الفرض ميراث الزوجة من الارض وقيمتها ، اذ ذهب فقهاء الامامية في الراجح لديهم الى ان الزوجة لا ترث من الاراضي عيناً وقيمة الا اذا كان لديها ولد وانما تأخذ نصيبها من قيمة ما فيها سواء اكان بناءً او اشجاراً وحسب الاسهم المنصوص عليها في كتاب الله وهذا ما قال به المحقق الحلبي⁽¹⁾، واستدلوا بعدة روايات عن الائمة المعصومين منها ما روي عن الامام الباقر عليه السلام ((النساء لا يرثن من الارض ولا من العقار شيئاً)) وكذلك ما روي عن الامام الصادق

(1) نقلاً عن هاشم معروف الحسني، الوصايا والاقواف وارث الزوجة والعول والتعصيب، دار القلم، بيروت، ط ١، ١٩٨٠، ص ٢٨٦.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

عليه السلام انه قال ((أن المرأة لا تترث من تركة زوجها من تربة دار أو أرض ، إلا أن يقوم الطوب والخشب قيمة فتعطى ربعها أو ثمنها))^(١)

وقد خالف جمهور الفقهاء^(٢) ذلك بقولهم ان الزوجة تترث من جميع التركة بما فيها الاراضي وقيمتها ودليلهم في ذلك مطلق ما جاء في قوله تعالى (وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ)^(٣)، ويذهب البعض من فقهاء الامامية مع هذا الرأي ومنهم ابن جنيد والسبزواري^(٤)، واستدلوا كذلك بالآية الكريمة سابقة الذكر.

اما بشأن القوانين محل المقارنة فلم يتطرقوا لذلك ، من كل ما تقدم اتضح لدينا ان ميراث الزوجة من ارض زوجها اذ لم تكن صاحبة ولد باطلاً عند البعض من فقهاء الامامية ، الا ان جمهور الفقهاء خالفهم في الرأي، وما سبق يعد تطبيقاً من تطبيقات البطلان في مسائل الاحوال الشخصية المختلف فيها ، الا ان الامر لا يقتصر على ذلك اذ هنالك تطبيقات متعددة اختلف الفقهاء في بطلانها وسنتطرق لاهم تلك التطبيقات ومنها ما يأتي:-

اولاً:- ميراث الاموات في وقت واحد:- يصدف ان يقع حادثاً يؤدي الى وفاة شخصين في آن واحد بينهما سبباً من اسباب الميراث ، كما لو توفى الاب والابن في حادث غرق او حريق ولا يعلم ايهما مات قبل الاخر ، وهذه المسألة محل البحث تعد مسألة خلافية بين مجيز ومعارض، فمن اجاز الميراث بينهم عد في هذه الحالة التوارث صحيحاً ولا اشكال شرعي فيه الا ان هنالك من عارض ذلك وعد هذا الميراث باطلاً بين الاشخاص الذي يتوفون في آن واحد.

لذا نجد هنالك عدة اراء فقهية بشأن المسألة محل البحث سنتطرق لها من خلال الاتي:-

الاتجاه الاول:- ذهب اصحاب هذا الاتجاه وهم فقهاء المذهب الحنفي والحنبلي وفقهاء المذهب المالكي الى ان وفاة شخصين في وقت واحد يعد مانعاً للميراث بينهما اي لا يرث احدهما الاخر؛ وغاية ذلك تكمن في جهل حياة احدهما بعد الاخر ، فعلى سبيل الفرض اذا توفى شخصان بحادث غرق ولا يعلم ايهما مات قبل الاخر ففي هذه الحالة لا يرثان بعضهما البعض الاخر لانتفاء احد

^(١) الكليني، اصول الكافي (٧/١٢٧-١٢٨).

^(٢) نقلاً عن الشيخ محمد عبدالرحيم الكشكي، التركة وما يتعلق بها من حقوق، دار النذير، بغداد، ١٩٦٧، ص ٤٨

^(٣) سورة النساء ، اية ١٢.

^(٤) نقلاً عن اية الله السيد محسن الخرازي، ارث الزوجة من الرباع والاراضي، بلا دار، قم، ط ١، بلا سنة ، ص

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

شروط الميراث وهو حياة الوارث بعد موت المورث، واستدل اصحاب هذه الاتجاه بما قضي به زيد بن الحارث في قتلى اليمامة ليقضي بينهم ولم يورث احدهما الاخر لعدم معرفة ايهما مات قبل الاخر ، واستدلوا كذلك بما نقل عن الامام علي (عليه السلام) في قتلى الجمل ، اذ ان امير المؤمنين لم يورث احدهما من الاخر^(١)، وكذلك استدلوا بالحديث النبوي الشريف (لا ميراث بشك)^(٢).

الاتجاه الثاني:- وهو ما ذهب اليه فقهاء المذهب الشافعي ، اذ لديهم رأيين بشأن موت شخصين او اكثر بينهم سبب من اسباب التوارث ، فذهب اصحاب الرأي الاول الى القول بأن لا توارث بين شخصين او اكثر بينهم سبب من اسباب التوارث ، وهذا الرأي يشابه اصحاب الاتجاه الاول الذي ذهب اليه جمهور الفقهاء، ووفقاً لذلك اذا توفى شخصين بينهم سبب من اسباب التوارث في آن واحد فلا ميراث بينهما ، واذا حصل التوارث بينهما عد الميراث باطلاً ويمكن لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان وذلك من خلال اثبات وفاة الشخصين في آن واحد دون معرفة ايهما اسبق من الاخر^(٣) ، في حين ذهب اصحاب الرأي الثاني الى خلاف ذلك بقولهم ان مات شخصين او اكثر في وقت واحد ففي هذه الحالة يرث بعضهم البعض الاخر في تلاح اموالهم^(٤).

الاتجاه الثالث:- وهم فقهاء الامامية اذ اختلف اصحاب هذا الاتجاه فيما بينهم الى عدة اراء اذ اتجه اصحاب الرأي الاول الى ان الشخصيين اذا كان بينهما توارث يرث احدهما الاخر اذا حصلت الوفاة في وقت واحد يجهل ايهما مات قبل الاخر^(١)، ووفقاً للرأي سابق الذكر اذا توفى

(١) السرخسي، المبسوط (٢٧/٣٠)؛ د. عبدالله نذير أحمد ، مختصر اختلاف العلماء، ج٤، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ٢، ١٩٩٦، ص٤٥٥؛ علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان المارودي، الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج٧، دار الملك سعود بن عبد العزيز، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٩٥٦، ص٣٤٦-٣٤٧.

(٢) مالك ابن انس، الموطأ ، دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٧، ص٣٥١.

(٣) الماوردي، الأفتاح في الفقه الشافعي(١٢٨).

(٤) يقصد بتلاح اموالهم : أن يقسم ميراث أحد الأموات على ورثته الأحياء والأموات، ثم ينظر ماورث كل ميت من هذا الميت فيقسم ماله بين ورثته الأحياء دون الأموات؛ لأنه شيء ورثه عن ميت آخر، ولا تحجب بهم في هذه الحالة ، إنما تحجب بهم إذ ورثهم ثم ميت آخر. ينظر: ابي الخطاب نجم الدين محفوظ بن احمد بن الحسن الكلذاني، التهذيب في الفرائض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٨، ص ٢٣٩-٢٤٠.

(١)الصدر ، ما وراء الفقه (٨ / ٤٦٨ وما بعدها)

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

شخصان في وقت واحد بينهما سبب من اسباب الميراث عد ميراثهم صحيحاً اي لا يمكن الحكم ببطلانه، في حين اتجه اصحاب الرأي الثاني الى القول بوجوب التفرقة بين اسباب الوفاة فإذا كان سبب الوفاة الغرق او الهدم ففي هذه الحالة يرث احدهما الاخر بشروط اهمها ان يكون لهم او لاحدهم مالاً، وكذلك يجب ان يكون هنالك سبباً للميراث، وفضلاً عن ذلك يجب ان لا يعلم ايهما اسبق عن الاخر بالوفاة، اما اذا كان سبب الوفاة في آن واحد غير ما ذكر اعلاه ففي هذه الحالة لا يحصل التوارث بينهما^(١)، والراجح لديهم بعدم وجود توارث بين الشخصيين الذي يتوفيان في آن واحد دون معرفة ايهما توفى قبل الاخر^(٢).

من كل ما تقدم نجد ان الفقهاء المسلمين على خلاف بشأن المسألة اعلاه، فهناك من اجاز الميراث في حال وفاة شخصيين في آن واحد ووفقاً لذلك فإذا توفى شخصيين يرث احدهما الاخر اي هنالك سبباً للميراث فيما بينهما عد هذا الميراث صحيحاً، في حين ذهب الرأي الراجح لدى الفقهاء المسلمين الى القول بعدم صحة ميراث شخصيين توفيا في وقت واحد دون معرفة ايهما اسبق بالوفاة، وغاية ذلك تكمن بعدم تحقق اهم شروط الميراث وهو تحقق حياة الوارث بعد وفاة المورث وبهذا اذا حصل الميراث وفقاً لما سبق ذكره عد ميراثاً باطلاً ويحق لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان.

اما بشأن موقف التشريعات محل المقارنة فنجد بعضها اشار صراحة الى بطلان الميراث الحاصل بين شخصيين توفيا في وقت واحد ولم يعلم ايهما مات قبل الاخر وهذا ما نصت عليه المادة (٣) من قانون الميراث المصري اذ نصت على انه (إذا مات اثنان ولم يعلم ايهما مات اولاً فلا أستحقاق لأحدهما في تركة الآخر سواء أكان موتهما في حادث واحد ام لا)، وبذات المعنى نصت المادة (١٢٩) من قانون الاسرة الجزائري اذ نصت على انه (اذا توفى اثنان او اكثر ولم يعلم ايهما هلك اولاً فلا استحقاق لاحدهما في تركة الاخر سواء كان موتهما في حادث واحد ام لا)، اما بشأن موقف قانون الاحوال الشخصية الاماراتي فقد نصت المادة (٣١٩) على انه (اذا مات اثنان او اكثر وكان بينهم توارث ولم يعرف ايهم مات اولاً فلا استحقاق لاحدهم في

(١) عبد الأعلى الموسوي السبزواري، مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام، ج٣، كتاب الميراث، بلا مكان طبع بلا مطبعة، بلا سنة، ص ٣١٥

(٢) وهذا ما جاءت به المسألة (١٠٩٨) للسيد السيستاني اذ جاء فيها (اذا مات اثنان بينهما نسب او سبب يوجب الارث - في وقت واحد بحيث علم تقارن موتهما لم يرث احدهما من الاخر، بل يرث كلا منهما وارثه الحي، بلا فرق في ذلك بين اسباب الموت ولا بين اتحاد سبب موتهما وتعدده، وهكذا الحكم في موت اكثر من اثنين). ينظر السيد علي السيستاني، مصدر سابق، ج٣، ص ٣٠٨.

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

تركة الاخر) ، اما بشأن موقف قانون الاحوال الشخصية الاردني فقد بين ذلك صراحة بنص المادة (٢٨٢) اذ نصت على انه (إذا مات اثنان أو أكثر وكان بينهم توارث ولم يعرف أيهم مات أولاً فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر)، في حين لم نجد نصاً صريحاً في ضوء احكام قانون الاحوال الشخصية العراقي يبين لنا بطلان ميراث شخصين او اكثر ماتا في وقت واحد ولا يعلم ايهما مات قبل الاخر وهذا الامر يعد نقصاً تشريعياً كان الاجدر بالمشرع ان يحذوا حذو المشرع الاردني والمصري وذلك من خلال ايراد نصاً صريحاً يبين من خلاله بطلان الميراث في هذه الحالة.

الا ان القضاء العراقي احسن عندما خصم الجدال بشأن بطلان ميراث شخصين او اكثر توفياً في وقت واحد دون معرفة ايهما اسبق من الاخر وهذا الامر اتضح لنا من احد القرارات التمييزية اذ قضت بأنه (اذا مات شخصان بينهما قرابة وكان موتهما معاً في آن واحد كحادث سيارة مثلاً فلا يرث احدهما الاخر لعدم تحقق حياة احدهما بعد الاخر وانما يكون مال كل منهما لورثته الاحياء)^(١)، وان النص سابق الذكر نصاً صريحاً ببطلان ميراث من مات في وقت واحد مع وجود حالة القرابة.

ثانياً:- ميراث من اسلم بعد الوفاة وقبل القسمة:- هنالك خلافات فقهية كثيرة بشأن ميراث الكافر من المسلم، وكذلك بشأن ميراث المسلم من الكافر ، سنتطرق لها بشكل موجز اذ ذهب جمهور الفقهاء كل من فقهاء المذهب الحنفي والمالكي والحنبلي والشافعي^(٢) الى بطلان ميراث المسلم من الكافر وكذلك بطلان ميراث الكافر من المسلم ، واستدل فقهاء الجمهور بعدة ادلة منها قول الرسول محمد (ص) ((لا يتوارث اهل ملتين))^(٣)، وان الحديث النبوي الشريف حديثاً صريحاً بينوا من خلاله بطلان ميراث اهل ملتين، اي ان ملة الكفر والايمن لا يتوارثا، وكذلك استدلوا بالحديث النبوي الشريف (لا يرث مسلم كافر ، ولا يرث كافر مسلم)^(٤) ، الا ان فقهاء الامامية يخالفون فقهاء الجمهور في الرأي اعلاه اذ انهم يورثون المسلم من الكافر ويستدلون بما رواه محمد بن علي ، قال سمعت عن ابي عبدالله (عليه السلام) يقول ان المسلم يرث امرأته الكافرة وهي لا

(١) ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٥١٩/شخصية/١٩٨٢ في ١٩٨٢/٤/٢٢ . ابراهيم المشاهدي ،

مصدر سابق، ص ١٠ .

(٢) ابي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الراعي القزويني الشافعي، المحرر في فقه الإمام الشافعي، دار

السلام، مصر، ط ١، ٢٠١٣، ص ٨٥٦ .

(٣) ابي داوود، سنن ابي داوود (٤ / ٥٣٧)

(٤) صحيح البخاري(ص١٦٧٥/رقم الحديث ٦٧٦٤)

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

ترثه^(١)، وكذلك استدلووا بما رواه معاذ ابن جبل عن الرسول محمد (صل الله عليه وآله وسلم) انه قال (ان الاسلام يزيد ولا ينقص)^(٢)، الا انهم يتفقون مع فقهاء الجمهور بشأن عدم ميراث الكافر من المسلم والحال ذاته يسري على المرتد.

والذي يعنينا في هذا المقام ما حكم اسلام احد الورثة بعد الوفاة وقبل القسمة؟

ان الاجابة عن السؤال سابق الذكر تقتضي بنا الرجوع الى الاراء الفقهية ، اذ اتجه فقهاء الجمهور الى القول بأن من اسلم بعد الوفاة وقبل القسمة يعد ميراثه باطلاً ؛ ويبررون ذلك بالقول ان الملكية انتقلت الى الورثة المسلمين عند الوفاة ومن ثم فلا نصيب للوارث الكافر من التركة وان اسلم بعد الوفاة وقبل التركة ؛ لأن الملكية استقرت لمستحقيها وهم الورثة المسلمين الاحياء^(٣).

الا ان الاتجاه سابق الذكر يخالفه فقهاء الإمامية وفقهاء الحنابلة ، بقولهم ان الشخص اذا اسلم بعد الوفاة وقبل القسمة ففي هذه الحالة يعد ميراثه صحيحاً، ويستدل فقهاء الحنابلة بقول الرسول محمد (ص) ((من اسلم على شيء فهو له))^(٤)، في حين استدلت امامية بما روي عن محمد بن يعقوب عن ابي عبدالله (عليه السلام) انه قال في شخص توفى عن ام نصرانية وزوجة وولد مسلمين فقال اذا اسلمت الام فلها السدس، وهذا يعني ان ميراث من توفى بعد الوفاة وقبل القسمة يعد ميراثاً صحيحاً^(٥).

ويرجح الباحث رأي فقهاء الجمهور ويعد ميراث من اسلم بعد الوفاة وقبل القسمة ميراثاً باطلاً، لأن الملكية تنتقل الى الورثة من تاريخ وفاة المورث، فضلاً عن ذلك ان دخول الشخص الكافر الى الاسلام في الحالة السابقة كانت لغاية واضحة الدلالة الا وهي الحصول على جزء من التركة وهذا الامر يعد محل انتقاد لدينا.

اما عن موقف التشريعات محل المقارنة ومنها التشريع العراقي فلم نجد في طياتها من عالج احكام من اسلم بعد وفاة المورث وقبل قسمة التركة ، الا ان القضاء العراقي كان بين ذلك بشكل

(١) العامل، وسائل الشيعة (٢٠/٢٦).

(٢) ابي داوود، سنن ابي داوود (٥٣٨/٤).

(٣) محمد علي بن زكريا المنجي، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، ج ١، المكتبة الحفانية، باكستان، ط ١، ١٩٩٤،

ص ٨٠٥؛ المدونه الكبرى (٥٩٦/٢). الشربيني، مغنى المحتاج معرفة الفاظ المنهاج (٤٤/٤)؛

(٤) المبدع شرح المقنع (٤١١/٥).

(٥) الكليني، اصول الكافي (٩٨/٧)

الفصل الثاني: صور البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

صريح وعد ميراث من اسلم بعد الوفاة وقبل القسمة ميراثاً باطلاً اذ قضت محكمة التمييز في احد قراراتها بما يأتي(اذا كانت الورقة الصادرة من احد رجال الدين المتضمنة اسلام المدعي قبل وفاة عمته مؤرخة بعد تاريخ الوفاة فلا توارث بين المتوفاة والمدعي الذي يختلف عنها ديناً لان الورقة المحررة من قبل العالم الديني تعتبر بمثابة السند العادي وهي لا تكون حجة على الغير الا منذ ان يكون لها تاريخ ثابت وقد ثبت تاريخها بالحجة الشرعية الصادرة بعد الوفاة)⁽¹⁾.

(1) ينظر قرار محكمة التمييز بالعدد ٥١٨/هيئة عامة/١٩٨٠ في ١٢/٤/١٩٨٠. ابراهيم المشاهدي، مصدر

سابق، ص ٩.

الفصل الثالث

اثر البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

تمهيد وتقسيم

سبق وان تطرقنا لمفهوم البطلان وحالاته في مسائل الاحوال الشخصية، الا ان الامر لا يقتصر على ذلك اذ ان الحالات سابقة الذكر ترتب مجموعة من الاثار سواء اكانت مالية ام غير مالية ، فلا يمكن ان يصدر حكماً من قبل المحكمة المختصة يقضي ببطلان احد مسائل الاحوال الشخصية محل البحث دون ان يترتب اثرأ على ذلك، لذا فمن الاجدر بيان الاثر الذي يرتبه البطلان في مسائل الاحوال الشخصية لما له من اهمية بالغة في المحافظة على الحقوق سواء المالية منها ام غير المالية.

فضلاً عن ذلك هنالك خلافاً فقهيأ بشأن الاثار التي يرتبها البطلان في مسائل الاحوال الشخصية وهذا الخلاف نابع من عدم وجود نص صريح سواء في القرآن ام في السنة النبوية الشريفة، ام يكون الخلاف ناشئاً عن اختلاف الفقهاء المسلمين في تفسير النصوص الواردة في مصادر الاحكام الشرعية الاصلية ، وان تلك الخلافات عكست اثارها على القوانين محل المقارنة ، اذ اننا نجد بعض القوانين متأثرة بمذهب معين في حين نجد قوانين اخرى تأخذ بمذهب اخر ، وهذا الامر لا يعد نقصاً تشريعياً، اذ ان النقص التشريعي في مسائل الاحوال الشخصية سواء في القوانين المقارنة ام في القانون العراقي يكمن في الدرجة الاساس بعدم معالجة اثر البطلان بشكل نهائي، او ان المعالجة التشريعية لا ترقى ان تكون كافية للاستناد اليها في اصدار الاحكام القانونية الخاصة بهذا الشأن.

وان الاثار القانونية المترتبة على البطلان في مسائل الاحوال الشخصية تختلف عن تلك التي ترتبها المسائل المدنية لخصوصية ذلك، لذا فمن الاحرى بيان تلك الاثار ومدى تشابهها واختلافها ، ولا يقتصر الامر على ذلك اذ ان الاثار لا تتعلق بأطراف العلاقة فقط وانما تسري في بعض الاحيان بشأن الغير اذا كان طرفاً او صاحب شأن في العلاقة الناشئة في مسائل الاحوال الشخصية سواء اكانت مالية منها ام غير مالية رغم اختلاف الاثار بين الاثنين .

لذا ومن خلال كل ما تقدم يتبين لنا ان اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية تلحق المسائل المالية وغير المالية وسبق وان بينا فحوى تلك المسائل عند تطرقنا لحالات البطلان الخاصة بذلك في فصلنا الثاني من هذا البحث ، لذا ارتأينا تقسيم هذا الفصل على مبحثين سنبين

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

في المبحث الاول اثر بطلان الرابطة الزوجية، ونتطرق في المبحث الثاني على اثر بطلان مسائل الاحوال الشخصية المالية.

المبحث الاول

اثر بطلان الرابطة الزوجية

ان الرابطة الزوجية لها بداية ونهاية ، وان كلا الحالتين عرضة للبطلان اذا وجد سبب من الاسباب المذكورة سابقاً ، الا ان الاثار المترتبة تختلف فيما بينها فبعض تلك الاثار تلحق الحقوق المالية ، والبعض الاخر يلحق الحقوق غير المالية ، وهناك خلافات فقهية وقانونية بهذا الشأن نابعة من عدم وجود دليل صريح يحسم ذلك الخلاف وكما بينا ذلك سابقاً.

وان الخلافات الفقهية المشار اليها سابقاً عكست اثارها على القوانين محل المقارنة ، في حين هنالك بعض القوانين لم تتأثر بتلك الخلافات وتركت الامر بلا نص وهذه المسائل تشكل نقصاً تشريعياً مؤداه صدور احكام متناقضة من قبل المحكمة المختصة بهذا الشأن لذا فأن معالجة هذه الامور اولى من تركها للسلطة التقديرية لقاضي محكمة الموضوع ، وان النقص والقصور التشريعي كان واضحاً لدى المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية.

من كل ما تقدم ارتأينا تقسيم هذا المبحث على مطلبين سنبيين في المطلب الاول اثر بطلان الرابطة الزوجية على الحقوق المالية ونتطرق في المطلب الثاني عن اثر بطلان الرابطة الزوجية على الحقوق غير المالية وحسب الترتيب الاتي:-

المطلب الاول

اثر بطلان الرابطة الزوجية على الحقوق المالية

تتكون الرابطة الزوجية وكما بينا ذلك من انشاء وانقضاء ، اذ تنشأ عن طريق عقد الزواج الذي يجب ان تتوفر اركانه المتكون من الايجاب والقبول المصحوبة بوجود الزوج والزوجة وانتفاء موانعه وكذلك يجب توفر شروط انعقاده وصحته السابق ذكرها وقد تطرقت اغلب القوانين محل المقارنة عن ذلك ، الا ان القانون العراقي وقع في لبس عندما رتب ذات الاثر على عدم توفر احد شروط الصحة والانعقاد وعد العقد غير صحيح ولا يرتب اثاره على عكس الحال في القوانين محل المقارنة التي فصلت بين الاثنين من حيث الاثر اذ جعلت العقد باطلاً في حال فقدان شرطاً من شروط انعقاده ، وفاسداً اذا فقد احد شروط صحته ، وقد بينا فيما

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

سبق الفرق بين العقد الباطل والفاقد، وتترتب عدة اثار مالية عند انشاء الرابطة الزوجية منها النفقة والمهر، ولا يخفى على فقهاء القانون ان الرابطة الزوجية تنقضي بعدة وسائل منها الطلاق والتفريق وغيرها من الوسائل الاخرى ويترتب على انحلال الرابطة الزوجية مسائل مالية متعددة يحق لها ان تطالب بها بعد صدور حكم من قبل المحكمة المختصة بذلك.

وإذا كان ما تقدم يتعلق بالحقوق المالية في حال حياة كلا الزوجين فإن هنالك حقوقاً لا تنتقل الا بعد الوفاة ومنها الوصية والميراث ، وان كلا الحقين يتأثران اذا صدر حكم من قبل المحكمة المختصة يقضي ببطلان الرابطة الزوجية سواء من حيث الانشاء او الانقضاء وهنالك خلافات فقهية واسعة في الامر عكست انظارها على القوانين محل المقارنة ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي.

من كل ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين سنبيين في الفرع الاول اثر البطلان على الحقوق المالية قبل الوفاة، ونتطرق في الثاني على اثر البطلان على الحقوق المالية بعد الوفاة وحسب الاتي:-

الفرع الاول

اثر البطلان على الحقوق المالية قبل الوفاة

يترتب على انشاء وانقضاء الرابطة الزوجية عدة حقوق مالية ، الا ان تلك الحقوق منها ما يتأثر ببطلان الرابطة الزوجية ومنها لا يتأثر بذلك لذا ارتأينا التطرق الى اهم تلك الحقوق المالية واثر البطلان عليها وحسب الترتيب الاتي:-

اولاً:- المهر:- يعد المهر من الاثار التي تترتب على عقد الزواج وهو من اهم حقوق الزوجة على زوجها اذ يعرف بأنه (المال الذي تستحقه الزوجة على زوجها اذا عقد عليها عقداً صحيحاً او دخل بها بناء على شبهة او عقد فاسد)^(١).

ونتساءل عن حكم بطلان الرابطة الزوجية على مهر الزوجة؟

ليبيان ذلك والوقوف على الاجابة المستمدة من مصادر الحكم الشرعي يقتضي بنا الرجوع الى اراء الفقه الاسلامي في ذلك ومن ثم سنبيين موقف القوانين محل المقارنة ومدى معالجتها للحكم السابق؟

(١) د. احمد فراج حسين ، احكام الزواج في الشريعة الاسلامية ، دار الجامعة، مصر، ٢٠٠٥، ص ٢٠٠.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

ثار الخلاف الفقهي بشأن اثر بطلان انشاء الرابطة الزوجية على المهر الى قولين اولهما ان الزوجة لا تستحق المهر لان حكم الزواج الباطل كالزنا يوجب الحد وهذا ما قال به جمهور الفقهاء^(١).

وثانيهما ما ذهب اليه فقهاء الحنفية بقولهم ان الزوجة تستحق المهر بالدخول اذا كان عقد الزواج باطلاً وان علم الزوجان بذلك الا ان لها مهر المثل لا المسمى^(٢) ، ومرد الخلاف السابق يعود الى ان فقهاء الحنفية عدوا الزواج الباطل بحكم وطء الشبهة في مسائل الصداق ، في حين ذهب جمهور الفقهاء الى خلاف ذلك بقولهم ان الزواج الباطل لا يوجب المهر اذا علم الزوجان بذلك لان حكمه والزنى سواء ويوجب الحد عليهما.

اما اذا كان الزوجين يجهلان في البطلان فلا خلاف بين الفقهاء المسلمين على استحقاق الزوجة لمهر المثل لا المسمى كما لو تزوج شخصاً اخته من الرضاع دون العلم بذلك ، ويبرر الفقهاء استحقاقها لمهر المثل بقولهم انه ليس بزنا وعلى ضوء ذلك يسقط الحد، وليس بزواج صحيح ووفقاً لذلك لا تستحق المهر المسمى وبهذا فلها مهر المثل لتحقق واقعة الدخول^(٣).

من كل ما تقدم نخلص الى نتيجة مفادها ان الزوجة لا تستحق المهر اذا كان عقد الزواج باطلاً مع علم الزوجين بذلك البطلان كما لو تزوج شخصاً اخته من الرضاع مع علمهما بذلك ، اما اذا جهل الزوجين ببطلان العقد ففي هذه الحالة تستحق الزوجة المهر لوجود شبهة في الامر ، هذا كله اذا حصلت واقعة الدخول، اما اذا ابرم العقد دون ان يدخل الزوج بزوجه ومن ثم صدر حكم من المحكمة المختصة يقضي ببطلان الزواج فلا خلاف بين الفقهاء المسلمين على عدم استحقاق الزوجة للمهر ، اضافة الى ذلك اذا سلم الزوج لزوجته جزءاً من مهرها المؤجل ومن ثم دخل بها وبعد ذلك حكم ببطلان العقد مع علمهما بذلك البطلان ففي هذه الحالة يحق للزوج مطالبة زوجته بالجزء الذي سلمه لها فعلى سبيل الفرض لو اعطى الزوج لزوجته مبلغ مقداره (٥٠٠٠٠٠٠) خمسمائة الف دينار من مجموع مهرها البالغ (١٠٠٠٠٠٠٠) مليون دينار ففي هذه الحالة يحق للزوج مطالبة الزوجة بما اعطاها مع سقوط الجزء الثاني.

^(١) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤٨/٢)؛ ابن قدامة، المغني (١٠/١٨٨)؛ البحر الزخار (٤/٥١)؛ الشافعي، الام (٤/٢٤٩).

^(٢) مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر (١/٥٠٨)؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (٤/٢٧٥).

^(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي (٣/٦٣)؛ الشربيني، نهاية المحتاج (٧/٤٢٥)؛ المغربي، مواهب الجليل (٨/٣٩٠)؛ السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، مصدر سابق، ج٣، مسألة ٣٢٠، ص ٦١.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

اما بشأن القوانين محل المقارنة فنجد بعضها لم يفرق بين علم او جهل الزوجين في البطلان وهذا الامر بحد ذاته يعد نقصاً تشريعياً كان الاخرى بالتشريعات المقارنة والمشرع العراقي تلافي الامر ، وهذا ما تبين لنا من موارد عدة جاءت بها النصوص القانونية في مسائل الاحوال الشخصية اذ نصت المادة (٢/٦١) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي على انه (لا يترتب على الزواج الباطل اي اثر مالم ينص القانون على خلاف ذلك) ان مدلول المادة سابقة الذكر جاء صريحاً واحسن المشرع الاماراتي في ذلك عندما جعل من بطلان العقد سبباً لعدم ترتيب اثاره ، اذ ان البطلان الوارد في المادة السابقة يدل بوضوح على عدم انعقاد العقد ومن ثم يعد الزواج بحكم الزنا الذي لا يترتب عليه سواء حصل الدخول او لم يحصل اي اثر من الاثار الشرعية المترتبة على الزواج الصحيح ومنها استحقاق المهر^(١).

اما بشأن موقف قانون الاحوال الشخصية الاردني فقد اشترط للحكم ببطلان العقد ان يكون الزوجان عالمين بذلك وهذا الامر اتضح لنا من نص المادة (٣٠) منه اذ نصت على (المادة أ. يكون عقد الزواج باطلاً في الحالات التالية: ١- تزوج الرجل بمن تحرم عليه على التأييد بسبب النسب أو المصاهرة. ٢- تزوج الرجل بزوجة الغير أو معتدته. ٣- تزوج المسلم بامرأة غير كتابية. ٤- تزوج المسلمة بغير المسلم. ب - يشترط في الحالات الواردة في البنود (١) و (٢) و (٣) من الفقرة (أ) من هذه المادة ثبوت العلم بالتحريم وسببه، ولا يعد الجهل عذراً إذا كان ادعاه لا يُقبل من مثل مدعيه)، الا ان المشرع الاردني لم يتطرق الى الحالات الاخرى المشار اليها في فصلنا الثاني من هذه الاطروحة والمتعلقة ببطلان العقد بسبب تغيير الجنس وما شابه ذلك ، لكنه اورد نصاً صريحاً بين من خلاله عدم ترتيب الاثر في عقد الزواج الباطل اذ نصت المادة (٣٣) من ذات القانون على انه (إذا وقع العقد باطلاً سواء أتم به دخول أم لم يتم لا يفيد حكماً أصلاً ولا يرتب أثراً....) وهذا يعني ان المشرع الاردني عد من بطلان العقد سبباً لعدم ترتيب اي اثر من اثاره وبهذا فإن الزوجة لا تستطيع ان تطالب زوجها بالمهر سواء حصل الدخول او لم يحصل .

ولم نجد موقفاً صريحاً في نصوص قانون الاسرة الجزائري تدلنا على عدم استحقاق الزوجة لمهرها في حال بطلان العقد رغم النص على بطلانه في بعض الموارد اذ نصت المادة (٣٢) من قانون الاسرة الجزائري على انه (يبطل الزواج اذا اشتمل على مانع او شرط يتنافى ومقتضيات العقد) وذهب بعض الباحثين الى شرح النص سابق الذكر بقولهم ان الزوجة لا تستحق مهرها قبل الدخول في حال بطلان العقد ، الا اننا لم نجد من الشراح الجزائريين من بين

(١) المذكرة الايضاحية لقانون الاحوال الشخصية الاماراتي، ص ١٢١.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

لنا عدم استحقاقها بعد الدخول في حال علم الزوجين ببطلان العقد^(١)، اما عن موقف القانون المصري فهو الاخر لم يبين لنا اثار بطلان عقد الزواج على مهر الزوجة ومدى احقيتها في المطالبة به من عدمه.

في حين نص المشرع العراقي على ذلك وهذا ما جاءت به المادة (٢٢) من قانون الاحوال الشخصية العراقي اذ نصت على انه ((إذا وقعت الفرقة بعد الدخول في عقد غير صحيح فإن كان المهر مسمى فيلزم أقل المهرين من المسمى والمثلي وإن لم يسم فيلزم مهر المثل)) وذهب بعض الشراح الى تفسير ذلك بقولهم ان الزوجة تستحق اقل المهرين من المسمى او المثلي اذا كان المهر مسمى اما اذا لم يسمى المهر او سمي تسمية غير صحيحة فلها مهر المثل ، ويؤيد الشراح ذلك بقولهم ان الاثار السابقة ذاتها التي تترتب على العقد الفاسد^(٢).

الا ان الباحث يشكل على ذلك للأسباب الاتية:-

١- ان المشرع العراقي في النص سابق الذكر اعطى للزوجة حق مطالبة زوجها بالمهر دون ان يفرق بين علم الزوجة او جهلها بالبطلان، فلا خلاف بين الفقهاء المسلمين على ان علم الزوجة بالبطلان يعد موجبا لعدم استحقاقها المهر ، اما اذا كانت الزوجة تجهل ببطلان العقد فلها المهر لتتحقق واقعة الدخول ولوجود شبهة في الامر.

٢- ان العقد غير الصحيح الوارد في المادة سابقة الذكر يشمل العقد الباطل لدى فقهاء الجمهور ويشمل الفاسد والباطل لدى فقهاء الحنفية وهذا يعني ان المشرع العراقي وحسب مدلول نص المادة اعلاه اعطى للزوجة حق مطالبة زوجها بالمهر رغم بطلان العقد وهذا الامر يتنافى ومقتضيات الشريعة الاسلامية الغراء .

٣- ان الفقهاء المسلمين متفقون على أحقية الزوجة لمهر المثل اذا كان الوطاء بشبهة ولم يتطرق الفقهاء المسلمين الى اقل المهرين في حال تسمية العقد الا ان المشرع العراقي جاء بحكم خاص لا يتوافق مع احكام الشريعة الاسلامية الغراء وفرق بين تسمية العقد من عدمه.

من كل ما تقدم نخلص الى نتيجة مفادها ان نص المادة (٢٢) من قانون الاحوال الشخصية العراقي لا يتوافق والاحكام الواردة في الشريعة الاسلامية الغراء ولم تتطرق القوانين

(١) كهينة يوسفى وليلى لامي، مصدر سابق، ص ٧٢.

(٢) د. احمد الكبيسي، مصدر سابق، ج ١، ص ٩٣، د. مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الزواج والطلاق، مصدر سابق، ص ٧٢.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

محل المقارنة الى ذلك ، لذا كان الاجدر بالمشرع العراقي ايراد نصاً صريحاً يبين من خلاله عدم استحقاق الزوجة لمهرها سواء اكان مسمى او لم يسم اذا كان عقد الزواج باطلاً مع علم الزوجين بذلك البطلان، اما اذا كانا يجهلان البطلان فللزوجة مهر المثل لتتحقق واقعة الدخول وهذا ما بينته الاحكام الشرعية، ونفترض النص الاتي: (لا يترتب على عقد الزواج الباطل مع العلم بالبطلان اي اثر من الاثار الشرعية)

ولا تقتصر الرابطة الزوجية على الانشاء فقط اذ ان انها تشمل الانقضاء ، وبهذا فيما لو صدر حكم من قبل المحكمة المختصة يقضي ببطلان انقضاء الرابطة الزوجية فلا اثر لذلك على المهر ، اذ ان الزوجة تستحق مهرها سواء حكم ببطلان انقضاء الرابطة ام بأنقضائها ؛ ويعود سبب ذلك الى ان المهر يعد وحسب الراجح من اقوال فقهاء الشريعة والقانون اثراً من اثار الزواج ولا يتعلق بالانقضاء، وبهذا فأن للزوجة حق مطالبة زوجها بالمهر سواء اتم بطلان انقضاء الرابطة الزوجية ام لم يتم ذلك .

ثانياً:- النفقة:- تعد النفقة من اهم الحقوق المالية الذي يقع عاتقها بالدرجة الاولى على الزوج وتعرف بأنها (ما ينفقه الانسان على من يعوله من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وأثاث)^(١)، من التعريف سابق الذكر يتضح لنا ان عناصر النفقة متعددة منها الطعام وهو يقدر بكفاية الزوجة وسد حاجتها ولا يمكن للزوجة مطالبة زوجها بنفقة الطعام اذا كان الزوج يتولى الإنفاق على البيت اما اذا اخل بواجبه فلها ان تقيم دعوى امام المحكمة المختصة تطالبه فيها بنفقة الطعام، ولا يقتصر الامر على ذلك اذ هنالك عناصر اخرى للنفقة منها الكسوة والمرجع فيها الى مقدرة كلا الزوجين فلا يمكن ان تطالب الزوجة زوجها بأن يكسوها بملابس فخمة ذات قيمة مالية باهظة بحيث لا يمكنه شراءها وبنفس الوقت لا يمكن للزوج ان يكسو زوجته بملابس لا تتناسب مع امكانيته المالية ومكانتها الاجتماعية، ويجب على الزوج ان يسكن زوجته في مكان مستوفياً للشروط الشرعية واذا خالف الزوج ذلك فللزوجة ان تقيم دعوى امام المحكمة المختصة تطالبه فيها بسكن لائق يتناسب مع مكانتها وهذا الامر له دليله الشرعي الوارد في قوله تعالى ((أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ))^(٢)، وان مدلول الاية سابقة الذكر جاء واضحاً اذ يمكن ان نستنبط منه المواصفات البيت الشرعي الذي يجب ان يهيئه الزوج لزوجته ومنها على سبيل المثال لا الحصر ان يكون السكن مشتملاً على الاثاث المناسبة والمواد المنزلية وغيرها من المستلزمات الضرورية التي يجب توافرها في البيوت الشرعية، وبخلاف ذلك يعد

(١) الشيخ فاضل الصفار، مصدر سابق، ص ٢٣٧.

(٢) سورة الطلاق، اية ٦.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الزوج مخرلاً بعناصر النفقة ويمكن لزوجه ان تقاضيه امام المحاكم المختصة وتلزمه بالانفاق عليها وتوفير البيت الشرعي لها^(١).

ولمشروعية النفقة ادلة متعددة منها ما جاء به القرآن الكريم في عدة آيات ومنها قوله تعالى (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)^(٢)، ان الآية سابقة الذكر اوجبت على الزوج نفقة لزوجه في حال ولادتها ولكي لا تسقط بأنشغالها بالنفاس عن استمتاع الزوج، وجاء في قوله تعالى (لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكْفِ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا)^(٣)، وكذلك قوله تعالى (...قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ...) ^(٤) ويراد بالآية سابقة الذكر ان الله سبحانه وتعالى فرض عدة فرائض للزوجات على ازوجهن ومن تلك الفرائض النفقة التي تعد من اهم الحقوق المالية المستحقة للزوجة من تاريخ العقد الصحيح.

والنفقة تسقط في حالات متعددة ومن اهم تلك الحالات النشوز وهذا الامر بينه الفقهاء المسلمون وتطرفت له القوانين المقارنة ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي اذ نصت المادة (١/٢٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على انه (لا نفقة للزوجة في الاحوال الاتية :- أ- إذا تركت بيت زوجها بلا اذن وبغير وجه حق. ب- إذا حبست عن جريمة او دين . ج - إذا امتنعت عن السفر مع زوجها بدون عذر شرعي)^(٥).

مما تقدم وبشكلٍ موجز اتضح لنا ان للنفقة اسباب ومنها الزوجية الصحيحة ، و النفقة لها عناصر متعددة سبق وان تطرقنا لها وتسقط النفقة في موارد عدة ومن اهمها النشوز ، وان

(١) د. احمد عبيد الكبيسي، مصدر سابق، ج ١، ص ١٢٢-١٢٣.

(٢) سورة البقرة، جزء من اية ٢٣٣.

(٣) سورة الطلاق ، اية رقم ٧.

(٤) سورة الاحزاب ، اية رقم ٥٠.

(٥) يقابلها نص المادة (٧١) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي اذ نصت على انه (تسقط نفقة الزوجة في الاحوال الاتية (١- إذا منعت نفسها من الزوج او امتنعت عن الانتقال إلى بيت الزوجية الشرعي دون عذر شرعي . ٢- إذا تركت بيت الزوجية دون عذر شرعي . ٣- إذا منعت الزوج من الدخول إلى بيت الزوجية دون عذر شرعي . ٤- إذا امتنعت عن السفر مع زوجها دون عذر شرعي . ٥- إذا صدر حكم او قرار من المحكمة مقيداً لحريتها في غير حق للزوج وجاري تنفيذه) ونصت المادة (٦٢) من قانون الاحوال الشخصية الاردني على انه (إذا نشزت الزوجة فلا نفقة لها ما لم تكن حاملاً ..) وبنص مشابه نصت المادة(٣٧) مكرر من قانون الاسرة الجزائري والتي نصت على انه (يجب على الزوج نحو زوجته ١- النفقة الشرعية حسب وسعه الا اذا ثبت نشوزها).

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

القوانين المقارنة دأبت على ان نفقة كل انسان على نفسه الا الزوجة فنفتها على زوجها وهذا الامر اتضح لنا من نصوص متعددة منها ما نصت عليه المادة (٥٩/أ) من قانون الاحوال الشخصية الاردني اذ نصت على انه (نفقة كل إنسان في ماله إلا الزوجة فنفتها على زوجها ولو كانت موسرة) وبينت القوانين محل المقارنة الاخرى ذات النص بصيغ منها متشابهة والاخرى مختلفة .

والذي يعيننا في الامر ما هو حكم بطلان الرابطة الزوجية على نفقة الزوجة؟

ان الاجابة عن ذلك تقتضي منا الرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية الغراء والقوانين محل المقارنة، فلا خلاف بين الفقهاء المسلمون على ان النفقة تنتفي اذا انتهت الرابطة الزوجية لأي سبب من اسباب الانتهاء سواء اكانت سبب ذلك يعود للطلاق او التفريق او الايلاء او اللعان ، ولا يختلف الامر في حال انتهاء الرابطة الزوجية بسبب البطلان، اذ ان الزوجة لا يمكنها مطالبة زوجها بذلك ؛ ويعود الامر الى ان من شروط النفقة ان تكون الزوجية صحيحة مستوفية لأركانها وشروطها المشار لها سابقاً وهذا الشرط منتفي اذا صدر حكم من المحكمة المختصة يقضي ببطلان انشاء الرابطة الزوجية، اما اذا كان الوطاء بشبهة ومن ثم تبين ان الزوجة حامل ففي هذه الحالة تستحق نفقة حتى تضع حملها، والنفقة في هذا المورد للحمل لا للزوجة^(١).

ان ما سبق ذكره يتعلق ببطلان انشاء الرابطة الزوجية واثرها على انتفاء النفقة، اما بشأن بطلان انقضاء الرابطة الزوجية فلا اثر لها على نفقة الزوجة؛ وغاية ذلك تعود الى ان الزوجية مستمرة ولم تنقضي، وان بطلان الانقضاء يؤكد بقاء نفقة الزوجة على زوجها ويحق لها بعد صدور حكم من قبل المحكمة المختصة يقضي ببطلان انقضاء الرابطة ان تطالب زوجها بالنفقة المستمرة والماضية ، شرط ان لا تتجاوز نفقتها الماضية عن سنة وهذا الامر بينته القوانين محل المقارنة ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي اذ نصت المادة (٢٤/١) من قانون الاحوال الشخصية على انه ((تعتبر نفقة الزوجية غير الناشئ ديناً في ذمة زوجها عن مدة لا تزيد على سنة واحدة من وقت إمتناعه عن الإنفاق عليه)).

اما بشأن القوانين محل المقارنة فنجد بعضها نص بشكلٍ صريح على عدم استحقاق الزوجة لنفقتها في حال بطلان انشاء الرابطة الزوجية وهذا ما جاءت به المادة (٦١) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي اذ نصت على انه ((لا يترتب على الزواج الباطل اي اثر مالم ينص

(١) غاية المنتهى في الجمع بين الاقناع والمنتهى (بلا جزء /٢٣٩).؛ مجمع النهر في شرح ملتقى الابحر (٤٨٩/١).؛ الشيخ الانصار، مصدر سابق، ص ٤٨١.؛ المهذب في الفقه المالكي وأدلته (١٣٤/٢).

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

القانون على خلاف ذلك)) وهذا يعني ان المشرع الاماراتي عد بطلان انشاء الرابطة الزوجية سبباً لسقوط نفقة الزوجة سواء دخل الزوج بزوجته ام لم يدخل، وكذلك تسقط نفقة الزوجة في عقد الزواج الفاسد الذي اختل احد شروطه وهذا ما تبين لنا من نص المادة (٢/٥٩) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي اذ نصت على انه ((لا يترتب على الزواج الفاسد أي اثر قبل الدخول)) ؛ ويعود سبب ذلك الى ان التشريع الاماراتي اشترط لوجوب نفقة الزوجة على زوجها ان يكون عقد الزواج صحيحاً وهذا ما تبين لنا من نص المادة (٦٦) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي اذ نصت على انه (تجب النفقة للزوجة على زوجها بالعقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً)^(١).

ولا يقتصر الامر على ذلك اذ ان قانون الاحوال الشخصية الاردني كان اكثر صراحة مما سبقه وهذا ما تبين لنا من نص المادة (٣٣) منه اذ نصت على انه ((إذا وقع العقد باطلاً سواء أتم به دخول أم لم يتم لا يفيد حكماً أصلاً ولا يترتب أثراً من نفقة...)) واحسن المشرع الاردني في ذلك اذ ان العقد الباطل يعد سبباً لسقوط نفقة الزوجة لانتفاء الزوجية الصحيحة التي تعد من موجبات النفقة ، ولم يفرق المشرع الاردني بين واقعة الدخول من عدمها ففي كلا الحالتين تنتفي النفقة ولا يحق للزوجة مطالبة زوجها بالنفقة التي اقرتها القوانين محل المقارنة ، اما عن موقف المشرع العراقي فقد نصت المادة (١/٢٣) من قانون الاحوال الشخصية على انه (تجب النفقة للزوجة على زوجها من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت اهلها...) من النص سابق الذكر يتضح لنا ان المشرع العراقي اشترط لوجوب نفقة الزوجة ان يكون العقد صحيحاً إما اذا كان العقد باطلاً بعد صدور حكم من قبل المحكمة المختصة بذلك لانتفاء ركن من اركان العقد او شرط من شروط انعقاده ففي هذه الحالة لا تستحق الزوجة نفقة على زوجها ولا يمكنها مطالبته بذلك ، وإن اقامة دعوى امام المحكمة المختصة تطالب فيها بنفقة لها فدعواها في هذه الحالة موجبة للرد إذا ابرز المدعي (الزوج) حكم يقضي ببطلان انشاء الرابطة الزوجية ، بل يحق له عند اقامة دعوى النفقة من قبل الزوجة ان يدفع ببطلان انشاء الرابطة الزوجية وللمحكمة التحقق من ذلك فإذا ثبت لها صحة الادعاء حكمت ببطلان العقد وانتفاء النفقة الزوجية ، لكن كان الاحرى بالمشرع العراقي ان ينص بشكلٍ صريح على عدم استحقاق الزوجة للنفقة في حال بطلان عقد الزواج كما بين ذلك المشرع الاردني^(٢).

(١) لم نجد نصوص مماثلة لذلك في كلا التشريعين الجزائري والمصري.

(٢) د. احمد الكبيسي، مصدر سابق، ج ١، ص ٩٩.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

اما اذا صدر حكم من المحكمة المختصة يقضي ببطلان انقضاء الرابطة الزوجية ففي هذه الحالة يعود سبب وجوب النفقة وهو الزوجية الصحيحة المكتسبة لأركانها وشرائطها وهذا الامر تبين لنا من القواعد العامة الواردة في قوانين الاحوال الشخصية ومنها القانون العراقي الذي عد الزوجية الصحيحة سبباً لوجوب النفقة^(١).

ويثار لدى الباحث سؤال مفاده ما حكم استدانة الزوجة على الزوج وكذلك ما حكم ما انفقه الزوج على زوجته؟

ان الاجابة على السؤال اعلاه تقتصرها على عقد الزواج الباطل ؛ والسبب في ذلك يكمن في خروج المسائل الاخرى عن صلب موضوعنا لذا نكتفي بما يعيننا ، ومن خلال الرجوع الى نص المادة (٣٠) من قانون الاحوال الشخصية العراقي والذي نصت على انه (اذا كانت الزوجة معسرة ومأدونة بالاستدانة بحسب نص المادة السابقة فأن وجد من تلزمه نفقتها لو كانت ليس بذات زوج فيلزم بإقراضها عند الطلب والمقدرة وله حق الرجوع على الزوج فقط واذا استدانت من اجنبي فالدائن بالخيار في مطالبة الزوجة او الزوج وأن لم يوجد من يقرضها وكانت غير قادرة على عمل إتلتزم الدولة بالإنفاق عليها)^(٢)، وهذا يعني ان الزوجة المعسرة يحق لها ان تستدين ممن تجب عليه نفقتها وفي هذه الحالة للدائن الرجوع على الزوج فقط ، اما اذا استدانت من شخص اجنبي فهنا الخيار للدائن بالرجوع على الزوج او الزوجة^(٣) ، الا ان الاحكام سابقة الذكر يؤثر البطلان فيها اثرأ بالغا ويكمن ذلك الاثر في حال علم الزوجين بالبطلان من عدمه ، فإذا كان الزوجين يعلمان بالبطلان هنا لا يحق للدائن ان يرجع على الزوج لانقضاء الرابطة الزوجية بالبطلان بأثر رجعي وفي هذه الحالة عليه الرجوع للزوجة بمبلغ الدين، اما اذا كان الزوجين يجهلان بالبطلان فلم يبين لنا الشراح احكام ذلك الا ان الامر يمكن ان نستنتجه من القواعد العامة في مسائل الاحوال الشخصية ويرى الباحث بإمكانية رجوع الدائن على الزوج لجهل الدائن والزوجين ببطلان العقد، وقد نصت بعض القوانين محل المقارنة على ذلك^(٤).

اما بشأن مدى امكانية رجوع الزوج على زوجته بما انفقه عليها ففي حال عدم علمها يمكنه الرجوع عليها استناداً لاحكام المدفوع دون وجه حق لان النفقة لا تجب عليه في حال

(١) الإمام محمد ابو زهرة، الاحوال الشخصية، مصدر سابق، ص ٢٣٣.

(٢) يقابلها نص المادة (٦٦) من قانون الاحوال الشخصية الاردني، وكذلك المادة (٥) من قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المصري.

(٣) استاذنا الدكتور حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما، مطابع دار الوارث، كربلاء، ط١، ٢٠٢٠، ص ٩٠.

(٤) ينظر نص المادة (٥/٦٠) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

بطلان العقد ، اما اذا كانا يعلمان بالبطلان ورغماً عن ذلك فإن الزوج ينفق على زوجته فإن الامر لا يخلو من اعتبار المال هبة او مقابل تمتعه بزوجه وفي كلا الحالتين لا يحق للزوج الرجوع بما انفق.

من كل ما تقدم نخلص الى نتيجة مفادها ان الزوجة لا تستحق النفقة في حال صدور حكم من المحكمة المختصة يقضي ببطلان انشاء الرابطة الزوجية ، وعلى العكس فلها نفقة وفقاً للإحكام الشرعية والقانونية اذا صدر حكم من قبل المحكمة المختصة يقضي ببطلان انقضاء الرابطة الزوجية وذلك لتحقق سببها المتمثل بالزوجية الصحيحة، ولم يفرق فقهاء الشريعة الاسلامية بين علم او جهل الزوجين بعقد الزواج الباطل كما هو الحال عليه في المهر الذي سبق وان تطرقنا لإحكامه، إذ ان الزوجة لا تستحق النفقة سواء اكانت على علم بالبطلان او جهل، لانقضاء سبب وجوب النفقة.

وان المسائل المالية لا تقتصر على ما سبق ذكره اذ ان هنالك مسائل عدة ومنها على سبيل الفرض التعويض عن الطلاق التعسفي الذي تستحقه الزوجة اذا تعسف الزوج في طلاقه وهذا الامر بينته القوانين محل المقارنة ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي ، الا ان الزوجة ملزمة برد التعويض الى زوجها في حال صدور حكم من المحكمة المختصة يقضي ببطلان انقضاء الرابطة الزوجية ، ونكتفي بهذا القدر لتجنب الاطالة .

الفرع الثاني

اثر البطلان على الحقوق المالية بعد الوفاة

هنالك عدة حقوق مالية لا يمكن المطالبة بها الا بعد وفاة الشخص صاحب المال ، اي انها لا تنفذ الا بالوفاة ، ومن تلك الحقوق منها ما يتعلق بالميراث والاخر يتعلق بالوصية ، وان العقد اذا كان غير صحيحاً يؤثر في كلاهما لذا ارتأينا بيان كيفية تأثير بطلان الرابطة الزوجية على الوصية والميراث من خلال تقسيم هذا الفرع الى فترتين نبين في الاولى اثر بطلان الرابطة الزوجية على الميراث ونتطرق في الثانية إلى اثر بطلان الرابطة الزوجية على الوصية وحسب الترتيب الآتي:-

اولاً:- اثر بطلان الرابطة الزوجية على الميراث:- بينا فيما سبق ان الرابطة الزوجية تتكون من انشاء وانقضاء ولكل منهما اثره الخاص على الميراث في حال بطلانها ، ويعود ذلك الى اسباب عدة ، وقبل الخوض في ذلك ارتأينا التطرق الى مشروعية ارث الزوجين من بعضهما ومن

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

خلال الرجوع الى مصادر الحكم الشرعي ارتأينا وجود عدة أدلة تبين احقية ميراث كلا الزوجين من بعضهما ومنها ما ورد في قوله تعالى (وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ)^(١).

من خلال الاية الكريمة يتضح لنا ان للزوج في حال وفاة زوجته نصيبين احدهما النصف في حال عدم وجود الفرع الوارث ، والآخر الربع في حال وجود الفرع الوارث ، فعلى سبيل الفرض اذا توفيت زوجة عن ام واب وزوج وبنت وولد ففي هذه الحالة تحل المسألة الارثية بالكيفية الاتية :-

١- نصيب الاب من ميراث ابنته سدس التركة ، وكذلك الحال بشأن الام اذا ان نصيبها السدس في حال وجود الفرع الوارث، وان دليل ذلك وارد في محكم كتابه العزيز بقوله تعالى (...وَالْأَبْوَاءُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ...)^(٢).

٢- يصيب الزوج ربع التركة لوجود الفرع الوارث وهذا الامر وارد في قوله تعالى (فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ).

٣- يتقاسم الابن والبنت ما تبقى من التركة وفقاً لقوله تعالى (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّيْنِ).

والذي يعنينا في الامر ما هو اثر بطلان انشاء الرابطة الزوجية على ميراث احد الزوجين؟

ان الاجابة عن التساؤل اعلاه يلزمنا بالرجوع الى الاراء الفقهية للمذاهب الاسلامية ومن خلال الرجوع الى ذلك اتضح لنا وجود اتفاق فقهي في المسألة اعلاه مفاده عدم ميراث الازواج فيما بينهم اذا صدر حكم يقضي ببطلان انشاء الرابطة الزوجية ؛ وغاية ذلك تكمن عندهم في ان سبب الميراث المتمثل بالزوجية الصحيحة انتفى في المورد اعلاه عندما بطل عقد الزواج سواء اكان الزوجين على علم في الامر او يجهلان ذلك ، ويحق لكل ذي مصلحة التمسك بهذا البطلان، ويراد بذلك اذا توفى احد الزوجين وورثه الآخر ومن ثم علم احد الورثة فيما بعد ببطلان انشاء

(١) سورة النساء اية رقم ١٢.

(٢) سورة النساء اية ١١.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الرابطه الزوجية ففي هذه الحالة يحق له ان يطعن امام المحكمة المختصة ببطلان تقسيم التركة لوجود وارث لا يستحق من تركة المورث لأنتفاء سبب الميراث بينهما بالبطلان^(١).

نخلص من ذلك ان الفقهاء المسلمون لا يورثون الازوج فيما بينهم اذا كان عقد الزواج باطلاً لانتهاء السبب ، اذ ان الزوجية الصحيحة المتوفرة فيها اركانها وشرائطها تعد من اهم اسباب الميراث بين الزوجين سواء حصل الدخول ام لم يحصل ، فمجرد انعقاد العقد الصحيح يعد موجباً للميراث بين الزوجين، وهنالك من قال ذلك بشكلٍ اكثر وضوحاً وهذا الامر تبين لنا لما قاله احد فقهاء الامامية اذا تحول الرجل الى امرأة ومات احدهما فلا يرث من الاخر لبطلان النكاح^(٢)، وانتفاء السبب^(٣).

اما في حال بطلان انقضاء الرابطة الزوجية ففي هذه الحالة يرث كلا الزوجين من الاخر ، وغاية ذلك تكمن في وجود سبب الارث المتمثل بالزوجية الصحيحة ، فبعد انقضاء الرابطة الزوجية ومن ثم تبين ان سبب الانقضاء باطلاً ففي هذه الحالة تعود الحياة الزوجية الى طبيعتها ويرث الازواج فيما بينهما.

ان ما سبق ذكره يتعلق بمسائل الفقه الاسلامي ، وبالانتقال الى موقف التشريعات المقارنة ، اذ نصت المادة (٧) من قانون الميراث المصري على انه (أسباب الارث الزوجية...) الا ان النص على اطلاقه لا يمكن الاستناد اليه لبطلان ميراث الازواج فيما بينهما ، فأن الزوجية منها صحيحة ومنها باطلة ، لذا كان الاخرى بالمشرع المصري ان يبين سبب عدم ميراث الازواج فيما بينهما ، وان يجعل الزوجية الصحيحة من موجبات الارث وفي حال تخلفها ينتفي الميراث وهذا الامر ذهب اليه بعض فقهاء القانون والشريعة في مصر، بل انهم لم يورثوا الازواج فيما بينهم وأن حصل الدخول واستمرت الحياة الزوجية لحين الوفاة اذا كان عقد الزواج فاسداً، ومن باب اولى ان الازواج لا يرث احدهما الاخر اذا تبين بطلان عقد الزواج، ويعدون ذلك الامر مشابهاً الى الوطء بشبهة والزنا اذ ان في كلاهما الميراث غير صحيح بين الازواج، ولم يورد

(١) الكرياسي، الارث في الفقه الجعفري (١٣/٢).؛ زين الدين، البحر الرائق (٣٦٥/٩).؛ العمودي، أعانة المبتدئين (٣٢٦).؛ المختصر الفقهي (٥٢١/١٠).

(٢) الصدر، ما وراء الفقه (١٣٩/٦).

(٣) يعرف السبب بأنه (ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه لعدم لذاته) ينظر د. عبد الكريم محمد اللاحم ، تيسير فقه المواريث، دار اشبيليا، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٢، ص ٣٩.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

المشرع المصري حكماً صريحاً ببطلان الميراث في الوطء بشبهة والزنا، الا ان الاحكام العامة سابقة الذكر تعد احكاماً يمكن الاستدلال بها في المورد السابق^(١).

ولا يقتصر الامر على ما سبق ذكره اذ بينت القوانين الاخرى اسباب الميراث وعدت الزوجية سبباً لذلك وهذا الامر تبين لنا من موارد عدة اذ نصت المادة (١٢٦) من قانون الاسرة الجزائري على انه (أسباب الارث.... الزوجية) الا ان نص المادة سابقة الذكر لا يقل قصوراً عما ذهب اليه المشرع المصري ، اذ انه حدد الزوجية الا انه لم يحدد نوعها فهناك زوجية صحيحة وباطلة واخرى فاسدة ، وكان الاخرى بالمشرع الجزائري عد الزوجية الصحيحة وحدها من موجبات الارث دون الباطلة والفاصلة، وذات الاشكالية سابقة الذكر ذهب اليها المشرع الاماراتي وهذا ما تبين لنا من نص المادة (٣١٥) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي اذ نصت على انه (اسباب الميراث ، الزوجية..) ولم يحدد نوعها .

واحسن المشرع العراقي عندما حدد نوع الزوجية الموجبة للارث وهذا الامر تبين لنا من نص المادة (٨٦/ب) اذ نصت على انه (أسباب الارث اثنان هما القرابة والنكاح الصحيح) وهذا يعني اذا كان عقد الزواج فاسداً او باطلاً فلا يرث الأزواج احدهما الاخر^(٢)، وكان الاخرى بالمشرع العراقي ان ينحى نحو المشرع الاردني في نص المادة (٣٣) من قانون الاحوال الشخصية الاردني الذي نصت على انه (إذا وقع العقد باطلاً سواء أتم به دخول أم لم يتم لا يفيد حكماً أصلاً ولا يرتب أثراً من نفقة.... أو إرث) اذ ان النص سابق الذكر حسم الامر ولم يفرق بين الدخول من عدمه وجعل ببطلان العقد سبباً لانتفاء الميراث ، وبهذا فإذا صدر حكم من المحكمة المختصة يقضي ببطلان انشاء الرابطة الزوجية فيبطل معها الميراث الذي يعد من اثار الزواج.

اما عن حكم بطلان انقضاء الرابطة الزوجية فعلى العكس من ذلك يؤكد بقاء الزواج واستمراره وبهذا اذا توفى احد الزوجين بعد ان قام بأنهاء الرابطة الزوجية، فللزوجة او الزوج في حال وفاة احدهما ان يقيم دعوى امام المحكمة المختصة يطالب فيها ببطلان انقضاء الرابطة فان تحققت المحكمة من ادعاء المدعي اصدرت حكماً يقضي ببطلان انقضاء الرابطة ومن ثم تعد

(١) د. عبد الغفار ابراهيم صالح، احكام الموارث والوصية والوقف في الشريعة الاسلامية والقانون ، مكتبة فلسطين، بلا مكان، بلا سنة، ص ٣١-٣٢؛ رمضان علي السيد الشرنباصي، احكام الميراث بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٤٤.

(٢) د. حيدر حسين الشمري، المختصر في الميراث والوصية، مصدر سابق ، ص ٩٩.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الرابطه الزوجية صحيحة بين الزوجين وعلى ضوء ذلك يرث الزوج الحي من الاخر المتوفي لتوفر سبب الميراث المتمثل بالزوجية الصحيحة.

من كل ما تقدم نخلص الى نتيجة مفادها ان بطلان انشاء الرابطه الزوجية يعد سبباً لانتفاء الميراث بين الزوجين سواء أكان الزوجين على علم او جهل في البطلان على عكس الحال في المهر الذي بينا احكامه سابقاً وللجهل في البطلان دوراً كبيراً فيه ، اما اذا قضت محكمة الموضوع ببطلان انقضاء الرابطه الزوجية ففي هذه الحالة تعد موجبات الارث متوفرة بين الزوجين وعلى ضوء ذلك يرث احدهما الاخر وفقاً للأصبه المحددة في الشريعة الاسلامية والقانون.

ثانياً:- اثر بطلان الرابطه الزوجية على الوصية:- عالجت جميع القوانين محل المقارنة احكام الوصية سواء في قانون خاص كما فعل ذلك المشرع المصري في القانون الوصية المصري او ضمن قوانين الاحوال الشخصية كما عليه الحال في القوانين المقارنة الاخرى ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي ، اذ تعرف الوصية بأنها ((عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته او نيابة عنه بعد الوفاة)^(١)، وقد توافقت اغلب القوانين محل المقارنة مع ذلك على اعتبار ان الوصية تعد عقدً بين الموصي والموصى له الا ان القانون العراقي خالفهم في الامر اذ نصت المادة (٦٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على انه ((الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض)).

وان ادلة مشروعية الوصية وارده في القرآن الكريم في قوله تعالى ((كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ))^(٢)، وكذلك في قوله تعالى ((مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ))^(٣)، ولا يقتصر الامر على ذلك اذ ان السنة النبوية الشريفة بينت ادلة مشروعية الوصية في قول الرسول الكريم محمد (ص) (الوصية حق على كل مسلم)^(٤).

مما تقدم يتضح لنا ان الوصية لها ادلتها المستوحاة في الشريعة الاسلامية والقانون ، والذي يهمننا في الامر ما هو اثر بطلان الرابطه الزوجية على الوصية ؟ وبمعنى اخر اذا صدر حكم من

(١) د. مصطفى الزلمي، احكام الميراث والوصية وحق الانتقال، مصدر سابق، ص ١٢٣.

(٢) سورة البقرة اية ١٨٠.

(٣) سورة النساء اية رقم ١٢.

(٤) العامل، وسائل الشيعة (٢٥٨/١٩)

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

المحكمة المختصة يقضي ببطلان الزواج او بطلان انقضاء الرابطة الزوجية ففي هذه الحالة هل تبطل الوصية بين الازوج تبعاً للبطلان سابق الذكر ، ام ان بطلان الرابطة الزوجية لا يؤثر على احكام الوصية بين الازواج؟

لم نجد اجابة صريحة سواء في الشريعة الاسلامية ام في القوانين محل المقارنة تعالج الامر اعلاه ، الا ان الباحث يرى اذا كانت شخصية الزوجة محل اعتبار ففي هذه الحالة تبطل الوصية تبعاً لذلك، اما اذا اوصى الزوج لزوجته دون ان تكون شخصيتها محل اعتبار ودون مراعاة الرابطة الزوجية ففي هذه الحالة لا خلاف بين الفقهاء المسلمين بصحة هذه الوصية.

المطلب الثاني

اثر بطلان الرابطة الزوجية على الحقوق غير المالية

سبق وان اتضح لنا اثر بطلان الرابطة الزوجية على الحقوق المالية ومدى تأثير علم و جهل كلا الزوجين بذلك ، الا ان الامر لا يقتصر عما سبق ذكره اذ ان الحقوق غير المالية هي الاخرى تتأثر ببطلان الرابطة الزوجية ، ويلعب علم و جهل الزوجين دوراً بارزاً في ذلك على عكس الحال في الحقوق المالية ، وهناك خلافات فقهية في الامر عكست انظارها على القوانين محل المقارنة .

وللبطلان في مسائل الاحوال الشخصية اثار مشتركة تلحق كلا الزوجين ، وهناك اثار منفردة اذ انها تلحق احد الزوجين دون الاخر، لذا ومن خلال كل ما تقدم ارتأينا تقسيم المطلب الى فرعين سنبيين في اولهما اثار البطلان المنفردة بين الزوجين ونتطرق في الفرع الثاني الى اثار البطلان المشتركة بين الزوجين وحسب الترتيب الاتي:-

الفرع الاول

اثر البطلان المنفردة بين الزوجين

يلحق بطلان الرابطة الزوجية اثار تتعلق بأحد الزوجين دون الاخر ، اذ ان هناك اثار تلحق الزوجة دون الزوج ، وعلى العكس هناك اثار تلحق الزوج وحده دون الزوجة لذا سنبيين ذلك من خلال تقسيم هذه الفرع الى فقرتين سنبيين في اولهما اثار بطلان الرابطة الزوجية بحق الزوجة ونتطرق في ثانيهما عن اثار بطلان الرابطة الزوجية بحق الزوج وحسب الترتيب الاتي:-

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

اولاً:- اثار بطلان الرابطة الزوجية على حقوق الزوجة غير المالية:- بعد ان يتم عقد الزواج بين كلا الزوجين حسب الشروط الشرعية يترتب على ذلك اثار مالية سبق وان تطرقنا لها في المطلب الاول من هذا المبحث ، وفوق ذلك هنالك اثار غير مالية تلحق بالزوجة اذا انتهت العلاقة الزوجية ، ومن تلك الاثار العدة اذ تعرف بأنها (مدة معينة تتربص فيها المرأة المطلقة او المتوفي عنها زوجها لمعرفة براءة رحمها من اي حمل)^(١)، ومن خلال التعريف سابق الذكر يتضح لنا ان غاية العدة لمعرفة براءة الرحم ولكي لا تختلط الانساب؛ لأن اختلاط الانساب يعد امراً محرماً في الشريعة الاسلامية والقانون، اما عن ادلة مشروعية العدة فأنها واردة في القرآن الكريم بقوله تعالى ((وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ))^(٢) ، ورغم الخلاف الفقهي بشأن مصطلح القرء فهناك من قال انه الحيض واخرون يفسرونه بالطهر وقد بينا ذلك فيما سبق الا ان هذا الامر لا يعيننا بالدرجة الاولى فيجب على المطلقة ان تعتد اذا كانت من ذوات الحيض ثلاث قروء رغم الخلاف الفقهي في تفسير مصطلح القرء، ولا يقتصر الامر على ذلك اذ ان مشروعية العدة وردت في اية اخرى بقوله تعالى ((وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا))^(٣)، ان الاية سابقة الذكر تتعلق بعدة المتوفي عنها زوجها ، اذ ان الباري عز وجل بين احكام العدة بشكلٍ صريح في موارد عدة

من خلال ما سبق يتبين لنا ان المرأة التي تنتهي علاقتها الزوجية بزوجها عليها ان تعتد رغم الخلافات الفقهية في عدة المطلقة والمتوفي عنها زوجها ان كانت من ذوات الحمل، فعلى المطلقة اذا كانت من ذوات الحيض ودخل الزوج بها ان تعتد بثلاثة قروء ، اما اذا انتهت العلاقة الزوجية قبل الدخول فلا عدة عليها ، في حين هنالك حالات تنتهي بها العلاقة الزوجية بعد بلوغ او عدم بلوغ الزوجة وبمعنى اخر اذا كانت الزوجة صغيرة او يائسة اي لم تحض ففي هذه الحالة عدة طلاقها ثلاثة اشهر ، اما بشأن عدة المتوفى عنها زوجها فلا خلاف بين الفقهاء المسلمين بشأنها، فعليها ان تعتد بمدة اربعة اشهر وعشرة ايام وهذا الامر ورد في القرآن الكريم في الاية سابقة الذكر، الا ان الخلاف ثار بشأن وفاة الزوج رغم ان زوجته حاملاً وحسم المشرع العراقي الامر في نص المادة (٣/٤٨) اذ نصت على انه ((عدة المتوفى عنها زوجها اربعة اشهر وعشرة ايام للحائل أما الحامل فتعتد بأبعد الأجلين من وضع الحمل والمدة المذكورة))، ومن نص المادة

(١) شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد ابن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج الشرح المنهاج، دار الكتب العلمية لبنان ، ٢٠٠٣ ، ص ١٢٣ .

(٢) سورة البقرة ، اية ٢٢٨ .

(٣) سورة البقرة ، اية ٢٣٤ .

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

سابقة الذكر يتضح لنا ان المرأة اذا كانت حاملاً وفي الوقت ذاته توفى عنها زوجها عليها ان تعتد بأبعد الاجلين ، فإذا كانت مدة الحمل اكثر من الاربعة اشهر وعشرة ايام ففي هذه الحالة عدتها تنتهي بوضع حملها ، اما اذا كانت مدة حملها بعد الوفاة اقل من اربعة اشهر وعشرة ايام عليها ان تلتزم بالمدة المذكورة ولا يعد وضع حملها نهاية لعدتها، اما اذا مات زوج المطلقة وهي في العدة ففي هذه الحالة واستناداً الى احكام المادة (٤/٤٨) من قانون الاحوال الشخصية العراقي والتي نصت على انه ((إذا مات زوج المطلقة وهي في العدة فتعتد عدة الوفاة ولا تحتسب المدة الماضية))، يتضح لنا من نص المادة سابقة الذكر ان المرأة المطلقة اذا كانت في فترة العدة وتوفى عنها زوجها عليها ان تعتد عدة الوفاة ولا تحتسب عدة الطلاق^(١).

من كل ما تقدم اتضح لنا مفهوم العدة ونوعها ، والذي يهمننا في الامر لتعلقه بموضوع دراستنا ما حكم بطلان الرابطة الزوجية على العدة؟

ان الرابطة الزوجية وكما بينا فيما سبق تتكون من انشاء وانقضاء ، اما بشأن اثر بطلان انشاء الرابطة الزوجية على العدة فلا خلاف بين الفقهاء المسلمون على عدم وجوب العدة على الزوجة قبل الدخول الا ان الخلاف الفقهي ثار بينهم اذا حصل الدخول و كان الزوجين على علم ببطلان الزواج ، الى قولين ، اولهما ما ذهب اليه فقهاء الحنفية بقولهم ان العدة واجبة على المرأة اذا انفصلت عن زوجها بسبب بطلان انشاء الرابطة الزوجية واستدلوا بقوله تعالى (**وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ**) ، الا ان الآية سابقة الذكر حددت عدة المطلقة ولم تبين لنا عدة المرأة الذي انقضت حياتها الزوجية بسبب بطلان العقد ، لكن فقهاء الحنفية يردون على ذلك بقولهم (والفرقة اذا كانت بغير الطلاق فهي بمعنى الطلاق ؛ لأن الغاية من العدة هي للتعرف على براءة الرحم ولكي لا تختلط الانساب، وبهذا فإن كانت الفرقة طلاقاً او بسببٍ اخر كالبطلان مثلاً فبكلهما تجب العدة على الزوجة لتحقق الغاية ذاتها)^(٢)، وبذات المعنى ذهب فقهاء الحنابلة الا انهم زادوا عن ذلك بقولهم اذا كان انشاء الرابطة الزوجية غير صحيح ومن ثم توفى الزوج ففي هذه الحالة على الزوجة ان تعتد عدة المطلقة لا المتوفى عنها زوجها ويبررون ذلك بقولهم ان العقد غير صحيح وبهذا فهو والعدم سواء^(٣).

(١) لمزيد من التفصيل ينظر: د. احمد الكبيسي، مصدر سابق، ص ١٨٦.

(٢) بدر الدين، البناية شرح الهداية (٥٩٤/٥)

(٣) بهاء الدين عبد الرحمن بن ابراهيم المقدسي ، العدة شرح العمدة، دار الحديث، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ٤٦٣؛

المبدع (١٠٣/٨) ؛ البهوتي، كشف القناع (٤٨٢/٥).

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

اما ثانيهما وهو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء بقولهم لا عدة على المرأة من الزواج الباطل ، لأن حكمه والزنا سواء وبما ان الزانية لا تعتد فكذا الحال يسري على الزوجة مع علمها ببطلان عقد الزواج، الا ان عليها الاستبراء ويقصد به الانتظار، ولا يحق لها الزواج حتى تحيض حيضة واحدة للتأكد من عدم حملها ، اما اذا كانت حاملاً فعليها وضع حملها^(١).

من خلال ما تقدم يتبين لنا ان كلا القولين الزما الزوجة بمدة سواء اكانت عدة ام استبراء ، الا اننا نرجح ما ذهب اليه اصحاب الرأي الثاني ، وسبب ترجيحنا يعود الى عدم امكانية ترتيب ذات الاثار بين العقد الصحيح والباطل، اذ اننا نتطرقنا فيما سبق الى ان العقد الباطل من حيث الاصل لا يرتب اي اثراً ، وان واقعة الدخول في عقد الزواج الباطل مع علم كلا الزوجين بذلك تعد زنا ، وبما ان الزنا لا يلزم الزوجة بالعدة الشرعية فكذا الحال يسري على العقد الباطل ، وانما عليها استبراء لكي لا تختلط الانساب^(٢).

اما اذا كان الزوجين يجهلان بطلان انشاء الرابطة الزوجية وحصل الدخول بينهما ففي هذه الحالة نصح امام وطء شبهة والاخير يلزم الزوجة بأن تعتد العدة الشرعية ، فان كانت حائل ومن ذوات الحيض عليها ان تعتد ثلاث قروء وان توفى عنها زوجها فعدتها اربعة اشهر وعشرة ايام وما تبقى من ذلك نحيله لما سبق في الفقرة اعلاه^(٣).

اما عن موقف القوانين محل المقارنة فلم نجدهم يفرقون بين علم و جهل كلا الزوجين ببطلان انشاء الرابطة الزوجية وهذا الامر اتضح لنا من نصوص عدة منها نص المادة (٣٣) من قانون الاحوال الشخصية الاردني اذ نصت على انه ((اذا وقع العقد باطلاً سواء أتم به دخول أم لم يتم لا يفيد حكماً أصلاً ولا يرتب أثراً من عدة))، من نص المادة سابق الذكر يتضح لنا ان المشرع الاردني لا يرتب عدة على عقد الزواج الباطل ، وبهذا فيحق للزوجة ان تتزوج من زوج اخر بعد صدور حكم من المحكمة المختصة يقضي ببطلان انشاء الرابطة الزوجية، وبدورنا نشكل على النص اعلاه، لعدم تحقيقه مقاصد الشريعة الاسلامية ، وكان الاخرى به ان

(١) ينظر :- السيد محمد تقي المدرسي، احكام الطلاق وتفكك الاسرة ، شبكة كتب الشيعة، ط١، ٢٠١٤، ص ٦٢؛ السيد علي الحسيني السيستاني، مصدر سابق، ص ١٠٦؛ المغربي، مواهب الجليل (٤٨٨/٥). السرخسي، المبسوط (١٥٢/١٣).

(٢) د. عيد الوهاب خلاف ، مصدر سابق، ص ٣٩.

(٣) السيد علي السيستاني ، مصدر سابق، مسألة ٥٦٥، ص ١٠٦؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي(٦٣/٣)؛ المرادوي، الانصاف (١٣٨/١٠)؛ نهاية المحتاج(٤٢٥/٧).

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

يلزم الزوجة بمدة استبراء لكي يتم التحقق من براءة الرحم وعلى ضوء ذلك يمكن التخلص من عدم اختلاط الانساب^(١).

اما عن موقف قانون الاحوال الشخصية الاماراتي فنصت المادة ((٣/١٣٨)) منه على انه (تعدت المدخول بها في عقد زواج باطل او بشبهة اذا توفى عنها الرجل عدة الطلاق براءة الرحم) ، في حين نصت المادة (٤/١٣٧) من ذات القانون على انه ((تبتدىء العدة في حال القضاة بالتطليق او التفريق او الفسخ او بطلان العقد...من حين صيرورة الحكم بات)) من نص المادتين يتبين لنا ان المشرع الاماراتي كان متأثراً برأي الفقه الحنبلي ، اذ انه في النص الاول لم يلزم الزوجة بعدة الوفاة اذا كان عقد الزواج باطلاً وانما عليها ان تعتد عدة الطلاق وقد بينا غاية ذلك فيما سبق، اما عن وقت بدء العدة في عقد الزواج الباطل فهو يوم صدور حكم من المحكمة المختصة يقضي بذلك، الا ان المشرع الاماراتي هو الاخر لم يفرق بين علم وجهل كلا الزوجين ببطلان انشاء الرابطة الزوجية وهذا الامر ينافي احكام الشريعة الاسلامية^(٢).

اما بشأن القانون العراقي فلم نجد في طياته حكماً يعالج احكام العدة اذا صدر حكم من المحكمة المختصة يقضي ببطلان انشاء الرابطة الزوجية ، وكان الاجدر بالمشرع العراقي ان يبين ذلك بمادة خاصة ضمن الباب الخامس من قانون الاحوال الشخصية يكون فحواها بالشكل الاتي (لا تجب العدة على المرأة المدخول بها من عقد زواج باطل مع علم الزوجين بذلك ، وعليها الاستبراء ان ارادت الزواج).

من كل ما تقدم يتضح لنا ان القوانين محل المقارنة لم تعالج اثر بطلان انشاء الرابطة الزوجية على عدة الزوجة بشكلٍ مفصل كما بين ذلك جمهور الفقهاء والغاية من عدم الزام الزوجة بالعدة لكي لا يتم المساواة بين العدة في العقد الصحيح والباطل، اذ ان غاية العدة هي براءة الرحم وهذا الامر يجب تحققة في كلا العقدتين ، الا ان الغاية سابقة الذكر ليس الوحيدة فهناك غايات اخرى للعدة شرعت من اجلها ومنها اذا كانت الطلاق رجعيّاً فيمكن للزوج خلال تلك الفترة ان يراجع زوجته ، وكذلك لا يمكن للحرّة الكريمة ان تتزوج فور طلاقها لان الامر فيه استهانة بالزوج الاول ، والغاية الثانية والثالثة تنفي في عقد الزواج الباطل^(٣).

(١) د. محمد احمد حسن القضاة، مصدر سابق، ج١، ص ١٢٩.

(٢) المذكرة الايضاحية لقانون الاحوال الشخصية الاماراتي، مصدر سابق، ص ١٦٧.

(٣) الامام محمد ابو زهرة، الاحوال الشخصية، مصدر سابق، ص ٣٧٢.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

اما عن اثر بطلان انقضاء الرابطة الزوجية فلا يجب فيه على الزوجة ان تعتد ، لأن الحياة الزوجية ستعود الى وضعها الكائن عليه قبل الانقضاء، وبهذا اذا قام الزوج بإنهاء الرابطة الزوجية بينه وبين زوجته عن طريق الطلاق او التفريق، ومن ثم قامت الزوجة دعوى امام المحكمة المختصة تطالب فيها ببطلان الانقضاء للأسباب المذكورة في الفصل الثاني من هذه الاطروحة ، ففي هذه الحالة اذا قضت المحكمة بالبطلان فلا يجب على الزوجة العدة الشرعية المنصوص عليها في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ، وكذلك القوانين محل المقارنة، وغاية ذلك تكمن في انتفاء سببها المتمثل بالطلاق او التفريق وعودة الحياة الزوجية فيما بين الزوجين لما كانت عليه.

فضلاً عن ذلك هنالك اثار اخرى تؤثر على حقوق الزوجة غير المالية في حال بطلان الرابطة الزوجية الا انها تختلف بين الانشاء والانقضاء، فإذا صدر حكم من المحكمة المختصة يقضي ببطلان انشاء الرابطة الزوجية هنا يحق للزوجة الزواج من الاشخاص الاخرين لانتفاء مانع الزواج المتمثل بالزوج الاخر، اما اذا صدر حكم من المحكمة المختصة يقضي ببطلان انقضاء الرابطة الزوجية ففي هذه الحالة لا يحق للزوجة ان تتزوج بزواج اخر ، لأن زواج المتزوجة والمعتدة يعد من المحرمات ، وبما ان الزوجة بعد الحكم ببطلان انقضاء الرابطة لم تنتهي علاقتها الزوجية فمن البدهيات ان زواجها من الغير يعد محرماً لتعلقها بزواج اخر، وهذه الامور متفق عليها في الشريعة الاسلامية والقانون.

ثانياً:- اثار بطلان الرابطة الزوجية على حقوق الزوج غير المالية:- تطرقنا في الفقرة الاولى الى اثار البطلان على حقوق الزوجة غير المالية ، وان الاثار سابقة الذكر تنفرد بها الزوجة دون الزوج ، الا ان الامر لا يقتصر على ذلك فهنالك اثار تتعلق ببطلان الرابطة الزوجية يتأثر بها الزوج دون الزوجة ، وتكمن تلك الاثار بالدرجة الاساس في حقوق الزوج على زوجته ومن تلك الحقوق إطاعة الزوج بالمعروف ، اذ يجب على الزوجة ان تطيع زوجها بما يقتضيه الشرع والقانون، فعلى الزوجة اطاعة زوجها بما امرها الله ورسوله ، وبخلاف ذلك ينتفي حق الزوج اذا امرها بطاعته مخالفاً في ذلك الشريعة الاسلامية والقانون ؛ وغاية ذلك تكمن في ان لا طاعة للمخلوق في معصية الخالق، بمعنى اخر اذا تعارضت اوامر الزوج مع اوامر الله سبحانه وتعالى فمن البدهيات ان اوامر الله تغلب ويجب الاخذ بها دون غيرها^(١).

(١) القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي، مصدر سابق، ص ١٢١.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

فضلاً عن ذلك ان من حقوق الزوج على زوجته ان يقوم بتأديبها إذا ارتكبت جريمة اخلاقية تنتافي مع الحياة الزوجية ودليل ذلك وارد في القرآن الكريم بقوله تعالى ((الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ))^(١)، وان تأديب الزوجة يمر بعدة مراحل منها النصح والارشاد ، فيجب على الزوج ان يقوم بنصح زوجته وارشادها على الطرق الصحيحة الذي تتوافق مع استمرار الحياة الزوجية وان وجدَ هذه الطريقة غير مجدية ولا تنفع مع الزوجة عليه ان يهجرها وهذا الامر ورد في القرآن الكريم بقوله تعالى ((واهجروهن في المضاجع))^(٢)، ويجب ان يكون الهجر في مكان خلوة الزوجين وان لا يهجرها امام الاطفال^(٣)، اما إذا تبين ان هجر الزوج لزوجته هو الاخر غير مجدٍ فعليه ان يضربها شرط ان لا يكسر لها عظماً ولا يجرح لها جلدًا ، واذا لم يتوصل الى نتيجة في الطرق اعلاه فما عليه الا ان يطلقها^(٤).

اما بشأن اثر بطلان الرابطة الزوجية على الحقوق اعلاه فأنها تختلف بين بطلان الانشاء والانقضاء ومرد الاختلاف يكمن في عدم احقية الزوج بتأديب زوجته اذا صدر حكم من المحكمة المختصة يقضي ببطلان انشاء الرابطة الزوجية، وغاية ذلك تكمن بأنقضاء سبب الحق ، اذا ان الشريعة الاسلامية والقانون اعطوا للزوج على زوجته الحقوق اعلاه وبما ان سبب الزوجية انقضى عن طريق صدور حكم من المحكمة المختصة يقضي ببطلان انشاء الرابطة الزوجية ففي هذه الحالة لا يحق للزوج ان يطلب من زوجته القيام بالحقوق المذكورة فيما سبق، الا ان الامر يختلف في حال صدور حكم من المحكمة المختصة يقضي ببطلان انقضاء الرابطة الزوجية ، اذ ان سبب الحق يعود للزوج وبهذا فمن المفترض على الزوجة ان تلتبي جميع حقوق الزوج غير المالية سابقة الذكر؛ لأنها امور مفروضة من قبل الشريعة الاسلامية والقانون ومخالفتها ترتب عواقب سبق وان تطرقنا لها واخرها انتهاء الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق، الا ان ما سبق ذكره هو تطبيقاً للقواعد العامة الواردة في القوانين محل المقارنة ، ولم نجد نصّاً صريحاً يعالج المسألة اعلاه، لذا كان الاجدر بالمشرع العراقي ان يبين اثر بطلان الرابطة الزوجية على حقوق الزوج غير المالية بشكلٍ صريحٍ لكي يتمكن قاضي الموضوع من اصدار قرار مطابقاً للنص

(١) سورة النساء اية ٣٤.

(٢) سورة النساء اية ٣٤

(٣) عبد الغني ياسين اللبدي، حاشية اللبدي على نيل المآرب، ج ١، دار البشائر الاسلامية، بلا مكان، ١٣١٩هـ، ص ٣١٣.

(٤) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الزواج والطلاق، مصدر سابق، ص ٨٢.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الوارد في القانون؛ اذ ان ترك الامر لسلطة القاضي التقديرية قد يؤدي الى صدور احكام متناقضة وهذا ما لا نؤيده.

ولا يقتصر الامر على ذلك اذ ان بطلان الرابطة الزوجية له اثر على الزوج من ناحية زواجه بزوجة اخرى، فإذا صدر حكم من المحكمة المختصة يقضي ببطلان انقضاء الرابطة الزوجية بين الزوجين واراد الزوج ان يتزوج بزوجة اخرى رغم زواجه من ثلاثة زوجات ففي هذه الحالة يعد زواجه من الزوجة الرابعة باطلاً اذا صدر حكماً من المحكمة المختصة يقضي ببطلان انقضاء الرابطة الزوجية للأسباب المذكورة فيما سبق، اذ ان الزوجة الرابعة بعد صدور حكم يقضي ببطلان انقضاء الرابطة الزوجية تصبح زوجةً خامسة وهذا الامر محرم في الشريعة الاسلامية، وكذلك عالجت القوانين محل المقارنة ذلك اذ نصت المادة (١٣) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على انه (أسباب التحريم قسماً مؤبدة ومؤقتة فالمؤبدة هي القرابة والمصاهرة والرضاع والمؤقتة الجمع بين زوجات يزدن على أربع...) وعلى ذات الحال سارت القوانين محل المقارنة^(١).

من كل ما تقدم نخلص الى نتيجة مفادها ان لبطلان الرابطة الزوجية الاثر الواضح على حقوق الزوج غير المالية، ولم نجد نصوص صريحة في قانون الاحوال الشخصية العراقي تعالج الامر اعلاه وهذا يعد نقصاً تشريعياً كان الاجدر بالمشروع تلافيه من خلال ايراد نصوص واضحة الدلالة تبين لنا اثر بطلان الرابطة الزوجية على حقوق الزوج وكما بينا ذلك فيما سبق لكي يستدل بها قاضي الموضوع عند اصدار القرارات ذوات الشأن.

الفرع الثاني

اثر البطلان على الحقوق المشتركة بين الزوجين

بيننا فيما سبق اثار البطلان الذي ينفرد بها كل زوج دون الاخر ، الا ان هنالك اثار يشترك بها كلا الزوجين ، فهي لا تختص بزواج دون الزوج اي انها لا تقتصر على احدهما دون الاخر ومن اهم تلك الاثار هي:-

(١) اذ نصت المادة (٢٨) من قانون الاحوال الشخصية الاردني على انه (يحرم بصورة مؤقتة ما يلي: و- الجمع بين أكثر من أربع زوجات أو معتدات من طلاق رجعي) ، وكذلك نص المادة (٣٠) من قانون الاسرة الجزائري اذ نصت على انه (يحرم من النساء مؤقتاً المحصنة) وعلى ذات الحال عالج القانون الاماراتي الامر اذ نصت المادة (٢/٤٧) على انه المحرمات بصورة مؤقتة: ٢- الجمع بين اكثر من اربعة نسوة)

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

اولاً:- النسب:- يعد النسب من النعم التي انعمها الله على البشرية جمعاء، ويعرف بأنه ((رابطة شرعية بين شخصين يثبت لكليهما بمقتضاه مجموعة من الحقوق ويجب عليه مجموعة من الالتزامات وتبنى عليها الاحكام الشرعية))^(١)، ويعرفه اخرون بأنه ((علاقة الدم أو رباط السلالة او النوع الذي يربط الانسان بأصوله وفروعه وحواشيه))^(٢).

من كل ما تقدم يتضح لنا ان للنسب دور كبير لا يتعلق بذات الشخص وانما يتعدى الى اشخاص اخرين بسبب الرابطة الوثيقة بينهما ، وتكمن اهميته بالدرجة الاساس في الحقوق المالية وغير المالية ويقابلها الالتزامات التي تقع على عاتقه، فمن الحقوق المالية نذكر الميراث ومدى تأثير النسب فيه، فلا يمكن ان يرث الشخص اذا انعدم نسبه من الوارث ؛ وغاية ذلك تكمن في انتفاء سبب الميراث، ولا يقتصر الامر على ذلك اذ هنالك التزامات تقع على عاتق الشخص وللنسب دورٌ كبير فيها ومن اهمها النفقة ، اذ ان الابناء نفقتهم على ابيهم لحين سن البلوغ ، اما البنت فتبقى نفقتها على ابيها لحين زواجها ، الا ان هذا الامر مرتبط ارتباطاً شرعياً في النسب، فهناك علاقة وطيدة لا يمكن التخلص منها بين النسب ونفقة الابناء، وأن الكلام عن هذه الخاصية ومتعلقاتها قد يطول الا اننا نكتفي بهذا القدر.

وان ادلة مشروعية النسب ذكرت بموارد عدة في محكم كتابه الكريم ونذكر منها قوله تعالى ((وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا))^(٣) ، ومن مدلول الاية سابقة الذكر يتضح لنا مدى حرص الاسلام على النسب لما له من اهمية، ولا يقتصر الامر على ذلك اذ ان البارى عز وجل جاء بآيات قرآنية عديدة نجد من خلالها دور الشريعة الاسلامية في المحافظة على نسب الشخص ومن تلك الآيات قوله تعالى ((ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ اَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ...))^(٤)، ويراد بالاية الكريمة سابقة الذكر ان الله سبحانه وتعالى اوجب ان يكون نسب الشخص الى ابيه الحقيقي وهذا الامر اصوب واقسط عند الله سبحانه وتعالى ، لذا فإن الله سبحانه وتعالى حرم التبني لما فيه من اثار سلبية، وكذلك حرم البارى عز وجل الزنا وهذا الامر ورد في قوله تعالى ((وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانَةَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا))^(٥)؛ لأن فيه ضياع للأنسب وتهيج

(١) ينظر: استاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات الرحم البديل وإثبات النسب في صور الإخصاب الصناعي دراسة مقارنة، المركز القانوني للاصدارات القانونية، القاهرة، ط١، ٢٠١٦، ص ١١٢.

(٢) د. احمد حمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، دار القلم، الكويت، ١٩٨٣، ص ١٧.

(٣) سورة الفرقان اية ٥٧.

(٤) سورة الاحزاب اية رقم ٥.

(٥) سورة الاسراء، اية ٣٢.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الفتن، لذا نجد ان الشريعة الاسلامية الغراء حريصة على عدم اختلاط الانساب، ويعد النسب حقاً مشتركاً بين الاب والام وكذلك المولود^(١).

من كل ما تقدم يتضح لنا ان النسب من الامور التي حرصت الشريعة الاسلامية على حمايتها ، ولا يقتصر الامر على ذلك اذ ان القوانين محل المقارنة ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ والمعدل افردوا نصوصاً عدة لأحكام النسب، سنذكر ما يعيننا عند الاجابة على السؤال الذي يتعلق في حيثيات بحثنا ومفاده ما اثر بطلان الرابطة الزوجية على النسب؟

تقتضي الاجابة الرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية والقانون، ومن خلال الرجوع الى ذلك نجد ان النسب يثبت في الاصل بالنكاح الصحيح المستوفي لأركانه وشرائطه ودليل ذلك ما روي عن الرسول الكريم (ص) بقوله ((الولد للفراش وللعاهرة الحجر))^(٢)، اما اذا كان الزواج باطلاً فنجد ان الفقهاء المسلمون يفرقون بين علم الزوجين بالبطلان او جهلها بذلك، اما اذا كانا على علم في البطلان فلا خلاف بين الفقهاء المسلمين على عدم ثبوت النسب من الزوجين لأن الزواج الباطل مع علم الزوجين بذلك حكمه والزنا سواء^(٣) ، وبما ان الزنا لا يثبت به النسب فكذا عقد الزواج الباطل.

اما اذا كان الزوجين يجهلان ببطلان انشاء الرابطة الزوجية اذا كان البطلان يتعلق ببعض المسائل كما هو الحال فيمن يتزوج اخته من الرضاع او يتزوج امرأة من محرماته دون العلم بذلك، ففي هذه الحالة اذا وطئها الزوج يكون وطء شبهة لعدم علم كلا الطرفين بالبطلان، لذا يجب ان نبين موقف الفقهاء المسلمون من احكام النسب في وطء الشبهة، فعلى سبيل الفرض اذا تزوج شخص اخته من الرضاع دون علمها بذلك وأنجبا طفلاً فهل يثبت نسبه من كلا الزوجين ؟ وفي فرضية اخرى اذا وكلت الاخت اخيها بتزويجها وقام بأجراء عقدين ففي هذه الفرضية يقدم الاول ويبطل الثاني فإذا دخل الثاني بها وانجبا طفلاً نكون امام وطء شبهة وفي

(١) استاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات الرحم البديل وإثبات النسب في صور الإخصاب الصناعي دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص ١١٣-١١٤.

(٢) ابي عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، حديث رقم ٢٠٥٣، دار ابن كثير، دمشق، ط١، ٢٠٠٢، ص ٣٧٠.

(٣) برهان الدين، المحيط البرهان (١٧٠/٤)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (٢١٠/٣).

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الفرضيتين اعلاه يعد النسب ثابتاً لكلا الزوجين^(١)؛ وغاية ذلك تكمن في ان الفقهاء المسلمين يعدان ثبوت النسب في عقد الزواج الصحيح ووطء الشبهة سواء، لأن الدخول في العقد الباطل يوجب الحد وان الحدود تدرأ بالشبهات وبهذا اذا كانت هنالك شبهة يثبت على اساسها النسب^(٢).

من كل ما تقدم يتضح لنا ان لعلم الزوجين وجهلها اثر في ثبوت نسب الشخص ويكمن ذلك بما يأتي:-

١- اتفق الفقهاء المسلمين^(٣) على ان علم الزوجين ببطلان انشاء الرابطة الزوجية يعد سبباً لعدم ثبوت نسب الشخص الذي نتج عن هذا الزواج، وسبب ذلك يكمن في ان الزواج الباطل مع العلم يعد حكمه والزنا سواء، وبما ان الزنا لا يثبت به النسب ولا تدرأ فيه الشبهات فكذلك يسري الحكم على انشاء الرابطة الزوجية مع العلم بالبطلان، ويؤيد الباحث ذلك لكي لا تستشري ظاهرة انشاء العقود الباطلة لمخالفتها احكام الشريعة الاسلامية الغراء.

٢- كذلك اتفق الفقهاء المسلمين على ان جهل كلا الزوجين ببطلان انشاء الرابطة الزوجية يعد سبباً لثبوت نسب الطفل الذي نتج عن زواجهما ، ويبررون ذلك بالقول ان الزنا يوجب الحد ، وكذلك الحدود تدرأ بالشبهات وبما ان الجهل سبباً لوطء الشبهة ، وان الشبهات تدرأ الحدود فعلى اساس ذلك يثبت النسب وهذا ما تؤيده لموافقته احكام الشريعة الاسلامية الغراء.

اما عن موقف القوانين محل المقارنة فلم تفصل لنا بين العلم والجهل ببطلان انشاء الرابطة الزوجية وهذا الامر بحد ذاته يعد نقصاً تشريعياً لجميع القوانين ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي، اما عن موقف قانون الاسرة الجزائري فنجد في طياته تطبيقاً واحداً لاحكام بطلان انشاء الرابطة الزوجية ومدى اثرها على ثبوت النسب وهذا الامر اتضح لنا من نص المادة (٣٤) منه على انه (كل زواج بأحد المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب...) وهذا الامر على اطلاقه غير صحيح لمخالفته احكام الشريعة الاسلامية الغراء اذ ان الدخول بالمحرم مع العلم بالحرمة يعد حكمه والزنا سواء ويجب على الزوجين الحد وعلى ضوء ذلك ينتفي نسب الطفل الذي انجب من هذه العلاقة المحرمة، ولم نجد في نصوص القوانين المصرية محل لكيفية ثبوت او عدم ثبوت النسب في عقد الزواج الباطل.

(١) الانصاري، كتاب النكاح(٦٥)

(٢) الامام محمد ابو زهرة، الاحوال الشخصية، مصدر سابق، ص ١٥٠.

(٣) برهان الدين، المحيط البرهان (١٧٠/٤)، الكاساني، بدائع الصنائع (٢١٠/٣).

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

في حين اوردت بعض التشريعات المقارنة نصوصاً صريحة لكن لا يمكن ان نستنتج من خلالها انها فرقت بين علم او جهل كلا الزوجين بالبطلان وهذا الامر اتضح لنا من موارد عدة جاءت بها النصوص التشريعية للقوانين محل المقارنة ومنها نص المادة (٣٣) من قانون الاحوال الشخصية الاردني النافذ اذ نصت على انه (إذا وقع العقد باطلاً سواء أتم به دخول أم لم يتم لا يفيد حكماً أصلاً ولا يرتب أثراً من ..نسب ...).

وللوهلة الاولى نؤيد ما جاء به المشرع الاردني الا اننا لو راجعنا احكام الشريعة الاسلامية نجد ان النص اعلاه لا يأخذ بجميع تلك الاحكام ؛ لعدم تمييزه بين جهل او علم الزوجين بالبطلان فالنص جاء عاماً يخلو من تفاصيل يحتاجها قاضي الموضوع لكي يستدل فيها على ثبوت او عدم ثبوت النسب من عقد الزواج الباطل، وذهب بعض شراح القانون الاردني الى القول بأن النسب يثبت في عقد الزواج الصحيح، والعقد الباطل اذا تحققت الشبهة وكان الاخرى بالمشرع الاردني ان يتبع هذا الرأي^(١).

اما بشأن موقف قانون الاحوال الشخصية الاماراتي فنجده هو الاخر لم يفرق بين علم او جهل كلا الزوجين بالبطلان وهذا الامر اتضح لنا من نص المادة (٢/٦١) اذ نصت على انه ((لا يترتب على الزواج الباطل اي اثر مالم ينص هذا القانون على خلاف ذلك)) وهذا الامر بحد ذاته يوقع قاضي الموضوع في اشكاليات متعددة ، اذ ان عقد الزواج الباطل يرتب اثراً اذا كانت هنالك شبهة، ونجد ان المشرع الاماراتي خالف هذا النص بقرارات متعددة اثبت من خلالها النسب من الزنا ، وبما ان عقد الزواج الباطل والزنا تسري عليهما ذات الاحكام في النسب اذا كان الزوجين على علم بالبطلان لذلك اقتضى علينا ان نستدل بعدة تطبيقات قضائية ذهبت اليها المحاكم الاماراتية تم من خلالها ثبوت نسب ابن الزنا ومنها ((حكم محكمة التمييز في دبي بأثبات نسب الطفل الى المدعي استناداً الى اقراره بجلسة المرافعة في تاريخ ٢٠١٣/٤/٢ بنسب الطفل اليه وصادقته المدعية على ذلك ولم يثبت ان الطفل منسوب الى غيره ولم يصرح انه ولده من الزنا ومن ثم فإن النسب يثبت في الاقرار دون التوقف على حكم عقد الزواج سواء اكان باطلاً من عدمه))^(٢)، وبذات حيثيات الحكم اصدرت محكمة التمييز قرارين تمييزين تؤيد من

(١) د. محمود علي السرطاوي، مصدر سابق، ص ٣٤٩.

(٢) ينظر قرار الحكم التمييزي الصادر من محكمة التمييز في دبي بالعدد ١٦٠ في ٢٠١٤/٩/٣٠. ينظر د. عالية احمد صالح ضيف الله ، نسب ولد الزنا من ابيه الزاني دراسة مقارنة مع قانون الاحوال الشخصية الاماراتي، بحث منشور في جامعة الامارات العربية المتحدة ، كلية علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٦، عدد ٤، ٢٠١٩، ص ٣٩٢.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

خلالهما ثبتت ابن الزنا من ابيه دون التحقق من صحة عقد الزواج من عدمه^(١)، وان القرارات سابقة الذكر تتعارض مع الاحكام الشرعية سابقة الذكر ولا يؤيده الباحث ، اذ ان النسب نعمة انعمها الله سبحانه وتعالى على البشرية جمعاء ، والزنا امرٌ مرفوض ولا يمكن ان تكون هذه النسب من شيء مخالف لأحكام القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

اما عن موقف المشرع العراقي فبين لنا احكام ثبوت النسب في عقد الزواج الصحيح بشكلٍ صريح وهذا الامر اتضح لنا من نص المادة (٥٢) من قانون الاحوال الشخصية العراقي اذ نصت على انه (ينسب ولد كل زوجة إلى زوجها بالشرطين التاليين: ١ - أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل. ٢- أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً).

يتضح لنا من خلال كل ما تقدم ان المشرع العراقي اشترط لثبوت النسب من فراش الزوجية الصحيح شرطين اولهما ان يمضي ستة اشهر على عقد الزواج وهذا الامر يتوافق مع قوله تعالى (وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا)^(٢)، وكذلك قوله تعالى (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ)^(٣) ، ومن خلال الآيتين السابقتين يتبين لنا ان اقل مدة الحمل هي ستة اشهر من تاريخ عقد الزواج وعلى خلاف ذلك لا يمكن ان يثبت نسب الشخص، الا ان الذي يهمننا في الامر هل عالج المشرع العراقي احكام النسب في عقد الزواج الباطل؟

من خلال النصوص الواردة في قانون الاحوال الشخصية العراقي لم نجد في طياته حكماً لذلك ، وكان الاجدر بالمشرع العراقي ان يميز بين علم او جهل كلا الزوجين بواقعة البطلان ، وهذا الامر يعد نقصاً تشريعياً كان الاجدر على المشرع العراقي تلافيه بأيراد نصاً بالصيغة الاتية) لا يترتب على عقد الزواج الباطل اي اثر من الاثار الشرعية ومن ضمنها النسب اذا كان الزوجين على علم بالبطلان ، اما اذا كانا يجهلان بالبطلان فيثبت النسب لتحقق شبهة العقد).

وان الامر اعلاه تطرق له اغلب شراح قانون الاحوال الشخصية العراقي وهذا ما نؤيده ، اما عن موقف محكمة الموضوع نجد في طياتها قراراً صادراً من محكمة التمييز الاتحادية تقضي فيه ببطلان زواج الخامسة وثبوت نسب اولادها ، اذ جاء في حيثيات القرار توفى رجل

(١) ينظر قرار الحكم التمييزي بالعدد ٨٦ الصادر من محكمة التمييز في دبي بالعدد ٢٠١٥/٨٦ في ٢٣/٦/٢٠١٥. المصدر نفسه، ص ٣٩٣.

(٢) سورة الاحقاف اية ١٥.

(٣) سورة البقرة اية ٢٣٣.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

عن خمسة زوجات لكل منهما اولاد من المتوفي وبهذا فإن زواج الخامسة يعد باطلاً مع ثبوت نسب اولادها^(١).

الا ان القرار سابق الذكر لم يفصل لنا اساس ثبوت النسب هل قائم على شبهة العقد ام على اساس اخر، فإذا كان قائم على شبهة العقد يعد قراراً صائباً يؤيده الباحث لتوافقه مع احكام الشريعة الاسلامية الغراء، اما اذا قضت المحكم بثبوت نسب الاولاد مع الحكم ببطلان العقد رغم علم الزوجين بالبطلان فهذا ما لا يتوافق مع الاحكام الشرعية ولا يرجحه الباحث.

اما عن اثر بطلان انقضاء الرابطة الزوجية على النسب فنجدها لا تؤثر فيه ويبقى النسب ثابتاً لكلا الزوجين سواء صدر حكم من المحكمة المختصة يقضي ببطلان انقضاء الرابطة ام لم يصدر حكماً بذلك، فعلى سبيل الفرض اذا انهى شخص علاقته الزوجية بزوجته عن طريق الطلاق رغم وجود طفلاً بينهما ومن ثم قامت الزوجة دعوى امام المحكمة المختصة تطلب من خلالها بطلان انقضاء الرابطة الزوجية وحكمت المحكمة لها ، ففي هذه الحالة لا اثر لبطلان انقضاء الرابطة الزوجية على نسب الطفل ففي كل الاحوال يعد نسبه ثابتاً من ابيه وامه ولا يمكن نفيه الا عن طريق اللعان الذي بينا احكامه سابقاً.

ثانياً:- الحد في بطلان الرابطة الزوجية:- كما بينا سابقاً ان الرابطة الزوجية تتكون من انشاء وانقضاء وقد يطرأ على كليهما البطلان ، ولا اثر للحد في بطلان انقضاء الرابطة الزوجية ، اذ ان الزوج اذا انهى علاقته الزوجية بزوجته عن طريق الطلاق ومن ثم اقامت الزوجة دعوى امام المحكمة المختصة تطلب فيها ببطلان انقضاء الرابطة الزوجية مستندة في ذلك لأحد الحالات المذكورة في فصلنا الثاني ففي هذه الحالة اذا حكمت لها المحكمة ببطلان انقضاء الرابطة الزوجية فترجع الى زوجها ولا يمكن ان يقيما عليهما الحد وفقاً لاحكام الشريعة الاسلامية الغراء.

الا ان الحد يظهر لنا بشكل واضح وفقاً لاحكام الشريعة الاسلامية الغراء عند الحكم ببطلان انشاء الرابطة الزوجية له، وسبب اقامة الحد مبني على الادلة الشرعية الواردة في القرآن والسنة النبوية الشريفة ، اذ ان الباري عز وجل حرم لنا الزنى لما فيه من اثار سلبية تتعلق باختلاط الانساب وغيرها من الاثار الاخرى وهذا الامر ورد في قوله تعالى ((وَلَا تَقْرَبُوا

(١) ينظر قرار محكمة التمييز بالعدد ١٦٣١/شخصية/٨١ في ١٩٨١/١١/٢١. ينظر القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي، مصدر سابق، ص ٢١١.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الزَّانِيَةُ وَالزَّانِيَ فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْشَهِدُ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ))^(١)، من الآيتين سابقتي الذكر يتضح لنا ان الله سبحانه وتعالى نهى البشرية جمعاء عن الزنا ووضع عقوبة الى ذلك لما فيه من مخاطر وتبعات سيئة تؤدي الى اختلاط الانساب.

والذي يهمننا في الامر هل يعاقب كلا الزوجين عقوبة الزاني والزانية اذا صدر حكم من المحكمة المختصة يقضي ببطلان انشاء الرابطة الزوجية؟

ان الاجابة على السؤال اعلاه تقتضي التفرقة بين علم الزوجين او جهلها ببطلان انشاء الرابطة الزوجية ، فإذا كانا لا يعلمان بالبطلان ففي هذه الحالة نكون امام شبهة العقد، وبما ان الحدود تدرأ بالشبهات استناداً الى الحديث النبوي الشريف (ادروا الحدود بالشبهات)^(٢) ففي هذه الحالة تنقضي الحياة الزوجية ببطلان عقد الزواج الا ان الزوجين لا يحدا وفقاً للأحكام الشرعية.

اما اذا كانا الزوجين على علم ودراية ببطلان العقد ورغم ذلك حصل الدخول بينهما ففي هذا المقام نجد ان فقهاء الشريعة الاسلامية على اختلاف فيما بينهم بشأن مدى امكانية اقامة الحد على كلا الزوجين من عدمه، اذ انقسم الفقهاء المسلمين في الامر سابق الذكر الى عدة اقوال سنذكرها من خلال الاتي:-

القول الاول:- ما ذهب اليه الراجح لدى فقهاء الحنفية بقولهم ان العقد الباطل لا يترتب عليه عقوبة حدية وانما عقوبة تعزيرية لكلا الزوجين ، والفرق بينهما ان العقوبات الحدية لا يمكن انقاصها او زيادتها فهي محددة من قبل الباري عز وجل ، اما العقوبة التعزيرية يترك امر تقديرها الى الحاكم الشرعي، في حين ذهب رأي اخر لفقهاء الحنفية بقولهم يجب التفرقة في الزواج الباطل بين نكاح المحارم والأنكحة الباطلة الاخرى ، ففي الاول يجب اقامة الحد على كلا الزوجين ، اما في الثاني فيجب ان يعزرا ولا يحدا^(٤)، ودليلهم في ذلك وارد في القرآن الكريم بقوله تعالى ((فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ))^(٥)، وكذلك قوله تعالى

(١) سورة الاسراء اية ٣٢.

(٢) سورة النور اية ٢.

(٣) العامل، وسائل الشريعة (٣٣٦/١٨).

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع (١٩٠/٩)؛ الحنفي، شرح فتح القدير (٢٤٦/٥).

(٥) سورة النساء اية ٣.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

((وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ^(١)))، اذ ان فقهاء الحنفية يستدلون في الايات سابقة الذكر بقولهم ان جميع النساء تكون محلاً للعقد وبهذا فإن النساء ووفقاً لذلك لا يمكن اقامة الحد عليهما من خلال درأ الحد بالشبهة، وشبهة العقد تكمن في ان الله سبحانه وتعالى اخرج بعض النساء لأن تكون محلاً مع قيام المحلية في واقع الامر^(٢).

الا اننا نرد على الرأي اعلاه بالقول ان المحل لا يكون صالحاً للعقد في جميع الاحيان لتخلف احد اركانه ، وبهذا فلا يمكن القول ان جميع النساء صالحات للعقد اذ هنالك استثناءات وضعها الباربي عز وجل في محكم كتابه العزيز وبينها فيما سبق، وبهذا فأننا لا نؤيد الرأي اعلاه للأسباب المذكورة سابقاً.

القول الثاني:- ذهب اصحاب هذا الرأي الى القول ان حد الزنا في بطلان انشاء الرابطة الزوجية يقام في الانكحة التي اشتهر تحريمها في القرآن الكريم كما هو الحال في حرمة زواج الام او الاخت ، اما الانكحة التي لم يشتهر تحريمها في القرآن الكريم وانما هنالك ادلة لها في السنة النبوية كما هو الحال في بطلان زواج المعتدة ففي هذه الحالة لا يمكن اقامة الحد على الزوجين وان علما بالبطلان وهذا ما ذهب اليه فقهاء المالكية^(٣).

ويرد الباحث بالقول ان مصادر الحكم الشرعي تبنى عليها الاحكام سواء اكانت متمثلة بالقرآن الكريم ام بالسنة النبوية الشريفة وبهذا فلا يمكن اللجوء الى التفرقة بين شهرة البطلان من عدمه ، اذ ان الامر لا يتعلق بذلك وانما يتعلق بعلم كلا الزوجين بالبطلان وهذا الامر اذا تحقق في الأنكحة الباطلة وجب الحد دون البحث عن مدى شهرة التحريم من عدمه.

القول الثالث:- ذهب جمهور الفقهاء الى وجوب الحد في الأنكحة الباطلة اذا كانا الزوجين على علم ببطلان انشاء الرابطة الزوجية ، ودليلهم في ذلك يكمن في ان الزوجين اذا كانا محرمين على بعضهما الاخر ينتفي المحل بينهما وبما ان المحل يعد ركناً اساسياً في جميع العقود ومنها عقد الزواج ففي هذه الحالة نكون امام عقد باطل فاذا دخل بها الزوج رغم علمه بالبطلان اصبحنا امام جريمة زنا تستوجب العقوبة المتمثلة بالحد الذي بينه الله سبحانه وتعالى في محكم كتابه العزيز^(٤).

(١) سورة الروم اية ٢١.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع (١٩٠/٩).

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي (٣٠٥/٦)؛ المغربي، مواهب الجليل (٣٩١/٨).

(٤) العامل، للمعة الدمشقية (٢٠/٩)؛ المقري الشافعي، روضة الطالبين (٣١٢/٧)؛ البهوتي، كشف القناع

(١٢٥/٦)؛ ابن قدامه، المغني (٣٥٤/٩)؛ الماوردي، الانصاف (١٤١/١٠).

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

ويؤيد الباحث الرأي اعلاه لأنه يتوافق مع الاحكام الشرعية الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

اما عن موقف القوانين محل المقارنة فلم تأخذ بالعقوبات الحدية سابقة الذكر اذ لها عقوبات وضعية في حال تكييف بطلان انشاء الرابطة الزوجية مع علم الزوجين بأنه زنا، لذا كان الاخرى بالتشريعات محل المقارنة ومنها التشريع العراقي ان تجعل حكم بطلان انشاء الرابطة الزوجية مع علم الزوجين بذلك والزنا سواء ، وبهذا علينا الرجوع الى احكام قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ ومن خلال الرجوع الى ذلك وجدنا نصوص متناثرة يمكن الاستدلال بها ومن تلك النصوص ما جاءت به المادة (١/٣٧٧) من قانون العقوبات اذ نصت على انه ((١- يعاقب بالحبس الزوجة الزانية ومن زنا بها ويفترض علم الجاني بقيام الزوجية مالم يثبت من جانبه انه لم يكن في مقدوره بحال العلم بها)) ومن نص المادة سابقة الذكر يتبين لنا ان الزوجة اذا تزوجت بزواج اخر مع قيام زوجيتها الاولى عد زواجها الثاني باطلا ووفقاً لذلك يعد الزوجين زانيين ويجب معاقبتهم بالحبس استناداً لاحكام المادة سابقة الذكر، واشترط المشرع العراقي لتحريك دعوى الزنا ان يقيمها الزوج حصراً وبذلك فلا يمكن ان تقام الدعوى من اي شخص اخر ولو كان ذو مصلحة في الامر^(١).

ان الاحكام سابقة الذكر تتعلق بزواج المحصنة ، الا ان الامر لا يقتصر على ذلك اذ ان زوجية قد تكون من امرأة غير محصنة ونجد ان المشرع العراقي بين لنا بعض الاحكام المتعلقة بذلك دون البعض الاخر ، وهذا الامر اتضح لنا من مدلول نص المادة (١/٣٩٤) اذ نصت على انه ((يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات او بالحبس من واقع في غير حالة الزواج انثى او لاط بذكر او انثى برضاه او رضاها اذا كان من وقعت عليه الجريمة قد اتم الخامسة عشرة من عمره ولم يتم الثامنة عشرة سنة)) وهذا يعني ان المشرع العراقي عالج حكم عقد الزواج الباطل اذا كانت الزوجة لم تتم الثامنة عشر من عمرها وجعل العقوبة على الزوج وحده دون الزوجة وهذا الامر برأينا ينافي العقوبات الذي تطرق لها الفقهاء المسلمين سابقاً اذ ان عقوبة الزنا يجب ان تشمل كلا الزوجين، اما اذا اتمت الزوجة الثامنة عشر وحصل الزواج برضاها رغم علمها ببطلان عقد الزواج ففي هذه الحالة لم نجد اي عقوبة استناداً للاحكام الواردة في قانون العقوبات وهذا الامر يعد نقصاً تشريعياً كان الاجدر بالمشرع العراقي معالجته للحد من ظاهرة الزنا في المجتمع التي تعد من الظواهر الخطيرة لما فيها من عواقب سلبية على المجتمع

(١) هذا الامر بينته المادة (٣٧٨) من قانون العقوبات العراقي اذ نصت على انه (١- لا يجوز تحريك دعوى الزنا ضد أي من الزوجين او اتخاذ أي اجراء فيها الا بناء على شكوى الزوج الاخر ...)

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

وتظهر بالدرجة الاساس اذا حصل الحمل لدى الزوجة اذ ان ظاهرة اختلاط الانساب ستستثري في المجتمع وهي ظاهرة وخيمة وغير مرغوب فيها سواء في الشريعة الاسلامية ام في القوانين محل المقارنة.

المبحث الثاني

اثر البطلان على مسائل الاحوال الشخصية المالية

لقد عالجت التشريعات المقارنة ومنها التشريع العراقي اثر البطلان في المسائل المدنية ، الا ان التشريعات قد خلت من معالجة صريحة لأثر البطلان في مسائل الاحوال الشخصية المالية رغم الاختلاف بين الاثنين ، اذ ان الملكية في الاول تنتقل وفي الغالب عن طريق العقد وبهذا اذا تخلف اي ركن من اركان العقد عد باطلاً ومن ثم يترتب على ذلك ارجاع المتعاقدين الى الحالة التي كانوا عليها قبل ابرام العقد وهذا الامر يتم من خلال الاثر الرجعي للبطلان ، وهناك حالات ومسائل متعددة في هذا الاطار وللحفاظ على ديدن بحثنا وعدم الخروج عنه نكتفي بذلك.

اما الملكية في الثاني اي مسائل الاحوال الشخصية المالية تنتقل في الغالب عن طريق الميراث والوصية ، وبهذا يتساءل الباحث عن اثر بطلان كل من الميراث والوصية ؟ هل يوجد حكم صريح بذلك يمكن الرجوع له ؟ ام ان قوانين الاحوال الشخصية محل المقارنة لم تبين ذلك ؟ وهل يمكن الاستعانة بالفقه الاسلامي في هذا المحور ام ان الفقهاء المسلمين يعالجون الحكم فقط دون الاثر ؟ وهل يمكن تصحيح البطلان في مسائل الاحوال الشخصية المالية كما هو الحال في المسائل المدنية ام ان ديدن وخصوصية هذه المسائل لا تسمح بذلك ومن ثم سيؤدي الامر الى وجوب البحث عن حكماً اخر ؟ وهل للتقادم اثر في ذلك كما هو الحال في المسائل المدنية ؟ وهل يمكن للغير ان يتمسك بالوضع الظاهر وحسن النية اذا قام الموصى له او الوارث بالتصرف بالتركة او الموصى له ام ان هذا الامر يختلف ؟

لكي يتم الاجابة عن الاسئلة سابقة الذكر يجب ان نبين لمن ينتقل المال في مسائل الاحوال الشخصية ، سواء عن طريق الوصية او الميراث ، وهل يعد الخلف الخاص والعام طرفاً في ذلك ام يخرجوا ويعتبران من الغير ومن ثم تختلف احكامهما عن حكم اطراف الوصية والميراث .

مما تقدم يقسم الباحث هذا المبحث على مطلبين يبين في اولهما اثر بطلان مسائل الاحوال الشخصية المالية بحق الاطراف ، ويتطرق في ثانيهما إلى اثر بطلان مسائل الاحوال الشخصية المالية بحق الغير وحسب الترتيب الاتي:-

المطلب الاول

اثر بطلان مسائل الاحوال الشخصية المالية بحق الاطراف

ان اطراف مسائل الاحوال الشخصية المالية هما الوارث والمورث وخلفهما العام في اطار انتقال التركة عن طريق الميراث، اما اطراف الوصية فهما الموصي والموصى له وخلفهما العام ، وبهذا فإن الخلف الخاص يخرج من هذا الاطار ويدخل في مسائل اخرى يتم بيانها عندما نبحث اثر البطلان بحق الغير.

وان التركة او الموصى به في الاعم الغالب التي تنتقل الى الورثة اما ان تكون عقاراً ، او منقولاً والاخير يقسم الى عدة انواع منها منقولاً معين بالذات واخر معين بالنوع وغيرها من المسائل الاخرى لذا وتماشياً مع ذلك يقسم الباحث هذا المطلب على فرعين يبين في اولهما اثر بطلان انتقال العقار بطريق الوصية والميراث ، ويتطرق في ثانيهما الى اثر بطلان انتقال المنقول بطريق الوصية والميراث وحسب الترتيب الاتي:-

الفرع الاول

اثر بطلان انتقال العقار بطريق الوصية والميراث

تشتراط اغلب القوانين محل المقارنة ان تكون التصرفات الواردة على عقار ذات طابع رسمي ، وهذا الامر اتضح لنا من عدة نصوص جاء فيها قانون التسجيل العقاري العراقي النافذ ، وكذلك قوانين الشهر العقاري في القوانين محل المقارنة، الا ان الامر يختلف فيما اذا كان انتقال ملكية العقار عن طريق البيع او الميراث والوصية ، ففي الحالة الاولى اي انتقال العقار عن طريق البيع يكفي لذلك توافر اركان العقد المتمثلة بالرضا والمحل والسبب ومن ثم يتم نقل الملكية اذا كانت واردة على عقار عن طريق التسجيل في دائرة السجل العقاري.

الا ان الامر يختلف في الوصية والميراث اذ ان ملكية العقار لا تنتقل الى الموصى له او الورثة بمجرد الموت مالم تتسم بالصحة مع استيفاء الشكلية المنصوص عليها في اغلب القوانين ، وان الملكية في هذه الحالة لا تنتقل اذا عارض ذوي العلاقة في ملكية العقار الا اذا صدر حكم قضائي في ذلك يحسم الامر ويحل النزاع بين الاطراف.

ويتساءل الباحث عن كيفية انتقال ملكية العقار في الوصية والميراث ، ومدى امكانية

بطلان هذا الانتقال تبعاً لبطلان الوصية والميراث؟

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

ان الاجابة عن السؤال اعلاه تقتضي بنا ان نفصل بين امرين الاول اثر بطلان الوصية والميراث قبل تسجيل العقار والثاني بعد تسجيل العقار ، وليبيان ذلك سنتولى التقسيم حسب الترتيب الاتي:-

اولاً:- اثر بطلان الوصية والميراث قبل تسجيل العقار:- ان موقف الفقه الاسلامي ثابتاً بشأن هذا الاثر اذ ان العقار يجب ان يتم ارجاعه الى مستحقيه سواء اكانوا ورثة الموصي بعد بطلان الوصية او ورثة المورث بعد بطلان الميراث واستدلوا بالقاعدة الفقهية ((ما بني على باطل فهو باطل)) وبما ان الوصية والميراث حكم عليهما بالبطلان في مسألة ما فأثرهما باطل سواء قبل او بعد التسجيل، الا ان الفقهاء المسلمون لم يبينوا الالية التي يتم من خلالها ارجاع العقار الى مستحقيه ، وهذا الامر يغوص فيه فقهاء القانون وحدهم وتطرقت النصوص القانونية الى ذلك؛ لإن التسجيل لدى الفقهاء المسلمين رضائي لذا سنرد الامر الى احكام القانون.

ويتساءل الباحث عن موقف التشريعات محل المقارنة من بطلان الوصية والميراث واثرها على انتقال العقار الى الورثة او الموصى له قبل تسجيل العقار في دائرة التسجيل العقاري في العراق ، او دائرة الشهر العقاري في مصر وغيرها من المسميات الاخرى؟

للإجابة عما سبق يقتضي بنا ان نفصل بين بطلان الوصية والميراث ، اما بشأن بطلان الوصية واثرها على عدم انتقال العقار قبل التسجيل، فيجب ان نفصل بين البطلان الابتدائي للوصية اي اذ كان في حياة الموصي ففي هذه الحالة الامر لا يؤدي الى اشكالات، لأن العقار لم يتم تسجيله بعد، اي ان ملكيته للموصي ولم يتم انتقاله الى الموصى له، اما اذا كان البطلان لاحقاً لوفاة الموصي فان ذلك يرجع الى الاثر الرجعي لبطلان الوصية اذ له الدور الكبير في عدم تسجيل العقار وذلك من خلال ادلة الاثبات المقدمة من قبل ذوي العلاقة، ويتساءل الباحث عن الالية التي يتم من خلالها بطلان انتقال العقار قبل التسجيل؟

كما بينا سابقاً ان الفقه الاسلامي لا يخوض في هذه المسائل اذ ان دور الفقهاء المسلمين يقتصر في اغلب الاحيان على بيان حكم المسألة ولا يخوض في اثرها ، لذا فالأحرى ببيان موقف التشريعات محل المقارنة من اثر بطلان الوصية على انتقال العقار قبل تسجيله في الدوائر المختصة، ومن خلال الرجوع الى ذلك تبين لنا ان التشريعات لها احكامها الخاصة اذ نصت المادة (٩) من قانون الشهر العقاري المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على انه ((جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

التصرفات الوقف والوصية ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم لا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن)) وفي السياق ذاته نصت المادة (١/٩٣٤) من القانون المدني المصري على أنه ((في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري)) من النصين أعلاه يتبين لنا أن الملكية العقارية لا تنتقل إلى الموصى له إلا إذا سجلت في دائرة الشهر العقاري، وإذا امتنع الورثة عن اتخاذ الإجراءات القانونية التي يتم من خلالها نقل الملكية ففي هذه الحالة على الموصى له أن يسلك الطرق القانونية وذلك من خلال إقامة دعوى أمام محكمة الأحوال الشخصية يطالب فيها الحكم بصحة الوصية ونفاذها، فإذا ابرز المدعى عليهم أدلتهم المبينة فيها بطلان الوصية ففي هذه الحالة ترد الدعوى ويصدر القرار ببطلان الوصية وعلى قاضي محكمة الموضوع أن يشعر الدوائر المعنية بعدم تسجيل العقار باسم الموصى له لبطلان الوصية، ومن ثم يعد العقار ملكاً إلى ورثة الموصى والذي بدوره يتقاسموه بالطرق المنصوص عليها في الشرع والقانون، أما إذا التجأ الموصى له مباشرة إلى تنفيذ الوصية فهنا يحق للورثة أن يقيموا دعوى يطالبون فيها ببطلان نقل الملكية العقارية بسبب بطلان الوصية وعلى قاضي محكمة الموضوع أن يوعز إلى الدوائر المعنية بعدم التسجيل لحين حسم الدعوى فإذا ثبتت الدعوى لصالحهم يجب عليهم بعد تصديق القرار أن يشعروا الدوائر المعنية بذلك ((دائرة الشهر العقاري)) ومن ثم فإن العقار يصبح من أموال التركة التي يجب توزيعها بالطرق المشروعة^(١).

أما موقف القانون الجزائري فثار الخلاف الفقهي بشأن شهر الوصية الواردة على عقار من عدمه إذ يرى البعض أن الوصية الواردة على عقار لا تشهر وعللوا ذلك بالقول أن المادة (٧٩٣) من القانون المدني الجزائري والذي نصت على أنه ((لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كانت بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار)) إذ أن النص سابق الذكر يتعلق بالعقد دون التصرفات وهذا يعني أن النص خاص لا يمكن التوسع به، وبما أن الوصية تعد من التصرفات لديهم فلا يشملها النص سابق الذكر، وكذلك قاسوا الأمر على الميراث وبما أن الأخير لا يتم شهره بعد وفاة المورث فكذلك الوصية لتوارد التشابه بين الاثنين في بعض

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ج٩، ص ٢٣٨.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الامور^(١) ، في حين اتجهت فئة اخرى من فقهاء القانون الى القول بأن الشهر على العقارات يسري سواء اكان الامر متعلقاً بالوصية او غيرها^(٢) .

وقد حسم المشرع الجزائري النزاع اعلاه اذا جاءت نصوص متعددة اتضح لنا من خلالها ان الوصية الواردة على عقار لا تنتقل الى الموصى له الا اذا تم شهرها في دائرة الشهر العقاري، وهذا الامر تبين لنا من نص المادة (١٦) من الامر رقم (٧٦/٧٥) والذي جاء فيه (ان العقود الارادية والاتفاقات التي ترمي الى انشاء او نقل او تصريح او تعديل لا يكون لها اثر حتى بين الاطراف الا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية) اذاً ان المبدأ في القانون الجزائري شهر العقارات سواء تم انتقالها عن طريق البيع او الوصية، وعلى خلاف ذلك لا تنتقل الملكية الى الموصى لهم بمجرد الوفاة رغم ان الوصية تعرف بأنها تملك مضاف الى ما بعد الموت، الا ان هذا التملك ينصدم بالرسمية التي يجب مراعاتها في قانون التسجيل^(٣).

مما تقدم يتضح لنا ان الموصى له في القانون الجزائري لا يملك العقار الا اذا تم شهره وذلك من خلال اتباع اجراءات عدة، منها تسجيل الوصية التي تتم عن طريق مفتشي التسجيل ومن ثم يتم اشهارها وبهذا فأن للورثة ولكل شخص له مصلحة في ذلك ان يعارض التسجيل او الاشهار اذا كانت الوصية باطلة ولا طريق امام الموصى له في هذه الحالة سوى اللجوء الى القضاء فعليه ان يقيم دعوى امام محكمة الاسرة يطالب فيها بصحة الوصية لكي يتم تسجيلها واشهارها فإذا حضر المدعى عليهم (الورثة) فلهم ان يبرزوا ادلتهم الى محكمة الموضوع التي تقوم بالتحقق من صحتها ، فإذا ثبت الامر تقضي المحكمة برد الدعوى مع اشعار الدوائر بعدم التسجيل والاشهار ومن ثم تبقى ملكية العقار لورثة الموصي، اما اذا تغيب المدعى عليهم عن الحضور فعندئذ للمحكمة من تلقاء نفسها اذا تبين لها ان الوصية باطلة ان تحكم بذلك ومن ثم توزع الدوائر المختصة^(٤).

ولم نجد تنظيمًا قانونياً في التشريع الاردني والاماراتي يتم من خلاله عدم شهر العقار وانتقاله بأسم الموصى له بسبب بطلان الوصية، اما عن موقف التشريع العراقي فنجده ينظم احكام بطلان انتقال العقار قبل التسجيل واناظ الامر بوزير العدل اذا كان التصرف عقداً وهذا ما

(١) د. محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الاسلامية، المؤسسة الوطنية، ١٩٩١، ص ١٥١

(٢) د.مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار الاشغال، الجزائر، ط ١، ٢٠٠٣، ص ١٣٢.

(٣) ينظر : احمد بن عيسى ، انتقال الملكية العقارية بسبب الوفاة في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة زيان عاشور بالجلفة ، بلا سنة ، ص ٧٠.

(٤) حكيم دربالي و حورية لشهب، مصدر سابق، ص ٣٠.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

اتضح لنا من نص المادة (١/١٣٩) من قانون التسجيل العقاري المعدل والنافذ اذ جاء فيها ((يتم ابطال التسجيل العقاري استنادا الى قرار من الوزير قبل اكتساب التسجيل شكله النهائي وفقا لأحكام هذا القانون)) من النص سابق الذكر يتضح لنا ان المشرع العراقي جعل صلاحية بطلان التسجيل بالوزير المختص اذ لم يكتسب التسجيل شكله النهائي، والبطلان في الحالة السابقة يكون ادارياً ولا يمكن ان يتدخل قاضي الموضوع في بطلان التسجيل قبل اكتسابه الشكل النهائي^(١).

ويتساءل الباحث هل ان النص سابق الذكر يسري على الوصية ومن ثم ان بطلان الوصية يؤدي الى عدم انتقال العقار ام ان الامر يختلف؟

رغم الخلاف بين المسائل المدنية والمسائل الخاصة بالاحوال الشخصية الا اننا يمكن ان نستنتج ولو بشكلٍ ضمني ان النص سابق الذكر جاء مطلق والمطلق يجري على اطلاقه وبهذا فإنه ينطبق على بطلان الوصية ، ولكن من خلال الرجوع الى بعض الشراح تبين لنا ان دور الوزير في البطلان قبل تسجيل العقار مقتصرأ على ورود خطأ في معاملة انتقال الملكية او ما شابه ذلك ، والامر مختلف في مسائل الاحوال الشخصية اذ ان عدم التسجيل لا يتعلق بالاطحاء وانما يخص البطلان ، وبهذا نتساءل مرةً اخرى عن الجهة المعنية بعدم انتقال العقار بسبب البطلان؟

الاصل اذا كان الموصى له بعقار يستند الى ورقة رسمية سواء اكانت حجة وصايا او حكم قضائي او ما شابه ذلك فإن التسجيل يعد من الامور الميسرة ومن ثم فإن ملكية العقار تنتقل الى الموصى له بعد اتباع الاجراءات القانونية وذلك من خلال ترويج معاملة نقل الملكية وهذا ما تبين لنا من نص المادة (٢٤٩) من قانون التسجيل العقاري اذ نصت على انه ((تسجل الوصية الواردة على حق الملكية العقارية سواء كانت الوصية بالتملك او بصرف ثمن العقار الوصية بالعين او ببيع العقار بعد وفاة الموصي وذلك بالاستناد الى الاحكام القضائية الحائزة درجة البتات او الحجج الشرعية والوصية المنظمة من الكاتب العدل ما لم يعترض عليهما من قبل ذوي العلاقة)) من النص سابق الذكر يتبين لنا ان الوصية يجب ان تسجل بعد وفاة الموصي مالم يتم

(١) سارة مهند محمد صالح كاظم القويزي، دور نظام التسجيل العيني في حماية الحقوق العينية العقارية ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة النهدين، ٢٠٢٠، ص ٢٠٩.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الاعتراض عليها من قبل ذوي العلاقة^(١) وهما بالاحرى ورثة الموصى له ويجب ان يتم الاعتراض في مدة اقصاها (٣٠) يوم من تاريخ تبليغهم^(٢).

ويتساءل الباحث عن الية الاعتراض من قبل ذوي العلاقة ومن خلال الرجوع الى التشريعات العراقية وكذلك شراح القانون لم نجد من بين لنا كيفية الاعتراض هل يتم ذلك عن طريق دعوى ام طلب من قبل ذوي الشأن ، ومن هي المحكمة المختصة بذلك؟

ان الاعتراض على بطلان الوصية يجب ان يتم امام محكمة الاحوال الشخصية، واذا تحققت محكمة الموضوع من صحت الادعاء قضت ببطلان الوصية ومن ثم عليها اشعار دائرة التسجيل العقاري بالحكم وعلى ضوء ذلك فإن العقار يبقى ملكاً الى ورثة الموصي ، او الى الموصي ذاته في حياته اذا رجع عن الوصية، وبعد وفاة الموصى له توزع التركة ومن ضمنها العقار على الورثة كل حسب نصيبه المحدد شرعاً وقانوناً.

اما بشأن بطلان الميراث واثره على انتقال ملكية العقار فلا يختلف من حيث الاجراءات سابقة الذكر، وبهذا فكل صاحب حق ان يطالب ببطلان الميراث وعدم تسجيل العقار بأسم الوارث اذا انتفى عنه الارث بالطرق الاتية:-

١- الاصل وبعد وفاة الوارث لا يتم نقل ملكية العقار الى الورثة الا اذا قسمت الاسهم على الورثة ويتم ذلك عن طريق طلب يقدم من قبل احد الورثة الى محكمة الموضوع يطلب فيه تقسيم التركة على الورثة استناداً الى الاحكام الشرعية والقانونية، وعلى اساس ذلك يحق للورثة ان يعترضوا على ادخال وارث جديد وذلك لبطلان ميراثه واذا تحققت المحكمة من ذلك حجبه من الميراث ومن ثم فإن العقار لا ينتقل له قبل التسجيل.

٢- الا ان كشف البطلان قد لا يكون اثناء تقسيم التركة على الورثة ، بمعنى اخر ان الوارث الذي يعد ميراثه باطلاً يدخل في القسام الشرعي ، وعند تقسيم التركة يقع من نصيبه عقاراً من عقارات مورثه ، ففي هذه الحالة اذا لم يقوم الوارث بتسجيل العقار بأسمه عن طريق معاملة الانتقال الموجودة في دوائر التسجيل العقاري، ففي هذه الحالة يحق لاحد الورثة ان يعترض على ذلك ويطلب من محكمة الاحوال الشخصية تصحيح القسام وعلى المحكمة اشعار الدوائر المعنية

(١) استاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم الشمري، مصدر سابق، ص ٥٣.

(٢) هذا ما بينته المادة (٢/٢٤٩) من قانون التسجيل العقاري النافذ اذ جاء فيها (اذا وقع اعتراض على الوصية غير المستندة الى حكم قضائي فيكلف المعارض بمراجعة المحاكم المختصة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه وعند انتهاء المدة وعدم ورود اشعار من المحكمة بإيقاف التسجيل خلالها يجرى التسجيل وفقاً للوثيقة المقدمة).

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

بذلك لحين حسم الدعوى ، فإذا تبين للمحكمة صحة ادعاء المدعي اخرجت الوريث غير الصحيح من القسام الشرعي ومن ثم فلا ميراث له .

وما تبقى من مسائل نحيلها للشق الاول المتعلق بالوصية ونكتفي بهذا القدر تجنباً للإطالة في بحثنا .

نخلص من كل ما تقدم الى ان بطلان الوصية والميراث له الاثر البارز على عدم انتقال ملكية العقار قبل التسجيل، الا ان ذلك لا يتم دون اعتراض من قبل ذوي العلاقة او من قبل المحكمة ذاتها ؛ لإن البطلان وكما بينا سابقاً في فصلنا الاول عند تطرقنا الى الخصائص يمكن ان تثيره المحكمة من تلقاء نفسها، واذا ثبت ادعاء الورثة سواء في الميراث او الوصية ترد دعوى الوارث او الموصى له ومن ثم لا ينتقل العقار لهم.

ثانياً:- اثر بطلان الوصية والميراث بعد تسجيل العقار:- تطرقنا في الفقرة الاولى الى وسائل الحد من انتقال ملكية العقار عن طريق الوصية والميراث اذا حكم عليهما بالبطلان ، فهناك عدة وسائل منها تتم عن طريق الورثة لأنهما ابرز الاشخاص ذوي العلاقة في مسائل الميراث والوصية ، وللمحكمة من تلقاء نفسها ان تحكم ببطلان الوصية والميراث واشعار الدوائر المختصة بعدم تسجيل العقار.

الا ان الامر مختلف في هذه المسألة ووسائل الحد لا يمكن اللجوء اليها ؛ لأننا اصبحنا امام تصرف قانوني حاز شكله النهائي ، وبهذا نتساءل عن حكم بطلان الوصية والميراث على انتقال ملكية العقار عن طريق التسجيل في دائرة التسجيل العقاري؟

ان الفقهاء المسلمين وكما بينا سابقاً لا يخوضوا في بيان المسائل الاجرائية وكيفية ارجاع العقار الى مستحقيه ، الا ان الامر يختلف لدى شراح القانون، اذ اوردت التشريعات محل المقارنة احكاماً خاصة بذلك وتبين لنا الامر من النصوص القانونية الواردة فيها.

ان قوانين الاحوال الشخصية لم تعالج اثر بطلان الوصية والميراث على العقار المكتسب لشكله النهائي وهذا نقص يجب على المشرع العراقي بيانه في نص صريح يوضح من خلاله ان بطلان الوصية والميراث يؤدي الى بطلان انتقال جميع الاموال المنقولة وغير المنقولة ، وعلى ضوء ذلك يحق للمتضرر ان يقيم دعوى امام المحكمة المختصة يقدم من خلالها الادلة الثبوتية لذلك وعلى ضوء ذلك تصدر المحكمة حكمها بإبطال التسجيل العقاري.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

وقد اشارت القوانين محل المقارنة الى ذلك في القوانين المتعلقة بتسجيل او شهر العقار، اذ نصت المادة (٤١) من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري على انه ((لا يترتب على إغفال بيان أو أكثر من البيانات المنصوص عليها في المادة الثلاثين بطلان القيد الا اذا نتج عن ذلك ضرر للغير، ولا يجوز أن يطلب البطلان الا من وقع عليه الضرر بسبب إغفال البيانات أو بسبب عدم ضبطها وللمحكمة أن تبطل أثر القيد أو أن تنقص من أثره تبعا لطبيعة الضرر ومداه))، ومن النص سابق الذكر يتبين لنا ان المشرع المصري اناط مهمة بطلان القيد في السجل العقاري بالمحكمة المختصة ، الا انه لم يعد بطلان الوصية والميراث سبباً لأبطال قيد العقار وحصر الامر بتخلف البيانات التي نصت عليها المادة (٣٠)^(١) من القانون سابق الذكر ووجود ضرر، الا ان الامر لا يتعلق بالضرر في هذه الحالة فسواء اصاب الورثة ضرراً ام لم يصيبهم فلهم الحق في اقامة دعوى ابطال قيد التسجيل استناداً لبطلان الوصية والميراث.

ولم يعالج المشرع الجزائري الية ابطال قيد التسجيل بسبب بطلان الوصية والميراث ، الا ان هنالك من الباحثين من ذهب الى القول ان دعوى بطلان تسجيل القيد تقام على المستفيد اي الشخص الذي انتقلت له ملكية العقار ، وبهذا اذا تحققت المحكمة من ذلك فعندئذ لا طريق امامها سوى الحكم ببطلان التسجيل ومن ثم تسجيل العقار باسم مستحقيه (ورثته)^(٢).

في حين اورد المشرع الاردني نصاً يمكن ان يتم عن طريقه ابطال تسجيل القيد واعادة العقار موضوع الدعوى باسم مالكة الحقيقي ، وهذا ما تبين لنا من نص المادة (١٣/ب) من قانون الملكية العقارية الاردني رقم (١٣) لسنة (٢٠١٩) اذ جاء فيها ((إذا ثبت للمحكمة بطلان تصرف او معاملة تسجيل بشأن عقار مسجل فلها مع مراعاة قواعد حسن النية واستقرار الملكيات العقارية ان تقرر اي من الحالتين التاليتين (١- ابطال وفسخ التصرف او معاملة التسجيل والتصرفات والمعاملات التي بنيت عليهما كاملة او في حدود حصة المحكوم له واعادة

^(١) نصت المادة (٣٠) على انه (اذا كان شهر المحرر بطريق القيد وجب أن يقرن عند تقديمه لمكتب الشهر المختص بقائمة تشتمل على البيانات الآتية:

١- اسم الدائن ولقبه وصناعته ومحل اقامته ومحل المختار في دائرة المحكمة فان لم يختر له محلا صح اعلان الأوراق اليه في قلم كتاب المحكمة. ٢- اسم المدين أو المالك الذي رتب الحق على ملكه اذا كان غير المدين ولقبه وصناعته ومحل اقامته. ٣- تاريخ السند والجهة التي تم أمامها أو صدر منها. ٤- مصدر الدين المضمون ومقداره كاملا وميعاد استحقاقه. ٥- بيان يتضمن تعيين العقار الذي رتب عليه الحق تعيينا دقيقا.

^(٢) كريمة فردي، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الاخوة منتوري وقسنطينة ، ٢٠٠٨، ص ١٧.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

تسجيل الحق المحكوم به باسمه في السجل العقاري للعقار موضوع الدعوى كلما كان ذلك (ممكناً) وهذا يعني ان المشرع الاردني جعل ابطال قيود التسجيل العقاري بعد اكتسابها الشكل النهائي من صلاحية محكمة الموضوع ، الا انه لم يبين لنا مدى اعتبار بطلان الميراث والوصية كسبب من اسباب ابطال قيد التسجيل في السجل العقاري ، وكذلك لم تتطرق لذوي العلاقة الذي يحق لهم رفع دعوى الابطال .

ولم تتطرق التشريعات الاماراتية سواء في قانون الاحوال الشخصية ام في القوانين المدنية عن الية ابطال تسجيل العقار بسبب بطلان الوصية والميراث ، في حين اورد الشراح العراقيين عدة اسباب يمكن من خلالها ابطال تسجيل القيد في دائرة التسجيل العقاري واعادة الملكية الى مالكيها الاصليين، ومن تلك الاسباب الطعن بالتزوير من قبل ذوي الشأن، الا ان الطعن وحده غير كافٍ لإبطال سندات التسجيل العقاري مالم يصدر حكم من المحكمة المختصة بذلك، ولا يقتصر الامر على السبب اعلاه اذ هنالك عدة صور يمكن من خلالها ابطال سندات التسجيل ومنها قيام الموصى له بعقار دعوى امام المحكمة المختصة يطلب من خلالها ابطال سند تسجيل العقار المسجل باسم الورثة استناداً الى حجة الوصية واصدار سند جديد باسمه واذا تحققت المحكمة من ذلك فلها ان تقضي بما طلب والا كان قرارها معرض للنقض من قبل محكمة التمييز ، ومن الصور الاخرى لبطلان سندات التسجيل قيام الوارث الذي لم يدرج اسمه في القسم الشرعي ان يقيم دعوى امام محكمة الاحوال الشخصية يطلب فيها تصحيح القسم وادراج اسمه ضمن السجل العقاري^(١).

ولم تقتصر الصور الذي تؤدي الى ابطال التسجيل العقاري على ما سبق، اذ هنالك عدة حالات منها ما يخرج عن موضوع بحثنا كأبطال التسجيل بسبب وفاة الموكل اذا قام الوكيل بالتصرف بالعقار بعد الوفاة، ومنها ما يخص موضوعنا كبطلان الوصية والميراث ، ولم يعالج المشرع العراقي الحالتين اعلاه كسبب لابطال التسجيل العقاري واعادة الملكية بأسم الملاك الحقيقيين، الا ان قانون التسجيل العقاري اورد نصاً يمكن ان نستدل به وهذا ما جاء به الشق الاخير من المادة (١/١٣٩) اذ نصت على (.... اما اذا كان التسجيل قد اكتسب الشكل النهائي فلا يجوز ابطاله الا بحكم قضائي حائر درجة البتات).

(١) د. سعيد مبارك د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، (البيع – الايجار – المقاوله) المكتبة القانونية، بغداد، ط٥، ٢٠١١، ص ٩٧.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

نخلص من كل ما تقدم ان ابطال قيد التسجيل العقاري بعد اكتسابه درجة البتات لا يتم الا عن طريق اقامة دعوى من قبل ذوي العلاقة على المالك الذي سجل العقار بأسمه في دائرة التسجيل العقاري ، على الرغم من اضعاف هذه الدعوى لنظام التسجيل العيني الذي يتسم بالثبات وعدم امكانية الطعن فيه من قبل ذوي الشأن ، الا ان المشرع العراقي سمح بذلك من اجل تحقيق العدالة وعدم السماح بأثراء شخص على شخصاً اخر دون سبب، واذا تحققت المحكمة من صحة الادعاء فلا طريق امامها سوى الحكم بأبطال التسجيل واعاده بأسم الورثة ، وعلى المدعيين اثبات دعواهم من خلال ابراز ادلتهم الثبوتية سواء تلك المتعلقة ببطلان الوصية او بطلان الميراث⁽¹⁾.

الفرع الثاني

اثر بطلان انتقال المنقول بطريق الوصية والميراث

ان انتقال الملكية لا يقتصر على الاموال غير المنقولة والتي سبق وان تطرقنا لها ، اذ انها تشمل الاموال المنقولة سواء اكانت معينة بالذات او بالنوع ، ولم تبين القوانين محل المقارنة ومنها القانون العراقي اثر بطلان الوصية والميراث على المال المنقول بعد انتقاله الى الوارث او الموصى له، اما قبل الانتقال فيمكن ان نحيل ذلك الى ما سبق عندما تطرقنا للمال غير المنقول (العقار) في الفرع الاول.

ونتساءل عن اثر بطلان الوصية والميراث على انتقال المنقول ؟ فهل يحق لذوي العلاقة اقامة دعوى للمطالبة في ذلك ؟ وما هو دليل الاسترداد الذي يستدل به ذوي العلاقة.

ان الاجابة على ذلك يحتم علينا ان نفصل بين انواع المنقول وكيفية استرجاعه بسبب البطلان، اذ ان هنالك منقولات معينة بالنوع واخرى معينة بالذات .

اما بشأن المنقولات المعينة بالنوع (الاشياء المثلية) ويقصد بها تلك الاشياء الذي يقوم بعضها مقام البعض الاخر عند الوفاء ، وتقدر عادة في التعامل بين الناس بالكيل او الوزن او العدد او المقياس ، فإذا حكم ببطلان انتقالها الى الموصى له او الوارث فالامر يسير في هذه الحالة، وما على ذوي العلاقة الا ان يقيموا دعوى استرداد المنقولات المعينة بالنوع بعد ان يقدموا الادلة الثبوتية لذلك ، فإذا تحققت المحكمة من صحة ادعائهم حكمت على الموصى له او الوارث

(1) سارة مهند محمد صالح كاظم القويزي، مصدر سابق، ص ٢٠٩.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

بالاسترداد^(١)، وهذا الامر تبينه القواعد العامة ، اما بشأن قوانين الاحوال الشخصية محل المقارنة فلم نجد فيها من يبين لنا آلية استرداد المنقولات المعينة بالنوع كأثر للبطلان، واذا تعذر على الموصى له او الوارث (المدعى عليهم) استرداد المنقولات فعلى قاضي الموضوع ان يلزمهما بشراء المنقول الذي كان بحوزتهما من الاسواق وارجاعه الى المدعى، فعلى سبيل المثال اذا انتقلت ملكية المنقول المعين بالنوع الى الموصى له استناداً الى حجة الوصية ، ومن ثم ابرز المدعون ادلة يثبتون من خلالها بطلان الوصية وكان المنقول عبارة عن سبيكة ذهبية فأباز المحكمة في هذا الفرض تلزم المدعى عليه بأرجاع المنقول عيناً اذا كان في حوزته ، واذا تعذر عليه ذلك كأن تصرف فيه او هلك فعليه ان يشتري للمدعي ذات المنقول من حيث حجمه واوصافه^(٢).

اما اذا كان المنقول معين بالذات (الاشياء القيمية) ويقصد بها ((تلك الاشياء التي لا يوجد مثلها في الاسواق وان وجدت فهناك تفاوت بينها ومن امثلتها السيارات من ذات النوع والحيوانات والاراضي وما شابه ذلك))^(٣)، فأذا حكم ببطلان انتقالها استناداً الى بطلان الوصية والميراث فأباز الامر يكون اكثر تعقيداً من الاول، ويكمن ذلك التعقيد اذا خرج المنقول من يد الموصى له او الوارث ، او اذا هلك سواء اكان هلاكه بقوة قاهرة ام بفعل المالك، ففي هذا الفرض يستحيل استرجاع المنقول ذاته بعد ان تحكم المحكمة بذلك، ونتساءل عن حكم ذلك، فهل يمكن للمدعى عليه ان يدفع لهما شيء قيمى اخر ام ان ذلك يخالف القواعد والانظمة القانونية؟

من خلال الرجوع الى القوانين المنظمة لمسائل الاحوال الشخصية سواء العراقية منها ام تلك المتعلقة بالقوانين المقارنة لم نحظى بنص يبين لنا اثار بطلان الوصية والميراث على انتقال المنقولات المعينة بالذات، وهذا نقص تشريعى كان على المشرع العراقي بيانه بشكل مفصل ، اذ ان مسائل الشريعة الاسلامية لا تنظم الية الاسترداد.

ويتساءل الباحث مرة اخرى هل نظمت القوانين المدنية ذلك؟

اتجه بعض الشراح الى القول بأن المدعى عليه الذي تسبب بأستحالة استرداد المنقول المعين بالذات الى ذوى العلاقة ملزم بالتعويض استناداً الى احكام المسؤولية التقصيرية، وعلى

(١) ينظر: د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المسماة (البيع - الايجار - المقاوله)، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص ٧٨.

(٢) د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ٢٢٣.

(٣) د. محمد طه البشير ، د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٢١

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

ضوء ذلك يُقيم المنقول وقت هلاكه والزام المدعى عليه بقيمته ، فعلى سبيل الفرض اذا كان المال من نوع سيارة (تويوتا) وهلك في يد الموصى له او الوارث بعد بطلان الوصية والميراث اصبح ملزماً بالتعويض الذي تقدره محكمة الموضوع^(١).

اما عن موقف القوانين محل المقارنة فتطرقنا لذلك اذا كان محل التصرف عقداً اذ نصت المادة (٢/١٣٨) من القانون المدني العراقي النافذ والمعدل على انه ((فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل)) من النص سابق الذكر يتبين لنا ان المشرع العراقي وفي حال استحالة استرداد المبيع فعلى المحكمة ان تحكم بتعويض يقدره الخبراء يتناسب مع الضرر الذي لحق المدعي^(٢)، ولا يقتصر الامر على ذلك اذ ذهبت التشريعات محل المقارنة الى ذات النص السابق ، واتضح لنا ذلك من نص المادة (١/١٤٢) من القانون المدني المصري اذ نصت على ((في حال ابطال العقد او بطلانه يعاد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل))^(٣).

ان ما سبق يتعلق بالعقد دون غيره من التصرفات فإذا حكم ببطلان العقد اعاد المتعاقدين الى الحالة السابقة الذي كانا عليها ، فإذا كان ذلك مستحيلاً حكم على الشخص الذي تسبب بالضرر بتعويض عادل يتناسب مع الخسارة التي لحقت صاحب الحق .

ونتساءل عن مدى امكانية وجود نص في مسائل الاحوال الشخصية يعيد اطرافه الى

الحالة السابقة اذا حكم ببطلان الوصية والميراث؟

من خلال الاطلاع على النصوص القانونية في مسائل الاحوال الشخصية تبين لنا انها لم تورد نصاً توضح فيه الية رجوع اطراف مسائل الاحوال الشخصية المالية الى الحالة سابقة الذكر، ولا يمكن لقاضي محكمة الموضوع ان يحكم بالتعويض اذ هلك المنقول بعد بطلان الوصية والميراث استناداً الى النصوص السابقة الواردة في القانون المدني لأنها تخص العقد دون غيره ، والقياس على ذلك غير صحيح برأي الباحث .

(١) جبار محمد ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الاسلامي (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجزائر، ٢٠٠٩، ص ٣٤١ .

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص ١٢٣ .

(٣) يقابلها نص المادة (١٠٣) من القانون المدني الجزائري.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

ونتساءل عن اساس الدعوى الذي يمكن اقامتها من قبل ذوي العلاقة للمطالبة بحقهم؟ وما حكم هلاك الشيء بيد الموصى له او الوارث؟

ان القواعد العامة تعالج ذلك، اذ ان للوارث سواء في بطلان الوصية او بطلان الميراث ان يرجع على المدعى عليه (الموصى له او الوارث) بدعوى الاسترداد؛ لإن المدفوع جاء دون وجه حق وهذا الامر تبينه القوانين المدنية اذ نصت المادة (٢٣٣) من القانون المدني العراقي على انه ((١- من دفع شيئاً ضائعاً أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق. ٢- واذا كان من تسلم غير المستحق سيء النية وقت التسليم او ما بعدها ، فإنه ايضاً يلزم بكل ما استفاد او كان يستطيع ان يستفيد من الشيء وذلك من يوم أن تسلم غير المستحق أو من اليوم الذي اصبح فيه سيء النية، وفي كل الاحوال يلزم برد ما استفاد او كان يستطيع ان يستفيد من يوم رفع الدعوى ويلزمه الضمان من وقت ان صار سيء النية اذا هلك الشيء او ضاع ولو بغير تعد منه))^(١).

ان المشرع العراقي وبعد ان بين لنا اساس الدعوى الذي يقيمها الوارث في حال بطلان الوصية والميراث نجده فرق بين امرين من حيث الاحكام، اولهما اذا كان المدفوع له حسن النية ، وثانيهما اذا كان المدفوع له سيء النية.

اما بشأن الاول (المدفوع له حسن النية) فقد اورد المشرع العراقي احكاماً خاصة تختلف عن تلك التي تخص المدفوع له سيء النية، فعلى سبيل الفرض اذا انتقلت ملكية المال سواء اكان معين بالذات او معين بالنوع الى الموصى له بعد تنفيذ الوصية من قبل احد الورثة ومن ثم تبين ان الموصى له قد رجع في وصيته او بطلت لأي سبب كان ففي هذه الحالة يعد المدفوع غير واجباً في ذمة الورثة ولهم الحق في استرداده ، فإذا تبين لهم حسن نية المدفوع له والاصل ذلك مالم يقوم ذوي العلاقة بأثبات العكس ويتم ذلك بكافة طرق الاثبات وتبقى المسألة تقديرية يستقل بها قاضي الموضوع ، فهنا يجب ان نفرق بين نوع المال، فإذا كان نقوداً عد ما استلمه ديناً في ذمته ويجب رد القدر الذي تسلمه، واذا كان المال معيناً بالنوع (الاشياء المثلية) التزم بردها اذ كانت في حوزته ، فإذا استهلكت بخطأه الزم بردها بصرف النظر عن ارتفاع سعر النقد، اما اذا كان المال معيناً بالذات (الاشياء القيمية) التزم الموصى له او الوارث بعد الحكم بالبطلان برد ذات الشيء ما دام موجوداً في يده ، بمعنى اخر انه لا يستطيع ان يعطي

^(١) يقابلها نص المادة (٢٩٦) من القانون المدني الاردني، ونص المادة (٣٢٠) من القانون المدني الاماراتي، ونص المادة (١٤٤) من القانون المدني الجزائري، ونص المادة (١٨١) من القانون المدني المصري.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

لذوي العلاقة اموالاً اخرى غير تلك الموجودة بيده، فإن هلك المال المعين بالذات بتعد او تقصير من الشخص المدفوع له دون حق او ضاع او اتلفه لزم برد قيمته وقت الاستهلاك او الضياع او التلف^(١)، الا ان الهلاك قد يكون بسبب اجنبي وفي هذه الحالة يعفى الشخص المدفوع له من رد القيمة ما دام حسن النية.

ولم يقتصر الامر على ذلك اذ ان التشريعات محل المقارنة ومنها التشريع العراقي تعالج لنا احكام ثمار الشئ ونفقاته التي انفقها المدفوع له حسن النية ، اذ نصت المادة (١٨٥) من القانون المدني المصري على انه ((اذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم ان يرد الا ما تسلم))^(٢)، وهذا يعني ان المدفوع له حسن النية غير ملزم برد الثمار التي قبضها ولا الفوائد القانونية اذا كان مبلغاً من النقود، وله الحق في المطالبة بما انفقه على الشئ اذا كانت تلك النفقات ضرورية^(٣)، اما اذا كانت نافعة^(٤) فله ان يستردها من صاحب الشئ اذا كانت قيمة الشئ تفوق تلك النفقات ، اما اذا كانت النفقات تفوق قيمة الشئ فله ان يمتلك الشئ بثمن مثله، واذا كانت النفقات كمالية^(٥) فلا يسترد منها شيء^(٦).

نخلص من كل ما تقدم ان المدفوع له حسن النية عن طريق الوصية والميراث ملزماً برد ما دفع له بعد الحكم بالبطلان فإذا كان نقوداً التزم المدعى عليه بردها ، واذا كان شئاً مثلياً كما لو كان المدفوع بغير حق (قمحاً) التزم بردها ذاتها فإذا هلك او استهلك بخطأ منه عليه ردها مثلها وذلك لوجود مثل لها في الاسواق، اما اذا كان المدفوع دون وجه حق مالاً معيناً بالذات

(١) د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٢٩٦.

(٢) يقابلها نص المادة (١١٦٥) من القانون المدني العراقي، ونص المادة (١٤٧) من القانون المدني الجزائري، ونص المادة (٢٩٩) من القانون المدني الاردني، ولا مثل لذلك في القانون المدني الاماراتي.

(٣) يقصد بالمصروفات الضرورية) تلك التي يضطر صاحبها بأنفاقها للحفاظ على الشئ من الهلاك او التلف كمصروفات ترميم سقف المنزل المههد بالانهيار او تقوية اساسه) : ينظر د. غني حسون طه و محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٢٦٤.

(٤) تعرف المصروفات النافعة بأنها (تلك المصروفات التي لم تبذل من اجل دفع الهلاك او التلف وانما لاجل زيادة قيمته كتلك التي تنفق لجعل الارض اكثر انتاجاً في الزراعة) ينظر المصدر نفسه، ص ٢٦٤.

(٥) ويراد بالمصروفات الكمالية بأنها (تلك التي لا تكون ضرورية ولا تزيد من منفعة الشئ وانما تبذل ابتغاء المتعة الشخصية كالزخرفة والنقوش) المصدر نفسه ، ص ٢٦٤.

(٦) د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ٤٥٣؛ معزز حدة، الاثراء بلا سبب احكامه وتطبيقاته في ظل القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، ٢٠١٦، ص ٣٤.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الترم المدفوع له برد ذات المال، واذا استحال ذلك فيجب ان نفرق بين سبب الاستحالة ، ان كان بخطأه التزم برد قيمة الشيء وقت التلف او الهلاك، واذا كان ذلك بسبب اجنبي يخرج عن ارادته فلا يلتزم بشيء، واحسن المشرع العراقي في بيان ذلك.

اما اذا كان المدفوع له سيء النية، فإن احكامه تختلف عن سابقه، فعلى سبيل المثال اذا انتقلت الملكية عن طريق الميراث الى احد الورثة ومن ثم اتضح للمحكمة بطلان ميراث الوارث، الا ان الاخير قام بالتصرف به رغم علمه بالبطلان وعلم المدفوع له ففي هذه الحالة إذا ثبت الدافع سوء النية ، او ان المدفوع له على علم ان الشيء الذي تسلمه غير مستحق له وجب التمييز ايضاً بين ما اذا كان المدفوع نقوداً او اشياء معينة بالنوع او الذات.

فإذا كان المدفوع له نقوداً وجب ردها الى الدافع ويعوض عن تغير سعر النقد، اما اذا كان المدفوع اشياء مثلية فيجب ردها بالكمية التي اخذها ونحيل ذلك الى الاحكام الذي تطرقنا لها للمدفع له حسن النية ، ولا يقتصر الامر على ذلك اذ ان سيء النية ملزماً بالثمرات والفوائد وهذا الامر تطرقت له القوانين محل المقارنة اذ نصت المادة (٢/١٨٥) من القانون المدني المصري على انه ((أما اذا كان سيء النية فإنه يلتزم ان يرد ايضاً الفوائد والارباح التي جناها والتي قصر في جنيها من الشيء الذي تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء او اليوم الذي اصبح فيه سيء النية)) وهذا يعني ان المشرع المصري يعامل المدفوع له سيء النية بشدة مقارنة بالشخص حسن النية ؛ وتكمن غاية ذلك لكي لا يتماذى الاشخاص سيئي النية بأخذ مال الغير دون وجه حق ، وحذا المشرع العراقي حذو التشريع المصري اذ نصت المادة (١١٦٦) من القانون المدني العراقي على انه ((يكون الحائز سيء النية مسؤولاً من وقت ان يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضتها غير انه يجوز ان يسترد ما انفقه في انتاج هذه الثمار))، وهذا يعني ان المشرع العراقي الزم الحائز سيء النية برد جميع الثمار التي يقبضها من الوقت الذي اصبح فيه سيء النية، ولا يقتصر الامر على ذلك اذ الزم المشرع العراقي المدفوع له سيء النية برد قيمة الاشياء الذي قصر في قبضها^(١).

وذات الاحكام السابقة ذهبت اليها التشريعات محل المقارنة واتضح لنا ذلك من نص المادة (٨٣٧) من القانون المدني الجزائري اذ نصت على انه ((يكون الحائز سيء النية مسؤولاً عن جميع الثمار التي قبضها او قصر في قبضها من الوقت الذي اصبح فيه سيء النية غير انه يجوز له ان يسترد ما انفقه في استرداده))، ولا يختلف فحوى النص سابق الذكر عن النصوص

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص ١٢١٤

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الواردة في التشريع العراقي والمصري، اذ ان المدفوع له سيء النية يعامل معاملة شديدة تكمن في استرداد الشيء وثماره وفوائده، وكذلك يلتزم بقيمة الامور الذي قصر في قبضها⁽¹⁾، وذهبت التشريعات الاخرى الى ذات النص⁽²⁾.

واحسننت التشريعات محل المقارنة ومنها التشريع العراقي بتشديد مسؤولية المدفوع له اذا كان سيء النية والزامه برد ما قبضه وما قصر في قبضه مع الفوائد التي يمكن تحقيقها من تاريخ الدفع او من الوقت الذي اصبح فيه سيء النية.

اما اذا كان المال معيناً بالذات اي من الاشياء القيمية التي لا يوجد مثيل لها في الاسواق ، فيلزم المدفوع له سيء النية في هذه الحالة برد العين للدافع مادامت في حوزته ، ويجب عليه ايضاً برد ما قبضه او ما قصر في قبضه كما تطرقنا الى ذلك فيما سبق؛ وبيننا ان غاية التشديد لكي لا يتماذى سيء النية بأخذ مال الغير دون وجه حق، اما بشأن المصروفات فأن كانت ضرورية يحق له استردادها من ذوي العلاقة ، وان كانت نافعة كان للدافع ان يطلب ازالة ذلك او استبقاءه مقابل اعطاء قيمته الى المدفوع له سيء النية، اما اذا كانت المصروفات كمالية ففي هذه الحالة لا يحق للمدفع له سيء النية بالرجوع على الدافع⁽³⁾.

اما بشأن هلاك او تلف العين بيد المدفوع له سيء النية فأن مسؤوليته في هذه الحالة تكون اشد من الشخص حسن النية ، وهذا الامر اتضح لنا من نصوص متعددة جاءت بها القوانين محل المقارنة ، اذ نصت المادة (٩٨٤) من القانون المدني المصري على انه ((اذا كان الحائز سيء النية فأنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء او تلفه ولو كان ذلك ناشيء عن حادث فجائي ، الا اذا اثبت ان الشيء كان يهلك او يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه))، نجد ان المشرع المصري في النص سابق الذكر جعل المدفوع له سيء النية مسؤولاً عن هلاك الشيء اذا كان ذلك الامر يعود لأرادته وهذا الامر يتوافق مع الاحكام السابقة التي بينهاها عند كلامنا عن مسؤولية المدفوع له حسن النية ، الا ان الامر يختلف بين مسؤولية المدفوع له سيء النية وحسن النية اذا كان سبب الهلاك عائداً الى قوة قاهرة ، اذ عد الاول مسؤولاً عن الهلاك والتلف دون

(١) د. محمد حسنين، الموجز في نظرية الالتزام ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط١، ١٩٨٣، ص٢٨.

(٢) ينظر نص المادة (١/١٣٢٨) من القانون المدني الاماراتي، ونص المادة (١١٩٢) من القانون المدني الاردني.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ١٢١٥. ؛ د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، مصدر سابق، ص٢٩٩.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الثاني، ولا يمكن للمدفع له سيء النية ان يدفع المسؤولية عنه في حال هلاك العين بسبب قوة قاهرة الا اذا اثبت ان الشيء يهلك ولو كان باقياً بيد الدافع^(١).

ولا يقتصر الامر على ذلك اذ ان التشريعات المقارنة اوردت نصوصاً مماثلة يتبين من خلالها مسؤولية المدفع له سيء النية عن هلاك الشيء سواء اكان بإرادته ام بقوة قاهرة (خارج ارادته) وهذا ما تبين لنا من نص المادة (١١٩٦) من القانون المدني الاردني اذ نصت على انه ((اذا كان الحائز سيء النية فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء او تلفه ولو وقع ذلك بسبب لا يد له فيها))^(٢)، وعالج المشرع الجزائي الهلاك والتلف اذا كان المدفع له سيء النية ، وهذا ما تبين لنا من نص المادة (٨٤٢) اذ نصت على ((اذا كان الحائز سيء النية فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء او تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ الا اذا اثبت ان الشيء يهلك او يتلف ولو بقى في يد من يستحقه))، نجد ان المشرع الجزائي اعطى الحق للدافع بالرجوع على المدفع له بقيمة الشيء وقت الهلاك سواء اكان الهلاك عائداً لارادة المدفع له او بقوة قاهرة، اما في حالة التلف فالموفى له مخيراً بين قيمة الشيء ، او استرداده مع التعويض، ولا يمكن للمدفع له ان يتخلص من المسؤولية الا اذا اثبت ان الشيء يهلك ولو كان بيد الدافع^(٣) .

واحسن المشرع العراقي عندما اورد نصاً شدد فيه مسؤولية المدفع له سيء النية اذ نصت المادة (١١٦٨) من القانون المدني على انه ((اذا كان الحائز سيء النية فانه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء او تلفه، ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ، الا اذا اثبت ان الشيء كان يهلك او يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه)) ان فحوى النص العراقي مشابهاً للنصوص سابقة الذكر لذا ولعد الاطالة في ذلك نكتفي بما ذكر^(٤).

من كل ما تقدم نخلص الى عدة نتائج احسنت التشريعات المقارنة ومنها التشريع العراقي فيها ، اذ ان مسؤولية المدفع له حسن النية تختلف عن مسؤولية سيء النية ، ووجه الاختلاف يكمن في التشديد على الثاني دون الاول ؛ وغاية ذلك تهدف للحد من الاشخاص سيئ النية من اخذ اشياء من غيرهم اي الورثة دون حق مع علمهم بذلك، ومسألة العلم يقدرها قاضي الموضوع

(١) د. سمير عبد السيد تناغوا، مصدر سابق، ص ٣٢٩.

(٢) يقابلها بذات النص المشرع الاماراتي في المادة (١٣٣٢) من القانون المدني الاماراتي .

(٣) د. أحمد شوقي محمد عبد الرّحمان، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الارادية وغير الارادية، منشأة المعارف، مصر، بلا طبعة، ٢٠٠٠، ص ٤٥٠.

(٤) د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، مكتبة الرواد للطباعة،

بغداد، ط١، ١٩٩١، ص ٤٥٣

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

وعلى ذوي العلاقة اثباتها، ولا يقتصر الامر على ما ذكر اذ ان اساس دعوى الدافع قائمة على الدفع دون حق ، وان عدم احقية ذلك مستوحاة من بطلان الوصية والميراث، لذا على المدفوع له استرداد الشيء مع ثماره وهذه المسألة خلافية بين الشخص سيء وحسن النية وتطرقتنا لذلك فيما سبق.

الا ان التشريعات محل المقارنة لم تكتفي بالاحكام سابقة الذكر بل اوردت احكاماً خاصة اذا كان المدفوع له ناقص الاهلية اذ ان الاصل وفقاً للإحكام العامة في الاثراء بلا سبب على المثري ان يقوم برد ما اثرى به ولو كان غير مميز، الا ان التشريعات محل المقارنة استثنيت ناقص الاهلية من ذلك رعاية له^(١) ، وتبين لنا ذلك من النصوص الصريحة الواردة في القوانين محل المقارنة اذ نصت المادة (١٨٦) من القانون المدني المصري على انه ((إذ لم تتوفر اهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً الا بالقدر الذي اثرى به))، ولم يقتصر الامر على ذلك اذ ان التشريعات المقارنة^(٢) اوردت نصوص مماثلة ومنها التشريع العراقي اذ نصت المادة (٢٢٤) من القانون المدني العراقي على انه ((اذا كان من تسلم الشيء غير المستحق ناقص الاهلية فلا يكون الا برد ما كسب حتى ولو كان سيء النية)).

يتضح لنا من النصوص سابقة الذكر ان التشريعات المقارنة تعامل ناقص الاهلية معاملة ميسرة سواء اكان حسن او سيء النية؛ وبهذا فإن المدفوع له ناقص الاهلية بسبب بطلان الوصية والميراث غير ملزم بشيء سوى ما انتفع منه ، اما اذا هلك او تلف او استهلك الشيء ففي هذه الحالة يجب ان نفرق بين حالتين الاولى اذا كان الهلاك او التلف او الضياع ليست بإرادة المدفوع له سواء اكان حسن ام سيء النية ، كما لو كان الشيء مائلاً معين بالذات وهلك بقوة قاهرة او ان ناقص الاهلية لم يحافظ على الشيء مما ادى الى تلفه ففي هذه الحالة يعفى المدفوع له من قيمة الشيء ولا تتحقق مسؤوليته تجاه الدافع كل ذلك عائد الى مراعاة نقص الاهلية وعدم وجود اثار وانتفاع من قبل المدفوع له ناقص الاهلية لكي يتسطيع الدافع المطالبة بذلك، اذ اننا كما بينا سابقاً ان ناقص الاهلية في الدفع غير المستحق لا يسأل عن ما لحق الدافع من خسارة وتختلف احكامه عن الشخص كامل الاهلية^(٣).

(١) د. عبدالله مبروك النجار، مصادر الالتزام الارادية وغير الارادية، دار النهضة، مصر، ط٢، ٢٠٠٢، ص٣٣٧.
(٢) ينظر نص المادة (١٤٨) من القانون المدني الجزائري اذ نصت على (اذ لم تتوفر اهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملزماً الا بالقدر الذي اثرى به)، ولم نجد نص يقابل ذلك في القانون المدني الاردني والقانون المدني الاماراتي.

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص١٢٢١

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

اما اذا كان سبب الهلاك والتلف عائد الى خطأ ناقص الاهلية ففي هذه الحالة يلتزم تجاه الدافع بالتعويض المناسب للخسارة التي لحقت به جراء خطأ المدفوع له، وغاية التعويض ترتبت على مسؤولية ناقص الاهلية اذ انه يسأل عن الخطأ طبقاً للقواعد العامة الموجودة في القانون المدني، اما اذا تبرع المدفوع له بالعين الذي انتقلت له عن طريق الوصية والميراث دون وجه حق ففي هذه الحالة يعفى من المسؤولية وان كان وقت تبرعه سيء النية اي على علم ودراية ببطلان سبب انتقال الملكية له، الا اننا نشكل ووجه اشكالنا يكمن في وجوب التمييز بين حسن وسيء النية وقت التبرع، فإن كان حسن النية يعفى من المسؤولية ولا يلتزم تجاه الدافع بشيء، اما اذا كان سيء النية فيجب ان تكون مسؤوليته متحققة لكي لا يخفي المال الذي انتقل له دون وجه حق بأستعمال طرق غير مشروعة^(١).

نخلص من كل ما تقدم الى ان مراعاة ناقص الاهلية يجب ان يكون مقيداً ببعض الامور ومن هذه الامور اشتراط حسن النية عند التبرع بالمال وعلى خلاف ذلك فيعد مسؤولاً ويلزم بقيمة المال اذا كان معيناً بالذات او مثله اذا كان معيناً بالنوع، وعلى المشرع العراقي ايراد نصاً يرتب فيه مسؤولية ناقص الاهلية سيء النية في حالة تبرعه، والغاية من ذلك تحقيق العدالة ولكي لا يلحق الدافع خسارة مع وجود سوء النية من قبل المدفوع له.

المطلب الثاني

اثر بطلان مسائل الاحوال الشخصية المالية بحق الغير

سبق وان تطرقنا الى اثر البطلان بحق اطراف الوصية والميراث وخلفهما العام ، الا ان الاثر لا يقتصر على ذلك اذ انه يمتد الى اشخاص اخرين غير الاطراف ويعبر عنهم ان صح القول بالغير اي الاشخاص الذي تنتقل لهم ملكية المال من قبل المدفوع له دون وجه حق ، ويعود سبب ذلك الى فعالية الاثر الرجعي الذي لا يمتد الى المستقبل فحسب ، وانما تمتد اثاره الى الماضي وعلى ضوء ذلك يعود اطراف البطلان الى الوضع الذي كانا عليه قبل بطلان الوصية والميراث، ووفقاً لذلك فعلى المدفوع له دون وجه حق ان يرد ما اخذه من الدافع عيناً اذا امكن ذلك او يرد قيمته اذا استحال رد المال، كما لو هلك او استهلك وقد اوردنا الفرق بين حسن وسيء النية فيما سبق.

(١) د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق ، ص ٤٥٥.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

والجدير بالملاحظة ان اثار البطلان لا تقتصر على اطرافه فقط في مسائل الاحوال الشخصية المالية وانما تمتد الى الغير ويحدث ذلك عندما يقوم المدفوع له دون وجه حق بالتصرف بالمال سواء عن طريق المعاوضة او التبرع، ونتساءل عن اثار البطلان في ذلك سواء اكان الغير حسن او سيء النية ، وما هي طرق الحد من البطلان في مسائل الاحوال الشخصية المالية؟

ليبين ما تقدم يقتضي بنا تقسيم هذا المطلب على فرعين نبين في اولهما وسائل رجوع الدافع على الغير بعد الحكم بالبطلان، ونتطرق في ثانيهما الى دفع الغير تجاه الدافع وحسب الترتيب الاتي:-

الفرع الاول

وسائل رجوع الدافع على الغير

بيننا فيما سبق ان الدافع في حال بطلان الوصية والميراث يرجع على الطرف الاخر بدعوى استرداد المدفوع دون حق اذا تم تنفيذ الوصية وانتقلت ملكية المال له، وفرقنا كذلك بين العقار والمنقول ، الا ان الامر يختلف في هذا الفرع اذ ان ملكية المال انتقلت من المدفوع له دون وجه حق الى الغير سواء عن طريق المعاوضة او التبرع ، ونتساءل عن مدى امكانية رجوع الدافع على الغير ؟

من خلال الرجوع الى شراح القانون المدني اتضح لنا ان للدافع بسبب بطلان الوصية او الميراث ان يرجع على الغير الذي انتقلت له ملكية المال بدعوى الاستحقاق؛ وغاية ذلك تكمن في ان المدفوع له تصرف في ملك غيره بعد تقرير بطلان انتقال المال سواء اكان عقاراً ام منقول بأثر رجعي.

ولم تبين القوانين محل المقارنة الية رجوع الدافع على الغير بعد الحكم بتقرير البطلان ، وهذا الامر يعد نقصاً كان الاخرى على التشريعات محل المقارنة ومنها التشريع العراقي ايراد نصاً يبين من خلاله جهة الدعوى التي يمكن ان يقيمها المدعي (الدافع) دون وجه حق على المدعى عليه (الغير) الذي انتقلت له ملكية العقار.

ونتساءل عن مدى ملائمة دعوى الاستحقاق الذي قال بها فقهاء القانون لكي يستدل بها الدافع في اقامة دعواه على الغير؟

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

للدافع ان يقيم دعواه على المشتري (الغير) اذا كان سبب انتقال المال الى المدفوع له بسبب الوصية او الميراث الذي صدر حكم ببطلانها ، فعلى سبيل الفرض اذا اوصى شخص الى اخر بعقار وبعد وفاته نفذ الورثة الوصية وانتقلت ملكية العقار الى الموصى له واتضح فيما بعد بطلان الوصية الا ان الاخير تصرف في الموصى به، ففي هذه الحالة على الورثة اقامة دعوى على المشتري(الغير) لاسترداد العين وقد تطرقت القوانين محل المقارنة الى ذلك اذ نصت المادة (٤٣٩) من القانون المدني المصري على انه ((يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله او بعضه سواء كان التعرض من فعله هو او من فعل اجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري إذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع نفسه))، من النص سابق الذكر يتضح لنا ان للدافع الرجوع على المشتري بدعوى الاستحقاق فإذا اثبت دعواه حكم له بذلك وعلى المشتري رد العين الى المالك، فإذا كانت منقولاً معيناً بالذات عليه ردها ذاتها ، واذا كان عقاراً فيجب رده كذلك بعد اقامة دعوى ابطال تسجيل العقار كما بينا ذلك فيما سبق^(١).

ولم يقتصر الامر على ذلك اذ ان القوانين محل المقارنة الاخرى بينت الحكم ذاته اذ نصت المادة (١/٥٤٩) من القانون المدني العراقي على انه ((يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله او بعضه سواء كان التعرض من فعله او من فعل اجنبي يدعي ان له حقاً على المبيع وقت البيع يحتج به على المشتري))^(٢)، مما تقدم يتضح لنا ان للدافع دون وجه حق ان يقيم دعواه على المشتري للمطالبة باسترداد العين فإذا حكم له بذلك فعلى المشتري رد العين الى الدافع ، الا ان للمدعي الذي استحق العين بعد اقامة الدعوى ان يتفق مع المشتري على بيع العين له وهذا الامر اتضح لنا من موارد عدة منها ما نصت عليه المادة (٥٥٢) من القانون المدني العراقي على انه ((اذا اثبت المستحق الاستحقاق وحكم له ثم اتفق مع المشتري

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج٢، ص ١٢١١.

(٢) يقابلها نص المادة (٣٧١) من القانون المدني الجزائري اذ نصت على انه (يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله او بعضه سواء كان التعرض من فعله او من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري....) وبذات النص اورد المشرع الاماراتي اذ نصت المادة (١/٥٣٤) على انه (يضمن البائع سلامة المبيع من أي حق للغير يعترض المشتري اذا كان سبب الاستحقاق سابقاً على عقد البيع) ولم يقتصر الامر على ذلك اذ نصت المادة (١/٥٠٣) من القانون المدني الاردني على انه (يضمن البائع سلامة المبيع من أي حق للغير يعترض المشتري اذا كان سبب الاستحقاق سابقاً على عقد البيع).

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

على ترك المبيع بعوض يعتبر هذا شراء للمبيع من المستحق، وللمشتري ان يرجع على بائعه بالضمان^(١).

والجدير بالملاحظة ان دعوى الاستحقاق الذي يقيمها الدافع تختلف فيما اذا تم تسليم المبيع من قبل البائع او لم يتم تسليمه ، فإذا تم تسليم المبيع فلا غبار على ان الخصم في الدعوى هو المشتري والغاية من ذلك تكمن في حيازته للعين ، اما اذا تم العقد بين البائع والمشتري ولم يتم تسليم المبيع ففي هذه الحالة على الدافع ان يقيم دعواه على البائع والمشتري معاً ، وهذا الامر اتضح لنا من نصوص متعددة منها ما نصت عليه المادة (١/٥٣٥) من القانون المدني الاماراتي اذ نصت على انه (توجه الخصومة في استحقاق المبيع قبل تسليمه الى البائع والمشتري معاً)^(٢).

نخلص من كل ما تقدم الى ان اساس رجوع الدافع دون وجه حق على مشتري العين من المدفوع له هو دعوى الاستحقاق وغاية ذلك تكمن وكما بينا سابقاً في عدم سريان التصرف في حق الدافع (المالك) لان التصرف صدر من شخص غير مالك بعد ان حكم ببطلان الوصية والميراث ، وبمعنى اخر ان سبب انتقال الملكية الى المدفوع له انتفى بالبطلان وبهذا فلا يحق له التصرف بالمال الذي انتقل له.

اما بشأن الخصومة في دعوى الاستحقاق فتختلف فيما اذا تم تسليم المبيع من عدمه ففي الاول يكون المدعى عليه البائع والمشتري، اما في الثاني فان طرف الدعوى هو المشتري لأن حيازة العين بين يديه.

ولم يقتصر الامر على ذلك اذ ان دعوى الاستحقاق المقامة من قبل المدعي (الدافع) على المدعى عليه (المشتري) تثير اشكالات عدة وتظهر تلك الاشكالات بعد صدور حكم من قبل محكمة الموضوع مفاده استحقاق المدعي للعين بسبب ملكيته لها ، وهنا نتساءل عن مدى احقية الدافع بالرجوع على المشتري بالثمار^(٣) الذي كان ينتجها المبيع سواء اكان عقاراً ام منقولاً؟

(١) د. سعيد مبارك ، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص ١١٤ .

(٢) يقابلها نص المادة (١/٥٠٤) من القانون المدني الاردني، ولم نجد مثيل لذلك في القوانين محل المقارنة.

(٣) يقصد بالثمار تلك المنتوجات التي ينتجها الشيء في مواعيد دورية دون انتقاص من اصل الشيء وهي على ثلاثة انواع طبيعية (ويقصد بها تلك الثمار التي تتولد عن الشيء بفعل الطبيعة، وثمار صناعية (ويراد بها تلك الثمار التي يكون للانسان يد فيه كالمحاصيل الزراعية، وثمار مدنية (وفحواها ما يغله الشيء من دخل نقدي يلتزم به الغير في مقابل استفادته من الشيء كأجرة المنازل ، وتختلف الثمار عن المنتجات او الحاصلات ومرد الخلاف يكمن في ان الاخير لا ينتج في مواعيد دورية وينتقص اقتطاعها من اصل الشيء. ينظر محمد طه البشير د. غني حسون طه ، الحقوق العينية، مصدر سابق، ص ٤٦ .

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

كما بينا سابقاً ان الدافع يرجع على الغير بدعوى الاستحقاق واذا حكمت المحكمة المختصة بذلك فعلى المشتري رد العين الى مالکها ، الا ان الامر لا يقتصر على ذلك فقد تطرق بعض فقهاء القانون^(١) الى احقية المالك بالرجوع على المشتري بالثمار الذي ينتجها المبيع ، وهذا الامر يختلف فيما اذا كان المشتري حسن او سيء النية، فإذا كان المشتري على علم ودراية بأستحقاق المبيع فإنه ملزم فوق رد العين بأن يرد الى المالك الثمار التي تنتجها العين من وقت علمه بسبب الاستحقاق، وهذا الامر بينته النصوص القانونية المقارنة ، اذ نصت المادة (٢/١٨٥) من القانون المدني المصري على انه ((أما اذا كان سيء النية فإنه يلتزم ان يرد ايضاً الفوائد والارباح التي جناها والتي قصر في جنبها من الشيء الذي تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء او اليوم الذي اصبح فيه سيء النية))^(٢)، اما اذا كان المشتري حسن النية اي انه لا يعلم بالاستحقاق فيصبح غير ملزم برد الثمار الى المالك (المستحق)^(٣) وهذا الامر بينته النصوص القانونية المقارنة اذ نصت المادة (١١٦٥) من القانون المدني العراقي على انه ((يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته))^(٤)

من كل ما تقدم نخلص الى نتيجة مفادها ان الدافع (المالك) يحق له الرجوع على المشتري سيء النية بالثمار الذي ينتجها المبيع من تاريخ علمه بالاستحقاق او من تاريخ رفع الدعوى، واذا ثبت له ذلك من قبل المحكمة المختصة فيتم تنفيذ الحكم على المشتري والزامه برد الثمار اذا كانت في يده او اقيامها اذا خرجت من يديه عن طريق التصرف سواء اكان معاوضة ام تبرع، اما اذا كان المشتري حسن النية فإن الحكم في هذه الحالة يختلف اذ لا يمكن للمالك (المستحق) ان يرجع على المشتري بالثمار التي انتجتها العين وهذا الامر اتضح لنا من مدلول النصوص القانونية سابقة الذكر.

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ج٤، ص ٦٧٩.

(٢) يقابلها نص المادة (١١٦٦) من القانون المدني العراقي اذ نصت على(يكون الحائز سيء النية مسؤولاً من وقت ان يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضتها غير انه يجوز ان يسترد ما انفقه في انتاج هذه الثمار) ونص المادة (٣٠٠) من القانون المدني الاردني و (١٤٧) من القانون المدني الجزائري.

(٣) ينظر: د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية، مصدر سابق، ص ١١٤.

(٤) يقابلها نص المادة (١٨٥) من القانون المدني المصري سابقة الذكر ونص المادة (١٤٧) من القانون المدني الجزائري، ونص المادة (٢٩٩) من القانون المدني الاردني.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الا ان للمشتري وإن كان سيء النية ان يرجع على البائع بقيمة الثمار التي الزم بردها لمن استحق المبيع وهذا الامر اتضح لنا من مدلول نص المادة (٤٤٣)^(١) من القانون المدني المصري اذ نصت على انه ((اذا استحق كل المبيع كان المشتري ان يطلب من البائع قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت وقيمة الثمار التي الزم المشتري بردها لمن استحق المبيع....))، وان نص المادة سابقة الذكر واضح الدلالة اذ انه اعطى الحق للمشتري بعد استحقاق المبيع ورجوع المالك عليه بقيمة الثمار بمطالبة البائع بها وهذا الامر برأي الباحث يتوافق مع العدالة ، فلا يمكن ان نحمل المشتري اموراً لم ينتفع منها.

اما بشأن المنتجات الذي يترتب على اقتطاعها الانتقاص من اصل الشيء فلم نجد نصوص صريحة توضح لنا مدى احقية المستحق بالرجوع على المشتري بها او بقيمتها ، الا ان هنالك بعض النصوص الضمنية التي توحى بأن المنتجات تعد ملكاً للمستحق ويجب على المشتري ردها مع العين او رد قيمتها وهذا الامر اتضح لنا من نص المادة (٨٠٤) من القانون المدني المصري اذ نصت على انه ((لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته مالم يوجد نص او اتفاق يخالف ذلك))^(٢) وهذا يعني ان المنتجات تعد ملكاً للمستحق لعدم وجود نص يفرق بين المشتري حسن و سيء النية كما هو الحال في الثمار، وكذلك لعدم وجود نص او اتفاق يقضي بأحقية المشتري بالمنتجات الذي اقتطعها من اصل الشيء.

وأورد المشرع العراقي نص يمكن ان نستوحي منه ان ملكية المنتجات للمستحق دون غيره ويجب على المشتري ان يردها الى المستحق سواء اكان حسن او سيء النية اذا تم بطلان الوصية او الميراث الذي تم عن طريقهما انتقال الملكية الى الموصى له او الوارث والذي قام هو الاخر بالتصرف بذلك الى المشتري وهذا ما بينته المادة (١٠٤٨)^(٣) من القانون المدني العراقي اذ نصت على انه (المالك التام من شأنه ان يتصرف به المالك، تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً

^(١) يقابلها نص المادة (٥٥٤) من القانون المدني العراقي اذ نصت على انه (... وله ان يسترد ايضاً قيمة الثمار التي الزم بردها للمستحق....) وكذلك نص المادة (٣٧٥) من القانون المدني الجزائري.

^(٢) يقابلها نص المادة (٦٧٦) من القانون المدني الجزائري اذ نصت على انه (لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته مالم يوجد نص او اتفاق يخالف ذلك)

^(٣) يقابلها نص المادة (٢/١٠١٨) من القانون المدني الاردني اذ نصت على انه (ولمالك الشيء وحده ان ينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة شرعاً) وكذلك نص المادة (٢/١١٣٣) من القانون المدني الاماراتي اذ نصت على انه (ولمالك الشيء وحده ان ينتفع بالعين المملوكة وغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة شرعاً).

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

ومنفعة واستغلالاً، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة) الا ان الافضل من ذلك بيان احكام المنتجات ومدى احقية المستحق عند المطالبة بها بنصوص صريحة كما هو حال النصوص الواردة في الثمار والتفرقة بين المشتري حسن او سيء النية للتخلص من الاشكاليات سابقة الذكر^(١).

ان العين المستحقة للمالك قد تنتج ثماراً وبيناً لمن تؤول ملكية الثمار او قيمتها ، الا ان العين قد تحتاج الى مصروفات منها ما تكون ضرورية والاخرى نافعة او كمالية ، ومنتسائل في هذه الحالة هل يحق للمشتري الرجوع على البائع بتلك المصروفات؟ ام يطالب بها المستحق؟

تطرق القوانين محل المقارنة الى ذلك من خلال قواعدها العامة، اما بشأن المصروفات الضرورية ويراد بها ((تلك المصروفات اللازمة لحفظ الشيء كإعادة بناء احد جدران المنزل المهدد بالسقوط))^(٢)، ومعنى ذلك ان المراد بالمصروفات الضرورية تلك التي يتكفل بصرفها المشتري او المستأجر لحفظ العين من الهلاك ، فعلى سبيل الفرض اذا وجد مشتري العقار بأن احد جدران المنزل مههداً بالسقوط وقام بترميمه لحفظ المنزل من الهلاك ومن ثم استحققت العين لمالكها بعد ان اقام الدعوى امام المحكمة المختصة ففي هذه الحالة يحق للمشتري الرجوع على مستحق العقار بتلك المصروفات^(٣).

وان الامر اعلاه بينته النصوص القانونية الواردة في القوانين محل المقارنة اذ نصت المادة (١/٩٨٠) من القانون المدني المصري على انه ((على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي الى الحائز جميع ما انفق من المصروفات الضرورية)) وهذا النص جاء عاماً ويمكن الاستدلال به في حال انتقال ملكية العين الى المشتري ومن ثم قام المالك دعوى استحقاق يطالب بها باسترداد العين استناداً الى بطلان الوصية او الميراث الذي انتقلت بسببهما ملكية العين الى البائع ، ولا يقتصر الامر على ذلك اذ ان المشرع العراقي جاء بذات النص وهذا الامر اتضح لنا من مدلول نص المادة (١/١١٦٧) من القانون المدني العراقي اذ نصت على انه ((على المالك الذي رد اليه ملكه ان يؤدي الى الحائز جميع ما انفق من المصروفات الاضطرارية والمصروفات الاضطرارية هي المصروفات غير الاعتيادية التي يضطر الشخص الى انفاقها لحفظ العين من

(١) د. غني حسون طه، محمد طه البشير، الحقوق العينية، مصدر سابق، ص ٤٧.

(٢) تركي وليد، ضمان التعرض والاستحقاق في عقدي البيع والايجار، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة باجي مختار، ٢٠١١، ص ١٤٤.

(٣) د. هشام طه محمد سليم، ضمان الاستحقاق في البيوع، دار الجامعة، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٥٠١.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

الهلاك^(١)، ان النص سابق الذكر اوجب على مالك العين بعد استحقاقها ان يرد الى حائزها جميع المصروفات الاضطرارية التي ساهمت في حفظ العين من الهلاك، ولا يمكن للمشتري الرجوع على البائع بتلك المصروفات وغاية ذلك تكمن في ان المصروفات الضرورية يتم صرفها في اي حال سواء اكانت العين بيد المشتري ام بيد مالکها وان المستفيد الوحيد من تلك المصروفات هو مالك العين وبهذا وفي حال استرداد العين بعد الحكم ببطلان الوصية والميراث فيجب عليه ان يرد الى الحائز المصروفات الضرورية، والجدير بالذكر ان الحائز وبعد استحقاق العين يحق له مطالبة المستحق بالمصروفات سواء اكان حسن ام سيء النية ، بمعنى اخر ان الحائز اذا قام بصرف المصروفات الضرورية رغم علمه بأستحقاق العين فيحق له مطالبة المستحق بها ، والجدير بالذكر ان للحائز وفقاً للقواعد العامة حبس المبيع على مستحقه حتى يقوم الاخير برد المصروفات التي قام الحائز بصرفها للحفاظ على العين من الهلاك^(٢).

ويرى الباحث ان الامر اعلاه يتوافق مع قواعد العدالة وبذلك فإننا نحذوا حذوا القواعد العامة اعلاه ومنها الواردة في التشريع العراقي.

اما بشأن المصروفات النافعة التي صرفها المشتري على المبيع بعد ان انتقل له من قبل البائع ومثالها قيام المشتري ببناء طابق ثاني فوق الطابق الاول او ما شابه ذلك من المصروفات التي ترد على العين بالمنفعة ومن ثم قضت محكمة الموضوع بأحقية المبيع للوارث بسبب بطلان الميراث او الوصية ، ففي هذه الحالة هل يرجع المشتري على المستحق ام على البائع؟

ذهب بعض فقهاء القانون الى ان المصروفات النافعة الذي انفقها المشتري على العين يجب التفرقة فيما اذا كان المشتري يعلم بالاستحقاق من عدمه ، فإذا كان على دراية وعلم بأستحقاق المبيع ومن ثم قام بالبناء او ما شابه ذلك ففي هذه الحالة الخيار بيد المستحق فله الحق

^(١) يقابلها نص المادة (٨٣٩) من القانون المدني الجزائري اذ نصت على انه (على المالك الذي يرد إليه ملكه إن يدفع إلى الحائز جميع ما انفقه من المصروفات اللازمة).؛ وعلى ذات النهج اورد المشرع الاماراتي نصاً يوضح فيه احقية المشتري بمطالبة المستحق بالمصروفات الضرورية التي صرفها على العين وهذا ما جاءت به المادة (١/١٣٢٩) من القانون المدني الاماراتي اذ نصت على انه (على المالك الذي يرد إليه ملكه ان يؤدي الى الحائز جميع ما انفقه من النفقات الضرورية اللازمة لحفظ العين من الهلاك) وكذلك اورد المشرع الاردني في القانون المدني نص يوضح فيه ذلك اذ نصت المادة (١/١٩٣) على انه (-على المالك الذي يرد إليه ملكه ان يؤدي الى الحائز جميع ما انفقه من النفقات الضرورية اللازمة لحفظ العين من الهلاك).

^(٢) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، مصدر سابق، ج٤، ص ٦٨٠. د. لحسين ملويا ، المنتقى في عقد البيع، دار هومة، الجزائر، ط٢، ٢٠٠٦، ص ٤١٨.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

بمطالبة المشتري بإزالة العين الذي ترد على المبيع مع مطالبة المستحق للمشتري بالتعويض ، او بقاءها مع دفع قيمتها مستحقة القلع او دفع مبلغ يساوي ما زاد من قيمة الدار^(١).

اما بشأن القوانين محل المقارنة فقد احوالت المادة (٩٨٠) من القانون المدني المصري الامر الخاص بالمصرفوات النافعة التي صرفها المشتري الى احكام المادة (٩٢٤)^(٢) والمادة (٩٢٥)^(٣)، وان مدلول النصين سابقين الذكر يتوافق مع رأي الفقه القانوني المبين اعلاه ، فعلى سبيل الفرض اذا استحققت ملكية العين بسبب بطلان الوصية والميراث الذي تم عن طريقهما او احدهما انتقال ملكية العين الى الوارث او الموصى له ومن ثم قام الاخير بالتصرف بهما الى شخص اخر ومن ثم استحققت العين ، الا ان من انتقلت له العين (الحائز) قام ببعض الاشياء النافعة على العين ففي هذه الحالة اذا كان حسن النية له مطالبة المستحق بدفع قيمة المصرفوات او قيمة الزيادة الحاصلة على العين، اما اذا كان سيء النية وهو على علم ودراية باستحقاق العين ورغم ذلك قام بإشياء نافعة على العين ففي هذه الحالة يصبح الخيار للمستحق وهنا اما يطالب الحائز بقلع المنشآت مع المطالبة بالتعويض، او ان يستبقى المنشآت مع دفع قيمتها الى الحائز مستحقة القلع، وهذا الامر تؤيده النصوص القانونية محل المقارنة^(٤).

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ج ٤، ص ٦٨٠، د. جميل الشراوي، العقود المدنية (البيع- المقايضة) ، دار النهضة، مصر، ١٩٦٨، ص ٢٨٧.

(٢) اذ نصت المادة (٩٢٤) من القانون المدني المصري على انه (إذا اقام شخص من عنده منشآت على ارض يعلم انها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الارض كان لهذا ان يطلب إزالة المنشآت على نفقة من اقامها مع التعويض إن كان له وجه وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت او ان يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة او دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الارض بسبب هذه المنشآت ٢- ويجوز لمن اقام المنشآت أن يطلب نزعها أن كان ذلك لا يلحق بالارض ضرراً الا اذا اختار صاحب الارض ان يستبقى المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة).

(٣) اذ نصت المادة (٩٢٥) من القانون المدني المصري على انه (اذا كان من اقام المنشآت المشار اليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية ان له الحق في إقامتها فلا يكون لصاحب الارض ان يطلب الازالة وانما يخير بين ان يدفع قيمة المواد واجرة العمل او ان يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الارض بسبب هذه المنشآت هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها ٢- الا انه اذا كانت المنشآت بلغت حداً من الجسامه يرهق صاحب الارض ان يؤدي ما هو مستحق، كان له ان يطلب تملك الارض لمن اقام المنشآت نظير تعويض عادل)

(٤) ينظر نص المادة (١١٦٧) الذي احوالت الامر الى نص المادة (١١١٩) ونص المادة (١١٢٠) من القانون المدني العراقي ، وكذلك المادة (٨٣٩) من القانون المدني الجزائري التي احوالت الامر الى نص المادة (٧٨٤) والمادة (٧٨٥) ، ويقابل ما سبق نص المادة (١٣٢٩) من القانون المدني الاماراتي التي احوالت الامر على نص المادة (١٢٧٠) والمادة (١٢٧٢) ، ولم يتخلف المشرع الاردني عن معالجة ذلك وهذا الامر اتضح لنا من مدلول نص المادة (١١٩٣) من القانون المدني الاردني التي احوالت الامر الى نص المادة (١١٤١) ونص المادة (١١٤٣).

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

مما تقدم نخلص الى نتيجة مفادها ان صاحب الملك الذي استحقه بعد الحكم ببطلان الوصية والميراث يحق له الرجوع على الحائز اذا جرى تغييرات نافعة برفعها مع المطالبة بالتعويض اذا كان المشتري على علم بالاستحقاق، اما اذا كان لا يعلم ففي هذه الحالة يحق للمشتري مطالبة المستحق بقيمة المصروفات او قيمة الزيادة، وان المادة تمت استناداً الى القواعد العامة الواردة في القوانين المدنية ، الا ان الاخرى من ذلك كان على المشرع تنظيم الية استرداد العين من قبل الغير بنص صريح بسبب بطلان الوصية والميراث .

ان ما سبق بيانه يتعلق بالمصروفات الضرورية والنافعة ، الا ان الامر لا يقتصر على ذلك اذ هنالك مصروفات كمالية سبق وان تطرقنا لفحواها ، وقد نظمت تلك المصروفات القواعد العامة الواردة في القوانين المدنية محل المقارنة ، اذ نصت المادة (٣/٩٨٠) من القانون المدني المصري ذلك اذ نصت على انه ((فإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها....))^(١)، وان النص سابق الذكر واضح الدلالة ويتوافق مع قواعد العدالة فلا يمكن للحائز الرجوع على المستحق بالمصروفات الكمالية التي لا ترد على المبيع بالنفع، وهذا الامر قال به الكثير من فقهاء القانون^(٢).

من كل ما تقدم نخلص الى نتيجة مفادها ان بطلان الوصية او الميراث له الاثر الرجعي على العين التي انتقلت الى الموصى له او المورث وهذا الاثر يمتد الى الغير ومن حق الدافع دون وجه حق مطالبة الغير بدعوى الاستحقاق ويعود السبب في ذلك الى ان التصرف الذي صدر الى الغير يعد تصرفاً في ملك غيره وبهذا فلا يسري بحق الدافع (الوارث) الذي آلت له ملكية العقار بسبب من اسباب انتقال الملكية بالوفاة سواء عن طريق الوصية او الميراث، الا ان استرجاع المبيع الى مالكه بعد الحكم ببطلان الوصية والميراث يثير لدينا عدة اشكالات منها ما يتعلق بالثمار ، وهنا يجب التفرقة فيما اذا كان من انتقلت له العين حسن او سيء النية ، فإذا كان حسن النية استحق الثمار واذا كان سيء النية انتقلت الى مالكها، ويحق للحائز مطالبة المالك بالمصروفات الضرورية دون النافعة او الكمالية حسب ما ورد في القواعد العامة للقوانين المدنية وبدورنا نؤيد ذلك.

^(١) يقابل النص اعلاه النصوص الواردة في القوانين محل المقارنة ومنها نص المادة (٣/١١٦٧) من القانون المدني العراقي ونص المادة (٨٣٩) من القانون المدني الجزائري ونص المادة (٣/١٣٢٩) من القانون المدني الاماراتي ونص المادة (٣/١١٩٣) من القانون المدني الاردني.

^(٢) ينظر :د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٦٨٠؛ د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص ١١٣.

الفرع الثاني

دفع الغير تجاه المالك

تبين لنا فيما سبق سُبُل رجوع الدافع دون وجه حق (المالك) بسبب بطلان الوصية والميراث يكمن في دعوى الاستحقاق تجاه الغير ، الا ان للغير التمسك بعدة دفعات تجعل منه يتمسك بملكية العين ، ومن اهم تلك الدفعات التقادم اذا كانت العين عقاراً، والحياسة بحسن نية في المنقول، الا ان الامر لا يقتصر على ذلك اذ ان دفعات الغير تؤدي الى افتقار الدافع اذا صدر حكم من المحكمة المختصة ، لذا فعلى الدافع في هذا الامر ان يرجع على المتصرف سواء اكان تصرفه معاوضة ام تبرع.

اما بشأن تملك الغير للعقار عن طريق التقادم فلم نجد من تطرق الى ذلك في قوانين الاحوال الشخصية محل المقارنة، وبما ان الامر يتعلق بمسائل مالية لذا يقتضي علينا الرجوع الى المسائل المدنية ومدى معالجتها لتملك العقار عن طريق التقادم واثار بطلان الوصية والميراث على ذلك، اذ نصت المادة (٩٦٨) من القانون المدني المصري على انه ((من حاز منقولاً او عقاراً دون ان يكون مالكا له ، او حاز حقاً عينياً على منقول او عقار دون ان يكون هذا الحق خاصاً به كان له ان يكسب ملكية الشيء او الحق العيني اذا استمرت حيازته دون انقطاع خمسة عشر سنة))^(١) من النص سابق الذكر نجد ان المشرع المصري جعل من التقادم سبباً من اسباب تملك العقار او المنقول ، وهذا يعني اذا انتقلت ملكية العقار الى المتصرف له (الغير) وتبين بعدها بطلان سبب الانتقال سواء اكان متعلقاً بالوصية او الميراث ففي هذه الحالة اذا رجع المالك على الغير يحق للأخير ان يتمسك بالتقادم المكسب ، ويبرر بعض الشراح القانونيين ذلك بقولهم ان التقادم المكسب يعد قرينة لتنازل المالك عن حقه ، فمن ترك ملكه بيد الغير مدة خمسة

^(١) يقابل النص اعلاه نص المادة (٨٢٧) من القانون المدني الجزائري اذ نصت على انه (من حاز منقولاً او عقاراً او حقاً عينياً على منقولاً كان او عقار دون ان يكون مالكا له او خاصاً به صار له ذلك ملكاً اذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة (١٥) بدون انقطاع) الا ان النصوص الواردة في القوانين الاخرى محل المقارنة جعلت من مرور الزمان سبباً لعدم سماع الدعوى عند الانكار وهذا ما نصت عليه المادة (١١٥٨) من القانون المدني العراقي اذ نصت على انه (من حاز منقولاً او عقاراً غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري باعتباره ملكاً او حاز حقاً عينياً على منقول او حقاً عينياً غير مسجل على عقار واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى الملك او دعوى الحق العيني من احد ليس بذئ عذر شرعي)، وبذات المعنى نصت المادة (١١٨١) من القانون المدني الاردني النافذ وكذلك نص المادة (١٣١٧) من القانون المدني الاماراتي.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

عشر سنة يفترض انه تنازل عن ملكية العين ، الا ان هذا الرأي انتقد من قبل البعض بقولهم ان التنازل عن الحق لا يفترض، وكذلك فإن دعوى الاستحقاق ليس لها مدة تسقط بمرورها مهما طال الزمن ، اذا ان المالك لا يفقد ملكيته لعدم الاستعمال ويستطيع ان يقيم دعوى الاستحقاق امام المحكمة المختصة في اي وقت شاء مهما طالّت المدة^(١).

في حين رد بعض الفقهاء على ان للغير التمسك بملكية العقار الذي انتقل له عن طريق التصرف بالتقادم المكسب اذا مرت مدة طويلة على ذلك حددتها التشريعات محل المقارنة ب (١٥) سنة اذا اقام المالك دعوى استحقاق يطالب فيها بانتزاع العين من الحائز بسبب بطلان الوصية او الميراث ويبررون ذلك بالقول ان التقادم يرجع الى اعتبارات متعلقة بالصالح العام ولكي تستقر الاوضاع الفعلية وتتحول الى اوضاع قانونية يتم على ضوءها استقرار المعاملات ومن ثم يطمئن الناس للتعامل مع الحائز^(٢).

ولا يقتصر الامر على ذلك اذ ان للحائز التمسك بملكية العقار بالتقادم القصير الذي اختلفت القوانين محل المقارنة فيه اذ نصت المادة (٩٦٩) من القانون المدني المصري على انه ((اذا وقعت الحيازة على عقار او على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته الى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات))^(٣).

مما تقدم يتضح لنا ان المشرع المصري اعطى الحق للحائز الذي انتقلت له ملكية العقار التمسك بذلك رغم الحكم ببطلان الوصية والميراث اذا استمرت حيازته خمسة سنوات ، الا انه اشترط لذلك امرين اولهما ان تكون الحيازة بحسن نية وثانيهما ان يستند في حيازته الى سبب صحيح.

(١) د. محمد شريف عبد الرحمن، حق الملكية، دار النهضة، مصر، بلا طبعة، ٢٠٠٧، ص ١٣٢.

(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ج ٩، ص ٩٨٩.

(٣) يقابلها نص المادة (١٣١٨) من القانون المدني الاماراتي اذ نصت على انه (-إذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري وكان غير مسجل واقتترنت الحيازة بحسن النية واستندت في الوقت ذاته الى سبب صحيح فإن المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون سبع سنوات) ، ونصت المادة (١/١١٨٢) من القانون المدني الاردني على ذات المعنى، وبذات النص جاءت المادة (٨٢٨) من القانون المدني الجزائري، في حين جعل المشرع العراقي في المادة (٢/١١٥٨) التقادم خمسة سنوات اذا كانت الحيازة واقعة على عقار غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري، الا ان التشريع العراقي يختلف عن المصري في ان الاول عد المدة سبباً لعدم سماع الدعوى الا ان الثاني جعلها سبباً لتملك العين.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

اما بشأن السبب الصحيح فيعرف بأنه ((تصرف قانوني يصدر من شخص غير صاحب الحق الذي يراد كسبه بالتقادم الى الحائز باعتباره خلفاً خاصاً ويكون من شأنه ان ينقل الحق لو انه صدر من صاحبه))^(١) .

من التعريف سابق الذكر يتضح لنا ان الحائز (المتصرف له) لا يحق له التمسك بالتقادم القصير لكسب ملكية العقار تجاه المالك الحقيقي الا اذا استند الى سبب صحيح ولا يتحقق ذلك الا بتوفر عدة شروط منها ان يكون التصرف قانوني صادراً الى الحائز باعتباره خلفاً خاصاً وهذا يعني ان الشخص الذي انتقلت له ملكية العقار لا تصح الا عن طريق التصرف سواء اكان معاوضة ام تبرع وبمعنى اخر يجب ان يكون من الغير، فعلى سبيل الفرض اذا انتقلت ملكية العقار الى احد الورثة وفيما بعد تبين ان ميراثه باطلاً فإذا تصرف بالعقار جاز للمتصرف له ان يتمسك بالتقادم الخمسي تجاه المالك الحقيقي ، اما اذا انتقلت ملكية العقار الى ورثة اي ليست بطريق التصرف ففي هذه الحالة لا يمكن لهم التمسك بالتقادم الخمسي لأنهم خلفاً عاماً لا خاصاً والسبب الصحيح من شروطه ان يكون الحائز خلفاً خاصاً، ولا يقتصر الامر على ذلك اذ يجب ان يكون التصرف بطبيعته ناقلاً للملكية كالبيع والهبة اما اذ لم يكن التصرف ناقلاً للملكية كالقسمة او الصلح فلا يمكن للحائز التمسك بالتقادم للحفاظ على ملكية العقار ، ومن الشروط الواجب توافرها في السبب الصحيح ان يكون التصرف صادراً من غير المالك وهذا الامر من البدهيات بعد الحكم ببطلان الوصية او الميراث ، اذ يصبح الشخص المتصرف بحكم غير المالك^(٢) .

الا ان التقادم الخمسي من قبل الحائز لا يقتصر على السبب الصحيح ، اذ يشترط فيه حسن النية من قبل الحائز ويتحقق ذلك اذا كان المتصرف له (الحائز) يجهل ان ملكية المتصرف باطلة بسبب بطلان الوصية او الميراث ، اما اذا كان الحائز على علم بذلك ، اي انه يعلم بسبب البطلان الذي على اساسه انتقلت ملكية العقار الى المتصرف ففي هذه الحالة ينتفي حسن النية وعلى اساسه لا يمكن ان يتمسك الحائز بالتقادم الخمسي الذي يعد سبباً لتملك العقار^(٣) .

نخلص من كل ما تقدم ان التقادم الخمسي يعد سبباً لتملك العقار مع مراعاة السبب الصحيح وحسن النية الذي سبق وان بينا احكامهما ، وهذا يعني اذا انتقلت ملكية العقار عن

(١) د. غني حسون طه، محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٢٣٣.

(٢) د. حسن علي ذنون ، الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر، بلا مكان، ١٩٥٤، ص ٢١٤.

(٣) د. غني حسون طه ومحمد طه البشير، الحقوق العينية الاصلية، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٣٧.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

طريق الارث او الوصية الى شخصٍ اخر ومن ثم صدر حكم من قبل المحكمة المختصة يقضي ببطلان سبب الانتقال سواء اكان متعلقاً بالميراث او الوصية الا ان من انتقل له العقار تصرف فيه ، هنا اذا رجع المالك على المتصرف له يحق له التمسك بالتقادم الخمسي، الا اذا كان العقار مسجلاً في دائرة التسجيل العقاري ففي هذه الحالة يحق للحائز التمسك بالتسجيل لا بالتقادم، وتختلف التشريعات فيما بينها بشأن مدة التقادم فهناك من جعلها سبباً لتملك العين واخرون عدوا تلك المدة مانعة من سماع الدعوى، وبدورنا نؤيد ما جاء به المشرع العراقي اذ ان الحقوق لا تتملك بالتقادم ، فإذا اقام شخصٌ دعوى مطالباً فيها باسترداد ملكية العين رغم مرور الزمان ، فيجب على محكمة الموضوع ان تسمع الدعوى فإذا انكر المدعى عليه يمكنها ان تحكم بعدم سماع الدعوى لمرور الزمان الا انها لا يمكن ان ترد الدعوى لتملك المدعي عليه العين بمرور الزمان لأن هذا الامر يخالف قواعد الاخلاق والعدالة.

اما اذا كانت العين منقولاً وانتقلت الى شخصٍ اخر بطريق الوصية والميراث ومن ثم صدر حكم ببطلان الوصية او الميراث الا ان الموصى له او الوارث تصرف بالعين ففي هذه الحالة يحق للمالك الرجوع على المتصرف له بدعوى الاسترداد وللحائز التمسك بحسن النية، واسباب تمسكه اقرته القوانين محل المقارنة اذ نصت المادة (١/١١٦٣) من القانون المدني العراقي على انه ((من حاز وهو حسن النية منقولاً او سنداً لحامله مستنداً في حيازته الى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد))^(١) ان النص سابق الذكر مأخوذاً من القاعدة التي اقرها فقه القانون المدني والمعروفة بـ ((الحيازة في المنقول سند الملكية)) ومعنى ذلك ان من حاز على منقولاً مستنداً الى سبب صحيح لا تسمع عليه دعوى الملك ، فعلى سبيل المثال اذا انتقلت ملكية منقولاً معيناً بالذات الى شخصٍ عن طريق الميراث وبعد فترة من الزمن حكم ببطلان الميراث الا ان الشخص الذي انتقلت له ملكية العين تصرف بها تصرفاً ناقلاً للملكية ففي

^(١) يقابلها نص المادة (١/٩٧٦) من القانون المدني المصري اذ نصت على (من حاز بسبب صحيح منقولاً او حقاً عينياً او سند لحامله فإنه يصبح مالكا له اذا كان حسن النية وقت حيازته) وكذلك نصت المادة (٨٣٥) من القانون المدني الجزائري على انه (من حاز بسند صحيح منقولاً او حقاً عينياً على المنقول او سند لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته) ونصت المادة (١/١١٨٩) من القانون المدني الاردني على انه (لا تسمع دعوى الملك على من حاز منقولاً او حقاً عينياً على منقول او سند لحامله وكانت حيازته تستند الى سبب صحيح وحسن نية) ولا يختلف القانون المدني الاماراتي عن النصوص السابقة اذ نصت المادة (١/١٣٢٥) على انه (لا تسمع دعوى الملك على من حاز منقولاً او حقاً عينياً على منقول او سند لحامله وكانت حيازته تستند الى سبب صحيح وحسن نية)

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

هذه الحالة اذا رجع المالك الحقيقي على المتصرف له بدعوى الاستحقاق بسبب بطلان الارث فيجوز للمدعى عليه ان يدفع بالنص اعلاه ومن ثم ترد دعوى المدعي .

مما تقدم يتبين لنا ان النصوص القانونية محل المقارنة جميعها اشترطت لتملك المتصرف له بسبب الحيابة شروط متعددة ومن اهمها :-

اولاً :- الحيابة^(١) :- لا يمكن للمتصرف له التمسك بملكية المنقول الا اذا كان حائزاً عليه ولا تتحقق الحيابة الا بتوفر شروط متعددة ومن اهمها ان تكون الحيابة قانونية ولا تتحقق تلك الحيابة الا بتوفر عنصريها المادي والمعنوي، فيجب ان يكون المنقول بين يدي الحائز يسيطر عليه سيطرة فعلية، واذا كان المنقول بين يدي الحائز تحقق العنصر المادي والاخير يعد قرينة على توفر العنصر المعنوي^(٢).

اما اذا كانت الحيابة حكمية ومثالها اذا اشترى شخص منقولا من البائع الذي تملكه عن طريق الوصية الباطلة وتركه في يد البائع على ان يحوزه لحساب المتصرف له ففي هذه الحالة لا يستطيع الحائز التمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية، والحال ذاته يسري على الحيابة الرمزية اذ هي الاخرى لا يمكن عن طريقها الحائز تملك المنقول ويراد بالحيابة الرمزية تلك التي تتحقق بالتسليم الرمزي كتسليم مفاتيح المخزن الذي توجد فيه المنقولات او تسليم سندات شحن البضائع وغيرها من الامور الاخرى^(٣).

ولا يقتصر الامر على ذلك اذ يجب لكي يملك المتصرف له العين ان تكون حيازته صحيحة اي خالية من العيوب كالغموض او الاكراه او الخفية ، فاذا توافر الاكراه او الغموض في حيازة المنقول لا يحق للحائز التمسك بملكية العين ، ويجب ان تكون الحيابة اصلية لا عرضية ومعنى ذلك يجب ان يحوز الشخص العين لحسابه لا لحساب غيره فعلى سبيل الفرض لا تعد حيازة المستأجر اصلية لأن ملكية العين تعود للمالك لا للمستأجر وبهذا فلا يحق له التمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية الذي يوجد لها اساس قانوني في القوانين محل المقارنة^(٤).

(١) تعرف الحيابة بأنها (سلطة فعلية او واقعية يباشرها الحائز على شيء بحيث تكون في مظهرها الخارجي وفي قصد الحائز مزاولة للملكية او لحق عيني اخر . ينظر : د. عبد الحكم فوده ، احكام دعاوي الحيابة ، بلا مكان طبع، دار الفكر، ١٩٩٦، ص ٢.

(٢) ينظر : د. رمضان ابو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، دار الجامعة ، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٣٧٨.

(٣) د. جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الاصلية ، ج ١، دار النهضة ، بلا سنة طبع، ص ٣٢٨.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٩، ص ١١٣٥.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

ان ما سبق ذكره يبين اصول الحيابة بشكلٍ مختصر وتجنباً للإطالة نحيل ما تبقى من تفاصيل الى القواعد العامة الواردة في القانون المدني.

ثانياً : السبب الصحيح:- سبق وان تطرقنا الى احكام ذلك عند كلامنا عن التقادم الخمسي وكيفية تملك العقار عن طريقه، الا ان محل الملكية يختلف في هذا المورد اذ انه يرد على المنقول ويجب لتمسك الحائز بالملكية ان يستند الى سبب صحيح وان صحة السبب تكمن اذا كان سبب الانتقال عن طريق التصرف سواء اكان معاوضة ام تبرع ، اما اذا كان الانتقال عن طريق الارث فلا يمكن للحائز ان يستند الى صحة السبب لان من شروطه ان يكون التصرف قانونياً والمتصرف له خلفاً خاصاً لا عاماً، ويفترض السبب الصحيح في تملك المنقولات بعكس العقار الذي يجب على الحائز ان يثبته^(١).

ثالثاً : حسن النية:- يشترط لتملك الحائز الذي انتقلت اليه ملكية المنقول عن طريق التصرف بعد الحكم ببطلان سبب الانتقال بين المتصرف والمالك الحقيقي سواء اكان البطلان متعلقاً بالوصية او الميراث ان يكون المتصرف له (الحائز) حسن النية، اي لا يعلم بأنه يعتدي على حق الغير ، فإذا كان على معرفة ببطلان سبب الانتقال بين المالك الحقيقي والمتصرف ينتفي حسن النية في هذا المقام ولا يمكن ان يتمسك بالقاعدة الذي اقرها الفقه المدني (الحيابة في المنقول سبب الملكية) والتي على اساسها شرعت نصوص قانونية في القوانين المدنية^(٢).

من كل ما تقدم نخلص ان للحائز عدة دفعات تجاه المالك ومنها التقادم في العقارات او الحيابة في المنقولات كسبب من اسباب كسب الملكية ، الا ان هذا الامر قد يفقر المالك ويجعله الطرف الخاسر في المعادلة ، وفي هذا المورد يتساءل الباحث عن مدى امكانية المالك في الرجوع على المتصرف اذا تمسك الحائز بأحد اسباب كسب الملكية السابق ذكرها؟

ان الاجابة على ذلك تقتضي بنا الرجوع الى النصوص القانونية ومن خلال النظر في ذلك اتضح لنا عدم وجود نص قانونياً صريحاً يعالج الامر اعلاه ، الا ان هنالك بعض فقهاء القانون من ذهب الى التفرقة بين تصرف غير المالك اذا كان معاوضة او تبرع، ففي الحال الذي يكون فيه التصرف معاوضة يحق للمالك الرجوع عليه بالقيمة التي تسلمها من الحائز ، اما اذا كان التصرف تبرعاً ففي هذه الحالة لا يحق للمالك الرجوع على المتصرف والحائز وهذا الامر

(١) د. غني حسون طه و محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٢٥٤.

(٢) فرج ابراهيم عبدالله سكر ، الحيابة في المنقول كسبب من اسباب كسب الملكية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة الازهر، ٢٠١١، ص ١١٣ وما بعدها.

الفصل الثالث : اثار البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

يجافي العدالة ؛ لإن درء المغارم اولى من جلب المدافع^(١)، وان نص المادة (٢٤٨) من المشروع التمهيدي المصري كانت تحقق العدالة وتنصف الدافع اذ نصت على ((اذا تبرع المثرى بما اثرى به كان من صدر له التبرع مسئولاً ايضاً عن التعويض ولكن بقدر ما اثرى)) الا ان النص سابق الذكر رغم عدالته قد حذف بعد صدور القانون المدني المصري، وبدورنا ولكي لا يثري احداً على حساب المالك سواء اكان وارثاً ام موصي يجب ان يتلافى المشرع العراقي ذلك من خلال ايراد نص صريحاً يوضح فيه امكانية رجوع الدافع على الحائز بقدر ما اثرى به اذا تمسك بأحد اسباب كسب الملكية سابقة الذكر والمتعلقة في صلب موضوعنا^(٢).

(١) د. عبد المجيد الحكيم د. عبدالباقي البكري و محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٢٩٨

(٢) د. عبدالرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص ١٢١٣.

الخاتمة

دأبت الدراسات البحثية على تضمين الخاتمة عدة نتائج وتوصيات سنبينها من خلال

الآتي:-

أولاً:- النتائج : توصلنا في نهاية بحثنا الى مجموعة من النتائج يمكن بيانها من خلال الآتي:-

١- يحظى البطلان في القوانين المدنية والجزائية باهتمام تشريعي واسع، وهذا الأمر لا نجده في مسائل الأحوال الشخصية، ولا يمكن الاستعانة في القوانين المدنية اذا كانت هنالك حالات باطلة في مسائل الأحوال الشخصية لاختلاف المحل بين كلا القانونين، اذ ان القوانين المدنية تصب اهتمامها بالدرجة الأساس على حالات بطلان العقد، الا ان هنالك عدة مسائل يتم بطلانها في قانون الأحوال الشخصية ولا تقتصر على العقد فقط، فضلاً عن ذلك فتعد الصحة نقيضاً للبطلان.

٢- اشارت اغلب القوانين محل المقارنة الى امكانية تطبيق نظرية انتقاص التصرفات القانونية في مسائل الأحوال الشخصية كما عليه الحال في المسائل الاجرائية وهذا الأمر لا يمكن تطبيقه على جميع حالات الأحوال الشخصية وانما على بعضها دون البعض الآخر، فلا يمكن تطبيق نظرية انتقاص التصرفات على احكام الميراث الا ان الأمر على عكس ذلك اذا تعلق بمسائل الزواج والطلاق والوصية، وقد اوردت النصوص القانونية المقارنة عدة تطبيقات الى ذلك، في حين لم نجد احكام نظرية انتقاص التصرفات في قانون الأحوال الشخصية العراقي، اما عن تحول التصرفات الباطلة الى اخرى صحيحة فهذا الأمر نسبي يتعلق ببعض مسائل الأحوال الشخصية دون بعضها الآخر ولم يشر المشرع العراقي الى الاحكام سابقة الذكر في قانون الأحوال الشخصية.

٣- لا خلاف بين الفقهاء المسلمين على ان اساس البطلان في الشريعة الاسلامية مبني على الامور المنهي عنها الا ان هنالك نهي لذات التصرف كما هو الحال في حرمة زواج المحارم وهذا النهي يرتب البطلان في حال قيام الشخص بالتصرفات المنهي عنها لذاتها، وهنالك تصرفات منهي عنها لوصف غير لازم وهذا الأمر ثار فيه خلاف فقهي بين صحة التصرف وبطلانه وهنالك نهي لوصف لازم وهذا الأمر يدخل في التفرقة بين اصل الشيء ووصفه فمن قال بأن النهي على الاصل والوصف يرتب البطلان عد التصرف باطلاً ومن يرى ان الاصل وحده يرتب البطلان بخلاف الوصف ففي هذه الحالة يجب مراعاة ذلك وعدم ترتيب البطلان على مخالفة وصف التصرف، اما عن اساس البطلان في الاطار القانوني فإنه قائم على اعتبارين احدهما شكلي والاخر موضوعي، وان مسائل الأحوال الشخصية لم تكن عرضة للبطلان بسبب

الخاتمة

الشكل على عكس المسائل المدنية ، في حين يتم بطلانها بالاستناد الى الاعتبار الموضوعي ، و خلاصة ما تقدم ذكره يتضح لنا ان اساس البطلان في الشريعة هو النهي وفي الاطار القانوني قائم على مراعاة الاعتبار الموضوعي.

٤- ان اثر تغيير الجنس على الرابطة الزوجية فيه امرين ، اولهما اذا كان التغيير للمظاهر الداخلية والخارجية حصل قبل انعقاد العقد ففي هذه الحالة لا اشكال بذلك، اما اذا كان التغيير للمظاهر الخارجية فقط واجرى الشخص عقداً هنا يعد العقد باطلاً، وثانيهما اذا كان التغيير حاصلًا اثناء قيام الرابطة الزوجية عندئذ يعد العقد باطلاً سواء اكان التغيير من قبل الزوج او الزوجة شاملاً للمظاهر الداخلية والخارجية ام مقتصر على احدهما، فضلاً عن ذلك يعد تغيير الجنس من الاسباب المؤدية الى بطلان الوصية ويحدث ذلك من خلال قيام الموصى له بتغيير جنسه بعد انشاء الوصية وغاية ذلك تكمن في ان شخصية الموصى له محل اعتبار لدى الموصى فإذا قام الاخير بتغيير جنسه انتفى المحل ، ولم تتطرق القوانين محل المقارنة الى الاحكام سابقة الذكر ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي.

٥- يعد اللعان احد الاسباب المؤدية الى الحرمة المؤبدة بين الزوجين عند تمامه وهذا الامر ذهب اليه جمهور الفقهاء ، وخالفهم في الامر فقهاء الحنفية بقولهم ان الحرمة مؤقتة ، اما عن موقف القوانين محل المقارنة فمنها من عالج الامر بشكلٍ صريح وهذا ما نصت عليه المادة (٤٥) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي اذ نصت على ((يحرم على الرجل التزوج بمن لاعنها بعد تمام اللعان)) في حين لم تعالج اغلب القوانين الحرمة اعلاه ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي وهذا الامر يعد نقصاً تشريعياً كان الاخرى بالمشروع ان يتلافاه.

٦- يصح زواج الزاني من الزانية اذا كانت غير محصنة ، اما اذا كانت ذات بعل وزنا بها ومن ثم اراد الزواج منها فيما بعد عد زواجه باطلاً لحصول الحرمة المؤبدة بينهما حسب الرأي الراجح ، ولم تبين لنا القوانين محل المقارنة ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي الاحكام سابقة الذكر وهذا الامر يعد نقصاً تشريعياً، ولا يقتصر الامر على ذلك اذ ان حرمة المصاهرة تثبت بالزنا فلا يجوز للزاني ان يتزوج ام او بنت الزانية وهذا الامر بينته بعض القوانين محل المقارنة ومنها قانون الاحوال الشخصية الاردني اذ نصت المادة (٢٦) منه على انه ((وطء المرأة غير الزوجة يوجب حرمة المصاهرة دون دواعي الوطء)) في حين لم تبين القوانين محل المقارنة الاخرى ذلك ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي.

٧- ان ايقاع الطلاق اما يكون بشكلٍ صريحٍ ولا خلاف بين الفقهاء المسلمون على صحته، واما ان يكون بشكل كنائي وثار الخلاف الفقهي بين الفقهاء المسلمون بين القائلين بالصحة والبطالان الا ان الراجح هو بطلان الطلاق الكنائي لمراعاة خصوصية انتهاء الرابطة الزوجية ولم يبين لنا المشرع العراقي الاحكام سابقة الذكر على عكس الحال لدى التشريعات المقارنة الاخرى، اما عن طلاق الاشارة فلا يصح الا اذا كان الزوج عاجزاً في حين ذهب جمهور الفقهاء الى صحة ذلك رغم عدم وجود العجز لدى المطلق، ولم يبين لنا قانون الاحوال الشخصية العراقي الاحكام سابقة الذكر.

٨- لا يقع طلاق المكره والمجنون والصبي وهذا الامر تطرق له الفقهاء المسلمون وجاءت نصوص اغلب القوانين محل المقارنة متوافقة مع ذلك ومنها التشريع العراقي الذي احسن في هذا الامر، الا ان التشريعات محل المقارنة ومنها التشريع العراقي لم تبين لنا احكام طلاق الهازل والمخطئ.

٩- المطلقة الذي تكون اهلاً للطلاق اما ان تكون يائسة او صغيرة وهذا النوع من النساء يمكن طلاقهن في اي وقت شاء الزوج، واما ان تكون من ذوات الحيض او في طهر واقها فيها زوجها وهذه المطلقة ثار الخلاف الفقهي بشأن صحة طلاقها من عدمه اذ ذهب جمهور الفقهاء الى صحة ذلك في حين ذهب فقهاء الإمامية الى بطلان طلاقها وهناك نوع ثالث للمطلقة وهي المسترابة وهذه لا يمكن طلاقها حسب رأي فقهاء الامامية الا بعد مرور مدة محددة ثلاثة اشهر من تركها، ولم يحسم المشرع العراقي الامر في النوعين الثاني والثالث وترك الامر الى اجتهادات القضاء الذي اتضح لنا من خلالها وجود قرارات متناقضة في هذا الامر.

١٠- لا تصح وصية المجنون ومن في حكمه ، اما بشأن وصية السفية فقد جعلها المشرع العراقي بحدود الثلث وهذا ما لا نؤيده ، اذ كان الاجدر بالمشرع العراقي ان لا يطلق الامر ويجعل وصية السفية صحيحة بحدود الثلث اذا كانت في سبيل البر والخير كما فعل ذلك المشرع الاماراتي، فضلاً عن ذلك فإن الوصية للمعدوم تعد باطلة، و ان الوصية اما تكون مطلقة او مقيدة بمدة محددة واذا قيدت الوصية بفترة زمنية وانتهت تلك الفترة ولم يمت الموصي تعد الوصية باطلة ، اما اذا انقضى جزء منها ففي هذه الحالة يمكن تطبيق نظرية انتقاص التصرفات القانونية .

١١- يعد ميراث كلا الزوجين باطلاً اذا قام احد الزوجين او كلاهما بتغيير جنسه اثناء قيام الرابطة الزوجية ويعود سبب ذلك الى انتفاء الزواج عن طريق بطلان العقد وبما ان سبب الميراث المتمثل بالزوجية الصحيحة انتفى عن طريق البطلان فكذلك الحال بشأن ميراث كلا

الخاتمة

الزوجين من بعضهما، اما عن ميراث المغير لجنسه من اولاده ففي هذه الحالة يجب التفرقة فيما اذا كان تغيير الجنس شاملاً للأعضاء الداخلية والخارجية وفي هذه الحالة لا ميراث للأبوين من اولادهما ، اما اذا كان التغيير مقتصرأ على الاعضاء الخارجية فلا اشكال لميراث الابوين من اولادهما بالطرق الشرعية ، اما عن ميراث الاولاد من الاب او الام الذي قام بتغيير جنسه ففي هذه الحالة يرثون وفقاً للطرق المنصوص عليها في القرآن الكريم ، ولم تبين لنا القوانين محل المقارنة ومنها القانون العراقي الاحكام سابقة ذكر .

١٢- يعد انتفاء النسب من الاسباب المؤدية الى بطلان الميراث وعلى ضوء ذلك فلا ميراث لابن الزنا وابن اللعان وكذلك لا ميراث لابن التبني وهذا الامر بينته القوانين محل المقارنة بشكلٍ صريح ، وان بطلان انشاء الرابطة الزوجية يعد سبباً لانتفاء الميراث بين الزوجين سواء أكان الزوجين على علم او جهل في البطلان، فضلاً عن ذلك يجب التمييز بين علم او جهل كلا الزوجين ببطلان العقد، ففي حال علمهما بذلك ينتفي النسب لان حكم العقد والزنا في الحالة سابقة الذكر سواء وبما ان الزنا لا يثبت به النسب فكذلك عقد الزواج الباطل مع العلم، اما اذا كان الزوجين يجهلان ذلك عندئذ يثبت النسب.

١٣- ان الزوجة لا تستحق المهر اذا كان عقد الزواج باطلاً مع علم الزوجين بذلك البطلان ، اما اذا جهل الزوجين ببطلان العقد ففي هذه الحالة تستحق الزوجة المهر لوجود شبهة في الامر ، هذا كله اذا حصلت واقعة الدخول، اما اذا ابرم العقد دون ان يدخل الزوج بزوجه ومن ثم صدر حكم من المحكمة المختصة يقضي ببطلان الزواج فلا خلاف بين الفقهاء المسلمين على عدم استحقاق الزوجة للمهر، ولا نفقة للزوجة اذا انتهت الرابطة الزوجية عن طريق البطلان سواء علم الزوجين بذلك ام لم يعلما، ولا خلاف بين الفقهاء المسلمين على عدم وجوب العدة على الزوجة قبل الدخول في حال بطلان انشاء الرابطة الزوجية الا ان الخلاف الفقهي ثار بينهم اذا حصل الدخول و كان الزوجين على علم ببطلان الزواج الى قولين ، اولهما ما ذهب اليه فقهاء الحنفية بقولهم ان العدة واجبة على المرأة اذا انفصلت عن زوجها بسبب بطلان انشاء الرابطة الزوجية وثانيهما ما ذهب اليه جمهور الفقهاء بقولهم لا عدة على المرأة من الزواج الباطل، اما بشأن القوانين محل المقارنة فنجد من عالج الامر صراحة كما فعل ذلك المشرع الاردني اذ جاء في نص المادة (٣٣) لا يرتب العقد الباطل اي اثر ومن ضمنها العدة ، ولم يفرق المشرع الاردني بين علم او جهل كلا الزوجين بالبطلان، اما التشريعات الاخرى ومنها التشريع العراقي فلم نجد في طياته احكاماً تعالج ذلك.

الخاتمة

١٤- اذا صدر حكم من المحكمة المختصة يقضي ببطلان الوصية او الميراث فلذلك اثر على انتقال العقار الى الموصى له او الورثة ، وهذا الامر يختلف فيما اذا اكتمل تسجيل العقار من عدمه ، فإذا سجل العقار بالدوائر المعنية لذلك يمكن لأصحاب الشأن اقامة دعوى ابطال التسجيل مستندة الى بطلان الوصية او الميراث ووفقاً لذلك يتم اعادة تسجيل العقار باسم ملاكه الحقيقيين، اما اذا لم يكتمل تسجيل العقار ففي هذه الحالة يمكن للملاك الحقيقيين ان يتقدموا بدعوى او طلب الى المحكمة المختصة مرفقه دليل يقضي ببطلان الوصية والميراث ووفقاً لذلك على المحكمة ان توعد الى الدوائر المعنية بعدم تسجيل العقار لحين حسم الدعوى.

١٥- ان اساس رجوع الورثة على الموصى له او الوارث بعد صدور حكم من المحكمة المختصة يقضي ببطلان الميراث او الوصية هو الدفع دون وجه حق وهذا الامر بينته المادة (٢٣٣) من القانون المدني العراقي، وكذلك تطرقت له اغلب القوانين محل المقارنة.

١٦- ان بطلان الوصية او الميراث له الاثر الرجعي على العين التي انتقلت الى الموصى له او المورث وهذا الاثر يمتد الى الغير ومن حق الدافع دون وجه حق مطالبة الغير بدعوى الاستحقاق ويعود السبب في ذلك الى ان التصرف الذي صدر الى الغير يعد تصرفاً في ملك غيره وبهذا فلا يسري بحق الدافع (الوارث) الذي آلت له ملكية العقار بسبب من اسباب انتقال الملكية بالوفاة سواء عن طريق الوصية او الميراث، الا ان استرجاع المبيع الى مالكة بعد الحكم ببطلان الوصية والميراث يثير لدينا عدة اشكالات منها ما يتعلق بالثمار ، وهنا يجب التفرة فيما اذا كان من انتقلت له العين حسن او سيء النية ، فإذا كان حسن النية استحق الثمار واذا كان سيء النية انتقلت الى مالكةا، ويحق للحائز مطالبة المالك بالمصروفات الضرورية دون النافعة او الكمالية حسب ما ورد في القواعد العامة للقوانين المدنية وبدورنا نؤيد ذلك.

١٧- ان للحائز عدة دفوع تجاه المالك ومنها التقادم في العقارات او الحيازة في المنقولات كسبب من اسباب كسب الملكية، وفي هذه الحالة يحق للدافع دون وجه حق الرجوع على البائع بقيمة العين اذا كان التصرف معاوضة ، اما اذا كان تبرعاً فلا يحق له الرجوع عليه وهذا الامر برأينا يجافي العدالة ، لذا كان الاحرى بالمشروع اعطاء الحق للدافع بالرجوع على المثري بقدر ما اثرى.

ثانياً: التوصيات: بعد ان تطرقنا الى اهم النتائج الذي توصلنا لها يمكن ان نوصي المشرع العراقي بالتوصيات الاتية:

١- نوصي المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ بأيراد نص يبين من خلاله عدم سريان مدة التقادم على حالات بطلان الرابطة الزوجية لانها تعد من دعاوى الحسبة التي تتعلق بالحلة والحرمة، اما بشأن حالات بطلان مسائل الاحوال الشخصية المالية فأنا نقترح على المشرع العراقي بأيراد نص يبين من خلاله احالة ذلك الى الاحكام العامة الواردة في القانون المدني، ونقترح النص الاتي (لا يسري التقادم على دعاوى الاحوال الشخصية المتعلقة بالحلة والحرمة، الا انه يسري على مسائل الاحوال الشخصية المالية)

٢- نوصي المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ بأيراد نصاً يبين من خلاله الاثر الرجعي للبطلان في مسائل الاحوال الشخصية بشرط استثناء بعض الحالات التي لا يسري عليها ذلك كالنسب اذ تحقق الوطء بشبهة، ونقترح النص الاتي (يسري الاثر الرجعي على مسائل الاحوال الشخصية ، الا من استثنى منها بنص خاص كالنسب)

٣- نوصي المشرع العراقي في اطار قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ بأيراد نص يبين من خلاله عدم استحقاق الزوجة للمهر في حال صدور حكم من المحكمة المختصة يقضي ببطلان انشاء الرابطة الزوجية بشرط علم الزوجين بذلك البطلان، اما اذا كان الزوجين يجهلان بذلك فيحق للزوجة مطالبة زوجها بالمهر لتحقق واقعة الدخول، فضلاً عن ذلك نوصي المشرع العراقي في ذات القانون بأيراد نص يبين من خلاله عدم استحقاق الزوجة الى النفقة في حال صدور حكم من المحكمة المختصة يقضي ببطلان انشاء الرابطة الزوجية، ونقترح النص الاتي (لا تستحق الزوجة المهر في حال بطلان انشاء الرابطة الزوجية اذا كانت على علم بذلك، اما اذا جهلت ببطلان الرابطة فأنها تستحق مهرها).

٤- نوصي المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ بأيراد نص يكون مضمونه بالصيغة الاتية (لا تجب العدة على الزوجة المدخول بها من عقد زواج باطل مع علم الزوجين بذلك البطلان وانما عليها مدة تربص)

٥- نوصي المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ بأيراد نص يبين من خلاله عدم استحقاق كلا الزوجين للميراث في حال قيام احد الزوجين او كلاهما بتغيير جنسه، فضلاً عن ذلك نوصي المشرع العراقي في ذات القانون بأيراد نص يبين من خلاله عدم استحقاق الاب ميراثه من اولاده في حال قيامه بتغيير جنسه من ذكر الى انثى لانتفاء صفة الابوه فيه،

الخاتمة

بالإضافة الى ذلك نوصي المشرع العراقي بأيراد نص يبين من خلاله بطلان الوصية في حال قيام الزوجة بتغيير جنسها من انثى الى ذكر والعكس صحيح، ولا يقتصر الامر على ذلك اذ اننا نوصي المشرع العراقي بأيراد نص يبين من خلاله بطلان الرابطة الزوجية في حال قيام احد الزوجين بتغيير جنسه.

٦- نوصي المشرع العراقي بأيراد نص يبين من خلاله ان الوطء سواء اكان من عقد صحيح ام باطل يوجب حرمة المصاهرة كما نص على ذلك المشرع الاردني في المادة (٢٦) من قانون الاحوال الشخصية ونقترح النص الاتي (يعد الوطء موجباً الى حرمة المصاهرة سواء اكان من عقد صحيح ام باطل)

٧- نوصي المشرع العراقي في اطار قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ بأيراد نص يبين من خلاله ان البطلان على مرتبة واحدة ولا يمكن تقسيمه الى مراتب متعددة.

٨- نوصي المشرع العراقي في اطار قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ بأيراد نص يبين من خلاله ان الملاعنة تعد سبباً لحصول الحرمة المؤبدة بين الزوجين ووفقاً لذلك لا يحق للمتلاعنين الزواج فيما بعد، ونقترح النص الاتي (تعد الملاعنة سبباً لوجوب الحرمة المؤبدة بين المتلاعنين)

٩- نقترح على المشرع العراقي بأيراد نص يكون فحواه بالصيغة الاتية (لا يجوز زواج الخنثى المشكل وبخلاف ذلك عد الزواج باطلاً).

١٠- نقترح على المشرع العراقي في اطار قانون الاحوال الشخصية ان ينص على عدم صحة الطلاق الكنائي وبخلاف ذلك عد الطلاق باطلاً، فضلاً عن ذلك نوصي المشرع العراقي في اطار قانون الاحوال الشخصية النافذ بأيراد نص يبين من خلاله بطلان الطلاق اذا كانت الزوجة في حالة الحيض او في حالة الطهر وواقعها الزوج فيه ، وكذلك عدم صحة طلاق المسترابة الا بعد مرور مدة ثلاثة اشهر من تركها.

١١- نوصي المشرع العراقي في اطار قانون الاحوال الشخصية النافذ بأيراد نص يبين من خلاله بطلان الوصية المقيدة بمدة زمنية اذا انتهت المدة ولم يموت الموصي، اما اذا انتهت المدة في جزء منها فنقترح على المشرع العراقي في هذه الحالة تطبيق نظرية انتقاص التصرفات القانونية.

١٢- نوصي المشرع العراقي بأيراد نص يبين من خلاله عدم بطلان الوصية بالمنفعة بعد موت المنتفع ووفقاً لذلك تنتقل الوصية الى ورثته.

الخاتمة

١٣- نوصي المشرع العراقي بحذف احكام نص المادة (٧٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي لمجاافتها الاحكام الشرعية الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

١٤- نوصي المشرع العراقي بأيراد نص يبين من خلاله بطلان ميراث ابن الزنا وابن اللعان من ابيهما كما تطرقت القوانين محل المقارنة الى ذلك بشكلٍ صريح، ونقترح النص الاتي (لا ميراث لأبن الزنا وأبن اللعان من ابيهما)

١٥- نوصي المشرع العراقي بأيراد نص يبين من خلاله بطلان الوصية بين الزوجين اذا انتهت الحياة الزوجية بالبطلان.

١٦- نوصي المشرع العراقي بأيراد نص يبين من خلاله عدم ثبوت النسب في عقد الزواج الباطل اذا كان الزوجين على علم بذلك ، اما اذا كانا يجهلان البطلان فنقترح الحكم بثبوت النسب في هذه الحالة.

المصادر

بعد القرآن الكريم

أولاً:- كتب التفسير

- ١- ابن كثير، ابي الفداء إسماعيل ، تفسير القرآن العظيم ، دار الخير ، بلا مكان طبع.
- ٢- القرطبي ، ابي عبدالله محمد بن احمد بن بكر ، الجامع لاحكام القرآن ، مؤسسة الرسالة، بلا مكان طبع، بلا طبعة.

ثانياً:- كتب الحديث

- ١- البخاري، ابي عبدالله محمد بن اسماعيل ، صحيح البخاري، دار آبن كثير، دمشق، ط١، ٢٠٠٢.
- ٢- البروجردي ، حسين، جامع احاديث الشيعة ، بلا دار طبع، ١٤١١هـ.
- ٣- البستي ، محمد بن حبان بن معاذ ابو حاتم الدارمي ، الاحسان في تقريب صحيح ابن حبان ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط١، ١٩٨٨.
- ٤- العسقلاني ، احمد بن علي بن حجر ابو الفضل ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، دار المعرفة، بيروت، ٢٠١٠.
- ٥- التهانوي ، ظفر احمد العثماني ، اعلاء السنن، دار القرآن والعلوم الاسلامية، بلا مكان، ط٣، ١٤٠١هـ.
- ٦- البيهقي ، ابي بكر أحمد بن الحسن بن علي ، السنن الكبرى، دار الكتب، بيروت، ط١، ٢٠٠٣.

ثالثاً:- الكتب الاصولية

- ١- احمد بن مصطفى المراغي بك، الوجيز في اصول الفقه، دار الظاهرية، الكويت، ٢٠١٨.
- ٢- الأمدي ، علي بن محمد ، الإحكام في اصول الأحكام ، دار الصميعي، ط١، ٢٠٠٣.

المصادر

- ٣- برهان الدين ابي المعالي محمود صدر الشريعة، المحيط البرهان، مكتبة الرشيد، الرياض، الانصاري، مرتضى، الوصايا والمواريث، باقري، قم، ط١، ١٤١٥هـ.
- ٤- البغدادي، ابي بكر بن عبدالعزيز، النهي يقتضي الفساد، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٩٩٣.
- ٥- التسولي، ابي الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٨.
- ٦- الصفار، فاضل، المهذب في اصول الفقه، مكتبة العلامة ابن فهد الحلبي، كربلاء، ط٢، ٢٠١٦.
- ٧- عبدالكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه الاسلامي، مؤسسة قرطبة، بغداد، ١٩٧٦.
- ٨- الفضلي، د. عبد الهادي، دروس في اصول فقه الامامية، مؤسسة ام القرى للتحقيق والنشر، النجف الاشرف، ط١، ١٤٢٠هـ.
- ٩- المحلي، جلال الدين محمد بن احمد، شرح الورقات في اصول الفقه، مكتبة العبيكان، الرياض، ٢٠٠٠.
- ١٠- محمد مصطفى الزحيلي، اصول الفقه الاسلامي، دار الخير، دمشق، ط٢، ٢٠٠٦.
- ١١- مصطفى الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، ج ١-٢، المكتبة القانونية، بغداد، ط١، ٢٠١٣.
- ١٢- المظفر، محمد رضا، اصول الفقه، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، بلا سنة طبع.
- ١٣- وهبة الزحيلي، الوجيز في اصول الفقه، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط١، ١٩٩٩.

رابعاً: الكتب الفقهية

أ- كتب الفقه الامامي

- ١- البحراني، يوسف بن احمد، الحقائق الناظرة في احكام العترة الطاهرة، مؤسسة النشر الاسلامية، ايران، بلا سنة طبع.

- ٢- النجفي، محمد بن باقر عبد الرحيم بن محمد الصغير النجفي، جواهر الكلام ، دار الكتب الاسلامية، طهران، مطبعة خورشيد، ط٢، ١٣٦٥هـ.
- ٣- الحائري ، كاظم الحسيني ، منهاج الصالحين، بلا دار، قم، ط١، بلا سنة.
- ٤- الحكيم ، محسن ، مستمسك العروة الوثقى، دار احياء التراث العربي، بيروت، ط١.
- ٥- الحلي ، ابي جعفر محمد بن منصور بن احمد بن ادريس ، كتائب السرائر لتحريير الفتاوى، مؤسسة النشر الاسلامية، قم، بلا سنة طبع.
- ٦- الحلي، جعفر بن الحسن ، شرائع الاسلام في بيان الحلال والحرام ، كتاب نشر الكترونياً برعاية شبكة الامامين الحسنين للتراث والفكر الاسلامي، بلا سنة.
- ٧- الحلي، يحيى بن سعيد ، الجامع للشرائع، المطبعة العلمية، قم، بلا طبعة، ١٤٠٥هـ.
- ٨- الخرازي ، محسن ، ارث الزوجة من الرباع والاراضي، بلا دار، قم، ط١، بلا سنة.
- ٩- الخوانساري ، احمد ، جامع المدارك في شرح المختصر النافع، مكتبة الصدوق، طهران، ١٣٨٩هـ.
- ١٠- السبحاني ، جعفر ، نظام النكاح في الشريعة الاسلامية الغراء، مؤسسة الامام الصادق ، ايران ، بلا سنة طبع.
- ١١- السيستاني ، علي الحسيني ، المسائل المنتخبة، العبادات والمعاملات، بلا دار، قم، ١٤٢٢هـ ، المسألة ١٢٩٠.
- ١٢- السيستاني ، علي الحسيني ، منهاج الصالحين (المعاملات)، دار انسان، النجف الاشرف، ١٤١٦.
- ١٣- الشيرازي ، ناصر مكارم ، انوار الفقاهة ، دار الناشر، ايران، بلا طبعة، بلا سنة طبع.
- ١٤- الصدر ، محمد باقر ، دروس في علم الاصول، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ط٢، ١٩٨٦.
- ١٥- الصدر ، محمد محمد صادق ، مسائل وردود، دار ومكتبة البصائر، بيروت ، ٢٠١٠ .
- ١٦- الطباطبائي ، علي محمد علي الحائري، الشرح الصغير في شرح المختصر النافع، مكتبة آية الله المرعشي النجفي العامة، قم المقدسة، ط١، ١٤٠٩هـ.

المصادر

- ١٧- الطوسي ،أبي جعفر محمد بن الحسن ، الخلف، مؤسسة النشر الإسلامي، قم ، ١٤٠٧هـ.
- ١٨- العاملي ، ابي عبدالله شمس الدين بن محمد بن احمد المطلبي ، مكى بن الشيخ شمس الدين محمد بن حامد بن احمد المطلبي العاملي، اللمعة الدمشقية في فقه الامامية، دار التراث بلا مكان طبع ، ط١، ١٩٩٠.
- ١٩- العاملي، محمد بن جمال الدين المكي ، زين الدين الجبعي العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، دار المعارف للمطبوعات، بيروت، بلا سنة طبع.
- ٢٠- العاملي، محمد بن علي، وسائل الشيعة ، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث - قم - ايران، ط٢، ١٤١٤هـ ، ص ٤١٥.
- ٢١- الفياض ، محمد اسحاق ، منهاج الصالحين ، شبكة كتب الشيعة، بلا دار طبع، ط١، بلا سنة طبع.
- ٢٢- الكرباسي ، محمد أبراهيم ، الارث في الفقه الجعفري، مؤسسة الأعلى للمطبوعات، بيروت، ط١، ٢٠١١.
- ٢٣- محسن آل عصفور، احكام الاحوال الشخصية على ضوء الفقه الجعفري، بلا دار طبع، قم، بلا سنة طبع
- ٢٤- المدرسي ، محمد تقى ، احكام الطلاق وتفكك الاسرة ، شبكة كتب الشيعة، ط١، ٢٠١٤.
- ٢٥- المظفر ، محمد رضا ، المنطق، مؤسسة النشر الاسلامية ، قم ايران، بلا سنة طبع.
- ٢٦- النجفي، محمد حسن ، ايات الاحكام في جوهر الكلام، بلا دار، قم ، ١٣٢٩هـ ،
- ٢٧- وجداني فخر، الجواهر الفخرية في شرح الروضة البهية، ايران، بلا سنة.

ب- كتب الفقه الحنفي

- ١- أبن عابدين ،محمد أمين الشهير ، الرد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، دار عالم الكتب، الرياض، ٢٠٠٣.
- ٢- الحكصفي، محمد بن علي بن محمد ، الدرر المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٢.

- ٣- الحنفي ، الشيخ حسن بن عماد بن علي الوقائي ، الدرر الحكام في شرح غرر الاحكام، بلا دار طبع، بلا سنة.
- ٤- الحنفي ، صدر الدين علي بن علي ابن ابي العز ، التنبيه على مشكلات الهداية ، ، مكتبة الرشد ، مكة المكرمة، ط١، ٢٠٠٣.
- ٥- الخضري ، محمد ، اصول الفقه، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط٦، ١٩٦٩،
- ٦- د. ابراهيم محمد سيلقي، تحقيق المراد في ان النهي يقتضي الفساد، دار الفكر، القاهرة، ١٩٩٨
- ٧- د. عياض نامي السليمي، اصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، دار التدمرية، الرياض، ط١، ٢٠٠٥.
- ٨- زين الدين بن ابراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ،دار الكتاب الاسلامية، بلا مكان، ٢٠١٠.
- ٩- السرخسي ، شمس الدين ، المبسوط ، دار المعرفة ، بيروت، بلا سنة طبع.
- ١٠- السمرقندي ، علاء الدين ، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا طبعة ، ١٩٨٤.
- ١١- شمس الدين أحمد بن قودر، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط١، ١٣١٨هـ.
- ١٢- الشيباني ، محمد بن الحسن ، الاصل ، اصدارات وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، قطر، ط١، ٢٠١٢.
- ١٣- الفتوحى ، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي المعروف بابن النجار، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير ، مكتبة العبيكان، ط٢، ١٩٩٧.
- ١٤- القدوري ، ابي الحسن احمد بن محمد بن احمد بن جعفر ، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٧.
- ١٥- الكاساني ، علاء الدين ابي بكر بن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٧، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، ١٩٨٦.

١٦- محمود بن احمد بن موسى بن احمد بن الحسين المعروف ببدر الدين العيني الحنفي، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٠.

١٧- المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني، الهداية في شرح بداية المبتدي، دار احياء التراث العربي، بيروت.

١٨- الموصللي، عبدالله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة طبع.

١٩- النابلسي، عبد الغني بن ياسين اللبدي، حاشية اللبدي على نيل المآرب، دار البشائر الاسلامية، ١٣١٩هـ.

ج- كتب الفقه الحنبلي

١- ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الامام احمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٤.

٢- البعلي، احمد بن عبدالله بن احمد، الروض الندى شرح كافي المبتدي، منشورات المؤسسة السعودية، الرياض، بلا سنة طبع.

٣- ابن قدامة المقدسي، موفق الدين ابي محمد عبدالله بن احمد بن محمد، المقنع في فقه الامام احمد بن حنبل الشيباني، مكتبة السوادي، جدة، ط١، ٢٠٠٠.

٤- البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، كشاف القناع عن متن الاقناع، عالم الكتب، بيروت، ١٩٨٣

٥- البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، المنح الشافيات بشرح مفردات الامام احمد، كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية

٦- البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، عمدة الطالب لنيل المآرب، الكويت، ط١، ٢٠١٠.

٧- السعدي، علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان ابن احمد الحنبلي، التنقيح المشيع في تحرير احكام المقنع، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية، ط١، ٢٠٠٤.

٨- شرف الدين موسى المقدسي، الاقناع في فقه الامام احمد بن حنبلي، المطبعة المصرية، مصر.

٩- العكبري ، ابو المواهب الحسين بن محمد ، رؤوس المسائل الخلافية بين جمهور الفقهاء، المجلد الرابع، دار اشبيليا ، بلا سنة طبع

١٠- الفتوحى الحنبلي ، محمد بن احمد بن عبد العزيز بن علي ، شرح الكوكب المنير ، وزارة الاوقاف ، المملكة العربية السعودية ، بلا سنة طبع.

١١- المرادوي ، علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام المجل احمد بن حنبل، بلا دار طبع، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٩٥٦.

١٢- المرادوي ، علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان بن احمد الحنبلي، التنقيح المشبع في تحرير احكام المقنع، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية، ط١، ٢٠٠٤

١٣- المقدسي ، موفق الدين عبدالله بن أحمد ابن قدامة ، المغنى شرح مختصر الخرقى، دار عالم الكتب، الرياض، ط٣، ١٩٩٧.

١٤- المقدسي ، موفق الدين عبدالله بن قدامه ، الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٤.

١٥- المقدسي، بهاء الدين عبد الرحمن بن ابراهيم ، العدة شرح العمدة، دار الحديث، القاهرة ، ٢٠٠٣.

١٦- النجدي ، الشيخ عثمان احمد ، هداية الراغب لشرح عمدة المطالب، دار محمد ، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٩٩٦.

١٧- عثمان بن عبدالله بن جامع ، الفوائد المنتخبات في شرح اخصر المختصرات، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ٢٠٠٣.

ت- كتب الفقه الشافعي

١- ابن حجر الشافعي ، ابي الفضل شهاب الدين احمد بن علي ابن محمد ، تلخيص الحبير في تخريج احاديث الرافي الكبير، دار المشكاة، بلا مكان طبع، ١٩٩٥.

٢- الاصفهاني ، شمس الدين ابي الثناء محمود بن عبدالعزیز بن احمد ، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، المملكة العربية السعودية ، مركز احياء التراث الاسلامي، بلا سنة .

- ٣- بدر الدين ابي الفضل محمد بن ابي بكر الاسدي الشافعي ، بداية المحتاج في شرح المنهاج، دار المنهاج، المملكة العربية السعودية، ط١، ٢٠١١، ٣٠.
- ٤- البكري ، ينظر ابو بكر السيد ، إعانة الطالبين على حل أفاظ فتح المعين ، ط٤، دار احياء التراث العربي، بيروت، بلا سنة طبع.
- ٥- الخصني الحسيني الدمشقي الشافعي ، تقي الدين ابي بكر محمد بن عبد المؤمن ، كفاية الاخيار في حل غاية الاختصار، دار المنهاج للنشر والتوزيع، قطر، ط٥، ٢٠١٦.
- ٦- الرملي ، شهاب الدين احمد ابي العباس احمد بن احمد بن حمزة ، فتح الرحمن بشرح زيد ابن رسلان، دار المنهاج، بيروت، ط١، ٢٠٠٩.
- ٧- الشافعي ، محمد بن ادريس ، الام، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، ط١، ٢٠٠١.
- ٨- الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب ، مغني المحتاج معرفة معاني الفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠.
- ٩- الشيرازي ، ابي اسحاق ، المهذب في فقه الامام الشافعي، دار القلم ، بيروت، بلا سنة طبع.
- ١٠- العمودي ، العلامة عبدالله بن عمر بن عبدالله باجماح ، اعانة المبتدين ببعض فروع الدين، جدة ، دار المنهاج، ط١، ٢٠٠٥.
- ١١- الغزالي ، الامام ابو حامد ، المستصفي في علم الاصول، بلا دار طبع، المملكة العربية السعودية، بلا طبعة
- ١٢- الغمراوي ، العلامة الشيخ محمد الزهري ، السراج الوهاج على متن المنهاج، دار المعرفة ، بيروت، بلا سنة طبع.
- ١٣- الماوردي ، ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب ، الاقناع في الفقه الشافعي، دار احسان، ايران، ط١، ١٤٢٠هـ.
- ١٤- المحلي ، جلال الدين محمد بن احمد بن محمد ، كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين، دار المنهاج، المملكة العربية السعودية.

- ١٥- المعالي ، برهان الدين ابي محمود بن صدر الشريعة بن مازة البخاري، المحيط البرهان، دار القرآن والعلوم الاسلامية، السعودية.
- ١٦- النووي ، ابو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف ، المجموع شرح المهذب ، دار الفكر، بلا سنة طبع، ص ٢١٣.
- ١٧- النووي ، ابي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف ، تصحيح التنبيه، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٩٩٦.
- ١٨- النووي ، يحيى بن شرف ، روضة الطالبين، بلا دار طبع، بلا سنة .
- ١٩- اليميني الشافعي ، شرف الدين اسماعيل بن المقرئ ، روض الطالبين ونهاية مطلب الراغب، دار الضياء، الكويت، ط١، ٢٠١٣

ث - كتب الفقه المالكي

- ١- ابي البركات أحمد بن محمد بن أحمد ، الشرح الصغير على قرب المسالك لمذهب الإمام مالك، دار المعارف، مصر، بلا سنة طبع
- ٢- البصري ، الفقيه ابي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن ابن الجلاب ، التفريع في فقه الامام مالك ابن انس، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٧
- ٣- التواتي ابن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالادلة، كتاب الأحوال الشخصية، دار الوعي، الجزائر، ط١، ٢٠٠٩، ط٢، ٢٠١٠، ص ٦٢٥.
- ٤- جلال الدين عبدالله نجم بن شاش، عقدة الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دار الغرب الاسلامي، بلا سنة.
- ٥- الدسوقي ، شمس الدين الشيخ محمد عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار أحياء الكتب العربية، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع
- ٦- الغرناطي ، حمد بن احمد بن جزي ، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، دار ابن حزم ، بيروت، ط١، ٢٠١٣.
- ٧- القرطبي ، القاضي ابي الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار ابن حزم، بيروت، ط١، ١٩٩٥

المصادر

٨- القيرواني ، ابو محمد عبدالله بن ابي زيد ، اختصار المدونة والمختلطة، دار البيضاء ، المملكة المغربية، ط١، ٢٠١٣

٩- المجاجي ،محمد سكمال ، المهذب في الفقه المالكي وأدلته، دار الوعي، دمشق، ط١، ٢٠١٠.

١٠- محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار الفكر ، بيروت، ط١، ١٩٨٤.

١١- المغربي ، ابي عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ،دار الكتب العلمية، بيروت، بلا طبعة، بلا سنة طبع.

خ- الفقه المعاصر

١- السيد سابق، فقه السنة، دار الحديث القاهرة، ط١، ٢٠٠٤.

٢- محمد جواد مغنية، الفصول الشرعية، منشورات المكتبة الاهلية، بيروت، ط٢، ١٩٦١.

٣- محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، دار الجواد، بيروت، ط الاخيرة، ٢٠٠٠.

٤- د.وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ، دار الفكر، دمشق، ط٢.

خامساً :- كتب القانون

١- د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت، ط١، ١٩٩٨ .

٢- د. ابراهيم الشهابي الشرقاوي، تثبيت الجنس واثاره دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني، ط١، دار الكتب، القاهرة ، ٢٠٠٢.

٣- د.ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في قسم الاحوال الشخصية، مطبعة اسمند، بغداد، ١٩٨٩

٤- د.ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في قسم الاحوال الشخصية. مطبعة اسمد، بغداد، ١٩٨٩

٥- د.ابراهيم عبد الرحمن ابراهيم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية الاردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ١٩٩٩.

المصادر

- ٦- د. ابراهيم محمد منصور الشحات، احكام الزواج في الشريعة الاسلامية، بلا دار طبع، بلا مكان، بلا سنة.
- ٧- د. احمد ابراهيم بك، والمستشار واصل علاء الدين احمد ابراهيم، احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية والقانون، دار القضاة، مصر، ط٤، بلا سنة طبع.
- ٨- د. احمد ابو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، منشأ المعارف، الاسكندرية، ط٥، ١٩٩٠،
- ٩- د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية (الوصايا والمواريث)، مكتبة السنهوري، بغداد، بلا سنة طبع.
- ١١- د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية، المكتبة القانونية، بغداد، ط٢، ٢٠٠٦.
- ١٠- د. احمد حمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، دار القلم، الكويت، ١٩٨٣.
- ١١- د. احمد شوقي محمد عبد الرّحمان، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الارادية وغير الارادية، منشأة المعارف، مصر، بلا طبعة، ٢٠٠٠.
- ١٢- د. احمد عبيد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، بغداد، مطبعة عصام، ١٩٧٧.
- ١٣- د. احمد غنيم، موانع الزواج بين الشرائع السماوية الثلاث والقوانين الوضعية، مصر، دار النهضة العربية، بلا سنة طبع.
- ١٤- د. احمد فراج حسين، احكام الزواج في الشريعة الاسلامية، دار الجامعة، مصر، ٢٠٠٥.
- ١٥- د. احمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، دار الثقافة، عمان، بلا طبعة، ٢٠٠٩.
- ١٦- د. احمد محمود السعيد، تغيير الجنس بين الحظر والاباحة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٩٣.
- ١٧- د. احمد نصر الجندي، المواريث في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، بلا طبعة، ٢٠٠٨.

- ١٨- اشرف مصطفى كمال، موسوعة الاحوال الشخصية ، طبعة خاصة بنقابة المحامين في الجيزه ، بلا سنة.
- ١٩- د.انور الدين ابو لحيه، عقد الزواج وشروطه برؤية مقاصدية، دار الانوار، ط٢، ٢٠١٦،
- ٢٠- د.جابر عبدالهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء، بلا دار طبع، عمان، بلا طبعة، ٢٠٠١ .
- ٢١- د.جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المسماة (البيع - الايجار - المقاوله)، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.
- ٢٢- د.جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الاصلية، ج١، دار النهضة ، بلا سنة طبع.
- ٢٣- د.حسن علي ذنون ، الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر، بلا مكان، ١٩٥٤.
- ٢٤- د.حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الوصايا والمواريث في التشريع العراقي والفقه الاسلامي، العراق، دار وارث للطباعة ، ٢٠١٨.
- ٢٥- د.حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات الرحم البديل وإثبات النسب في صور الإخصاب الصناعي دراسة مقارنة، المركز القانوني للاصدارات القانونية، القاهرة، ط١، ٢٠١٦.
- ٢٦- د.حيدر حسين كاظم الشمري، التفريق للضرر الواقع من الزوجين بين الشرائع الاسلامية والتشريعات الوضعية، المركز العربي، مصر، ٢٠٢٠.
- ٢٧- د. جميل الشرقاوي، العقود المدنية (البيع- المقيضة) ، دار النهضة، مصر، ١٩٦٨.
- ٢٨- د. عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، دار احياء التراث العربي، لبنان، ط١، بلا سنة طبع.
- ٢٩- د.رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، دار الجامعة ، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ٣٠- د. رمضان علي السيد الشرنباصي، احكام الميراث بين الشريعة والقانون، مكتبة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢.

- ٣١- د.رمضان علي الشرنباصي، النظريات العامة في الفقه الاسلامي، دار الجامعة، الرياض، ٢٠٠٣.
- ٣٢- د.زكي الدين شعبان، د. احمد الغندور، الوصية والميراث والوقف في الشريعة الاسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، ط١، ٢٠٠٠.
- ٣٣- د.سعيد مبارك د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، (البيع - الايجار - المقاوله) المكتبة القانونية، بغداد، ط٥، ٢٠١١.
- ٣٤- د.سمير احمد الحراسيس، احكام الارادة المنفردة في الفقه الاسلامي مقارنة بالقانون المدني الاردني، دار الجنان، الاردن، بلا سنة طبع.
- ٣٥- د.سمير عبد السيد تناغوا ، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، ط١، ٢٠٠٩.
- ٣٦- د.صالح حميد العلي، وباسل محمود الحافي، نظرية العقد، دمشق، دار اليمامة، ط١، ٢٠٠٨.
- ٣٧- د.صبحي محمصاني، المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والمواريث والوصية، دار العلم، بيروت، ط١.
- ٣٨- د.طه شريف، الزواج الاسلامي ومقارنته بالزواج في الشرائع المسيحية، بلا دار ، مصر، بلا سنة.
- ٣٩- د.عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية العراقي، دار السنهوري، لبنان، ط١، ٢٠١٦.
- ٤٠- د.عبد الحكم فوده ، احكام دعاوي الحيازة ، بلا مكان طبع، دار الفكر، ١٩٩٦.
- ٤١- د.عبد السلام محمود ابو ناجي، الوسيط في احكام الميراث والوصية، بلا دار، طرابلس، ط١، ٢٠٠٠.
- ٤٢- د.عبد العزيز عامر، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية والقانون، دار الفكر العربي ، ط١، ١٩٩٨.

المصادر

- ٤٣- د. عبد الغفار ابراهيم صالح، احكام المواريث والوصية والوقف في الشريعة الإسلامية والقانون، مكتبة فلسطين للكتب المصورة، بلا دار ، مصر، بلا سنة طبع.
- ٤٤- د. عبد الغفار ابراهيم صالح، احكام المواريث والوصية والوقف في الشريعة الإسلامية والقانون ، مكتبة فلسطين، بلا مكان، بلا سنة.
- ٤٥- د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والارادة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامي، ج ١، بلا دار، مصر، ١٩٨٤.
- ٤٦- د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والارادة المنفردة، بلا جزء، القاهرة ، ١٩٨٤.
- ٤٧- د. عبد القادر العرعاري، النظرية العامة للالتزامات والعقود في القانون المدني المغربي، مصادر الالتزام، ج ١، مطبعة الامنية ، الرباط، ٢٠١٣.
- ٤٨- د. عبد الكريم محمد اللاحم ، تيسير فقه المواريث، دار اشبيليا، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٢.
- ٤٩- د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.
- ٥٠- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج ١، مطبعة نديم، بغداد ط ١، ١٩٧٧.
- ٥١- د. عبد المجيد عبد الحميد الديباني، أحكام المواريث والتركات والوصية في الشريعة الإسلامية، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي، ط ١، ١٩٩٨.
- ٥٢- د. عبد الوهاب خلاف، احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية (على وفق مذهب ابي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم)، دار القلم للنشر، الكويت، ط ٢، ١٩٩٠.
- ٥٣- د. عبدالحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأ المعارف، الاسكندرية، ط ٣، ١٩٩٧.
- ٥٤- د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام ، نهضة مصر، مصر، ط ٣، ٢٠١١.
- ٥٥- د. عبدالغفار ابراهيم صالح، الزواج واحكامه في الشريعة الإسلامية وفي المحاكم المصرية، بلا دار طبع، ٢٠٠٦، ص ٨٩.

- ٥٦- د.عبدالله مبروك النجار، مصادر الالتزام الارادية وغير الارادية، دار النهضة العربية، مصر، ط٢، ٢٠٠٢ .
- ٥٧- د.عصمت عبدالمجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب ، بيروت، ٢٠١١ .
- ٥٨- د.علي الخفيف ، احكام الوصية (شرح قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ٤٦ ، معهد الدراسات العربية، بلا دار طبع، بلا سنة.
- ٥٩- د.علي حسين نجيده ، بعض صور التقدم الطبي وانعكاساته القانونية في مجال القانون المدني، التلقيح الصناعي وتلقيح الجنس، دار النهضة العربية القاهرة ، ١٩٩١ .
- ٦٠- د.علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام ، واحكام الالتزام)، مجمع الاطرش للكتاب المختص، تونس، ٢٠١٥، ص٢٩٣
- ٦١- د.فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، طبع على نفقة جامعة السليمانية، العراق، بلا طبعة ، ٢٠٠٤ .
- ٦٢- د.كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية ، دار المطبوعات الجامعة، القاهرة، ١٩٨٧ .
- ٦٣- د.مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار الاشغال ، الجزائر، ط١، ٢٠٠٣ .
- ٦٤- محمد ابو زهرة، احكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ٦٥- محمد ابو زهرة، اصول الفقه ، دار الفكر العربي، بلا مكان طبع، بلا سنة.
- ٦٦- محمد ابو زهره ، شرح قانون الوصية ، مكتبة الانجلوا المصرية ، القاهرة ، بلا سنة طبع
- ٦٧- محمد ابو زهره، الاحوال الشخصية ، دار الفكر العربي، القاهرة، بلا سنة طبع، بلا طبعة.
- ٦٨- د.محمد الكشبور ، الواضح في شرح مدونة الاسرة، بلا مكان نشر، بلا دار.
- ٦٩- د.محمد بقيق، النظرية العامة للالتزام التصرف القانوني، مجمع الاطرش للكتاب، تونس، بلا طبعة، ٢٠٠٩ .

المصادر

- ٧٠- محمد حسن القضاة، الوافي في شرح قانون الاحوال الشخصية الاردني الجديد رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠، بلا دار ، المملكة الاردنية الهاشمية، ٢٠١٢.
- ٧١- د.محمد حسن كشكول، والقاضي عباس السعدي، شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، المكتبة القانونية ، بغداد، بلا سنة .
- ٧٢- د.محمد حسنين، الموجز في نظرية الالتزام ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط١، ١٩٨٣.
- ٧٣- محمد حسنين، نظرية بطلان العقد في الفقه الاسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ١٩٨٨.
- ٧٤- د.محمد زهدور ، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الاسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، ١٩٩١.
- ٧٥- محمد سليمان حوران، نظرية الفسخ وتطبيقاتها في الفقه الاسلامي، دار النور للنشر والتوزيع، دمشق، ط١.
- ٧٦- محمد شريف عبد الرحمن، حق الملكية، دار النهضة، مصر، بلا طبعة، ٢٠٠٧.
- ٧٧- محمد طه البشير ، د. غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ٧٨- محمد عبدالرحيم الكشكي، التركة وما يتعلق بها من حقوق، دار النذير، بغداد، ١٩٦٧ .
- ٧٩- د.محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الاحوال الشخصية، بلا دار ، القاهرة ط١.
- ٨٠- د.محمد علي الصابوني، المواريث في الشريعة الاسلامية في ضوء الكتاب والسنة، دار الصابوني، مكة المكرمة، ٢٠١٥.
- ٨١- د.محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام مصادر الالتزام، دار النهضة ، مصر، ١٩٧٧
- ٨٢- د.محمد محمد طاهر الخاقاني، الزواج والطلاق في رسالات السماء، بلا مكان طبع، بلا طبعة، ١٤٠٠هـ.

- ٨٣- د. محمد مصطفى شحاته الحسيني، الاحوال الشخصية، مطبعة دار التأليف، القاهرة، ١٩٧٦.
- ٨٤- د. محمد مصطفى شلبي، احكام الوصايا والاقواف، بلا دار نشر، ط٤، ١٩٨٣.
- ٨٥- د. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الاحوال الشخصية، دار الفكر، الاردن، ط٣، ٢٠١٠.
- ٨٦- د. مصطفى الزلمي، الاستاذ عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، العاتك، بيروت، ٢٠٠٦.
- ٨٧- د. مصطفى ديب البغا، د. محمد الحسن البغا، شرح قانون الاحوال الشخصية السوري (الزواج والطلاق)، الجامعة الافتراضية السورية، بلا سنة طبع.
- ٨٨- د. مصطفى عاشور، علم الميراث، مكتبة القرآن، مصر، بلا طبعة، بلا سنة طبع.
- ٨٩- د. مصطفى عبيد، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة النقض بأمانة ابو ظبي في خمس سنوات (٢٠٠٧-٢٠١١)، بلا دار طبع، ط١، ٢٠١٤.
- ٩٠- د. مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن، ط٥، حقوق الطبع محفوظة للمؤلف، ٢٠١٢.
- ٩١- د. ملكة يوسف زرارة، موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الاسلام والشرائع الاخرى المقارنة، ج١، دار غريب للطباعة، دمشق، ط١، ٢٠٠٠.
- ٩٢- د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، مصادر الالتزام، مكتبة الرواد للطباعة، بغداد، ط١، ١٩٩١.
- ٩٣- د. نبيل جمال الدين طاحون، احكام المواريث في الشريعة الاسلامية، مكتبة الخدمات، جدة، ط١، ١٩٨٨.
- ٩٤- د. نصر فريد محمد واصل، فقه المواريث والوصية في الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة، المكتبة الوقفية، بلا مكان، بلا سنة.
- ٩٥- د. هشام طه محمد سليم، ضمان الاستحقاق في البيوع، دار الجامعة، القاهرة، ٢٠١٠.

٩٦. الياس ناصيف، الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص، ج٢، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٧.

سادساً : - معاجم اللغة والنحو

- ١- ابي الحسن احمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج٣، دار الفكر ، بلا سنة طبع.
- ٢- د. احمد مختار عمر ، معجم اللغة العربية المعاصر،، المجلد الاول ، عالم الكتب، القاهرة ، ط١، ٢٠٠٨.
- ٣- الفيروزابادي ،العلامة اللغوي مجد الدين محمد ، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط٨، ٢٠٠٥.
- ٤- الرازي ، حمد آبن ابي بكر بن عبد القادر ، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، لبنان، ١٩٨٦.
- ٥- جبران مسعود، الرائد الصغير معجم ابجدي للمبتدئين، دار العلم للملايين ، بيروت، ط١.
- ٦- دريدي ،شاري رباح حسين ، المعجم الجامع، حرف النون، بلا مكان طبع، بلا دار ، بلا سنة.

سابعاً : الرسائل والاطاريح

- ١- ابراهيم بن عبد الرحمان بن حسن السحيلي، تحول العقد المالي واثره، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة محمد بن سعود الاسلامية ، السعودية ، ١٤٢٥هـ.
- ٢- ابو القاسم بن الزين ، عقد الزواج المقترن بالشرط الفاسد بين الفسخ والتصحيح، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، ٢٠١٤-٢٠١٥.
- ٣- احمد بن عيسى ، انتقال الملكية العقارية بسبب الوفاة في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة زيان عاشور بالجلفة ، بلا سنة .
- ٤- اميره مازن عبدالله ابو رعد، اثر اختلاف الدين في احكام الزواج في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة النجاح الوطنية، ٢٠٠٧.
- ٥- بسام موسى النزلي، احكام صور التدليس المعاصر في عقود الزواج، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعة والقانون جامعة غزة ، ٢٠١٠.

- ٦- بسمة عثمانى ، التغير واثره في عقد النكاح بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف ، ٢٠١٦ .
- ٧- بعززي قبرية ، مخناش ريم ، العقود الباطلة في ضوء القانون والشريعة ، رسالة ماجستير ، مقدمة الى جامعة عبدالرحمن ميره كلية الحقوق ، ٢٠١٥-٢٠١٦ .
- ٨- بلعربي خالدية ، اثار عيوب الرضا على عقد الزواج ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة الجزائر ، ٢٠١٤-٢٠١٥ .
- ٩- تركي وليد ، ضمان التعرض والاستحقاق في عقدي البيع والايجار ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة باجي مختار ، ٢٠١١ .
- ١٠- توفيق شندارني ، فسخ عقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة الجزائر معهد الحقوق والعلوم القانونية ، ١٩٩٦ .
- ١١- جبار محمد ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الاسلامي (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجزائر ، ٢٠٠٩ .
- ١٢- حكيم دربالي ، حورية لشهب ، الوصية في التشريع الجزائري ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، ٢٠١٥ .
- ١٣- حمد بن علي بن جميل المطري ، فقه الخلع ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية التعليم المفتوح قسم الدراسات الاسلامية ، جامعة العلوم التكنولوجية ، ٢٠١١ .
- ١٤- حمزة طيبي ، محمد بن يطو ، احكام ميراث الخنثى في الفقه والقانون المقارن ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس جامعة زيان عاشور بالجلفة كلية الحقوق ، ٢٠١٧/٢٠١٨ .
- ١٥- دربالي حكيم ، الوصية في التشريع الجزائري ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، ٢٠١٤-٢٠١٥ .
- ١٦- رأفت علي نظمي الصعيدي ، اثر الفساد والبطلان في عقد النكاح في الفقه الاسلامي وقانون الاحوال الشخصية الاردني ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات العليا ، الجامعة الاردنية ، ٢٠١٧ .

- ١٧- رنا صادق شهاب حمد الدليمي، الوصايا وتزاحمها في الفقه الاسلامي وقوانين الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة النهريين، ٢٠٠٩.
- ١٨- زياد ابراهيم حسين مقداد، دلالة صيغة النهي على الاحكام الشرعية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الشريعة جامعة النجاح الوطنية، ١٩٩٣.
- ١٩- سارة مهند محمد صالح كاظم القويزي، دور نظام التسجيل العيني في حماية الحقوق العينية العقارية ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة النهريين، ٢٠٢٠، ص ٢٠٩.
- ٢٠- سليم محمود ، احكام فسخ عقود الزواج في الفقه الاسلامي والاثار المترتبة عليها، اطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الاسلامية، جامعة الجزائر ، كلية العلوم الاسلامية ، قسم الشريعة والقانون، ٢٠١٨.
- ٢١- عاهد احمد ابو العطا ، الحجر على الصغير والمجنون والسفيه وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة ماجستير مقدمة الى الجامعة الاسلامية ، كلية الشريعة والقانون ، قسم القضاء الشرعي، ٢٠٠٨.
- ٢٢- عبد الحميد العيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وانهاؤه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، قدمت الى جامعة ابي بكر بلقايد ، ٢٠١٣، ٢٠١٤.
- ٢٣- عبد الحميد حسن صباح، ميراث الخنثى في ضوء الحقائق العلمية المعاصرة وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس الجامعة الإسلامية بغزة كلية الشريعة والقانون قسم القضاء الشرعي، ٢٠٠٨.
- ٢٤- عبد القادر مخلوف، اللعان، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة د. الطاهر مولاي - سعيده، ٢٠١٧.
- ٢٥- عبدالعزيز محمد عبداللطيف، احكام البطلان في نظام المرافعات السعودية على ضوء الفقه الاسلامي ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة نايف للعلوم الامنية ، ٢٠٠٤.
- ٢٦- علي احمد عباس الدليمي، التأصيل الشرعي لقانون الاحوال الشخصية تشريعياً وتطبيقياً دراسة في ضوء اصول الفقه، اطروحة دكتوراه ، مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠٤.

- ٢٧- عمر عبدالله كامل، القواعد الفقهية واثرها في المعاملات المالية ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الدراسات العربية والإسلامية في القاهرة ، بلا سنة.
- ٢٨- غسان ضياء محمد رضا المظفر، المسائل الخلافية في دعاوى الطلاق والتفريق ، رسالة مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠١٥.
- ٢٩- فرج ابراهيم عبدالله سكر ، الحيازة في المنقول كسبب من اسباب كسب الملكية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة الازهر، ٢٠١١
- ٣٠- قيس عبد الوهاب الحيايلى، ميراث المرأة في الشريعة والقانون، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة الموصل، ٢٠٠٣.
- ٣١- كريمة فردي، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الاخوة منتوري وقسنطينة ، ٢٠٠٨،
- ٣٢- محمد علي محمد يحيى، احكام الوصية في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة النجاح الوطنية في نابلس، ٢٠١٠.
- ٣٣- محمد علي محمود يحيى، احكام الوصية في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية ، ٢٠١٠.
- ٣٤- محمد فرحي ولعربي ناجي، موانع الزواج وفق قانون الاسرة الجزائري والشريعة الاسلامية ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة اكلي محنداو لحاج – البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٤.
- ٣٥- محمد وائل طلب ابو شرح، نظرية الفساد في الشرعية الاسلامية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس جامعة الخليل ، قسم الدراسات العليا، ٢٠١٨.
- ٣٦- معزيز حدة، الاثراء بلا سبب احكامه وتطبيقاته في ظل القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، ٢٠١٦.
- ٣٧- هند فالح محمود صالح العلاف ، نظرية البطلان في القانون المدني ، دراسة تحليلية مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة الموصل، ٢٠١٢.

٣٨- وهيبة مكرلوف، الاحكام القانونية لنظام تغيير الجنس (دراسة مقارنة) ، اطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص الى جامعة ابو بكر بالقائد - تلماس، كلية العلوم السياسية، ٢٠١٥، ٢٠١٦.

٣٩- يوسف كهيبة ولامي ليلي، عقد الزواج وفقاً للاحكام الجديدة لقانون الاسرة الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبدالرحمن ميره، ٢٠١٢-٢٠١٣.

ثامناً :- البحوث

١- احمد حميد سعيد النعيمي، النهي عند الاصوليين، بحث منشور في مجلة كلية العلوم الاسلامية، المجلد الثالث، العدد الخامس، ٢٠٠٩.

٢- د.اسراء جاسم العمران، البطلان واثره على فاعلية العقد في القانون والشريعة، بحث منشور في مجلة بيت المشورة، المجلد ٢، ٢٠١٥.

٣- د.اكرم محمود حسين البدو، أساس مسؤولية المنتج المدنية دراسة مقارنة في الفقه والقانون الوضعي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، العدد ٦، لسنة ١٩٩٩.

٤- تيسير عبدالرحيم شموط، احكام الوصية في الفقه الاسلامي مقارناً بقانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠، بحث منشور في كلية الشريعة ، جامعة جرش، المجلد ٤٠، العدد ١، ٢٠١٣.

٥- جميلة عبد القادر الرفاعي، نظرة فقهية لمسائل طرحت في قانون الاحوال الشخصية لعام ٢٠١٠، بحث منشور في مجلة الجامعة الاردنية ، كلية علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٢، العدد الثالث، ٢٠١٥.

٦- د. حيدر حسين كاظم، واستاذنا الدكتور علي شاکر عبدالقادر، والدكتور حسن محمد كاظم، التفريق للعيوب التناسلية للزوجين في القانون والشريعة، بحث منشور في مجلة كلية القانون جامعة كربلاء، المجلد السابع، العدد الثالث، ٢٠٠٩.

٧- د. عبد الناصر محمد صالح جابر، دعوى فسخ عقد الزواج لعدم الكفاءة دراسة فقهية مقارنة بقانون الاحوال الشخصية الاردني المؤقت رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠، بحث مقدم الى مجلة الميزان للدراسات الاسلامية والقانونية، الاردن، المجلد الرابع ، العدد الاول، ٢٠١٧.

- ٨- رزوق حكيم ، الفرق بين البطلان وغيره من الجزاءات في قانون الاجراءات المدنية ، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليده، العدد العاشر، بلا سنة.
- ٩- رنا سلام امانه ، الطلاق الشرعي والطلاق الالكتروني، فقهاً وقضاءً وقانوناً ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهريين
- ١٠- زعيم اسماء، د. محمد طارق، البطلان كنظام قانوني احكامه وقواعده وآثاره على صحة العقود، بحث مقدم الى جامعة الحسن الثاني ، الدار البيضاء، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، بلا عدد ، ٢٠١٨.
- ١١- د.سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، م انعام محمود شاكر، مفهوم الوصية بالمنافع(دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقوانين الاحوال الشخصية)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، المجلد ١١، ٢٠١٩.
- ١٢- شادية الصادق الحسن، حكم التبني في الاسلام، بحث منشور في جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، معهد العلوم الاسلامية، العدد الرابع، ٢٠١٢.
- ١٣- د.عادل ناصر حسين، اثر تغيير الجنس في مسائل الاحوال الشخصية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون جامعة بغداد، بلا عدد، ٢٠١٩.
- ١٤- د.عالية احمد صالح ضيف الله ، نسب ولد الزنا من ابيه الزاني دراسة مقارنة مع قانون الاحوال الشخصية الاماراتي، بحث منشور في جامعة الامارات العربية المتحدة ، كلية علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٦، عدد ٤، ٢٠١٩.
- ١٥- د.عبد الباقي بدوي، التفريق القضائي بين الزوجين بسبب الامراض الجنسية في الشريعة الاسلامية وقوانين الاحوال الشخصية العربية ، بحث منشور في مجلة الاحياء جامعة البويره، العدد ١٧-١٨، ٢٠١٥.
- ١٦- عز الدين كيجل، اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القضاء الجزائري، مجلة المفكر، العدد الثالث، بلا مجلد، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، بلا سنة طبع.

المصادر

- ١٧- علي ابن ابراهيم القمي، تفسير القمي، ج ٢، بلا مكان طبع، ص ٣٧٣؛ السيدة تمام عودة عبدالله العساف، الاشهاد على الطلاق ، بحث منشور في المجلة الاردنية للدراسات الاسلامية، المجلد السادس العدد الثالث، ٢٠١٠.
- ١٨- علي عبد العالي خشان الاسدي، النظام القانوني للشكل في قانون المرور، بحث منشور في مجلس جامعة بابل، العلوم الانسانية، المجلد ١٤، العدد ٢، ٢٠٠٧.
- ١٩- فرحان بن همساوي ومصطفى بن محمد جبري شمس الدين، حكم تحويل الجنس دراسة تقويمية في ضوء مقاصد الشريعة، المجلة العالمية للدراسات الفقهية والاصولية ، المجلد الثاني ، العدد الثاني ، ٢٠١٨.
- ٢٠- فرزدق روكان عبد العزاوي، النهي وتطبيقاته في سورة النساء، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية، المجلد ١٤، العدد ١١، ٢٠٠٧.
- ٢١- فواز اسماعيل محمد ، التبني وبدائله، بحث منشور في مجلة العلوم الاسلامية جامعة الموصل، العدد الثالث عشر، المجلد الرابع، ٢٠١٣.
- ٢٢- لؤي الصميعات واحمد القضاة، طلاق السكران في الفقه الاسلامي وقانون الاحوال الشخصية الاردني، بحث مقدم الى مجلة جامعة النجاح للابحاث الانسانية ، كلية العلوم الاسلامية ، المجلد ٣٣، العدد ٣، ٢٠١٩.
- ٢٣- محمد عبدالكريم، النهي المطلق هل يقتضي فساد المنهي عنه وتطبيقاته الفقهية، بحث منشور في كلية التربية والاداب والعلوم، جامعة صنعاء، بلا سنة.
- ٢٤- منال مروان منجد ،عمليات تحويل الجنس في دولة الامارات العربية المتحدة: دراسة تحليلية، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة ، المجلد ١٦، العدد ٢، ٢٠١٩.
- ٢٥- يوسف عبدالله محمد الشريفي و شبلي احمد عيسى عبيدات ، التفريق بين الزوجين للأيلاء دراسة فقهية مقارنة بقانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠، بحث منشور في كلية الشريعة والدراسات الاسلامية جامعة اليرموك، المجلد ٤٦، العدد ٣، ٢٠١٩.

تاسعاً:- الروابط الالكترونية

١- <https://lawyeregypt.net>

٢- <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar>

٣- <https://ar.wikipedia.org/wik>

٤- <https://www.hjc.iq/index-ar.php>

٥- <https://universitylifestyle.net>

٦- <https://www.nasnews.com>

٧- [/https://www.facebook.com/hawzatalzahra/posts](https://www.facebook.com/hawzatalzahra/posts)

٨- www.almarkaz.net

عاشراً :- القوانين

- ١- قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ١٥ لسنة ٢٠١٩ النافذ
- ٢- قانون المسؤولية الطبية والصحية الاردني رقم (٢٥) لسنة ٢٠٠٨ النافذ
- ٣- قانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٥
- ٤- قانون الاجراءات المدنية الاماراتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ النافذ .
- ٥- قانون اصول المحاكمات المدنية وتعديلاته الاردني رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨.
- ٦- قانون الاسرة الجزائري رقم ٨٤-١١ لسنة ١٩٨٥ النافذ.
- ٧- القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ النافذ.
- ٨- القانون المدني الجزائري رقم ٧٥-٥٨ لسنة ١٩٧٥ النافذ والمعدل
- ٩- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ.
- ١٠- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٨ النافذ والمعدل
- ١١- القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٥ المعدل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل
بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥
- ١٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨

الحادي عشر : القرارات التمييزية

- ١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٧/وصية/٢٠١٠ في ٢٩/٨/٢٠١٠
- ٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٥٠٢ في ١٢-٨-٢٠٠٨

المصادر

- ٣- قرار محكمة التمييز الجزائرية رقم ٦٩٧٩٨ في ٢٣/٤/١٩٩١
- ٤- قرار محكمة التمييز الجزائريترقم ١٧٢٣٧٩ في ٢٨/١٠/١٩٩٧
- ٥- قرار محكمة التمييز بالعدد ٥٣٠/شخصية/١٩٨١ قرارها بالعدد ٢٥٠٢/طلاق/٢٠٠٨
- ٦- قرار محكمة النقض المصرية بالعدد ٦٦ لسنة ١٩٤٩
- ٧- قرار محكمة النقض المصرية بالعدد ٢٨ لسنة ١٩٤٨
- ٨- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية بالعدد ٥٥٥٤/هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٧.
- ٩- قرار محكمة التمييز رقم ٣١٨ لسنة ١٩٦٩
- ١٠- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٠٤٧/شرعية/١٩٦٩ في ٢٨/١٢/١٩٦٨ .
- ١١- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٣٢٢٤ / احوال شخصية/ ٢٠٠٨
- ١٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٢٦/شرعية/ ١٩٦٣ .
- ١٣- قرار محكمة النقض المصرية بالعدد ٣٠ في ٢٨/٤/١٩٧٦
- ١٤- قرار محكمة الاحوال الشخصية في البيع بتأريخ ٢٥/١٢/٢٠١٩.
- ١٥- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٧٠٨/شرعية/٦٨
- ١٦- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٣٦٧/شرعية/١٩٧٠
- ١٧- قرار محكمة النقض المصرية بالعدد ٣/٤٠ في ٨/٧/١٩٤٠
- ١٨- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٦٧/شرعية/ ١٩٦٣.
- ١٩- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٩
- ٢٠- قرار محكمة التمييز في دبي بالعدد ١٦٠ في ٣٠/٩/٢٠١٤.
- ٢١- قرار الحكم التمييزي بالعدد ٨٦ الصادر من محكمة التمييز في دبي بالعدد ٢٠١٥/٨٦ في ٢٣/٦/٢٠١٥.

المصادر

- ٢٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٦٣١/شخصية/٨١ في ١٩٨١/١١/٢١.
- ٢٣- قرار محكمة التمييز الاردنية المرقم ١٠٢٧٤٤ في ٢٠١٦/٢/١٠.
- ٢٤- قرار محكمة النقض رقم ٧٣ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٩/٥/٢٣.
- ٢٥- قرار محكمة النقض رقم ٥٩ لسنة ٦٦ ق- جلسة ١٩٩٦/١٢/٢٠.
- ٢٦- قرار محكمة التمييز رقم ٦١ لسنة ٥٦ جلسة ١٩٨٨/٣/٢٦.
- ٢٧- قرار محكمة النقض المصرية بالعدد ٥٨٥ في ١٩٧٥/٤/١.
- ٢٨- قرار محكمة النقض في ابو ضبي الحكم رقم ٢٠٠٨/٤/١٢٣ . الطعن رقم ٢٠٠٨/٤/٥٢٤ .
جلسة ٢٠٠٨/١١/١٩ .

Summary

Summary

The topic of our research is considered one of the important topics in the framework of personal status matters because it is mainly related to issues that are permissible and forbidden, meaning that most of the lawsuits that are filed in this aspect are considered as hisba lawsuits, as nullity is a penalty that affects various aspects of the law and the personal status aspect is not devoid of this. The penalty.

As marriage is considered void if it misses one of its pillars or one of the conditions of its conclusion, and the same case in divorce, as it is the other, is invalidated if it leaves one of its pillars, in addition to that, the invalidity is not limited to the aforementioned non-financial personal status issues as it transgresses To matters of personal and financial status, we singled out what is related to our subject, both the will and the inheritance, since the failure of the pillars or the conditions of the will or the inheritance is a reason for their invalidity and there are many cases that have emerged recently that have a prominent effect on nullity and the best example of this is the change of sex, as it is considered A reason for the invalidity of most personal status matters, and we shall specifically mention the issues under discussion.

What was previously mentioned are pictures or cases of invalidity of personal status matters, and these pictures or cases leave many effects in the context of personal status matters, some of which can be corrected by diminishing legal dispositions and many of these cases cannot be corrected due to their attachment to issues of sanctity and inviolability, and these issues have an effect What is prominent in the invalidity of personal status issues, in addition to that, the statute of limitations and retroactivity are of great importance in the subject of our research, which we have detailed in the folds of our thesis.

And that the aforementioned issues, some of which were dealt with by the of ^{١٨٨}Iraqi legislator in the folds of the Iraqi Personal Status Law No. , amended and enforced, but many of these issues did not receive ^{١٩٥٩} legislative treatment, especially those that globalization had a prominent role in its emergence. We have previously shown sex change and its prominent impact on personal status matters, whether financial or non-financial.

**Ministry of Higher Education and
Scientific Research
University of Karbala / College of Law
The private section**



The nullity in matters of personal status

(A comparative study of Islamic jurisprudence)

PhD thesis submitted to the Council of the College of Law

Karbala University

As part of the requirements for a PhD

In private law

The student submitted it

Haider Taha Fayyad Al-Shammari

Supervised

Prof. Dr

Haider Hussain Kazem Al-Shammari

AD ٢٠٢١

AH ١٤٤٣