# مجلس العقود الشكلية في الفقه الاسلامي والقانون

م.د فراس بحر محمود

الجامعة العراقية / كلية القانون

**ملخص البحث**

**مجلس العقود الشكلية**

**في الفقه الاسلامي والقانون**

لاشك ان العقود اليوم لم تعد بالصورة التي كانت تعقد بها فورا وتكون قاصرة على صدور الايجاب والقبول المطابق بما يضفي عليها صفة الرضائية , بل ان مقتضيات المصلحة العامة والحاجة الى حماية الائتمان في العقود ادى الى ايجاد نمط اخر من العقود يتسم بخصوصية معينة الا وهي رسمية او شكلية راى المشرع ان هنالك حاجة اليها في بعض العقود لذا كان لابد لنا ان نبحث مدلول الشكلية في الفقه الاسلامي والقانون وهذا ما فعلناه في بحثنا هذا حيث تبين لنا ان الشكلية المقصودة هنا قد تكون شكلية قانونية يتطلبها القانون ولاينعقد العقد بدونها وقد تكون شكلية اتفاقية تفرضها ارادة المتعاقدين , وقد تكون شكلية شرعية فرضها المشرع الاسلامي لصحة تصرف ما.

ومهما يكن من امر فان مخالفة هذه الشكلية قد يفضي الى بطلان التصرف القانوني كمخالفة الشكلية التي رسمها القانون احيانا , واحيانا اخرى الى فساد هذا التصرف كمخالفة الشكلية التي رسمها الشرع الاسلامي.

ووفقا للراجح من الرأي في الفقه الاسلامي فان عقد الزواج هو عقد شكلي اذ يشترط لصحة انعقاده شرعا ارتباط الايجاب والقبول في مجلس العقد وحضور شاهدين يسمعان ويفهمان كلام العاقدين معا في وقت واحد في مجلس عقد الزواج وقد جعل المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية من توثيق عقد الزواج من قبل المحكمة شكلية لازمة لاثبات هذا العقد وهي بلا شك وسيلة رسمية وضعها المشرع لاثبات هذا العقد عند النزاع وانكاره امام القضاء.

وتحدد زمان ومكان انعقاد هذا العقد بحضور العاقدين والشهود في مجلس العقد الحقيقي , او في مجلس العقد الحكمي فيما اذا كان احد العاقدين غائبا ومن لحظة اعلان القبول في مجلس قراءة الكتاب او مجلس

تبليغ الرسالة شرعا ومن لحظة علم الموجب بالقبول ووصول هذا القبول اليه قانونا كما وتبين لنا ان من بين العقود الشكلية التي عالجها القانون المدني العراقي هو عقد الرهن التاميني او الرسمي اذ جعل من تسجيل الرهن في دائرة التسجيل العقاري شكلية لازمة لانعقاد هذا العقد اذ يترتب على تخلفها بطلان هذا العقد , وتحددت لحظة انعقاد هذا العقد بالزمان والمكان الذي يوجد فيه الموثق والذي يباشر اختصاصه في هذا الشان حاضرا مع الراهن والمرتهن في مجلس عقد الرهن.


## Summery

### Formal contracts council

### in Islamic jurisprudence and legal

**Originally in consensual contracts , contracts Which is enough to held when its acceptance the consensus and a favorable Correlation. In legitimately and legally reliable, the consensual is enough only to establishment& configured consensual contract .**

**But this does not apply to another type of contracts, Which must be held above the consensual that empties in a certain form prescribed by law so that it is considered a basis in the contract does not meet the contract without it, As the exception of the formalism over the general original which it requires that the consensual contracts so it was necessary for us to show the meaning of formalism in Islamic jurisprudence and law, Then shows the most important applied models for formal contracts with the extent of the impact of the availability of these formalities in determining the convening moment of some formalities' contracts and place of its convening such as marriage and insurance mortgage contracts This is what we have discussed in our research.**

## المـقـــدمـــــــة

العقد بصورة عامة يمر بمرحلتين أساسيتين هما المرحلة السابقة على التعاقد ، وتسمى مرحلة ما قبل التعاقد والمرحلة اللاحقة على التعاقد وتسمى مرحلة ما بعد التعاقد .

والمرحلة الأخيرة يقصد بها المرحلة التي يكون فيها العقد قد انعقد وأصبح صالحا وجاهزا لترتيب آثاره وأحكامه .

أما المرحلة السابقة على التعاقد فهي مرحلة تسبق انعقاد العقد وتنتهي بانعقاده [1] وتتمثل المرحلة السابقة على التعاقد بمرحلة المفاوضات أو المساومات كما يسميها فقهاء الشريعة الإسلامية [2] فالعقود اليوم لم تعد بالصورة البسيطة التي كانت تعقد فورا وتكون قاصرة على صدور الإيجاب الذي يعقبه قبول مطابق كشراء الحاجيات اليومية من الأسواق أو بيعها بل نلاحظ في كثير من الأحوال حاجة العقود إلى مفاوضات نظرا لاختلاف وجهات النظر في شروطها , فتحتاج في تقريبها إلى مفاوضات [3] ويسري هذا سواء أكان التعاقد يجري بين حاضرين أم بين غائبين [4]

فالتفاوض أصبح حقيقة لا جدال فيها ، وهي كفكرة تعتبر ركيزة أساسية لمفهوم النظام العـام للعقـد المراد إبرامـــه لانها تعبر عن الإطـــار العام الذي تدور فيه موضوعات التفاوض من اجل إبرام العقد [5] .ومهما يكن من أمر فان الأصل في العقود الرضائية ، فالعقود الرضائية هي العقود التي يكفي لانعقادها توافق وارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يعتد به شرعا وقانونا ، فالتراضي وحده يكفي لإنشاء العقد الرضائي وتكوينه [6] أي أن هذا النوع من العقود يتم بمجرد تبادل إرادتين متطابقتين أيا كانت طريقة هذا التبادل مشافهة أو كتابة أو حتى إشارة , وإذا كانت القاعدة العامة هي إن التراضي وحده كاف لانعقاد العقد وبالتالي تكون العقود كلها رضائية ،إلا إن هذه القاعدة العامة ليست من الإطلاق في شيء . وإنمـــا ترد عليها استثناءات عديـدة منها وأهمهـــا العقود الشكلية [7]والعقد الشكلي هو ما يجب لانعقاده فوق تراضي المتعاقدين ان يفرغ في شكل معين يحدده القانون بحيث يعتبر ركنا في انعقاد ذلك العقد لا يتم بدونه ولا يكون له وجود [8] ومثال ذلك العقود الواردة على نقل ملكية العقار فيجب لنشوء هذه العقود أن تتم في دائرة خاصة وهي دائرة التسجيل العقاري .

ولما كانت الشكلية استثناءا واردا على الأصل العام الذي يقضي بأن العقود رضائية سواء في الفقه الإسلامي أو القانون المدني فإننا سوف نبين مدلول الشكلية ومدى كونها استثناءا من هذا الأصل العام

---

[1] ) الدكتور حسام الدين كامل الاهواني ، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي – تقرير مقدم الى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني – معهد قانون الأعمال الدولي – القاهرة – 1993 ص 3 .

[2] ) الإمام علاء الدين بن مسعود الكاساني – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – دار الفكر – بيروت – ط1 – 1996م – ج 2 – ص375 .

[3] )الدكتور عبد اللطيف عبد الحليم القوني – حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه – جامعة المنوفية – 1997- ص 324 .

[4] ) د. صلاح الدين زكي – تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين – دار النهضة العربية – ط1 – 1963 – ص 71 .

[5] ) الدكتور محمود الكيلاني – عقود التجارة الدولية – منشاة المعارف بالإسكندرية – 1988- ص 189 .

[6] )الدكتور عبد المجيد الحكيم – الكافي في شرح القانون المدني – مصادر الالتزام ج1 المجلد الأول في العقد – الشركة الجديدة للطباعة – عمان 1993 – ص102 .

[7] الدكتور عدنان إبراهيم السرحان – الدكتور نوري حمد خاطر – شرح القانون المدني الأردني – اربد 1997 – ص 34 .

[8] ) الدكتور سليمان مرقس – الوافي في شرح القانون المدني – المجلد الأول – نظرية العقد والإرادة المنفردة ط 4 – 1987 ج1 ص 82-83 .

سواء في الفقه الإسلامي أم القانون ومن ثم نأتي بنموذج تطبيقي للعقود الشكلية لبيان مدى شكليتها ومدى تأثير توافر هذه الشكلية في تحديد لحظة انعقاد العقد الشكلي وسوف نقتصـــر

في دراستنا في هذا البحث للتعرض لدراسة مجلس العقود الشكلية , كمجلس عقد الزواج , ومجلس

عقد الرهن الرسمي ( التأميني ) مع ملاحظة إن عقد الزواج يعد عقدا شكليا وفقا للراجح في الفقه الإسلامي وهو أيضا كذلك في قانون الأحوال الشخصية وعليه فإننا سوف نقسم دراستنا لموضوع بحثنا هذا إلى ثلاثة مباحث نتناول في المبحث الأول مدلول الشكلية ومدى كونها استثناءا في الفقه الإسلامي والقانون المدني ثم نتناول في المبحث الثاني مجلس عقد الزواج ثم نعرج لدراسة مجلس عقد الرهن الرسمي والذي سيكون موضوع دراستنا في المبحث الثالث .

## المبحث الأول

## مدلول الشكلية ومدى كونها استثناءا في الفقه الإسلامي والقانون

الأصل في الفقه الإسلامي أن العقد ينعقد بمجرد التراضي بين طرفيه على إنشائه فيكفي لانعقاده مجرد ارتباط الإيجاب والقبول في المجلس وانه لا يشترط إفراغ هذا الرضا في شكل معين فلا يلزم لانعقاده وإتمامه إفراغ الرضا بالإيجاب والقبول في شكل معين على إن هذا الأصل لا يمنع من إفراغ الرضا في شكل معين ، وقد تقبل الرأي السائد في الفقه الإسلامي والعرف الذي يألفه الناس في التعامل على هذا الأمر [1] ,وكذلك نجد في القانون إن الأصل في العقود الرضائية , حيث يكفي لانعقاد العقد مجرد التراضي بين طرفيه على إنشائه فينعقد العقد بمجرد اقتران الإيجاب بالقبول ، إلا انه قد ورد على هذا الأصل لاعتبارات معينة استثناءً يقضي بأنه في بعض العقود لا يكفي لانعقادها مجرد التراضي بين طرفيها بل لا بد من توافر شكل معين ينصب فيه هذا التراضي وهذا ما يسمى بالشكلية [2] , و بناءا على ما تقدم يمكن القول إن العقد الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون هو العقد الذي يتعين لانعقاده أن يفرغ تراضي المتعاقدين بالإيجاب والقبول في شكل معين أو إحاطته بإجراء خاص يحدده الشرع او القانون وهذا الشكل أو الإجراء قد يكون ركنا في العقد لا يتم العقد بدونه ، وقد يكون شرط صحة لا يتم العقد بدونه كالشهادة في عقد الزواج كما سنرى [3] والشكلية قد تكون اتفاقية كما لو اتفق المتعاقدان على أن يكون العقد ألرضائي في الأصل لا ينعقد إلا إذا ابرم في شكل معين أو إحاطته بإجراء معين فعندئذ ينقلب العقد ألرضائي إلى عقد شكلي [4] كما لو اتفقا على إن الاتفاق المبرم بينهما لا يكون نهائيا وملزما إلا من حين تصديقه من قبل الكاتب العدل فكتابة العقد يلزم تصديقه من قبل الكاتب العدل حيننذ وعليه تعد بعد ذلك ركنا في العقد فلا ينشا العقد ما لم يتم تصديق تلك الكتابة [5] , ويرجع تصحيح الاتفاق على الشكلية في هذه الحالة إلى إن رضائية العقود ليست من النظام العام ومن ثم لا يوجد هنالك ما يمنع من الاتفاق على أن يبرم العقد ألرضائي في شكل معين حدده المتعاقدان [6] وقد تكون الشكلية شكلية قانونية وهي الشكلية التي يتطلبها القانون كالشكلية التي يتطلبها المشرع المدني في عقد الرهن الرسمي أي التاميني . [7] وقد تكون الشكلية شكلية شرعية وهي الشكلية التي يتطلبها الشرع الإسلامي كالشكلية التي يتطلبها في عقد الزواج كما سنرى لاحقا والشكلية الاتفاقية لا ترقى إلى الشكلية القانونية أو الشرعية ففي حين إن مقتضى الشكلية القانونية أو الشرعية يترتب على عدم

---

[1] )الدكتور محمد وحيد الدين سوار – الشكل في الفقه الإسلامي – دراسة موازنة ط1 – طبعة سنة 1985 ص 15 .

[2] )الدكتور توفيق حسن فرج – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام الدار الجامعية – بيروت 1988 ص 54 , د. عبد الناصر توفيق العطار – نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية – الكتاب الأول – مصادر الالتزام – مطبعة السعادة – بدون تاريخ ص 265-266 .

[3] )الدكتور عمر السيد أحمد عبد الله – إبرام العقود في قانون المعاملات المدنية الإماراتي – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي – دار النهضة العربية 1995 م ص 11 .

[4] )الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام – دار النشر للجامعات المصرية – طبعة سنة 1952 م ج 1 ص 151 .

[5] )الدكتور عدنان السرحان ، نوري حمد خاطر – شرح القانون المدني الأردني – المرجع السابق ص 35 .

[6] )الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي – موسوعة القانون المدني –نظرية العقد والارادة –طبعة سنة 1984 ص62

[7] )تنص المادة ( 1286 ) مدني عراقي في فقرتها الأولى على انه (( لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري ...)) ويقابلها نص المادة ( 1013 ) من القانون المدني المصري .

مراعاتها بطلان العقد أو فساده وذلك لان القانون عندما يفرض شكلية معينة فانه يستهدف بها تحقيق مصلحة عامة لا يصح العقد بدونها. [1]

أما في الشرع الإسلامي فترجع أهمية الشكلية في عقد الزواج مثلا إلى صيانة الزواج عن الجحود والإنكار لذا اشترطت شكلية الشهادة تحقيقا لمصلحة عامة تتعلق بالنظام العام والآداب لذا يرتب الشرع كما سنرى على مخالفة هذه الشكلية البطلان أو الفساد ، أما شكلية العقد حين يفرضها الاتفاق فإنها لا تتصل بالنظام العام بسبب كون رضائية العقود لا تتعلق بالنظام العام إذ يحق للمتعاقدين مخالفة الشكل الاتفاقي بإرادتهما المشتركة [2] على انه يجب التفرقة بين الشكلية المطلوبة لانعقاد العقد والشكلية المطلوبة لإثباته فقد تكون الكتابة شرطا لانعقاد العقد وقد تكون مطلوبة لإثباته ، والكتابة المشروطة للإثبات لا يترتب على تخلفها عدم انعقاد العقد وإنما ينعقد العقد ويتم ويجوز إثباته بما يقوم مقام الكتابة كما في الإقرار واليمين . أما الكتابة المطلوبة للانعقاد فلا ينعقد بها العقد بتخلفها فإذا تخلفت كان العقد باطلا أو فاسدا .

وإذا ثار شك حول ما إذا كان الشكل مطلوبا لقيام العقد أو إثباته وجب اعتباره متطلبا للاثبات طالما لم توجد قرينة على ذلك ، لان ذلك هو ما يتماشى مع فكرة الرضائية والتي تعتبر الأصل في انعقاد العقود [3] والشكلية غالبا ما تتمثل في كتابة العقد فلا يتم العقد إلا بكتابة تدون فيها إرادة الطرفين بالإيجاب والقبول على العقد كما هو الحال في الرهن التأميني مثلا ، وقد تكون الشكلية ممثلة بإجراء العقد أمام أشخاص معينين كالشهود في عقد الزواج عند بعض الفقهاء . وعندما تكون الشكلية هي كتابة العقد يكون المكان والزمان اللذين يتم فيهما كتابة العقد هو لحظة انعقاده وما سبق ذلك يدخل في إطار المفاوضات ، وعندما تكون الشكلية عبارة عن إجراء يتم أمام أشخاص معينين كالشهود في عقد الزواج عند البعض فان الشهادة لا بد أن تتم في مجلس العقد ويكون الشهود من أشخاص هذا المجلس ويكون العقد قد تم في الزمان والمكان اللذين يوجد فيهما المتعاقدان والشهود وما قبل ذلك يدخل في إطار المفاوضات ، ولكل من المتعاقدين أن يعدل عن التعاقد طالما لم تتم هذه الشكلية [4] فالشكلية التي نقصدها هنا إذن هي شكلية تتمثل بانضمام شكل معين أو إجراء خاص إلى التراضي لكي يتم انعقاد العقد وهذا النوع من الشكلية يتصل بعناصر غريبة عن الصيغة نفسها كسماع الشاهدين في عقد الزواج وكون العقد أمام الموثق ، فالشكلية في القانون المعاصر ركن يجب توافره إلى جانب التراضي ولا يغني احدهما عن الآخر. [5]

---

[1] )الدكتور عبد المنعم فرج الصدة – نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي – دار النهضة العربية – طبعة سنة 1990 ج1 ص 119 .

[2] )الدكتور محمد وحيد الدين سوار – الشكل – المرجع السابق ص 18 .

[3] )الدكتور سليمان مرقس – نظرية العقد – المرجع السابق – ص 65- 66 .

[4] )الدكتور عبد الرزاق السنهوري – نظرية العقد – المجمع العلمي العربي الإسلامي – بيروت – بدون تاريخ ص 241 .

[5] )الدكتور محمد وحيد الدين سوار - الشكل .... المرجع السابق ص 14 .

## المبحث الثاني

## مجلس عقد الزواج

يعد عقد الزواج عقدا شكليا وفقا للرأي الراجح في الفقه الإسلامي وكذلك في قانون الأحوال الشخصية العراقي [1] حيث إن هذا القانون مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية وبالتالي فان الحديث في هذا المقام سيشمل الحديث عن هذا الموضوع في الفقه الإسلامي والقانون , وشكلية عقد الزواج تتمثل أما في الإشهاد على العقد وتوثيقه من قبل القاضي , وعليه كان لابد لنا أن نتعرض لبيان مدى شكلية عقد الزواج من هذه الناحية ثم نبين ما مدى شكلية توثيق هذا العقد ثم نبين مجلس عقد الزواج , عليه كان لابد أن نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب

المطلب الأول : مدى شكلية الإشهاد في عقد الزواج .

المطلب الثاني : مدى شكلية توثيق عقد الزواج .

المطلب الثالث : مجلس عقد الزواج .

[1]) تنص المادة ( 10 ) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 على انه(( يسجل عقد الزواج في المحكمة الشخصية بدون رسم في سجل خاص وفقا للشروط الآتية ..... 2- يدون ما تضمنه البيان في السجل ويوقع بإمضاء العاقدين أو بصمة إبهامهما بحضور القاضي ويوثق من قبله وتعطى للزوجين حجة الزواج )) .

## المطلب الأول

## مدى شكلية الإشهاد في عقد الزواج

**لبيان مدى شكلية الإشهاد في عقد الزواج لابد لنا من بيان موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من اشتراط الشهادة لانعقاد عقد الزواج ويمكن رد آراء الفقهاء بهذا الشأن إلى ما يأتي :-**

**الرأي الأول :- واليه يذهب جمهور الفقهاء كالحنفية [1] والشافعية [2] والمشهور عن الحنابلة [3] والشيعة الزيدية [4] وغيرهم [5] حيث يرون إن الشهادة تجب عند إنشاء العقد أي عند النطق بالإيجاب والقبول معا في وقت واحد فإذا كانت الشهادة بعد النطق بالإيجاب والقبول وبعد انعقاد العقد فلا يصح العقد حتى لو تحققت الشهادة بعد ذلك وقبل الدخول .**

**وقد استدل هؤلاء على ذلك بأحاديث منها ما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها إنها قالت ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (( لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل )) [6] وكذلك ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما إن النبي صلى الله عليه وسلم قال (( البغايا اللاني ينكحن أنفسهن بغير بينة )) . [7]**

**كما استدلوا على ذلك بالمعقول بأن اشتراط الشهادة يؤدي إلى إعلان الزواج ويصون العقد من الجحود والإنكار ، كما يصون الزوجين من تهمة الفاحشة وتحمي حقوق الزوجين وأولادهما في الميراث والنفقة وغيرها .**

**وعليه يمكن القول إن عقد الزواج يعد عقدا شكليا من حيث الشهادة فلا يكفي لانعقاده شرعا مجرد اقتران الإيجاب والقبول في المجلس وانما لابد أن يكون الايجاب والقبول أمام الشهود [8] في مجلس العقد لكي يرتب العقد آثاره الشرعية ، وإلا فان العقد يكون غير صحيح ولا وجود له شرعا بدون الشهادة . [9]**

---

[1] ) زين الدين إبراهيم ابن نجيم – البحر الرائق شرح كنز الدقائق – دار المعرفة للطباعة والنشر – بيروت ط2 بدون تاريخ – ج3 ص94 – فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي – تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق – المطبعة الكبرى الأميرية بمصر – ط1 – طبعة سنة 1314 هـ ج2 ص 98 , الكاساني , بدائع الصنائع - مصدر سابق ج2 ص376.

[2] ) الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي – الأم – دار الشعب , طبعة سنة 1322هـ ج5 ص 19 ,ابن حجر الهيتمي – حاشية فتح الجواد – بذيل صحائف فتح الجواد – شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى ألبابي الحلبي وأولاده بمصر – ط2 طبعة سنة 1391هـ - 1971م ج2 ص 74 .

[3] )ابو عبد الله بن احمد بن قدامة – المغني – دار الغد العربي- طبعة 1323 هـ ج7 ص 404 ، منصور بن يونس البهوتي- الروض المربع – دار التراث – القاهرة – طبعة 1322هـ - ج2 ص 384 .

[4] )أبو الطيب صديق بن حسن القنوجي – الروضة الندية شرح الدرر البهية – دار التراث – بدون سنة ج2 ص 14.

[5] )ابن قدامة المقدسي- الشرح الكبير – دار الغد العربي – طبعة 1424هـ ج7 ص 522.

[6] ) محمد بن علي الشوكاني – نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار- شركة مصطفى ألبابي الحلبي – بدون سنة ج6 ص 143 ،أحمد بن حسين البيهقي – السنن الكبرى – دار الفكر- طبعة سنة 1326 هـ ج7 ص 125

[7] ) محمد بن عيسى الترمذي – سنن الترمذي – تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان – المكتبة السلفية بالمدينة المنورة – بدون تاريخ ج2 ص 384 .

[8] ) محمد أبو زهرة – الأحوال الشخصية – دار الفكر العربي- طبعة سنة 1403 هـ ص230 وما بعدها .

[9] ) الكاساني – بدائع الصنائع – مصدر سابق – ج2ص476 .

الرأي الثاني :- وهو ما ذهب إليه المالكية حيث يرون انه يشترط في الزواج الشهادة إلا إنها عندهم ليست من شروط الصحة وإنما هي من شروط التمام فتجوز الشهادة عندهم وقت إنشاء العقد عند النطق بالإيجاب والقبول في المجلس ، كما تجوز عندهم بعد ذلك قبل الدخول كما تجوز عندهم عند الدخول فإذا لم تتحقق الشهادة أصلا لا وقت العقد ولا قبل الدخول ولا عنده ، كان العقد عندهم فاسدا والدخول بالمرأة معصية ويتم فسخ العقد لذلك ذهبوا إلى إن نكاح السر لا يجوز ويتم فسخه بالطلاق إن دخل الزوجان بلا شهادة [1] واستدل المالكية على ذلك بما روي عن ابن عباس رضي الله عنه (( لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد )) [2] كما استدلوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم (( أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه الدفوف )) [3].

وبناء على ما تقدم فان رأي المالكية هو إن الشهادة شرط من شروط الزواج لا يتم إلا بها وتجوز عند العقد في مجلس العقد كما تجوز بعد المجلس وقبل الدخول أو عنده , فعندهم إن العقد ينعقد ابتداء بمجرد ارتباط الإيجاب والقبول في المجلس حتى ولو لم يكن هنالك شهود إلا انه يكون موقوفا على الشهادة التي هي شرط لتمام الزواج فلا يجوز الدخول بدون شهود وان حدث دخول يفسخ العقد ، وعلى ذلك فان شكلية الشهادة عند المالكية لا ترقى إلى شكليتها عند جمهور الفقهاء فهي عند الجمهور شكلية لصحة انعقاد العقد ، وهي عند المالكية شكلية لازمة لنفاذ العقد لا لصحة انعقاده فينعقد العقد ويصح بدونها . [4]

الرأي الثالث : وهو رواية عن الإمام أحمد بن حنبل ومذهب الشيعة الأمامية وأبو ثور وابن المنذر وغيرهم [5] حيث يرون أن الشهادة ليست شرطا من شروط صحة العقد ولا شرطا من شروط تمامه ولا لزومه ويصح العقد بغير شهود وقد استدل هؤلاء على ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اعتق صفية بنت حُيا فتزوجها بغير شهود ، وقال انس ما ندري أتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم أم جعلها أم ولد ؟ فلما أراد أن يركب حجبها فعلموا انه تزوجها متفق عليه ، فاستدلوا على تزويجها بالحجاب [6]

واستدلوا على عدم افتراض الشهادة في عقد الزواج بالقياس فكما إن التراضي كافٍ لانعقاد البيع فكذلك بالقياس فان التراضي كافٍ لانعقاد الزواج .

وقد تم الرد على هذه الأدلة من أن نكاح النبي صلى الله عليه وسلم بغير شهود من خصائصه في النكاح فلا يلحق به غيره كما وان قياسهم كان مع الفاروق فالزواج يخالف البيع لان القصد من البيع المال والقصد من الزواج الاستمتاع والولد علاوة على إن النكاح يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو الولد فاشترطت الشهادة فيه لئلا يجحده ابوه فيضيع نسبة بخلاف البيع [7] وبناء على ماتقدم يمكن القول بأن عقد الزواج وفقا لهذا

---

[1])محمد بن أحمد بن رشد – المقدمات – مطبعة السعادة – طبعة سنة 1325 هـ - ج2 ص40 ، محمد بن محمد الحطاب – مواهب الجليل لشرح مختصر خليل – مكتبة النجاح – ليبيا – بدون تاريخ ج3 ص 409، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – دار إحياء الكتب العربية – عيسى البابي الحلبي – بدون تاريخ ج2 ص 216 .

[2])أحمد بن الحسين البيهقي – السنن الكبرى – مصدر سابق – ج7 ص 122 .

[3])الترمذي – سنن الترمذي – مصدر سابق ج3 ص376 .

[4])الكاساني – بدائع الصنائع – مصدر سابق ج2 ص377 .

[5])محمد بن احمد بن رشد القرطبي – بداية المجتهد ونهاية المقتصد – دار الكتب العلمية – بيروت –ط 10 طبعة سنة1408 هـ - 1988م ج2 ص18 ، إبراهيم بن علي الشيرازي – المهذب – عيسى البابي الحلبي – بدون تاريخ – ج2 ص40 ، نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي- المختصر النافع – دار الكتاب العربي بمصر – بدون تاريخ ص 170 .

[6])عبد الرحمن بن أبي عمر بن قدامه المقدسي – الشرح الكبير بهامش المغني – مصدر سابق – ج7 ص523 .

[7])منصور بن يونس البهوتي – شرح منتهى الايرادات – دار الفكر- بدون تاريخ ج3 ص25 , ابن قدامة -المغني - مصدر سابق ج7 ص404 , 405, الشيرازي - المهذب - مصدر سابق ج2 ص40 .

الرأي لايعد عقداً شكلياً وانما هو عقد رضائي يكفي لانعقاده اقتران الايجاب بالقبول في مجلس العقد ولايحتاج الى الشهادة فالشهادة غير لازمة لانعقاد العقد او صحته او تمامه او إثباته فالعقد ينعقد بمجرد التراضي وبدون شهود وبذلك يكون هذا الراي قد جرد عقد الزواج من أية شكلية.

## رأينا في الموضوع

من خلال ماتقدم يمكن القول بان الراجح عن هذه الاراء الثلاثة هو الراي الذي يرى بأن الشهادة شرط من شروط صحة عقد الزواج وهو الراي الاول وان الزواج لايصح بدونها وعليه فان عقد الزواج وحسب الراجح من الاراء يعد عقداً شكلياً في الفقه الاسلامي, فالشهادة هي التي تمثل الشكلية في هذا العقد وعليه وفقاً للرأي الراجح فأن عقد الزواج لايكفي لانعقاده شرعاً مجرد ارتباط الايجاب والقبول في المجلس وانما لابد وان يكون هذا الارتباط او الرضا امام الشهود وان يسمع ويفهم الشهود كلام المتعاقدين معاً في وقت واحد في مجلس عقد الزواج والقول بصحة هذا الراي وترجيحه على الاراء السابقة يرجع الى انه يهدف الى تحقيق مصالح العاقدين , والغير , والمجتمع وذلك لاسباب كثيرة منها :-

1-دفع تهمة الزنا عن العاقدين وفي ذلك يقول صاحب بدائع الصنائع (( ولان الحاجة مست الى دفع تهمة الزنا عنه ولاتندفع الا بالشهود لانها لاتندفع الا بظهور النكاح واشهاره ولايشهر الى بقول الشهود )) [1].

2-هذه الشهادة - الشكلية - تكون وسيلة اثبات لعقد الزواج فقد يجحد احد الزوجين العقد بعد انعقاده تهرباً من اثاره كالتهرب من النفقة مثلاً او عدم اعترافه بحمل الزوجة ولولا الشهادة لاستطاع اي من الزوجين الخلاص من هذا العقد ولشق على الطرف الاخر أثباته بوسيلة يصون بها حقوقه [2] وعليه فالشهادة كما تكون لازمة لصحة انعقاد العقد فهي في نفس الوقت وسيلة لأثباته.

3-كما ان الاشهاد في الزواج يحقق مصلحة الغير الا وهو النسل او الولد الذي هو ثمرة عقد الزواج لان اثار الزواج تمتد لتمس هذا الغير لذلك اوجب الفقهاء الاشهاد في الزواج صيانة لحقوق هذا الغير من ضياع نسبه ومايترتب على ذلك من اثار [3].

4-كما ان الاشهاد في الزواج يحقق مصلحة للمجتمع تتمثل في حفظ مصلحة العاقدين ومصلحة الافراد الاخرين الذين يتأثرون بأثار عقد الزواج معاً وهذه المصلحة يصونها الفقه الاسلامي في عقد النكاح بصورة عامة عن طريق اعتبار احكامه من النظام العام والتي لايجوز للافراد الاتفاق على مايخالفها [4], وذلك لان عقد النكاح هو سبب لبقاء النوع الانساني وسبب العفاف الحاسم للفساد واختلاط الانساب وسبب للمودة والمواصلة والسكون , كما ان عقد النكاح اداة للخروج من الحرمة والدخول في باب التحليل فألاصل في النساء التحريم حتى يعقد عليهن بالنكاح , والقاعدة ان الشرع يحتاط في الخروج من الحرمة الى الاباحة

---

[1] )الكاساني – بدائع الصنائع - مصدر سابق ج2 ص376.

[2] )الدكتور احمد فراج حسين - احكام الزواج في الشريعة الاسلامية - دار المطبوعات الجامعية طبعة سنة 1997 – ص 180 , الدكتور محمد وحيد الدين سوار - الشكل مصدر سابق ص37 , الدكتور احمد الكبيسي الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون - والزواج والطلاق وآثارهما - العاتك لصناعة الكتاب - القاهرة ج1 ص61 ,62 .

[3] )ابن قدامة المقدسي - الشرح الكبير- مصدر سابق ج7 ص523 , ابن قدامة - المغني - مصدر سابق ج7 ص405.

[4] )شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي – الفروق - عالم الكتب - بيروت بدون التاريخ ج3 ص181 , الدكتور محمد وحيد الدين سوار - الشكل - مصدر سابق ص74 , 75.

اكثر من الخروج من الاباحة الى الحرمة لهذا لم يجز الزواج بلا شهود [1] كما ان الزواج في الغالب لايجري في حياة الانسان الا لمرة واحدة وهو امر لاتعم به البلوى فلا مشقة على الافراد اذا التزموا جانب التروي في انعقاده وتقيدوا بالاحكام الخاصة به التي اوجب الشارع مراعاتها فيه ومنها الشهادة [2] .

## المطلب الثاني

## مدى شكلية توثيق عقد الزواج

اضاف قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل شروطا لاتؤثر على انعقاد الزواج ولا على صحته ولاتمنع من انعقاده او لزومه , وانما قصد بها الاستجابة للمصالح الاجتماعية ومن ضمن هذه الشروط توثيق عقد الزواج [3] ويقصد بتوثيق عقد الزواج اي صياغته بمحرر رسمي مكتوب امام الجهة المختصة [4] وتوثيق عقد الزواج او تحريره في محرر مكتوب ليس ركنا من اركانه ولا شرطا من شروط صحته او نفاذه او لزومه وانما وسيلة رسمية وضعها المشرع لاثبات عقد الزواج عند النزاع وانكاره امام القضاء فالعقد غير الموثق هو العقد العرفي كما يسمى في مصر او العقد الخارجي الذي يعقد امام رجل الدين كما يسمى في العراق وهو عقد صحيح شرعاً وقانوناً ودعوى الزوجة تسمع على اساسه عند الاقرار [5].

من خلال ماتقدم يمكن القول بان اشتراط المشروع صياغته عقد الزواج في وثيقة رسمية انما هي شكليه اثبات لاشكلية انعقاد فهذا التوثيق هو دليل اثبات لعلاقة الزوجة عند انكارها امام القضاء فقط ولا علاقة لهذا التوثيق بانعقاد العقد او صحته او اتمامه او لزومه , فالاشهاد شرط لازم لصحة هذا العقد حسب الراي الراجح فهو شرط للانعقاد في حين او توثيق هذا العقد هي ايضاً شكلية ولكنها للاثبات وليس للانعقاد فلا يترتب على تخلفها بطلان العقد ولايؤثر على صحته او تمامه [6].

---

[1] )القرافي- الفروق مصدر سابق ج3 ص181 .
[2] )المصدر اعلاه ج3 ص181-182 .
[3] )المادة (10) من قانون الاحوال الشخصية ((يسجل عقد الزواج في المحكمة المختصة بدون رسم في سجل خاص ...)) تقابلها المادة 4/99 من قانون رقم 78 لسنة 1931 المتعلق بتوثيق عقد الزواج المصري حيث نصت هذه المادة على انه ((لاتسمع عند الانكار دعوى الزوجية او الاقرار بها الا اذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية)).
[4] )المأذون في مصر حسب المادة (18) من لائحة المأذونين , والقاضي حسب نص المادة (10) من قانون الاحوال الشخصية العراقي .
[5] المادة (11 )من قانون الاحوال الشخصية العراقي .
[6] )الدكتور محمد كمال الدين امام - الزواج في الفقه الاسلامي - منشأة المعارف بالاسكندرية 1418هـ - 1998م ص100 .

## المطلب الثالث

## مجلس عقد الزواج

يجب لانعقاد عقد الزواج اتحاد مجلس العقد وهو ان يكون الايجاب والقبول في مجلس واحد فأذا اختلف المجلس فلا ينعقد الزواج فأذا كان العاقدين حاضرين في مجلس العقد فاوجب احدهما فقام الاخر عن المجلس قبل القبول أو قام الموجب من المجلس قبل القبول او اشتغل احدهما بقول او فعل يوجب اختلاف المجلس فلا ينعقد العقد , لان انعقاد العقد عبارة عن ارتباط احد الشطرين بالاخر امام الشهود في المجلس , فاذا اختلف المجلس تفرق الشطران حقيقة او حكماً فلا ينعقد العقد [1] وللموجه اليه الايجاب في عقد الزواج ان يقبل الايجاب على التراخي عملاً بفكرة مجلس العقد والتي اخذ بها المشرع العراقي حيث نصت المادة (82) من القانون المدني العراق على انه ((المتعاقدان بالخيار بعد الايجاب الى اخر المجلس فلو رجع الموجب بعد الايجاب وقبل القبول او صدر من احد العاقدين قول او فعل يدل على الاعراض يبطل الايجاب ولاعبرة بالقبول الواقع بعد ذلك)) اما اذا كان احد المتعاقدين غائباً عن مجلس العقد بأن قالت امرأة بحضور شاهدين زوجت نفسي من فلان وهو غائب وبلغه الخبر ليس عن طريق الرسول او الكتاب , فقال قبلت فلا ينعقد العقد وكذلك لو قال رجل بحضور شاهدين تزوجت فلأنه وهي غائبة عن المجلس فبلغها الخبر ليس عن طريق الرسول او الكتاب فقالت زوجت نفسي منه لم يجز وان كان القبول بحضرة ذلك الشاهدين لان شطر العقد لايقف على غائب عن المجلس كالبيع [2] اما لو ارسل احدهما رسولاً وكتب كتاباً بالايجاب فقبل الموجه اليه الرسول او الكتاب بحضرة شاهدين سمعا كتاب الرسول او قراءة الكتاب معاً جاز ذلك وانعقد العقد لاتحاد المجلس حكماً.

مما سبق يتبين لنا ان عقد الزواج ينعقد في الزمان والمكان الذين حضر فيهما العاقدين والشهود في مجلس العقد الحقيقي كما وينعقد اذا كان احد المتعاقدين غائباً وذلك في مجلس العقد الحكمي حيث يكون زمان ومكان المتعاقدان لحظة اعلان القبول في مجلس قراءة الكتاب او مجلس تبليغ الرسالة ولايشترط لانعقاد العقد علم الموجب بالقبول [3].

اذ ان علم الموجب بالقبول ماهو في حقيقة الامر الا علماً بواقعة العقد وليس علماً منشأ للعقد لان ذلك هو وقت الارتباط بين الايجاب والقبول كما وان القبول في التعاقد بين غائبين يعد من التعبيرات الملقاة والتي تنتج اثارها بمجرد صدورها ولاتحتاج الى علم من وجه اليه [4].

واذا كان هذا الكلام يستقيم مع ماذهب اليه فقهاء الشريعة الاسلامية حسب الراجح من الاراء فأنه لايستقيم مع ما ذهب اليه المشرع المدني العراقي وكذلك المصري فيما يتعلق بالتعاقد بين غائبين حيث ان المادة (87) من القانون المدني العراقي قد حددت زمان ومكان التعاقد بين غائبين حيث نصت على انه ((1-يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق صريح او

---

[1] )الكاساني - بدائع الصنائع - مصدر سابق ج2 ص384 , ابن قدامة - المغني - مصدر سابق ج7 ص497.

[2] )الامام كمال الدين محمد ابن همام - شرح فتح القدير - المطبعة الكبرى الاميرية في مصر - ط1- سنة 1316هـ - ج5 ص79 , محمد امين ابن عابدين - حاشية رد المختار على الدر المختار - شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده في مصر - ط2 سنة 1316هـ - 1966م - ج4 ص512.

[3] )الكاساني - بدائع الصنائع - مصدر سابق ج2 ص384.

[4] )الشيخ علي الخفيف - احكام المعاملات الشرعية - دار الفكر العربي - مطبعة دار التاليف - ط2- بدون تاريخ - ص179 , الدكتور محمد وحيد الدين سوار - الشكل - مصدر سابق ص118.

ضمني او نص قانوني يقضي بغير ذلك 2-ويكون مفروضاً ان الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل اليه فيهما)) .[1]

وعليه وفقاً لنص هذه المادة ففي القانون فأن زمان ومكان انعقاد عقد الزواج في حالة ما اذا تم بين الغائبين هو يتحدد من اللحظة التي يعلم بها الموجب بقبول القابل وجعل من وصول القبول قرينة على العلم به ولكنها قرينة بسيطة غير قاطعة يجوز اثبات عكسها [2].

واذا كان القانون المدني العراق وكذلك المصري قد حسم امر التعاقدين مابين الغائبين وحدد زمان ومكان التعاقد بالجمع بين نظريتي العلم بالقبول وتسلم ذلك القبول وهوموقف يجانب به الراي الراجح في الفقه الاسلامي الذي اخذ بنظرية اعلان القبول كما سبق القول الا ان نصوص القانون المدني العراقي لاتخلو من الاخذ بنظرية اعلان القبول ذلك ان نص المادة (87) مدني عراقي و (97) مدني مصري قد استثنت من الاخذ بنظرية العلم بالقبول وتسلمه حالة ما اذا وجد نص قانوني او اتفاق يقضي بغير ذلك وعندنا نص المادة (525) مدني عراقي والتي تنص على انه ((اذا بيع الشيء بشرط المذاق كان للمشتري ان يقبل البيع ان شاء ولكن عليه ان يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق او العرف ولاينعقد البيع الا من الوقت الذي تم فيه هذا الاعلان )).[3]

من خلال نص هذه المادة يتبيّن لنا ان المشرع قد خرج عن قاعدة تمام العقد من لحظة العلم بالقبول الى قاعدة الاعلان عن القبول في عقد البيع بشرط المذاق وهذا واضح من خلال نص المادة السالفة الذكر.

---

[1] )ويقابلها نص المادة 97 من القانون المدني المصري على نحو مطابق.

[2] )الدكتور حسن علي الذنون - النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - طبعة الجامعة المستنصرية - طبعة سنة 1976م - ج1 ص 70- 71 .

[3] )يقابله نص المادة (422) مدني مصري على نحو مطابق.

## المبحث الثالث

## مجلس عقد الرهن الرسمي (التأميني)

**يعرف القانون المدني العراقي في المادة (1285) عقد الرهن الرسمي او التأميني بأنه ((عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه انه يتقدم على الدائنين العاديين والدائنيين التاليين له في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في اي يد يكون )). [1]**

**وعقد الرهن التاميني او كما يسمى بالرهن الرسمي يعد من العقود الشكلية التي يتطلب القانون لانعقادها مراعاة شكلية خاصة الا وهي الرسمية في العقود فلا ينعقد الا بورقة رسمية , وقبل الدخول في شكلية ورسمية هذا العقد لابد لنا ان نفصل الكلام عن شكلية هذا العقد في الفقه الاسلامي فنقول دون الدخول في التفاصيل ان اكثر فقهاء الفقه الاسلامي يذهبون الى ان الفقه الاسلامي لايعرف الرهن الذي لايتخلى فيه الدائن عن حيازة ماله المرهون اي الرهن التأميني , وانما يعرف الرهن الذي يتخلى في الراهن عن حيازة ماله محل الرهن ويتم انتقال حيازة هذا المال الى يد المرتهن وهو يقابل الرهن الحيازي في القانون [2], اذن هم يرون ان عقد الرهن بشكل عام عقد عيني لاشكلي.[3]**

**وبالرجوع الى القانون المدني نرى بأن عقد الرهن التأميني هو من العقود الشكلية التي يتطلب القانون لأنعقاده مراعاة شكل خاص هو الرسمية في العقود فلا ينعقد الا بورقة رسمية وامام موظف مختص وبذلك تعتبر الرسمية في عقد الرهن التأمين ركناً في العقد لايقوم ولاينعقد العقد بدونها [4] وهذا واضح من النص الصريح للمادة (1286) من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (( لاينعقد الرهن التأميني الابتسجيله بدائرة التسجيل العقاري )) [5] فالرسمية اذاً هي ركن انعقاد في عقد رهن التأميني يترتب على تخلفها بطلان العقد بطلاناً مطلقاً وهذا العقد لايتحول الى وعد بتقديم رهن رسمي وذلك لأن الوعد يجب ان يتوافر فيه الشكل الذي يتطلبه المشرع في العقد الموعود به , وانما يكون العقد الذي لم تتوافر فيه الشكلية المطلوبة بمثابة اتفاق منشأ لألتزامات شخصية [6] .**

**ويلزم في عقد الرهن الرسمي اتحاد مجلس العقد وحضور جميع اطرافه امام الموثق للتوقيع عليه فالغالب ان يتم افراغ الرضا المتبادل لطرفي عقد الرهن التأميني في ورقة رسمية امام الموظف المختص حيث يجمعها مجلس عقد واحد [7] , ولكن المشكلة تثور عن الرضا الواجب افراغه في ورقة رسمية عندما لايجمع المتعاقدان مجلس عقد واحد فيذهب بعض الفقهاء الى ان الرضا اللازم افراغه في الشكل الرسمي هو رضاء الراهن بالرهن على اساس انه الطرف الذي تقررت الرسمية لمصلحته , بينما هو عمل نافع نفعاً**

---

[1] )يقابلها نص المادة (1030) من القانون المدني المصري.
[2] )الدكتور محمد وحيد الدين سوار - الشكل - مصدر سابق ص 92.
[3] )الدكتور محمد وحيد الدين سوار - الشكل – مصدر سابق ص 92, يقابلها نص المادة 1/1037 من القانون المدني المصري .
[4] )الدكتور عبدالرزاق السنهوري - الوسيط - التأمينات الشخصية والعينية - دار النهضة العربية - ط2 - سنة 1994 ج10 ص 329 , الدكتور سمير عبدالسيد تناغو - التامينات الشخصية والعينية - سنة 1992 - ص128.
[5] )يقابلها نص المادة (1/1031) من القانون المدني المصري.
[6] )الدكتور محمد علي عمران – التأمينات المدنية - الكفالة والرهن - دار الفكر العربي بدون تاريخ ج1 ص88 ,الدكتور نبيل ابراهيم سعد - التأمينات الاصلية والشخصية - منشأة المعارف في الاسكندرية - سنة 1988 ص78 - 79.
[7] )الدكتور همام محمود زهران - التأمينات العينية والشخصية - دار المطبوعات الجامعية - طبعة سنة 1997 - ص147.

محضاً بالنسبة للمرتهن بحيث يصح ان يعبر عن رضاءه بالرهن في ورقة عرفية ,ويجوز ان يستخلص هذا الرضا بطريقة ضمنية كما لو تقدم المرتهن طالباً قيد الرهن على اساس ان الرهن تقرر لمصلحته ويستطيع ان يقبله باي شكل. [1]

ويذهب البعض الاخر الى انه يتعين افراغ رضاء طرفا العقد بطريقة رسمية وفقاً لما يشترط القانون لأنعقاد عقد الرهن لأن الانعقاد لايصدق الا على الأيجاب الذي قابله او اقترن به قبول مطابق امام الموظف المختص بالتوثيق , كما وان الرسمية متطلبة لمصلحة الراهن والمرتهن على حد سواء مما لاداعي معه لقصر استلزامها في شأن رضاء الراهن دون المرتهن [2] وبناء على ماتقدم يمكن القول ان لحظة وزمان ومكان انعقاد عقد الرهن التأميني هو الزمان والمكان الذي يكون فيه الموثق المختص والذي يباشر اختصاصه في هذا الشأن حاضراً مع حضور الراهن والمرتهن وذوي الشأن وفقاً للاوضاع المقررة في القانون. [3]

وبمجرد تحرير العقد وتلاوته على اصحاب الشأن وتوقيعهم عليه ينفذ مجلس عقدهما هذا كما وان الغالب هو ان ينعقد عقد الرهن التأميني في مجلس العقد الحقيقي وهو المجلس الذي يكون فيه المتعاقدان حاضرين في مجلس العقد ونادراً ماينعقد بين الغائبين لتطلب هذه الشكلية فهذه الشكلية تقلل فرص انعقاد عقد الرهن التأميني بين الغائبين.

وفي النهاية يجب ان نشير الى انه يتضح من خلال ماتقدم في المبحث الثاني والثالث من هذا البحث ان الشكلية التي يتطلبها القانون في العقود كالشكلية في عقد الرهن التأميني اشد وطأة من الشكلية التي يتطلبها الفقه الاسلامي في عقد الزواج حيث ان الأولى تعتبر ركناً من اركان العقد بدونها يكون العقد باطلاً , اما الثانية فهي قد تكون شرط صحة وقد تكون شرط لزوم وتمام وقد تكون للاثبات ولم ترقَ الى مرتبة الركن حيث يبقى الركن منصباً على التراضي والذي هو الاصل في العقود.

---

[1] )الدكتور عبدالمنعم البدراوي – التأمينات العينية – مكتبة سيد عبدالله وهبة – ص61 , الدكتور رمضان ابو السعود – التأمينات الشخصية والعينية – منشأة المعارف بالاسكندرية – طبعة سنة 1995م – ص298- 299.

[2] )الدكتور عبدالرزاق السنهوري - الوسيط - مصدر سابق - ج 10ص 332 , الدكتور سمير تناغو - التأمينات - مصدر سابق ص 132 - 133.

[3] )حيث تنص المادة (1286) من القانون المدني العراقي على انه (( لاينعقد الرهن التأميني الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري وعلى كل من المتعاقدين ان يعين محل اقامة مختار في البلد الذي تم فيه التسجيل ويعطي لكل منهما نسخة من سند عقد الرهن موقع عليها منهما بعد اخذ تقريرهما في مواجهة الشهود )).

## الخـــــــاتـــــــمـــــــة

من خلال بحثنا هذا توصلنا الى بعض النتائج نوردها على النحو الاتي :-

(1)الاصل في العقود الرضائية , وهي التي يكفي لأنعقادها مجرد توافق وارتباط الايجاب مع القبول على وجه يعتد به شرعاً وقانوناً وان العقد الشكلي هو الاستثناء على هذا الاصل العام , حيث يتطلب لأنعقاد هذا العقد فوق تراضي المتعاقدين افراغ هذا الرضا في شكل معين يحدده القانون ويكون هذا الشكل بمثابة ركن في العقد لايصح العقد ولاينعقد بتخلفه.

(2)شكلية العقد بصورة عامة قد تكون شكلية قانونية او اتفاقية او شرعية والشكلية القانونية هي الشكلية التي يتطلبها القانون ولاينعقد العقد بدونها كالشكلية التي يتطلبها المشرع المدني العراقي بالنسبة لعقد الرهن التأميني والذي لاينعقد الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري ([1]) وقد تكون الشكلية اتفاقية تفرضها ارادة الطرفين دون ان تتعلق بالنظام العام , امام الشكلية الشرعية فهي تلك الشكلية التي يتطلبها الشرع الاسلامي كاشتراط الاشهاد في الزواج للقول بصحته وفقاً للراجح من الفقه الاسلامي.

(3)قد يترتب على مخالفة الشكلية التي رسمها القانون – الشكلية القانونية – او الشرع بطلان العقد او فساده في حين لايرقى الامر الى البطلان او الفساد للعقد عند مخالفة الشكلية الاتفاقية اذ يحق للمتعاقدين مخالفة الشكل الاتفاقي بأرادتهما المشتركة.

(4)شكلية العقد بصورة عامة قد تكون شكلية مطلوبة لانعقاده وقد تكون مطلوبة لاثباته ويترتب على تخلف الاولى بطلان العقد دون الثانية حيث ان العقد ينعقد في حالة الاخيرة ويجوز اثباته بما يقوم مقام الكتابة – وهي الشكلية التي يتطلبها القانون لاثبات عقد ما – كالاقرار واليمين.

(5)وفقاً للراجح في الفقه الاسلامي فأن عقد الزواج هو عقد شكلي اذ يشترط لصحة انعقاده شرعاً ارتباط الايجاب والقبول في المجلس وحضور شاهدين يسمعان ويفهمان كلام العاقدين معاً في وقت واحد في مجلس عقد الزواج.

(6)توثيق عقد الزواج من قبل المحكمة وهو ماتطلبه قانون الاحوال الشخصية العراقي هو بلا شك شكلية لازمة لاثبات عقد الزواج وليس لانعقاده او صحته فهو وسيلة رسمية وضعها المشرع لاثبات عقد الزواج عند النزاع وانكاره امام القضاء.

(7)تتحدد لحظة انعقاد عقد الزواج بالمكان والزمان اللذين حضر فيهما العاقدين والشهود في مجلس العقد الحقيقي , كما وينعقد اذا كان احد المتعاقدين غائباً في مجلس العقد الحكمي من لحظة اعلان القبول في مجلس قراءة الكتاب او مجلس تبليغ الرسالة شرعاً ومن لحظة علم الموجب بقبول القابل ووصول هذا القبول اليه قانوناً.

(8)ان عقد الرهن التأميني او مايسمى الرسمي هو عقد شكلي يتطلب القانون لصحة انعقاده تسجيله في دائرة التسجيل العقاري , وتتحدد لحظة انعقاد هذا العقد بالزمان والمكان الذي يكون فيه الموثوق المختص والذي يباشر اختصاصه في هذا الشأن حاضراً مع الراهن والمرتهن في مجلس عقد الرهن.

---

[1] )انظر المادة (1286) مدني عراقي والتي سبق ذكرها.

## قـــائمـــــــــة الـمـــصـــادر

### اولاً :- القران الكريم

### ثانياً :- مصادر فقهاء الشريعة الاسلامية


1-ابن حجر- ابن حجر الهيتمي - حاشية فتح الجواد بذيل صحائف فتح الجواد – شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده – مصر – ط2 – طبعة سنة 1391هـ - 1971م.

2-ابن رشد- محمد بن احمد بن رشد – المقدمات – مطبعة السعادة – طبعة سنة 1325هـ .

3-بن قدامة- ابو محمد عبد الله بن احمد بن قدامة – المغني – دار الغد العربي - طبعة سنة 1323هـ.

4-ابن قدامة المقدسي - ابن قدامة المقدسي – الشرح الكبير – دار الغد العربي – ط1424هـ.

5-ابن عابدين- محمد امين ابن عابدين – حاشية رد المحتار على الدر المختار – شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده – مصر – ط2 – طبعة سنة 1386هـ - 1966م.

6-ابن نجيم- زين الدين بن ابراهيم بن نجيم – البحر الرائق شرح كنز الدقائق – دار المعرفة للطباعة والنشر – بيروت – ط2 – بدون تاريخ.

7-ابن الهمام - الامام كمال الدين محمد ابن الهمام – شرح فتح القدير – المطبعة الكبرى الاميرية في مصر – ط1 – طبعة سنة 1316هـ.

8-البهوتي- منصور بن يونس البهوتي – الروض المربع – دار التراث – القاهرة – طبعة سنة 1322هـ.

9-البهوتي- منصور بن يونس البهوتي – شرح منتهى الايرادات – دار الفكر – بدون تاريخ.

10-البيهقي- احمد بن الحسين البيهقي – السنن الكبرى – دار الفكر طبعة سنة 1326هـ.

11-الترمذي- محمد بن عيسى الترمذي – سنن الترمذي – تحقيق عبدالرحمن محمد عثمان – المكتبة السلفية بالمدينة المنورة – بدون تاريخ.

12-الحطاب- محمد بن محمد الحطاب – مواهب الجليل لشرح مختصر خليل - مكتبة النجاح – ليبيا – بدون تاريخ.

13-الحلي- نجم الدين جعفر بن حسن الحلي – المختصر النافع – دار الكتاب العربي - بدون تاريخ.

14-الدسوقي- محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – دار احياء الكتب العربية – عيسى البابي الحلبي - بدون تاريخ.

15-الزيلعي- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي – تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق – المطبعة الكبرى الاميرية في مصر ط1 – طبعة سنة 1314هـ.

16-الشافعي- الامام ابو عبدالله محمد ابن ادريس الشافعي – الام – دار الشعب – طبعة سنة 1322هـ.

17-الشوكاني- نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار – شركة مصطفى البابي الحلبي – بدون تاريخ.

18-الشيرازي- ابراهيم بن علي الشيرازي – المهذب – عيسى البابي الحلبي – بدون تاريخ.

19-الفنوجي- ابو الطيب صديق بن حسن الفنوجي – الروضة الندية شرح الدرر البهية – دار التراث – بدون تاريخ.

20-القرطبي- محمد بن احمد بن رشد القرطبي – بداية المجتهد ونهاية المقتصد – دار الكتب العلمية – بيروت – ط10 – طبعة سنة 1408هـ - 1988م.

21- القرافي- شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي – الفروق عالم الكتب بيروت – بدون تاريخ.

22-الكاساني- الامام علاء الدين بن مسعود الكاساني – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – دار الفكر – بيروت ط1 – طبعة سنة 1996م.

ثالثا :- مصادر فقهاء الشريعة المعاصرون وفقهاء القانون.

1-الدكتور احمد الكبيسي – الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون – الزواج والطلاق واثارهما – الناشر- العاتك لصناعة الكتاب – القاهرة – ج1.

2-الدكتور احمد فراج حسين – احكام الزواج في الشريعة الاسلامية – الدار الجامعية – بيروت – 1997م.

3-الدكتور توفيق حسن فرج – النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام – الدار الجامعية – بيروت – 1988م.

4-الدكتور حسن علي الذنون – النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام – طبعة الجامعة المستنصرية – طبعة سنة 1976م.

5-الدكتور سليمان مرقس – الوافي في شرح القانون المدني – المجلد الاول – نظرية العقد والارادة المنفردة – ط4 – طبعة سنة 1987م.

6-الدكتور سمير عبدالسيد تناغو – التأمينات الشخصية والعينية – طبعة سنة 1992م.

7-الدكتور صلاح الدين زكي – تكوين الروابط العقدية فيما بيم الغائبين – دار النهضة العربية – ط1 طبعة سنة 1963م.

8-الدكتور عبدالرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام – دار النشر للجامعات المصرية – طبعة سنة 1952م.

9-الدكتور عبدالرزاق السنهوري – الوسيط – التأمينات الشخصية والعينية – دار النهضة العربية – ط2 – طبعة سنة 1994م.

10-الدكتور عبدالرزاق السنهوري – نظرية العقد – المجمع العلمي العربي الاسلامي – بيروت – بدون تاريخ.

11-الدكتور عبدالفتاح عبدالباقي – موسوعة القانون المدني – نظرية العقد والارادة – طبعة سنة 1984م.

12-الدكتور عبدالمنعم البدراوي – التأمينات العينية – مكتبة سيد عبد الله وهبة – بدون ناشر – بدون تاريخ.

13-الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة – نظرية العقد في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي – دار النهضة العربية - طبعة سنة 1990م.

14-الدكتور عبدالناصر توفيق العطار – نظرية الالتزام في الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية – الكتاب الاول – مصادر الالتزام – مطبعة السعادة – بدون تاريخ.

15-الدكتور عبدالمجيد الحكيم – الكافي في شرح القانون المدني – مصادر الالتزام – المجلد الاول في العقد – الشركة الجديدة للطباعة – عمان.

16-الدكتور عدنان ابراهيم السرحان – الدكتور نوري حمد خاطر- شرح القانون المدني الاردني – اربد – طبعة سنة 1997م.

17-الشيخ علي الخفيف – احكام المعاملات الشرعية – دار الفكر العربي – مطبعة دار التأليف – ط2.

18-عمر احمد عبدالله – ابرام العقود في قانون المعاملات المدنية الاماراتي – دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي – دار النهضة العربية – طبعة سنة 1995م.

19-الدكتور محمد ابو زهرة - الاحوال الشخصية – دار الفكر العربي – طبعة سنة 1403هـ.

20-الدكتور محمد علي عمران – التأمينات المدنية – الكفالة والرهن – دار الفكر العربي.

21-الدكتور محمد كمال الدين امام – الزواج في الفقه الاسلامي – منشأة المعارف في الاسكندرية – طبعة سنة 1418هـ - 1998م.

22-الدكتور محمد وحيد الدين سوار – الشكل في الفقه الاسلامي – دراسة موازنة – ط1 طبعة سنة 1985م.

23-الدكتور محمود الكيلاني – عقود التجارة الدولية – منشأة المعارف بالاسكندرية – طبعة سنة 1988م.

24-الدكتور نبيل ابراهيم سعد – التأمينات العينية والشخصية – منشأة المعارف بالاسكندرية – طبعة سنة 1988م.

25-الدكتور همام محمود زهران – التأمينات العينية والشخصية – دار المطبوعات الجامعية – طبعة سنة 1997م.

رابعاً :- الرسائل والتقارير

1-الدكتور حسام الدين كامل الاهواني – المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل اعداد العقد الدولي – تقرير مقدم الى ندوة الانظمة التعاقدية للقانون المدني – معهد قانون الاعمال الدولي – القاهرة – 1993م.

2-الدكتور عبداللطيف القوني – حسن النية واثره في التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون المدني – دراسة مقارنة – اطروحة دكتوراه – جامعة المنوفيه – 1997م.

**خامساً :- القوانين**

**1-القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951م.**

**2-القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948م.**

**3-قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959م.**

**4-المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931م , المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بمصر.**