اساس ومراتب البطلان في مسائل الاحوال الشخصية (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)

أ.د. حيدر حسين كاظم الشمري

كلية القانون جامعة كربلاء

م.د حيدر طه فياض الشمري

hayder.t.fayadth@alkutcollege.edu.iq

كلية الكوت الجامعة الاهلية

The basis and ranks of nullity in matters of personal status(A comparative study of Islamic jurisprudence)

Prof. Dr.Haider Hussein Kazem Al-Shamry
College of Law, University of Karbala
Lecturer. Dr. Hadier Taha Fayyad
Al-Kut College, Al-Ahlia University

المستخلص

لا يمكن بناء الاحكام سواء الشرعية ام القانونية من قبل المعنيين بالامر دون الاستناد الى قاعدة يتم من خلالها الارتكاز على الشيء، واساس البطلان في مسائل الاحوال الشخصية يعود الى اعتبار موضوعي بينه القانون هذا في اطار القانون الوضعي، اما في الشريعة الاسلامية فأن اساس البطلان يعود الى النهي، اذ يتم الحكم ببطلان الشيء من خلال مخالفة قاعدة منهي عنها في ادلة الاحكام الشرعية، وان الغالبية من فقهاء القانون والشريعة الاسلامية يجمعون على ان البطلان بمرتبة واحدة ولا يمكن ان تتعدد مراتب البطلان. **الكلمات المفتاحية:** اساس/ بطلان / مراتب/ نهي

ABSTRACT

It is not possible to build rulings, whether legal or legal, by those concerned with the matter without relying on a rule by which to base an object. The prohibition, as the nullity of the thing is ruled by violating a rule that is forbidden in the evidence of the legal rulings. **Keywords:** basic / null / ranks / forbidden

المقدمة

الحمد لله حق حمده حمداً كثيرا والصلاة والسلام على خير انبياءه ورسله محمد وعلى ال بيته وصحبه الطيبين الطاهرين

اولاً:- التعريف بموضوع الدراسة: يعد موضوع البطلان في صورة عامة من المواضيع المهمة في الاطر القانونية سواء على المستوى العام ام الخاص، ولم يحظى هذا الامر بأهتمام من قبل الباحثين، اذ اننا نجد شتاتاً لهذا الموضوع، هذا من حيث مفهومه الا ان الوصول الى البطلان كجزاء يحتاج الى بيان اساسه ومراتبه، اذ ان الاساس هو الركيزة او القاعدة التي يستند اليها القاضي لبناء الاحكام، فلا يمكن ان تبنى الاحكام في اطار القوانين بصورة عامة ومنها قانون الاحوال الشخصية دون وجود اساس يرتكز عليه القاضي، والا اصبحت قراراته عرضة للنقض من قبل المحكمة المختصة بهذا الشأن، هذا من جانب ومن جانب اخر فأن قاضي محكمة الموضوع يجب ان يبين في حكمه نوع البطلان اذ كان بمراتب متعددة، لان كل مرتبة من مراتب البطلان ان وجدت ترتب اثاراً خاصة بها .

ثانياً:- اسباب اختيار الموضوع: هنالك اسباب متعددة دعتنا الى اختيار هذا الموضوع، ومنها لم يحظى هذا الموضوع بأهتمام من قبل الشراح والباحثين، وكذلك لوجوده في الحياة الواقعية بكثرة وبالخصوص في اطار القانون الخاص.

ثالثاً:- اهمية الموضوع: تكمن اهمية موضوعنا بالدرجة الاساس بالوقوف على حالات البطلان في مسائل الاحوال الشخصية ومعرفة اساس هذا البطلان وكذلك معرفة مراتبه لتسهيل الامر بالنسبة الى قاضي محكمة الموضوع عند اصدار الاحكام المتعلقة بحالات البطلان سواء اكان ذلك يتعلق بالحقوق المالية ام غير المالية.

رابعاً:- اشكاليات الموضوع: تتعدد اشكاليات موضوعنا اساس ومراتب البطلان في مسائل الاحوال الشخصية ويكمن هذا التعدد بالدرجة الاساس بالنقاط الاتية:-

١- عدم وجود نص صريح في مسائل الاحوال الشخصية يتم اللجوء اليه لمعرفة الاساس او القاعدة التي يبنى عليها البطلان كما هو الحال في المسائل المدنية.

٢- لم نجد في النصوص المعالجة لمسائل الاحوال الشخصية نصاً صريحاً يتم من خلاله معرفة مراتب البطلان اذا كان البطلان على مراتب متعددة من عدمه، الا ان هذا الامر حظي بأهتمام كبير في النصوص المدنية.

٣- وضع قاضي الموضوع امام مواضع ليس فيها نصاً قانونياً صريحاً مما يؤدي ذلك الى صدور قرارات متناقضة في ذات الموضوع وهذا الامر يعد امراً سلبياً.

٤- تناثر النصوص والابحاث القانونية في هذا الاطار، الامر الذي جعلنا نلملم هذا الشتات من خلال الايصاء الى المشرع العراقي بإيراد نصوص صريحة.

خامساً:- خطة البحث: ارتأينا تقسيم هذا الموضوع الى مبحثين، سنبين في المبحث الاول اساس البطلان في مسائل الاحوال الشخصية وهو الاخر قسمناه الى مطلبين بينا في المطلب الاول اساس البطلان في الفقه الاسلامي، وفي المطلب الثاني اساس البطلان في قانون الاحوال الشخصية، في حين تطرقنا في المبحث الثاني عن مراتب البطلان في مسائل الاحوال الشخصية وهو الاخر تم تقسيمه الى مطلبين تطرقنا في المطلب الاول الى مراتب البطلان في الفقه الاسلامي والقانوني، وبينا في الطلب الثاني مراتب البطلان في قانون الاحوال الشخصية

المبحث الاول

اساس البطلان في مسائل الاحوال الشخصية

لمعرفة اساس[1] البطلان اهمية في اطار مسائل الاحوال الشخصية ؛ لإن اساس البطلان بمثابة القاعدة التي يرتكز عليها القاضي في تسبيب الحكم، اذ ان الاحكام يجب ان تكون واضحة ومسببة لكي يتبين الامر لاطراف الادعاء، ولكي لا يكون الحكم الصادر بالبطلان مدعاة للنقض من قبل محكمة التمييز الاتحادية الذي تعد

[1] اذ يعرف الاساس لغةً بأنه جمع اسس، ويأتي بمعنى الاصل ومن مرادفاته القاعدة، جبران مسعود، الرائد الصغير معجم ابجدي للمبتدئين، دار العلم للملايين ، بيروت،ط١، ١٩٨٢، ص٣٨. ؛ 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 الخاتمي، القواعد الفقهية، بلا دار طبع، تونس، بلا طبعة ، ٢٠٠٧، ص٢٦-٢٧.

الجهة العليا للطعن بالاحكام الصادرة من محكمة الاحوال الشخصية لذا ارتأينا في هذا المبحث 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 المبحث على مطلبين، سنبين في المطلب الاول اساس البطلان في الفقه الاسلامي، ومن ثم نتطرق في المطلب الثاني عن اساس البطلان في قانون الاحول الشخصية.

المطلب الاول

اساس البطلان في الفقه الاسلامي

بعد ان اتضح لنا فحوى الاساس بشكلٍ عام ارتأينا الخوض في هذا المطلب عن اساس البطلان في اطار الفقه الاسلامي، وبعد البحث عن ذلك ارتأينا ان الاساس الذي يرتكز عليه الحاكم الشرعي او القاضي الوضعي للحكم بالبطلان في مسائل الاحوال الشخصية هو النهي، لأنه يختلف عن الامر[١]، اذ ان مدلول الامر هو الالزام بالفعل، اما مدلول النهي هو الالزام 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 وصيغه واقسامه ومقتضاه في اطار الفقه الاسلامي وحسب الاتي:-

اولاً:- مفهوم النهي:- يعرف النهي[٣] في الاطار اللغوي بأنه :- خِلافُ الامر. وفي حديثِ قِيام الليل((هو قُرْبةٌ إلى الله ومَنْهاةٌ عَن الآثام)) أي حالأَة مِن شَأنِها أن تَنْهى

---

[١] يعرف الامر بأنه طلب اداء من فعل او امتناع على وجه الحتم والالزام مالم يقم الدليل على خلاف ذلك. د. مصطفى ابراهيم الزلمي،اصول الفقه في نسيجه الجديد، المكتبة القانونية، بغداد، ط١، ٢٠١٣ ،ص٣٠٢.

[٢] الشيخ محمد رضا المظفر،اصول الفقه،ج١،مؤسسة النشر الإسلامي،قم المقدسة،بلاسنةطبع،ص١٤٨

[٣] للنهي معان اخرى كالتحريم كما في قوله تعالى (وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا ۖ 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 لخادمك (لا تطع امري) والالتماس كقولك (لا تبرح من مكانك حتى ارجع اليك) . ينظر د. احمد حميد سعيد النعيمي، خلدون وليد حسن، النهي ودلالته عند الاصوليين، بحث منشور في مجلة كلية العلوم الاسلامية ،المجلد(٣)،العدد الخامس،٢٠٠٩، ص٦١

عَن الإثم، أو هيَ مكان مُختص بِذلك [١], اما التعريف الاصطلاحي للنهي فيعرف بأنه (هو ما دل على طلب الكف عن الفعل على وجه الحتم والإلزام)[٢], وأن الاجتناب عن الشيء والكف عنه شرعاً يتحقق بمجموعة شروط منها أن يكون الفعل المنهي عنه مقدوراً للعبد، لان التكليف لا يتعلق بغير المقدور، بدلالة قوله سبحانه وتعالى **((لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا))**[٣]، وان يكون للإنسان رغبة في الفعل المنهي عنه او ميل الى ايجاده مثل الرغبة في الزنى رغم النهي عنه بدلالة قوله تعالى **(وَلَا تَقْرَبُوا الزِنى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلاً)**[٤]، اما اذا لم تكن رغبة واجتنب العبد ذلك فلا يسمى نهي بل من مقتضى الطباع النفسية، كمن يجتنب شرب السم، فضلاً عن ذلك يجب أن يكون العبد ملتفتاً الى النهي حين الاجتناب، لذا لا يقال للنائم او الساهي انه اجتنب الحرام، وكذلك يجب ان تتوفر اسباب الحرام، فإذا كانت غير متوفرة فلا يستحق عليها الثواب، فعلى سبيل الفرض اذا اجتنب شخصاً معيناً الزنا او الغيبة لعدم توافر اسبابهما فلا يحسب له الثواب[٥].

ثانياً:- صيغ النهي: ان النهي ومن خلال التعريف المتقدم ذكره لم يكن محصوراً بصيغ محددة وإنما هنالك العديد من الصيغ التي تدل على النهي، فأي طلب غايته الكف عن الفعل على وجه الحتم والالزام يعد نهياً، ومن اهم صيغ النهي هو الفعل المضارع المقترن بـ (لا) الناهية ومثال ذلك قوله تعالى، **((وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ))**[٦]، وكذلك فعل الامر اذا دل على لزوم الترك مثل كف او اجتنب او غير ذلك، كما في

---

[١] جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي، لسان العرب،ج١٥، (باب الباء), دار المعارف, القاهرة, بلا سنة، ص ٣٤٦.؛ شاري رباح حسين دريدي، المعجم الجامع، حرف النون، بلا مكان طبع، بلا دار ، بلا سنة، ص٣٥٤.

[٢] د. وهبة الزحيلي، الوجيز في اصول الفقه ، دار الفكر المعاصر ، بيروت، ط١، ١٩٩٩، ص٢١٤.

[٣] سورة البقرة ، اية ٢٨٦.

[٤] سورة الأسراء، آية ٣٢.

[٥] الشيخ فاضل الصفار، المهذب في اصول الفقه، مكتبة العلامة ابن فهد الحلي، كربلاء ، ط٢، ٢٠١٦، ص ١٩٧-١٩٨.

[٦] سورة البقرة ، اية ١٨٨.

قوله تعالى((**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ**)) [١]، فضلاً عن ذلك فأن مشتقات مادة (تحريم)[٢] تدل على النهي ومنها قوله تعالى ((**حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله**)[٣]، وغيرها من الصيغ الاخرى.

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.

ونتساءل عن مقتضى النهي بعد ان بينا مفهومه وصيغه، هل ان الكف عن التصرف او الفعل يكون على الفور ام على التراخي؟ لا خلاف فيه كما هو الحال في الامر، اذ اتفق الاصوليين على ان الكف عن الافعال المحرمة يكون على الفور والتكرار مستدلين بعدة آيات قرآنية كريمة كما في قوله تعالى(**وَلَا تَقْرَبُوا الزِنى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلاً**)، اذ ان مدلول الآية الكريمة يبين لنا ان الاجتناب عن الزنى يجب ان يكون فوراً، وبشكلٍ متكرر[٤].

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.

---

[١] سورة المائدة ، اية ٩٠.

[٢] د. مصطفى ابراهيم الزلمي، مصدر سابق، ص٣٠٨. د. عبدالكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه الاسلامي، مؤسسة قرطبة، بغداد، ١٩٧٦، ص ٣٠٤.

[٣] سورة المائدة ، اية ٣.

[٤] د. محمد اديب صالح، تفسير النصوص في الفقه الاسلامي، المجلد الثاني، المكتبة الاسلامية، بيروت،ط٤، ص ٣٨٢.

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 اضافةٍ 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[١].

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[٢] فالكلام عنها يستدعي منا تقسيمها الى ثلاثة محاور فهنالك نهي لذات الشيء والذي سنتطرق 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:-

المحور الاول:- النهي لذات التصرف:- اي ان يكون النهي لعين التصرف او لجزءٍ مؤثر من اجزائه، كالنهي الوارد في بعض المعاملات المالية ومنها تخلف ركناً من اركانه كما هو الحال في تخلف احد اركان عقد البيع،او نكاح الأمهات، وغيرها من الامور الاخرى، ففي هذه الحالة تعد التصرفات سابقة الذكر باطلة باتفاق فقهاء

[١] د.ابراهيم محمد سيلقيي،تحقيق المراد في ان النهي يقتضي الفساد،دار الفكر،القاهرة،١٩٩٨،ص ١٧٧.
[٢] د. محمد اديب صالح ، مصدر سابق، ص ٣٨٩.

المذاهب الإسلامية ([١])ولا يترتب عليها اي اثرً من الاثار التي ترتبها التصرفات الصحيحة، 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 واردً على ذات التصرف، ومن ثم اذا حدث هذا الزواج يعد باطلاً باتفاق فقهاء المذاهب الاسلامية[٢] .

اما عن ادلة اصحاب المحور الاول فإنها مستوحاة من السنة النبوية الشريفة بحديث الرسول محمد (ص) **(((من احدث في امرنا هذا ما ليس فيه فهو رد))**[٣]، والاجماع اذ 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 تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ)**[٤]، والمعقول اذ استدل فقهاء المذاهب الاسلامية بالقاعدة الفقهية **((درء المفاسد اولى من جلب المصالح))** [٥].

المحور الثاني:- النهي لوصف غير لازم بالتصرف :- يراد بالنهي لوصف غير لازم إن التصرف مشروعاً في اصله واوصافه اللازمة، لكن هنالك شيءٍ غير لازم قد يؤدي الى بطلان التصرف، فعلى سبيل الفرض الزواج او الطلاق مشروعين اذا تحققا 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 مِن يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ))**[٦].

---

[١] وهذا ماقال به فقهاء المذهب المالكي والشافعي والظاهري والحنبلي والجعفري. ، الامام العلامة علي بن محمد الامدي ،الإحكام في اصول الأحكام، ج٢ ، دار الصميعي، ط١، ٢٠٠٣ ، ص ٤٠٧.

[٢] ابي بكر بن عبدالعزيز البغدادي، النهي يقتضي الفساد ،دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٩٩٣، ص٢٢. د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق ، ص ٣١١.

[٣] احمد بن علي بن حجر ابو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج٥، دار المعرفة، بيروت، ٢٠١٠، حديث رقم ٢٦٩٧، ص٣٠١.

[٤] سورة البقرة ، اية ٢٢١.

[٥] د. ابراهيم محمد سيلقيي، مصدر سابق، ص ١٧٩ وما بعدها

[٦] سورة الجمعة ، آيه ٩.

اذ ذهب جمهور الفقهاء بصحة هذا التصرف[١]، بينما ذهب فقهاء المالكية والحنابلة[٢] 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[٣].

المحور الثالث:- النهي لوصف لازم للتصرف:- ويراد بالنهي لوصف لازم اي ان التصرف المنهي عنه قد يقترن بشروط تعد فاسدة، كما هو الحال في اقتران عقد الزواج بشرط فاسد.

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 اثراً من الاثار التي ترتبها التصرفات الصحيحة[٤]، وبهذا اذا اختل اي ركن من اركان عقد الزواج، او اي شرطاً 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 خللاً فيه غير مبطلاً له وانما

---

[١] الامدي، الإحكام في اصول الأحكام (٢/ ٤٠٧).

[٢] العلامة الشيخ محمد بن احمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي الحنبلي، شرح الكوكب المنير ،وزارة الاوقاف ، المملكة العربية السعودية ، ج٣، بلا سنة طبع، ص٩٣-٩٦.

[٣] د. فرزدق روكان عبد العزاوي، النهي وتطبيقاته في سورة النساء، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية، المجلد ١٤، العدد١١، ٢٠٠٧، ص١٦.

[٤] الشيخ فاضل الصفار، مصدر سابق، ص١٩٩. ، د. مصطفى ابراهيم الزلمي، مصدر سابق، ص ٣١٥.

رتبوا على ذلك حكماً اسموه بالتصرف الفاسد وهو يتوسط الصحيح والباطل[١]، وعلل 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 [٢].

المطلب 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، ونتسأل في هذا الفرع عن الاساس القانوني للبطلان؟ وقبل بيان ذلك ارتأينا ايراد تعريفاً للأساس القانوني، اذ يعرف بأنه ((الاعتبارات التي بنيّ عليها مفهوم البطلان))[٣].

من خلال التعريف اعلاه اتضح لنا ان البطلان لا ينشأ لوحده، وانما هنالك اعتبارين اساسيين يبنى عليهما البطلان وهما الاعتبار الشكلي والموضوعي ومثال الاول ما نصت عليه المادة (١/٤٨٨) من القانون المدني المصري والذي جاء فيها ((تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر))[٤]، اما مثال الثاني وهذا ما نصت عليه المادة (٤٦٥) من القانون المدني المصري والذي جاء فيها ((إذا أحتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا))، والنص جاء صريحاً ببطلان البيع الذي يشترط فيه البائع استرداد المبيع خلال

---

[١] الإمام مجمد 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.

[٢] د. مصطفى الزلمي ، مصدر سابق، ص٣١٢.

[٣] د. اكرم محمود حسين البدو، أساس مسؤولية المنتج المدنية دراسة مقارنة في الفقه والقانون الوضعي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، العدد٦، لسنة ١٩٩٩، ص ٧٤.

[٤] د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٤٩٢.

مدة معينة، والثاني بطلان يتعلق بالقواعد العامة، كما هو الحال في بطلان العقد لتخلف ركن المحل او احد شروطه.

وبعد ان اتضح لنا ان البطلان في القانون المدني يعود الى اعتبارين شكلي وموضوعي يثار لدينا تساؤل ذات اهمية ومفاده: 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 اثراً 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))[١]، واما الشكلية ويقصد بها ((هو التصرف الذي لا ينشأ بمجرد رضا المتصرف به، بل يتم الاعراب عن الارادة في شكل معين يحدده القانون))[٢] ،من خلال التعريف يتضح لنا ان الشكلية مفروضة من قبل القانون، وهذا ما يؤكده شراح القانون المدني بالقول ان الشكلية هي من خلق القانون، ومخالفتها تؤدي الى بطلان التصرف[٣]، وبهذا اذا تعرضت مسائل الاحوال الشخصية محل البحث الى مخالفة الشكل الموضوع من قبل

---

[١] ينظر البريد الالكتروني الاتي :- https://ar.wikipedia.org/wiki- /

[٢] 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.

[٣] د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام ، المجلد الاول، نهضة مصر، مصر، ط٣، ٢٠١١، ص٤٩٢.

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، اذ نصت المادة (٢) من قانون الوصية المصري على انه ((تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة فإذا كان الموصي عاجزا عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة))، من خلال نص المادة السابقة يتبين لنا ان انعقاد الوصية في القانون المصري لا يشترط فيه الشكلية اذ يمكن انعقادها بالعبارة او الكتابة او الاشارة ووضعت الشكلية في القانون المصري للأثبات [١]، والحال ذاته ذهبت اليه القوانين محل المقارنة[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 الاعتداد 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[٣] الواردة في متن قوانين الاحوال الشخصية محل المقارنة والتي

---

[١] د. كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، دار المطبوعات الجامعة، القاهرة، ١٩٨٧، ص١٩٢.

[٢] ينظر نص المادة (١٩١) من قانون الاسرة الجزائري، ونص المادة (٢٤٦) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي، ونص المادة (٢٥٦) من قانون الاحوال الشخصية الاردني، ونص المادة (٦٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي الذي تم تفسيرها بأتجاه قضائي صريح واعتبار الكتابة الواردة في النص للاثبات لا للانعقاد .؛ ينظر قرار محكمة التمييز بالعدد ٣٧/وصية/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٨/٢٩ منشور على موقع مجلس القضاء الاعلى الالكتروني الاتي: https://www.hjc.iq/index-ar.php

[٣] يقصد بالنص الموضوعي بأنه ((هو الذي يضع تنظيماً موضوعياً للروابط الاجتماعية ، وتحدد الحقوق والواجبات ، ويتضمن الجزاء المادي الذي يوقع بمن يخالف احكامه)) ينظر المقالة

يمكن من خلالها بطلان تللك المسائل من عدمها ومن ثم الاعتداد بهذا الاعتبار كأساس للبطلان في مسائل الاحوال الشخصية، اذ نصت المادة الاولى من قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المصري المعدل على انه ((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]، في حين نصت المادة (٢٧) من قانون الاسرة الجزائري على انه ((يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب))، وهذا يعني ان الرضاع والنسب يتساوون في حرمة الزواج، واشار 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 الاتية : ١- رجوع الموصي عن وصيته صراحة او دلالة))،ولم 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 اقامة زوجته دعوى بذلك امام محكمة الاحوال الشخصية الاردنية مطالبة فيها ببطلان طلاقها، وايدها الزوج انه في حالة السكر عند طلاقها[٢], واكد المشرع العراقي على ان الاعتبار الموضوعي يمكن الاعتداد به والاخذ بفحواه في موارد عده، ومن تلك الموارد

الالكترونية بعنوان تقسيم القانون الى مكتوب وغير مكتوب منشوره على الرابط الالكتروني الاتي:- https://universitylifestyle.net

[١] المستشار اشرف مصطفى كمال، موسوعة الاحوال الشخصية ، ج١، طبعة خاصة بنقابة المحامين في الجيزه ، بلا سنة، ص ١٢٧-١٢٩.

[٢] 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، العدد٣، ٢٠١٩، ص٤٥٤.

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))[١]، من خلال التعريف اعلاه يتضح لنا الغضب لوحده غير كاف لبطلان الطلاق، الا اذ لحقه فقدان التمييز، وهذا ما اكدته محكمة التمييز الاتحادية[٢] 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[٣]، مما تقدم ذكره يتبين لنا ان المشرع العراقي اورد نصوصاً متعددة يمكن ان يبنى عليها البطلان، ومن تلك النصوص نص المادة سابق الذكر، بالإضافة الى ذلك فأن 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؛ لإن الاعتبار الشكلي وكما بينا فيما سبق لا يمكن الاعتداد به لبطلان مسائل الاحوال الشخصية.

المبحث الثاني

مراتب البطلان في الفقه والتشريع

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

---

[١] د.مصطفى الزلمي، احكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن،مصدرسابق،ص ١٣٣.

[٢] قرارها بالعدد ٢٥٠٢ في ١٢-٨-٢٠٠٨

[٣] نقلاً عن المحامي سركوت كمال علي، مدونة قانونية تهدف الى نشر الثقافة القانونية على الرابط الالكتروني الاتي:-http://sarkawtk.blogspot.com/2015/08/ /

المطلب الاول

مراتب البطلان في الفقه الاسلامي والقانون

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

اولاً:- موقف الفقه الاسلامي:- تتعدد مراتب البطلان لدى فقهاء القانون كما سنبيين 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 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 والمتعلقة بالزوج والطلاق والوصية والميراث، 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، **الاتجاه الاول** وقال به جمهور الفقهاء[٢]، الى ان عقد الزواج أما صحيحاً ومن ثم ينتج كافة الاثار التي

---

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

[٢] 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. ، ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، الاقناع في الفقه الشافعي، دار احسان، ايران، ط١، ١٤٢٠هـ، ص١٤٠.؛ ابي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة ، ج١، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٨، ص ٤٢٦.

فرضت من قبل الشرع والقانون، واما باطلاً وبهذا لا يترتب عليه اي اثراً من الاثار التي يرتبها 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، وشروط انعقاده، وبين وصفه المتمثل بشروط صحته، 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، اما **الاتجاه الثاني وقال به فقهاء المذهب الحنفي** اذ انهم يقسمون عقد الزواج الى صحيح وغير صحيح، وان الاخير يقسمونه الى باطل وفاسد[١]، 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 ومن اهمها ان البطلان والفساد يجتمعان من حيث تخلف اصل التصرف، اذ يحكم على التصرفات الذي يختل اصلها بالبطلان، وبهذا فأنهم 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 فاسدً، ويختلف 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 الفاسد من التصرفات لديهم بعض الاثار[٢].

---

[١] يقصد بالعقد الفاسد :- غير المشروع بأصله دون وصفه . ينظر : صالح حميد العلي، وباسل محمود الحافي، نظرية العقد، دمشق، دار اليمامة، ط١ ، ٢٠٠٨، ص٢٩٢

[٢] محمد وائل طلب ابو شرخ، نظرية الفساد في الشرعية الاسلامية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس جامعة الخليل ، قسم الدراسات العليا، ٢٠١٨، ص٩-١٠. ينظر : عبد الوهاب خلاف، احكام الاحوال

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].

ويرى الباحث ان البطلان على مرتبة واحدة سواء اكان في عقد الزواج ام في مسائل الاحوال الشخصية الاخرى، وسبب ذلك يعود الى امرين **اولهما** ان القرآن الكريم والسنة النوبية الشريفة ومصادر الحكم الشرعي الاخرى لم تضع قاعدة مدلولها ان غير الصحيح في مسائل الاحوال الشخصية يقسم الى باطل وفاسد، **ثانيهما** ان تقسيم غير الصحيح الى باطل وفاسد فقط في اطار عقد الزواج، اي انها قاعدة نسبية، رغم ان الوصية والميراث والطلاق يتعلق بطلانهن 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.

ثانياً:- موقف الفقه القانوني: ظهرت عدة اراء تتحدث عن مراتب البطلان عند فقهاء القانون، ومن اهم تلك الاراء ما ذهب اليه اصحاب النظرية التقليدية[٢] بتقسيم البطلان الى ثلاثة مراتب، اذ تتحدث **المرتبة الاولى** من مراتب البطلان عن الانعدام، ويحدث هذا 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، لإن الشكلية وكما بينا فيما سبق من خلق القانون.

الشخصية في الشريعة الاسلامية (على وفق مذهب ابي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم)، دار القلم للنشر، الكويت، ط٢، ١٩٩٠، ص٣٩-٤٠.

[١] د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، (النظريات الفقهية والعقود) ، ج٤، دار الفكر، دمشق، ط٢، ١٩٨٥، ص٢٣٨.

[٢] د. اسراء جاسم العمران، البطلان واثره على فاعلية العقد في القانون والشريعة، بحث منشور في مجلة بيت المشورة، المجلد٢، ٢٠١٥، ص ٩٩.

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 يعيبون هذا الرأي[٣]، بقولهم ان التصرف المنعدم والتصرف الباطل سواء فكلاهما لا يرتب اي اثراً من الاثار التي ترتبها التصرفات الصحية، وكلاهما لا تلحقه الاجازة، وكلاهما لا يرد عليه التقادم[٤].

وان سبب التفرقة 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، 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 نظرية الانعدام[٥]، الا ان هنالك من الفقهاء[١]

---

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

[٢] بغزيزي فيرية ، مخناس ريم ، العقود الباطلة في ضوء القانون والشريعة ، ص١٧

[٣] ومنهم الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، وكذلك الدكتور علي حلوان، والدكتور سمير تناغوا. ينظر د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق ج١، ص ٤٩١.

[٤] د.سمير عبد السيد تناغو،مصادر الالتزام،مكتبة الوفاء القانونية،الاسكندرية، ط١، ٢٠٠٩، ص٩٨

[٥] 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 ، ص١٣٩.

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 في 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 مرتبةً اخرى من مراتب البطلان يطلقون عليها البطلان النسبي، وهو الذي يتم تقريره في حال صدور الرضا من عديم الاهلية، او اذا شابَ ركن الرضا عيباً كالغلط او الاكراه او التدليس فعلى سبيل الفرض لو صدر التصرف من شخص عديم الاهلية عد باطلاً بطلاناً نسبياً .

الرأي الثاني :- ذهب اصحاب هذا الرأي الى تقسيم البطلان الى مرتبتين[٢] تتحدث الاولى فيهما عن البطلان المطلق وهو الذي يتم تقريره في حال تخلف ركن من اركان العقد او شرط من شروطه كما بينا سابقاً، والثاني هو البطلان النسبي[٣] 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 العدم 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[٤] .

---

(١) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق، ج١، ص٤٩٠.

(٢) د.محمد لبيب شنب،دروس في نظرية الالتزام مصادر الالتزام، دار النهضة،مصر،١٩٧٧، ص٢٢٤.

(٣) 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

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الالتزام ، ج١، ص ٤٨٩.

وبدورنا نتسأل 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 مشتقه 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[١] .

ومن ثم عرف البطلان الجزئي الذي ينشأ بسبب عيب يصيب شق من التصرف دون التصرف اكمله، 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[٢]، 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.

المطلب 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 تأثر 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

---

[١] 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، ص١٠٥

[٢] د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت، ط١، ١٩٩٨، ص١٩.

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، 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 ٠٥-٠٢ 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 وإنها اجازت زواج القاصر فإننا نتوصل الى نتيجة مفادها ان بطلان زواج ناقص الاهلية في قانون الاسرة الجزائري على مرتبة واحدة، وبهذا فلا يوجد بطلان مطلق وبطلان نسبي في هذا الشأن[1].

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

[1] بلعربي خالدية ، اثار عيوب الرضا على عقد الزواج، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة الجزائر، ٢٠١٤-٢٠١٥، ص٣٤.

ناقص الاهلية يعد موقوفاً على اجازة الولي[١]،اي انه صحيح غير نافذ، ولا ينفذ الا بعد حصول الاجازة من قبل الولي وهنالك من اعتبر الزواج فاسداً [٢]، 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[٣]، 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 شخصاً بثلث تركته وهو ناقص الاهلية، فما هو حكم هذه الوصية ؟

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 اهلا للتبرع قانونا....))،

---

[١] الامام محمد ابو زهرة ، الاحوال الشخصية ، دار الفكر العربي، بلا مكان طبع، بلا سنة ، ص ٤٠.

[٢]،د. محمد حسن القضاة، الوافي في شرح قانون الاحوال الشخصية الاردني الجديد رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠،ج١،بلا دار ، المملكة الاردنية الهاشمية، ٢٠١٢، ص ٥٧.

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

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 التغرير، 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

[١] محمد علي محمود يحيى، احكام الوصية في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العاليا جامعة النجاح الوطنية ، ٢٠١٠، ص٥٣.

حكم العقد في هذه الفرضية؟ ان الاجابة عن السؤال السابق يستدعي 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 وهنالك من طرح حالة عدم البكارة كتطبيق لذلك ولا يعد عيباً يوجب بطلان العقد[٢]، اما بشأن التدليس والغبن مع التغرير (ودون الخوض في التفاصيل)، لم نجد من ابطل عقد الزواج بطلاناً نسبياً بسبب التدليس[٣]، اذ ان في حالة التدليس اعطى الحق للطرف الاخر بفسخ العقد، اما في حالة التغرير فإذا كان في اركان العقد عد فاسداً ولا يرتب اثر قبل الدخول، واذا حدث الدخول رتب اثار العقد الفاسد، اما اذا كان التغرير في مسائل اخرى كما هو حال التغرير في الكفاءة اجاز الفقهاء للطرف الاخر فسخ العقد وفي كلا العيبين 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

---

[١] الغلط وهو الذي يعدم الرضا فيمنع من انعقاد العقد ويقع في ماهية العقد او طبيعته او محله، فالغلط في ماهية الشيء مثاله من تنصرف 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 ليلى. ينظر - عبد الحميد العيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وانهائه ،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، ص٩٧.

[٤] بسمة عثماني ، التغرير واثره في عقد النكاح بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف ، ٢٠١٦ ، ص٧٧.

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 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 وفاسد 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[٢].

في حين لم يفرق البعض الاخر من مشرعي قوانين الاحوال الشخصية بين باطل التصرف وفاسده، اذ ان الاثنان 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[٣].

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

---

[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 بيناها من خلال التطرق الى حيثيات اطروحتنا.

[٢] وهذا ما قررته محكمة النقض المصرية في قرارها بالعدد (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.؛ وكذلك المواد من (٣٢-٣٥) من قانون الاسرة الجزائري.؛ والمادة (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي التي نصت على انه ((الزواج صحيح وغير صحيح ، وغير الصحيح يشمل الفاسد والباطل)). والمادة (٣٤) من قانون الاحوال الشخصية الاردني الذي نصت على انه ((اذا وقع العقد فاسداً ولم يتم به الدخول لا يفيد حكماً اصلاً ولا يرتب اثراً، اما اذا تم به الدخول فيلزم به المهر والعدة ويثبت به النسب وحرمة المصاهرة ولا تلزم به بقية الاحكام كالأرث والنفقة)).

[٣] وهذا هو موقف قانون الاحوال الشخصية العراقي في نص المادة (٦) منه ، الا ان القضاء العراقي خالف هذا الموقف في احد قراراته اذ جاء فيها يعد زواج المتعة زواجاً فاسداً. ينظر قرار محكمة التمييز العراقية هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية بالعدد ٦٨٠٦/ت/٢٠١٧ في ٢٠١٧/١٠/٣٠.

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.

الخاتمة

تتضمن الخاتمة مجموعة من النتائج والتوصيات التي توصل اليها الباحث، لذا سنفرد لكل واحدة منهما فقرة خاصة وحسب الاتي:-

اولاً:- النتائج :-في نهاية بحثنا توصلنا الى مجموعة من النتائج يمكن بيانها من خلال الاتي:-

١- ان اساس البطلان لدى فقهاء المسلمين يعود الى النهي ويراد به طلب الكف عن الفعل على وجه الحتم والإلزام، ويجب ان يكون النهي على الفور والتكرار، وهذا الامر اتفاقي بين الفقهاء المسلمين .

٢- ثار الخلاف الفقهي بين الفقهاء المسلمين بشأن الخلل الذي يصيب اصل الشيء او وصفه اذ ذهب جمهور الفقهاء الى بطلان التصرفات التي تمس اصل او وصف الشيء في حين خالفهم فقهاء الحنفية في الامر من خلال التمييز بين اصل التصرف وجعل الخلل الذي يتعلق به يؤدي الى بطلانه، ووصفه وجعل الخلل الذي يصيبه يؤدي الى فساده.

٣- لم تتطرق قوانين الاحوال الشخصية المقارنة منها وقانون الاحوال الشخصية العراقي الى ايراد نصاً يبين من خلاله ان النهي يعد اساساً للبطلان في مسائل الاحوال الشخصية.

٤- اتفق الفقهاء المسلمين بأن البطلان على مرتبة واحدة ولا يمكن ان يتعدد؛ لانه عدم والعدم لا يكون بمراتب عدة، وهذا الراجح لدى فقهاء القانون .

٥- اساس البطلان في مسائل الاحوال الشخصية يعود الى اعتبار موضوعي.

٦- هنالك من القوانين محل المقارنة تطرقت الى ان البطلان بعدة انواع منها باطلاً بطلاناً مطلق وبطلاناً نسبي.

ثانياً:- التوصيات :-في نهاية بحثنا نوصي المشرع العراقي بعدة توصيات منها:-

١- نوصي المشرع العراقي بإيراد نصاً في اطار قانون الاحوال الشخصية العراقي يبين من خلاله ان اساس البطلان هو النهي، وان البطلان يبنى على اعتبارات موضوعية لا شكلية في مسائل الاحوال الشخصية.

٢- نوصي المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية بإيراد نصاً يبين من خلاله ان البطلان على مرتبة واحدة ولا يمكن ان يتعدد، لانه عدم والعدم لا يمكن ان يكون بعدة حالات او انواع.

المصادر

بعد القرآن الكريم

اولاً:- كتب الفقه الاسلامي

١- البغدادي، ابي بكر بن عبدالعزيز، النهي يقتضي الفساد ،دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٩٩٣.

٢- التسولي ،ابي الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، ج١، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٨.

٣- د. ابراهيم محمد سيلقيي، تحقيق المراد في ان النهي يقتضي الفساد، دار الفكر، القاهرة.

٤- د. عبدالكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه الاسلامي، مؤسسة قرطبة، بغداد، ١٩٧٦.

٥- د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وآدلته، (النظريات الفقهية والعقود)، ج٤، دار الفكر، دمشق، ط٢، ١٩٨٥.

٦- الزحيلي د. وهبة، الوجيز في اصول الفقه، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط١، ١٩٩٩.

٧- الشيخ محمد رضا المظفر، اصول الفقه،مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، بلا سنة طبع.

٨- صالح، د. محمد اديب، تفسير النصوص في الفقه الاسلامي، المجلد الثاني، المكتبة الاسلامية، بيروت،ط٤.

٩- الصفار ،الشيخ فاضل، المهذب في اصول الفقه، مكتبة العلامة ابن فهد الحلي، كربلاء، ط٢، ٢٠١٦.

١٠- العسقلاني ،احمد بن علي بن حجر ابو الفضل، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، ٢٠١٠.

١١- العلامة الامدي، علي بن محمد ،الإحكام في اصول الأحكام، دار الصميعي، ط١، ٢٠٠٣.

١٢- الفتوحي ،العلامة الشيخ محمد بن احمد بن عبد العزيز بن علي، شرح الكوكب المنير ،وزارة الاوقاف، المملكة العربية السعودية ،بلا سنة طبع.

١٣- لخاتمي،نور الدين مختار ا، القواعد الفقهية، بلا دار طبع، تونس، بلا طبعة، ٢٠٠٧.

١٤- الماوردي، ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب، الاقناع في الفقه الشافعي، دار احسان، ايران، ط١، ١٤٢٠هـ.

١٥- المقدسي ،آبن قدامة، المقنع في فقه الامام احمد، مكتبة السوادي، جدة ،ط١، ٢٠٠٠.

ثانياً:- كتب القانون

١- الامام محمد ابو زهرة، الاحوال الشخصية، دار الفكر العربي، بلا مكان طبع، بلا سنة .
٢- الإمام محمد ابو زهرة، اصول الفقه، دار الفكر العربي، بلا مكان طبع، بلا سنة.
٣- د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ط١، ١٩٩٨.
٤- د. سمير عبد السيد تناغوا، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ط١، ٢٠٠٩.
٥- د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الاول، نهضة مصر، مصر، ط٣، ٢٠١١.
٦- د. كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، دار المطبوعات الجامعة، القاهرة، ١٩٨٧.
٧- د. محمد حسن القضاة، الوافي في شرح قانون الاحوال الشخصية الاردني الجديد رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠ ،بلا دار، المملكة الاردنية الهاشمية، ٢٠١٢.
٨- د. محمد حسنين، نظرية بطلان العقد في الفقه الاسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ١٩٨٨.
٩- د. محمد عبدالكريم، النهي المطلق هل يقتضي فساد المنهي عنه وتطبيقاته الفقهية، بحث منشور في كلية التربية والاداب والعلوم، جامعة صنعاء، بلا سنة .
١٠- د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام مصادر الالتزام، دار النهضة، مصر، ١٩٧٧.
١١- د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، المكتبة القانونية، بغداد، ط١، ٢٠١٣.
١٢- صالح حميد العلي، وباسل محمود الحافي، نظرية العقد، دمشق، دار اليمامة، ط١، ٢٠٠٨.
١٣- عبد الوهاب خلاف، احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية (على وفق مذهب ابي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم)، دار القلم للنشر، الكويت، ط٢، ١٩٩٠.
١٤- المستشار اشرف مصطفى كمال، موسوعة الاحوال الشخصية، طبعة خاصة بنقابة المحامين في الجيزه، بلا سنة.

ثالثاً:- الرسائل والاطاريح

١- 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.
٢- بسام موسى النزلي، احكام صور التدليس المعاصر في عقود الزواج، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعة والقانون جامعة غزة، ٢٠١٠.
٣- بسمة عثماني، التغرير واثره في عقد النكاح بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، ٢٠١٦ .
٤- بغزيزي فيرية، مخناس ريم، العقود الباطلة في ضوء القانون والشريعة .
٥- بلعربي خالدية، اثار عيوب الرضا على عقد الزواج، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة الجزائر، ٢٠١٤-٢٠١٥.
٦- عبد الحميد العيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وانهائه ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، قدمت الى جامعة ابي بكر بلقايد ، ٢٠١٣، ٢٠١٤.
٧- محمد علي محمود يحيى، احكام الوصية في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العاليا جامعة النجاح الوطنية، ٢٠١٠.
٨- محمد وائل طلب ابو شرخ، نظرية الفساد في الشرعية الاسلامية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس جامعة الخليل، قسم الدراسات العليا، ٢٠١٨.

رابعاً:- كتب اللغة:-

١- جبران مسعود، الرائد الصغير معجم ابجدي للمبتدئين، دار العلم للملايين، بيروت،ط١، ١٩٨٢، ص.٣٨

٢- جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي، لسان العرب،ج١٥، (باب الباء), دار المعارف, القاهرة, بلا سنة، ص ٣٤٦.
٣- شاري رباح حسين دريدي، المعجم الجامع، حرف النون، بلا مكان طبع، بلا دار، بلا سنة، ص٣٥٤.

خامساً:- البحوث

١- د. احمد حميد سعيد النعيمي، خلدون وليد حسن، النهي ودلالته 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، المجلد٢، ٢٠١٥.
٣- د. اكرم محمود حسين البدو، أساس مسؤولية المنتج المدنية دراسة مقارنة في الفقه والقانون الوضعي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، العدد٦، لسنة ١٩٩٩.
٤- 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.
٥- د. علي عبد العالي خشان الاسدي، النظام القانوني للشكل في قانون المرور، بحث منشور في مجلس جامعة بابل، العلوم الانسانية، المجلد ١٤، العدد ٢.
٦- د. فرزدق روكان عبد العزاوي، النهي وتطبيقاته في سورة النساء، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية، المجلد ١٤، العدد١١، ٢٠٠٧.
٧- 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، العدد٣، ٢٠١٩.

سادساً:- القوانين:-

١- قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المصري
٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨
٣- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
٤- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ لمعدل والنافذ
٥- قانون الاسرة الجزائري رقم ٨٤-١١ لسنة ١٩٨٥المعدل والنافذ
٦- قانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٥النافذ
٧- قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠

سابعاً:- القرارات التمييزية

١- قرار محكمة التمييز بالعدد ٣٧/وصية/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٨/٢٩
٢- قرار محكمة النقض المصرية بالعدد (القرار رقم ٧٣ لسنة ٥٧ ق – جلسة ١٩٨٩/٥/٢٣)
٣- قرار محكمة النقض رقم ٥٩ لسنة ٦٦ ق- جلسة ١٩٩٦/١٢/٢٠.
٤- قرار محكمة التمييز العراقية هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية بالعدد ٦٨٠٦/ت/٢٠١٧.