محاضرات في مقياس أحكام الزواج

لطلبة السنة أولى ماستر تخصص قانون الأسرة

المحاضرة الأولى

إعداد: الأستاذ محفوظ بن صغير

السنة الجامعية : 2021-2022

**المبحث الأول: مقدمـات عقـد الـزواج**

وضع الإسلام نظاما محكما للزواج يقوم على أقوى المبادئ والقيم التي من شأنها تحقيق الاستقرار الأسري، وانتشار الفضيلة في المجتمع، فأضفى عليه قدسية تجعله فريدا بين سائر العقود الأخرى، لما يترتب عليه من آثار خطيرة لا تقتصر على عاقديه ولا على الأسرة التي توجد بوجوده، بل يمتد إلى المجتمع، فهو الأسلوب الذي اختاره الله تعالى للتوالد والتكاثر، واستمرار الحياة بعد أن أعدّ كلا الزوجين وهيأهما بحيث يقوم كلّ منهما بدوره الإيجابي في تحقيق هذه الغاية، فجعل اتصال الرجل بالمرأة اتصالا كريما مبنيا على رضاهما وعلى إيجاب وقبول كمظهرين لهذا الرضا، وعلى إشهاد على أنّ كلاّ منهما أصبح للآخر. فهو أهم علاقة ينشئها الإنسان في حياته، لذلك تولاّه الشارع بالرعاية من حين ابتداء التفكير فيه إلى أن ينتهي بالموت أو الطلاق. ومن ثم لا بد من التطرق إلى التعريف بالزواج وبيان مميزاته وحكمه وحكمة مشروعيته، ثم الحديث عن الخطبة كمقدمة تمهيدية لعقد الزواج، وآثار العدول عنها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وما استقرت عليه مبادئ الاجتهاد القضائي، وذلك من خلال المطالب الآتية:

**المطلب الأول: تعريف عقد الزواج وبيان حقيقته ومميزاته**

قبل التطرق لتعريف وبيان حقيقة الزواج في الفقه الإسلامي، ومفهومه في قانون الأسرة الجزائري، لا بد أولا من تعريف العقد لغة واصطلاحا.

**الفرع الأول: تعريف العقد لغة واصطلاحا**

**أولا: لغة:** العقد: مصدر عقده يعقده بكسر القاف، ويستعمل اسما فيجمع على عقود، وله معان كثيرة منها: ([[1]](#footnote-1))

- الشدّ والربط: وهو نقيض الحل، فيقال عقد الحبل أي شده.

- التأكيد والإحكام والتوثيق: فيقال: عقد العهد واليمين أكدهما.

- العزم والجمع: ومنه قوله تعالى:أَوْفُوا بِالْعُقُودِ([[2]](#footnote-2)).

وتأسيسا على ذلك فالعقد قد أطلق كثيرا على العهد وهو حقيقة فيه أيضا. ولذلك يقول ابن منظور([[3]](#footnote-3)):"العقد هو العهد والجمع عقود وهي أوكد العهود، فيقال عهدت إلى فلان كذا وكذا تأويله ألزمته، فإذا قلت عاقدته أو عقدت عليه فمعناه أنك ألزمته ذلك باستيثاق"([[4]](#footnote-4)).

**ثانيا: العقد في اصطلاح الفقهاء**

يدور العقد في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية حول معنيين؛ عام وخاص.

**المعنى العام**: هو كل التزام تعهد الإنسان بالوفاء به سواء كان التزام في مقابل التزام آخر، كالبيع ونحوه أم لا؛ كالطلاق واليمين، وسواء كان التزامه دينيا كأداء الفرائض والواجبات، أم التزاما دنيويا.

**المعنى الخاص**: وهو الالتزام الصادر من طرفين متقابلين. وهذا هو المراد في الغالب لدى معظم الفقهاء عند إطلاق لفظ العقد على هذا المعنى الخاص([[5]](#footnote-5)).

وعلى ضوء هذا المعنى الخاص للعقد عرفه كثير من الفقهاء المتأخرين، فهو عند ابن الهمام:"مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر أو كلام الواحد القائم مقامهما"([[6]](#footnote-6)).

وعرفه من المحدثين قدري باشا بقوله:"العقد ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثرا في المعقود عليه"([[7]](#footnote-7)). وهو اختيار الشيخ أبو زهرة([[8]](#footnote-8)).

وعلى ضوء هذه التعاريف يمكن تعريفه بأنه: التزام بشيء بارتباط الإيجاب بالقبول. وتعريفه بالالتزام وارد حيث عرفه به الجصاص بقوله:"العقد ما يعقده العاقد على أمر، لأن العقد إنما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره وإيجابه عليه"([[9]](#footnote-9)). وارتباط الإيجاب بالقبول: يخرج به الالتزام الحاصل من غير ارتباط الإيجاب بالقبول، كالإرادة المنفردة مثل النذر ونحو ذلك. كما يمكن تعريفه قانونا بأنه:"توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، يستوي في هذا الأثر أن يكون إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه"([[10]](#footnote-10)).

**الفرع الثاني: تعريف الزواج لغة واصطلاحا**

**أولا: في اللغة**

الزواج في اللغة: هو الاقتران والاختلاط، تقول العرب: زوج فلان إبله؛ أي قرن بعضها ببعض، وتقول تزوجه النوم؛ أي خالطه، ومنه قوله تعالى:احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ([[11]](#footnote-11))؛ أي قرناءهم الذين كانوا يحضونهم ويغرونهم([[12]](#footnote-12)).

والزواج لفظ عربي موضوع لاقتران أحد الشيئين بالآخر وازدواجهما بعد أن كان كل منهما منفردا عن الآخر، ومنه قوله تعالى: وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ([[13]](#footnote-13))؛ أي يقرن كل واحد بمن كانوا يعملون كعمله، فيقرن الصالح مع الصالح، والفاجر مع الفاجر. أو قرنت الأرواح بأبدانها عند البعث للأجساد؛ أي ردّت إليها، وقيل قرنت النفوس بأعمالها فصارت لاختصاصها بها كالتزويج([[14]](#footnote-14)). ومنه أيضا قوله تعالى:وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ([[15]](#footnote-15))؛ أي قرنّاهم بهن([[16]](#footnote-16)). ثم شاع استعماله في اقتران الرجل بالمرأة على وجه مخصوص لتكوين أسرة حتى أصبح عند إطلاقه لا يُفهم منه إلا ذلك المعنى، بعد أن كان يستعمل في كل اقتران سواء كان بين الرجل والمرأة أم بين غيرهما.

ويرادفه لفظ النكاح وهو في اللغة: الضم والتداخل، ومنه نكحت البُرّ في الأرض إذا حرثتها وبذرته فيها، ونكح المطر الأرض إذا خالط ثراها، ونكحت الحصى أخفاق الإبل إذا دخلت فيها. ويكون التداخل حسيا كما ذكر، ومعنويا كنكح النعاس العين([[17]](#footnote-17)).

**ثانيا: في الاصطلاح**

 عرفه الفقهاء بتعريفات كثيرة متقاربة تدور كلها حول الغرض المبدئي منه، وهو حل استمتاع الرجل بالمرأة، وفيما يلي بيان بعض تعريفاتهم:

**1- تعريف الحنفية**

عرفه ابن الهمام بأنه:"عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا"([[18]](#footnote-18)). فقوله "عقد" جنس في التعريف يشمل سائر العقود، وقوله "وضع لتملك المتعة بالأنثى" يخرج به العقد على المنافع كالإجارة، وعلى الذوات كالبيع والهبة.

 والمراد وضع الشارع لا وضع المتعاقدين، وقوله "قصدا" يحترز به عن عقد تملك به المتعة ضمنا، كما في البيع والهبة، لأن المقصود فيهما ملك الرقبة، ويدخل ملك المتعة فيهما ضمنا إذا لم يوجد ما يمنعه([[19]](#footnote-19)). كما عرفوه بأنه:"عقد يفيد ملك المتعة من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي"([[20]](#footnote-20))؛ أي حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي بالقصد المباشر([[21]](#footnote-21)).

**2- تعريف المالكية**

عرفه الدردير بأنه:"عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة"([[22]](#footnote-22)). فالعقد مصدر عقد؛ أي تمسك وتوثق، والمراد به هنا ارتباط أحد الكلامين بالآخر، أي ارتباط كلام الزوج بكلام ولي الزوجة على وجه يسمى باعتباره عقدا شرعيا يستعقب أحكامه.

وقوله: "عقد" جنس في التعريف يشمل النكاح وغيره من العقود. وقوله: "لحل تمتع" علة باعثة على العقد، وهو فصل مخرج لكل عقد ليس لذلك، وخرج بقوله: "غير محرم ومجوسية وأمة كتابية"، المحرم بنسب أو رضاع أومصاهرة والمجوسيات والإيماء الكتابيات، فلا يصح العقد على واحدة منهن. وقوله:"بصيغة" متعلق بعقد وهو من تمام التعريف، لأن الصيغ أحد أركان النكاح([[23]](#footnote-23)).

**3- تعريف الشافعية**

عرفوه بأنه:"عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج"([[24]](#footnote-24)). فقولهم:"عقد" جنس في التعريف، وقولهم: يتضمن"إباحة وطء" خرج به ما لا يتضمن إباحة الوطء، كالإجارة وغيرها، وقولهم:"بلفظ الإنكاح أوالتزويج" خرج به ما لم يكن بهذا اللفظ كالهبة والتمليك([[25]](#footnote-25)).

**4- تعريف الحنابلة**

النكاح عندهم هو: "عقد التزويج، فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه، ما لم يصرفه عنه دليل"([[26]](#footnote-26)).

وعلى هذا يمكن القول بأن هذه التعريفات متقاربة في المعنى، وهي تؤدي في جملتها إلى أن موضوع عقد الزواج هو امتلاك المتعة على الوجه المشروع، وإلى أن الغرض منه في العرف والشرع هو جعل هذه المتعة حلالا، ولاشك أن ذلك من أغراضه، ولكن ليست كلها، بل أن غرضه الأسمى هو التناسل وحفظ والنوع الإنساني.

والفقهاء أنفسهم لاحظوا هذا المعنى، فقال السرخسي:"ليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة، وإنما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة، ولكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة أيضا ليرغب فيه المطيع والعاصي، المطيع للمعاني الدينية، والعاصي لقضاء الشهوة، بمنزلة الإمارة، ففيها قضاء شهوة الجاه والنفوس ترغب فيها لهذا المعنى، ولكن ليس المقصود بها في الشرع قضاء شهوة الجاه، بل المقصود بها إظهار الحق والعدل"([[27]](#footnote-27)).

كما أن هذه التعريفات تفيد بظاهرها أن الاستمتاع بالزواج قاصر على الرجل، مع أنه ثابت للمرأة أيضا، ولعلهم فعلوا ذلك نظرا لأن الرجل هو الذي يسعى إلى الزواج ويطلبه، والاستمتاع من جانبه أقوى من جهة اختصاصه بزوجته لا يشاركه فيها أحد، وأما من جانبها فهي تتمتع به بدون اختصاص، حيث يحل له التمتع بغيرها في الحد الذي قرره الشارع([[28]](#footnote-28)).

ولعلّ التعريف المختار لذلك هو :"عقد زوج يصح طلاقه، أو القائم مقامه بإيجاب وقبول بلفظ النكاح أو نحوه على امرأة خلية عن نكاح وعدة ومحرمية، لأجل التحصن وتحصيل النسل والذرية، بولي مرشد وشاهدي عدل"([[29]](#footnote-29)).

وقد عرفه من المعاصرين أبو زهرة بأنه:"عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما، ويحدد ما لكليهما من حقوق، وما عليه من واجبات"([[30]](#footnote-30)). وقريبا من هذا ما ذكره الشيخ عبد الرحمن الصابوني([[31]](#footnote-31)).

وعرفه مصطفى شلبي بأنه:"عقد وضعه الشارع ليفيد بطريق الأصالة اختصاص الرجل بالتمتع بامرأة لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها، وحل استمتاع المرأة به"([[32]](#footnote-32)).

فهذا التعريف يفيد أن الزواج يحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر، متى تم العقد، وأن الزوج يختص بالتمتع بزوجته، فلا يحل لأحد أن يتمتع بها، ما دام العقد قائما ولو حكما، أما الزوجة فيحل لها التمتع بزوجها دون أن تختص بذلك التمتع.

**الفرع الثالث: حقيقة النكاح**

إن الفقهاء مع اتفاقهم على أن لفظ الزواج حقيقة في العقد، اختلفوا في لفظ النكاح هل هو حقيقة في العقد كذلك أم لا؟. فالناظر في كتب الفقه الإسلامي -على اختلاف مذاهبه- يجد أن الفقهاء اختلفوا في هذه القضية اختلافا متباينا. فمنهم من قال: أن النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء، ومنهم من قال: أنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد، ومنهم من قال: أنه حقيقة في كل منهما على سبيل الاشتراك اللفظي، ومنهم من قال: أنه حقيقة في كل منهما على سبيل الاجتماع لا على سبيل الانفراد([[33]](#footnote-33)).

فذهب الحنفية([[34]](#footnote-34)) إلى أنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد اعتبارا للأصل اللغوي([[35]](#footnote-35)).

 وذهب المالكية([[36]](#footnote-36)) والشافعية([[37]](#footnote-37)) إلى أن النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء لصحة نفيه عنه، ولاستحالة أن يكون حقيقة فيه، فيقال هذا الوطء ليس نكاحا، ولو كان النكاح حقيقة في الوطء لما صح نفيه عنه، ولكثرة استعمال لفظ النكاح بإزاء العقد، حتى أنه قيل لم يرد في القرآن إلا في العقد، ولا يرد عليه قوله تعالى:فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ([[38]](#footnote-38))، لأن شرط الوطء في التحليل إنما ثبت في السنة، فيكون معنى قوله تعالى:حتى تنكح، حتى تتزوج ويعقد عليها، وقد بينت السنة أنه لا بد مع العقد من تذوق العسيلة([[39]](#footnote-39)).

 وذهب بعض الحنابلة إلى أنه حقيقة في كليهما، حيث قالوا:"الأشبه بأصلنا أنه حقيقة في العقد والوطء جميعا، لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج لدخوله في قوله تعالى:وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آَبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ([[40]](#footnote-40))، وقيل بل هو حقيقة في الوطء مجاز في العقد"([[41]](#footnote-41)). وقيل هو مشترك بين العقد والوطء اشتراكا لفظيا([[42]](#footnote-42))، ويتعين المقصود بالقرائن، ودليلهم على هذا أنه شاع الاستعمال في العقد تارة، وفي الوطء تارة أخرى دون قرينة([[43]](#footnote-43)). وأما لفظ النكاح اصطلاحا:"فهو عقد بين الزوجين يحل به الوطء"([[44]](#footnote-44)).

وتظهر ثمرة الخلاف بين الحنفية والجمهور، فيمن زنى بامرأة فإنها تحرم على والده وولده، وتحرم عليه أمها وبنتها عند الحنفية([[45]](#footnote-45))، وكذا تحرم عند الحنابلة([[46]](#footnote-46))، واستدلوا بقوله تعالى:وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آَبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ([[47]](#footnote-47))، والنكاح حقيقة في الوطء، فاقتضى عموم الوطء تحريم التي وطئها الأب، ولا تحرم موطوءة الأب من الزنا عند الجمهور([[48]](#footnote-48))، وفيما لو علق الطلاق على النكاح فإنه يحمل على العقد عند الجمهور لا الوطء إلا إن نواه([[49]](#footnote-49))، كمن علق طلاق زوجته على نكاح أخرى، فإنها تطلق بمجرد العقد على الثانية عند الشافعية إلا إذا نوى بلفظ النكاح الوطء، ولا تطلق عند الحنفية إلا بالوطء.

**الفرع الرابع: تعريف الزواج في قانون الأسرة الجزائري**

عرّف قانون الأسرة الجزائري الزواج في مادته الرابعة بأنه:"عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"([[50]](#footnote-50)).

يلاحظ على هذا التعريف القانوني أمور:

1- اعتبر المشرع الجزائري الزواج عقد رضائي؛ بمعنى أنه لا يجوز الإكراه فيه، وهذا أمر مسلّم به، أما اعتباره ركنا يقوم عليه الزواج؛ بمعنى أن الرضا هو الأصل الذي تدور حوله أركان العقد، فالرضا ليس ركنا لأنه لا يعرف إلا عن طريق الصيغة التي هي الركن، ولأن الرضا أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه فتنوب الصيغة عنه في إبرازه وإظهاره، لأنها هي التعبير عنه في شكل الإيجاب والقبول. فيكون بذلك الرضا شرط في انعقاد الزواج لأن كل ما يطلب توفره في الأركان عند انعقاد العقد يدخل ضمن شروط الانعقاد([[51]](#footnote-51)).

2-أنه صرح بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة، كما نص على ضرورة احترام الشروط الشرعية، بينما جاء تعريف بعض الفقهاء مبهما بإطلاق لفظ "المتعة", والاستمتاع المقصود في عقد الزواج، وإن كان هو استمتاع الرجل بالمرأة بداهة، إلا أن خلوّ التعريف من ذكر ذلك يجعله غير مانع، ومن شروط التعريف أن يكون جامعا مانعا.

3- أنه لم يتعرض لمحلّ عقد الزواج وآثاره القانونية- وهذا ما ذهبت إليه أغلب تشريعات البلاد العربية-([[52]](#footnote-52))، وموضوع العقد هو الاستمتاع، وآثاره الإباحة، أما ما جاء في القانون فهو غاية للعقد، فيكون بذلك قد أهمل موضوع العقد، واكتفى بذكر غايته وهي تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة، والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.

وعلى هذ فإن تعريف الفقهاء للزواج تعريف علمي، فإن كل عقد لا بد له من محلّ يرد عليه، وأثره الذي يترتب عليه. فموضوع عقد الزواج هو الاستمتاع والمعاشرة، وأثره هو حل الاستمتاع على الوجه المشروع، وإغفال القانون ذلك في تعريفه قصور. ولعل عذر القانون في هذا الإغفال هو الخشية من أن يظن أن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الاستمتاع واللذة، فعدل عن ذلك إلى ذكر الغاية منه.

**الفرع الخامس: مميزات عقد الزواج وطبيعته**

يمتاز عقد الزواج في الفقه الإسلامي بجملة خصائص تميزه عن باقي العقود، مما يجعل له طبيعة خاصة وبيان ذلك فيما يأتي:

**أ- مميزات عقد الزواج**

**أولا:** أن الأصل فيه أن يكون أبديا فهو غير قابل للتوقيت، فأي توقيت فيه يفسده؛ لأن الله تعالى شرع هذا العقد ليكون عقدا أبديا بين رجل وامرأة تحل له، فإذا اشترط أحد الزوجين التوقيت فيه كان عقدا غير صحيح([[53]](#footnote-53)).

**ثانيا**: أنه عقد مدني يحمل طابعا دينيا([[54]](#footnote-54))، وهذا ما استقر عليه الفقه الإسلامي على أن رباط الزواج ليس إلا عقدا من العقود المدنية، وإن كان مع ذلك يحمل طابعا دينيا. إلا أنه لا يخضع لطقوس دينية ولا تقاليد خاصة، بل يتم بأي شكل كان سواء بالمسجد أو بالبيت، وسواء أمام جموع أو أفراد من الناس، ولا يشترط فيه كلام معين، أو عبارات خاصة، فكل كلام يعبر عن إرادة الزوجين في الزواج تعبيرا صادقا صح به عقد الزواج([[55]](#footnote-55)).

أما أنه عقد مدني فلأنه يُشترط فيه ما يُشترط في كل عقد من الرضا الذي يدل عليه الإيجاب والقبول، وهو بذلك لا يزيد عن كونه عقداً من العقود المدنية الأخرى([[56]](#footnote-56)).

وأما أنه مطبوع بطابع ديني فلأنه لا ينزل إلى المستوى العادي لسائر العقود المدنية، فالواقع أن عقد الزواج في الإسلام يحظى بشيء كبير من التقدير الديني، فالقرآن الكريم وهو المصدر الرئيسي في مصادر التشريع الإسلامي يتحدث عن عقد الزواج بتسميته ميثاقا غليظا، ومصداق ذلك قوله تعالى:وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا([[57]](#footnote-57)).

كما أن النبي قد جعله من سنته، وهذا يعني أنه مطلوب في نظر الشريعة، ولذلك شرع له احتفالا خاصا لا يوجد في العقود الأخرى، ويبدأ عقده بالتمهيد له بالاختيار المنظم في الغاية والهدف، وبالخطبة. ذلك هو كل ما في الزواج من الطابع الديني، أمّا ما عداه من التنظيمات باتباع إجراءات معينة فهي ليست إلا من قبيل التنظيم الإداري الذي تشرعه الدولة لضمان حقوق الناس.

 ومما سلف يمكن القول بأن عقد الزواج في الإسلام جاء موقفا وسطا بين اتجاهين متعارضين:([[58]](#footnote-58))

**الاتجاه الأول**: أن عقد الزواج عقد ديني بحيث لا ينعقد إلا تحت إشراف رجال الدين وبواسطتهم، فإذا عقد خارجا عن ذلك لم يكن معترفا به في الدين ولا تترتب عليه آثاره، وهذا ما قررته بعض الشرائع الدينية.

**الاتجاه الثاني**: أن عقد الزواج عقد مدني بحت لا علاقة له بالدين ولا صلة له به، وهذا ما ذهبت إليه بعض القوانين الأوروبية وعلى رأسها فرنسا، وإن كانت هذه الدول تتفاوت فيما بينها حول إلزامية العقد المدني.

والإسلام في موقفه الوسط هذا ينسجم مع مبادئه العامة، فالإسلام لم يعرف ولا يعترف بطبقة رجال الدين([[59]](#footnote-59))، إذ أن المسلمين جميعا يتساوون فيما بينهم في الحقوق والواجبات والمكانة الاجتماعية.

والخلاصة أن مدنية الزواج أمر مستقر في الشريعة التي لم تحطه بإطار الطقوس الرسمية، والتي لم تطلب تدخل سلطة دينية أيا كانت صفتها بأمره، فالزواج في الإسلام عقد مدني محاط بإطار ديني. وبذلك تكون الشريعة الإسلامية أول مؤسس للزواج المدني الذي أخذت به جميع الدول ذات الشرائع الوضعية الحديثة([[60]](#footnote-60)).

**ثالثا:** أنه عقد يقوم على الرضائية فلا يجوز الإكراه فيه، وأنه يتم دون إجراءات شكلية معينة([[61]](#footnote-61))، فيكفي لانعقاده مجرد الإيجاب والقبول دون أن يشترط لتمامه شكلا معينا، والأصل في القانون أن العقود رضائية ما لم ينص القانون على اعتبارها شكلية، ويعتبر العقد رضائيا ولو اشترط القانون لإثباته طريقة معينة، إذ شروط إثبات العقد غير شروط انعقاده، فالعقد الذي يشترط القانون طريقة معينة لإثباته يعتبر موجودا ولكن لا يتم إثباته إلا عن طريق عينها القانون، بينما العقد يعتبر غير موجود إذا اشترط لانعقاده إجراء شكليا معينا([[62]](#footnote-62)).

 وللتفصيل أكثر لا بد من بيان طبيعة عقد الزواج.

**ب- طبيعة عقد الزواج بين الرضائية والشكلية**

الباحثون في نظرية العقد عرفوا العقد الرضائي بأنه: ما يكفي في انعقاده اقتران الإيجاب بالقبول، ويكون رضا الطرفين وحده موجدا ومكونا للعقد كالإجارة والوكالة وأكثر العقود([[63]](#footnote-63)).

أما العقد الشكليفهو: ما لا يتم بمجرد تلاقي القبول بالإيجاب، بل يجب لانعقاده اتباع شكل مخصوص نص عليه القانون([[64]](#footnote-64)). من ذلك عقد الزواج الذي يشترط الجمهور لصحته حضور شاهدين وولي بخلاف الأحناف الذين يشترطون الشاهدين دون الولي إذا كانت الزوجة بالغة رشيدة وزوجت نفسها بكفء وبمهر المثل([[65]](#footnote-65)).

 وهذه الشكلية في عقد الزواج دليل فيما يقول أبو زهرة:"على عظيم رعاية الشارع للعلاقة الزوجية، فإن العشرة الزوجية بين الرجل والمرأة لا تكون بإباحة الشارع وبكلمة الله ورحمته، فلا تناط تلك الإباحة بإرادة العاقدين المجردة ولا برضاهما المنفرد، بل لا بد من أمور يشترطها الشارع ليبيح تلك العلاقة التي كان الأصل فيها التحريم صونا للأعراض وحفظا للحرمات ومنعا للسفاح، فوضع الشارع حدودا ورسوما تكون حدا حاجزا بين الحلال والحرام وفيصلا للتفرقة بين النكاح والسفاح وكان ذلك بالشهرة والإعلان، فكان لا بد أن تكون هذه الشكليات مقترنة بإرادة العاقدين"([[66]](#footnote-66)).

وعلى هذا يرى أبو زهرة أن عقد الزواج عقد شكلي لا رضائي، لأن الشارع ينفي اعتباره ولا يرتب أحكامه بحمايته بمجرد تراضي الطرفين عليه، بل لا بد من الإشهاد على مذهب الجمهور، وبالإعلان والإشهاد على المشهور عند مالك([[67]](#footnote-67))، وإن كان الرضا أساسي فيه عند الجمهور، ولا جدوى في أن يقال أن الشهادة في النكاح شرط صحة لا شرط انعقاد لأنه لا فرق بين باطل النكاح وفاسده من جهة، ولأنه على أي اعتبار لا يعترف الشارع الإسلامي بوجود العقد، ويرتب الأحكام عليه مجردا إذا لم ينشأ بشهادة الشهود([[68]](#footnote-68)).

والحقيقة أن الناظر في عقد الزواج يجد تكوينه وانعقاده يتم بتحقق ركن وشرائط انعقاده، وهذه الشرائط مرجعها إلى التحقق من تراضي الطرفين وتوافق إرادتهما على شيء واحد، وإذا كان انعقاد الزواج يكفي فيه تراضي الطرفين ولا يتوقف على شيء آخر غير رضاهما، فهو من هذه الوجهة عقد رضائي، لكن إذا كان مجرد الانعقاد لا يرتب عليه كل آثاره الشرعية من صحته بعد انعقاده، وأن من شرائط صحته شرط زائد عن رضا الطرفين، وهو إعلانه بحضور الشهود ينتج عنه أنه عقد شكلي، لأنه لا تترتب عليه كل آثاره الشرعية إلا بتوفر شيء خارج عن رضا الطرفين، فهو من هذه الناحية عقد شكلي([[69]](#footnote-69)).

**المطلب الثاني: مشروعيته وحكمه والحكمة منه**

**الفرع الأول: مشروعية النكاح**

ثبتت مشروعية النكاح بالكتاب والسنة والإجماع.

**أولا: الكتاب**

 قوله تعالى:وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ([[70]](#footnote-70)). ففي هذه الآية خطاب للأولياء بأن يزوجوا من لا زوج له من الرجال والنساء، لأن الأيامى جمع أيم، وهو من لا زوج له من النساء والرجال، وإن كان أكثر استعماله في النساء([[71]](#footnote-71)). فالإسلام يلفت النظر إلى أن الله جعل الزواج سبيلا إلى الغنى، وأنه سيحمل عنه هذه الأعباء، ويمده بالقوة التي تجعله قادرا على التغلب على أسباب الفقر([[72]](#footnote-72)).

وقوله تعالى:فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً([[73]](#footnote-73)). وقوله أيضا:وَمِنْ آَيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآَيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ([[74]](#footnote-74)). فالله تعالى خلق سائر الأزواج من أمثالهم من الرجال والنساء ليستأنسوا إليها؛ لأنه جعل بين الزوجين من الأنس ما لم يجعل من غيرهما([[75]](#footnote-75)).

**ثانيا: السنة النبوية**

 فقد وردت أحاديث كثيرة تحض على الزواج وترغب فيه، من ذلك قوله :"يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج"([[76]](#footnote-76)).

 وقوله :"تزوجوا الولود الودود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة"([[77]](#footnote-77))، وقوله أيضا:"من أحب فطرتي فليستنّ بسنتي ومن سنتي النكاح"([[78]](#footnote-78)). كما وردت أحاديث أخرى تحذر من ترك الزواج منها قوله :"النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني"([[79]](#footnote-79)).

هذا ومن يتتبع نصوص التشريع في القرآن والسنة يجد هذا العقد قد ظفر بعدد كبير منها، حيث سماه القرآن بالميثاق الغليظ، وجعله النبي سنة من سننه.

**وأما الإجماع:** فقد أجمع المسلمون على أن النكاح مشروع([[80]](#footnote-80)).

**الفرع الثاني: التكييف الشرعي للزواج**

يقصد بالتكييف الشرعي للزواج حكمه من الناحية الشرعية، أو ما يسمى في اصطلاح الأصوليين بالحكم التكليفي؛ أي ما يثبت له شرعا من جهة لكونه مطلوبا فعله، أو مطلوبا تركه.

والزواج لا يأخذ حكما واحدا في جميع الحالات، بل يختلف حكمه باختلاف أحوال الناس، لأن منهم القادر على تكاليفه والعاجز عنها، وفيهم من يحسن العشرة الزوجية، ومن لا يحسنها، ومنهم من يخشى على نفسه الوقوع في الفاحشة. وتبعا لهذا الاختلاف يختلف حكمه فتتعدد أحكامه باختلاف أحوال الناس.

وعلى هذا فإن حكم الزواج تعتريه الأحكام الخمسة من وجوب وندب وإباحة وكراهة وحرمة.

غير أن العلماء قد اختلفوا في حكمه حال كون المكلف معتدلا قادرا على تكاليف الزواج، واثقا من نفسه أنه يؤدي حقوق الزوجة دون جور أو ظلم، ولا يخشى على نفسه الوقوع في الفاحشة إذا لم يتزوج، وهذه الحالة هي الأصل في الزواج، وسبب اختلافهم هو تباين وجهات نظرهم في دلالات النصوص الواردة في حكمه، والغرض المقصود منه, وبيان ذلك كالآتي:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية([[81]](#footnote-81)) والمالكية([[82]](#footnote-82)) وبعض الشافعية([[83]](#footnote-83)) ووافقهم الحنابلة في المشهور عندهم([[84]](#footnote-84))، إلى أنه سنة مندوب إليه؛ لأن القرآن أمر به، وحضّ عليه الرسول في أكثر من حديث. فالأوامر الواردة فيه مصروفة عن الوجوب بقرائن؛ فقوله تعالى: فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ([[85]](#footnote-85))، باعتبار أنها مسوقة لبيان العدد المباح من النساء لا لإيجابه، وإذا كان الأمر فيها للإيجاب للزم أن يكون تزوج العدد واجبا ولم يقل به أحد، وفي قوله تعالى: وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ([[86]](#footnote-86))، ليس الأمر للوجوب بل هو مصروف عنه بقوله :"النكاح سنتي"([[87]](#footnote-87))، ولأنها واردة لبيان أن الفقر لا يصلح مانعا من التزويج.

كما أنّ النبي ذكر أركان الدين وبين الفرائض والواجبات، ولم يذكر النكاح من بينها، كما أنه لم ينكر عدم الزواج على بعض الصحابة-رضي الله عنهم-.

وذهب بعض الشافعية إلى أنه مباح؛ لأنه عقد يقصد به منفعة للعبد، وهي قضاء شهوته، فيكون مباحا كالأكل والشرب. واستحبوا تركه للعبادة، اهتماما بشأنها، فهي مفضلة عليه لقوله تعالى:وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ([[88]](#footnote-88))، فطلب العفة بترك النكاح لمن استحب له أو كان مكروها في حقه، مفضل عليه([[89]](#footnote-89)).

غير أنّ ما ذهبوا إليه من القول بالإباحة استنادا إلى أنه أمر دنيوي يقصد به قضاء الشهوة؛ لأن التخلي للعبادة أفضل، تردّه الأدلة القطعية من القرآن والسنة، ذلك لأن الزواج فيه إعفاف للنفس عن الفاحشة، والقيام بشؤون الأسرة وتربية الأولاد، مما يثاب عليه الشخص فيكون عبادة تشمل المتعبد بها وغيره، وتحقق قصد الشارع من تشريع النكاح([[90]](#footnote-90)).

وذهب الظاهرية إلى أنه فرض عين على كل قادر استنادا إلى ظواهر النصوص الآمرة به، والتي تفيد الوجوب مثل قوله تعالى: فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاء([[91]](#footnote-91))، وقوله :"يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج"([[92]](#footnote-92))، فهذه النصوص وردت في طلب الزواج والحث عليه بصيغة الأمر، ولأن الصحابة-رضي الله عنهم- التزموه ولم يتركوه، ومن تركه منهم كان لعجزه عن تكاليفه([[93]](#footnote-93)).

ومنهم من قال إنه فرض كفاية كالجهاد؛ لأن المقصود الأصلي من الزواج هو بقاء النوع الإنساني بالتناسل والتوالد، ويكفي في تحقق ذلك أن يفعله البعض، وهذا محكي عن بعض فقهاء الحنفية([[94]](#footnote-94)).

ومما سبق ذكره يترجح ما ذهب إليه الجمهور من أنه مستحب مندوب إليه شرعا في حالة الاعتدال([[95]](#footnote-95)).

هذا، وقد يعرض للزواج ما يجعله واجبا أو حراما أو مكروها أو مندوبا أو مباحا، وهذه الحالات كالآتي:([[96]](#footnote-96))

**الوجوب**: إذا خاف الشخص على نفسه الوقوع في الفاحشة إذا لم يتزوج، وكان قادرا عليه بالمال، واثقا من العدل مع أهله، فإذا لم يتزوج كان آثما مستحقا للعقاب؛ لأن صيانة نفسه من الوقوع في الحرام واجب، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وهذا قول عامة الفقهاء([[97]](#footnote-97)).

 فقد جاء في المغني:"من يخاف على نفسه الوقوع في محظور إن ترك النكاح، فهذا يجب عليه النكاح"([[98]](#footnote-98)). والظاهرية يوجبون الزواج على القادر عليه دون تعليقه على الخوف في الوقوع في الفاحشة([[99]](#footnote-99)).

**الحرمة:** إذا كان الشخص غير قادر على التكاليف أو كان قادرا عليها، ولكنه يقطع بأنه يظلم زوجته بالإيذاء أو لعدم قدرته على المعاشرة الزوجية أو عدم قدرته على النفقة([[100]](#footnote-100))، فيكون الزواج حراما لأنه طريق للوقوع في الحرام، وكل ما يتعين ذريعة للحرام يكون حراما، ولكن حرمته تكون لغيره([[101]](#footnote-101)).

**الكراهة:** إذا خاف الوقوع في الظلم إن تزوج إما لعجزه عن الإنفاق، أو إساءة العشرة الزوجية، فإذا خاف الوقوع في واحدة من ذلك كره له التزوج([[102]](#footnote-102)). قال ابن جزي المالكي:"النكاح المكروه هو لمن لم يخف الزنا، وخاف ألا يقوم بحقوقه"([[103]](#footnote-103))، و جاء في حاشية الصاوي:"إن خاف به-أي النكاح- قطعه عبادة غير واجبة كره له النكاح، سواء رجا النسل بهذا النكاح أم لا"([[104]](#footnote-104)). وقال الحنفية:"يكون النكاح مكروها كراهة تحريم إذا خاف من الجور على زوجته، فإن تيقنه حرم"([[105]](#footnote-105)).

**الندب:** لمن له شهوة يأمن معها الوقوع في المحظور، فهذا الاشتغال به أولى له من التخلي لنوافل العبادة، وأما من لا شهوة له ففيه وجهان، الأول: يستحب له النكاح لعموم ما ذكر، والثاني: التخلي له أفضل لأنه لم يحصل مصالح النكاح، وهذا على هو المشهور عند الحنابلة([[106]](#footnote-106)).

وعند المالكية بالنسبة لغير الراغب في النكاح، ولكن عنده مؤنة النكاح ولا يخاف إذا تزوج انقطاعه عن عبادة مندوبة ورجا بزواجه النسل، فالنكاح في حقه مندوب([[107]](#footnote-107)).

**الإباحة:** إذا كان الشخص غير راغب في الزواج، ولا يصرفه عن مندوب ولا يرجو به نسلا، وكان قادرا على مؤنة الزواج، ومن الواضح أن غير الراغب فيه هو من لا شهوة له في النكاح غالبا، إما لكبر أو مرض أو علة وهو مذهب المالكية([[108]](#footnote-108)).

أما عند الحنفية فيكون الزواج مباحا إذا لم يقصد به إقامة السنة، بل قصد به مجرد التوصل إلى قضاء الشهوة، ولم يخش شيئا من عدم الإيفاء بموجب الزواج، أو خاف من ذلك خوفا غير راجح([[109]](#footnote-109)).

وأما الشافعية فعلى رأيهم يكون مباحا عند من لم يحتج إلى النكاح لعدم توقانه للوطء، ووجد القدرة المالية على الزواج، فلا يكره له الزواج لقدرته عليه، ولأن مقاصد النكاح لا تنحصر في الرغبة في الوطء، ومعنى ذلك أن الزواج في حقه مباح([[110]](#footnote-110)).

وأما الحنابلة فيرون أن النكاح يكون مباحا في حق من لا شهوة له، والتخلي له أفضل لأنه لم يحصّل مصالح النكاح، ويمنع زوجته من التحصين بغيره، ويضر بها بحبسها على نفسه، ويعرض نفسه لواجبات وحقوق لعله لا يتمكن من القيام بها، ويشتغل عن العلم والعبادة بما لا فائدة فيه([[111]](#footnote-111)).

يتلخص مما سبق اتفاق الفقهاء على وجوب النكاح لمن خاف على نفسه الوقوع في الفاحشة، وكان قادرا على تكاليف الزواج، كما اتفقت كلمة الجمهور على ندبه فيما وراء ذلك على الجملة، أما على التفصيل: فيكره في حق غير القادر على الإنفاق، وهذا يكسر شهوته بالصوم، ويحرم على فاقد القدرة على النكاح والإنفاق ودرءا لمفسدة حبس زوجته على ذمته، الأمر الذي يترتب عليه إلحاق الضرر بها وحرمانها من النسل.

**الفرع الثالث: حكمة مشروعية الزواج**

كل حكم من أحكام الشريعة الإسلامية شرع لمصلحة، وهي ما يترتب عليه من تحقيق منفعة أو دفع مفسدة عن العباد، وللزواج حِكم كثيرة منها ما يعود على الزوجين، ومنها ما يعود على المجتمع.

 والمتتبع للنصوص الشرعية الواردة بشأنه يستطيع أن يستنبط منها بعضها، يقول الشاطبي في هذا الصدد:"النكاح مشروع للتناسل بالقصد الأول، ويليه طلب السكن والازدواج والتعاون على المصالح الدنيوية والأخروية من الاستمتاع بالحلال، والنظر إلى ما خلق الله من المحاسن في النساء، والتجمل بمال المرأة أو قيامها عليه وعلى أولاده منها أو من غيرها أو إخوته، والتحفظ من الوقوع في المحظور من شهوة الفرج ونظر العين والازدياد من الشكر بمزيد النعم من الله على العبد وما أشبه ذلك، فجميع هذا مقصود للشارع من شرع النكاح بالقصد الثاني، وهذه المقاصد إما منصوص عليها أو مشار إليها، ولو تأملنا هذه المقاصد الثانوية نجدها مثبتة ومقوية للمقصد الأصلي، وعلى هذا يمكن أن يجعل كل ما أشبه ذلك مقصود للشارع أيضا، كما روي عن فعل عمر بن الخطاب-رضي الله عنه- في نكاح أم كلثوم بنت علي-كرم الله وجهه- طلبا لشرف النسب، ومواصلة أرفع البيوتات"([[112]](#footnote-112)).

وتتجلى الحكمة من تشريع النكاح بما تظهر له من مصالح دينية ودنيوية تترتب عليه، وهي مقصودة للشارع منه، وأهم هذه المصالح:

 1- **حفظ النوع الإنساني:** ويتحقق ذلك بنظام الزواج الشرعي، الذي هو ضروري لبقاء الدنيا إلى الأجل الذي قدره الله لها، واستمرار بقاء الجنس البشري لا يتحقق أيضا خارج نظام الزواج وقيوده؛ لأن المطلوب وجود وبقاء الجنس البشري على النحو اللائق بالبشر، وليس على نحو استمرار وجود الحيوانات، قال ابن الهمام:"سبب مشروعية النكاح تعلق البقاء المقدر في العلم الأزلي على الوجه الأكمل، وإلا فيمكن إبقاء النوع البشري بالوطء على غير الوجه المشروع، لكنه مستلزم للتظالم وسفك الدماء وضياع الأنساب بخلافه على الوجه المشروع"([[113]](#footnote-113)).

 2- **تحقيق الأنس والراحة بين الزوجين**: إن تشريع الزواج في الإسلام يحقق الأنس والاستقرار للرجل بسكونه إلى زوجته، ويحقق المودة والرحمة بين الزوجين، لقوله تعالى:وَمِنْ آَيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآَيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ([[114]](#footnote-114))، وجاء في تفسير هذه الآية الكريمة: "أن الله تعالى خلق للرجال من جنسهم إناثا تكون لهم أزواجا ليسكنوا إليها، وجعل بين الزوجين مودة وهي المحبة، ورحمة وهي الرأفة من غير أن تكون بينهما سابق معرفة ولا لقاء، ولا رابطة تستدعي مثل هذه المحبة والرأفة التي يشعر بها الزوجان بعد عقد الزواج"([[115]](#footnote-115)).

 3- **تحصين النفس من الوقوع في مهالك الرذيلة**: حيث يختص الرجل بزوجته لا يزاحمه فيها غيره، ومن آثار هذا الاختصاص إيجاد النسل الثابت النسب منهما، وما يتبع ذلك من رعاية مادية ومعنوية لهذا النسل من قبل الزوجين، فينشأ هذا النسل سويا خاليا من مظاهر الانحراف، بخلاف ما تنشئه العلاقات غير الشرعية القائمة بين رجل وامرأة من نسل يرفضه المجتمع، ولا يعترف له بحق ولا يجد حنان الوالدين ولا رعايتهما.

 4- **تكثير أفراد الأمة الإسلامية:** فبكثرتهم تحصل القوة للأمة، ولهذا ندب الإسلام إلى نكاح المرأة الولود، فقد جاء في الحديث الشريف:"تزوجوا الولود الودود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة"([[116]](#footnote-116))، وفيه أيضا تحقيقا لمباهاته بأمته يوم القيامة.

 5**- تكوين أسرة صالحة:** فالأسرة هي الوحدة الأساسية لبناء المجتمع وهي الخلية التي تتربى فيها أنواع النوازع الاجتماعية في الإنسان عند أول استقباله للدنيا، وفيها يعرف ما له من حقوق وما عليه من واجبات، وفيها تتكون مشاعر الألفة والأخوة الإنسانية، وتبذر بذرة الإيثار، فتنمو أو تخبو بما يصادفها من أجواء في الحياة العامة، وفي الجملة فإن المجتمع القوي إنما يتكون من أسر قوية، لأنها وحدة البناء فيه([[117]](#footnote-117)).

وخلاصة تشريع الزواج في الإسلام هو إيجاد النسل لبقاء الجنس البشري عن طريق اتصال الرجل بالمرأة على الوجه الشرعي، فيحصل بذلك مقصود الزواج من إيجاد النسل، وتكوين الأسرة المتماسكة التي ينشأ فيها هذا النسل. يقول السرخسي في ذلك:"ثم يتعلق بهذا العقد -عقد الزواج- أنواع من المصالح الدينية والدنيوية من ذلك حفظ النساء والقيام عليهن، والإنفاق عليهن، ومن ذلك صيانة النفس عن الزنا، ومن ذلك تكثير عباد الله تعالى وأمة رسول الله وتحقيق مباهاة الرسول يوم القيامة([[118]](#footnote-118)).

1. **1- المعجم الوسيط: ص 614.** [↑](#footnote-ref-1)
2. **2- المائدة: الآية 1.** [↑](#footnote-ref-2)
3. **- هو محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين بن منظور الأنصاري الإفريقي، صاحب لسان العرب، ولد سنة 630هـ، وتوفي سنة 717ه. الزركلي: الأعلام، 7/108.** [↑](#footnote-ref-3)
4. **4- ابن منظور: لسان العرب، 3/296-297.** [↑](#footnote-ref-4)
5. **1- انظر، محي الدين علي القرداعي: مبدأ الرضا في العقود-دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي- دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 1985، 1/125-126.** [↑](#footnote-ref-5)
6. **2- ابن الهمام: شرح فتح القدير، 3/182.** [↑](#footnote-ref-6)
7. **3- قدري باشا: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، 1908، ص 49.** [↑](#footnote-ref-7)
8. **4- انظر، أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص199 وما بعدها.** [↑](#footnote-ref-8)
9. **5- الجصاص: أحكام القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان،1986، 2/294.** [↑](#footnote-ref-9)
10. **6- إبراهيم الدسوقي أبو الليل:العقد والإرادة المنفردة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت،ط1، 1995، ص 47.** [↑](#footnote-ref-10)
11. **- الصافات: الآية 22.** [↑](#footnote-ref-11)
12. **- ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، دار الندى للطباعة والنشر، بيروت، لبنان،ط1، 1988، 4/5.**  [↑](#footnote-ref-12)
13. **- التكوير: الآية 7.** [↑](#footnote-ref-13)
14. **- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 2006، 22/101-102.** [↑](#footnote-ref-14)
15. **- الطور: الآية 20.** [↑](#footnote-ref-15)
16. **- القرطبي: المصدر نفسه، 19/523.** [↑](#footnote-ref-16)
17. **- ابن منظور: المصدر السابق، 625-626.**  [↑](#footnote-ref-17)
18. **- بن الهمام: شرح فتح القدير، 3/177.** [↑](#footnote-ref-18)
19. **- انظر، أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج، دار الفكر العربي، (دط،دت)، ص 43.**  [↑](#footnote-ref-19)
20. **- ابن عابدين: رد المحتار، 3/3-4.** [↑](#footnote-ref-20)
21. **- البرديسي: الأحكام الإسلامية في الأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1965، ص 30. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/29.** [↑](#footnote-ref-21)
22. **- الدردير: الشرح الصغير، 1/374.** [↑](#footnote-ref-22)
23. **- ولا يقال أن هذا التعريف غير مانع لأنه يدخل فيه الملاعنة والمبتوتة والمعتدة من الغير والمحرمة بحج أو عمرة، لأنه قصد بما ذكره إخراج من قام به مانع أصلي، وأما الملاعنة وما عطف عليها، فمانعهن عرضي طارئ بعد الحل بخلاف المحرمة والمجوسية والأمة الكتابية. انظر، الرافعي: الشرح الكبير، 7/427.** [↑](#footnote-ref-23)
24. **- الشربيني: مغني المحتاج، 3/165.** [↑](#footnote-ref-24)
25. **- الرافعي: الشرح الكبير، 7/427.**  [↑](#footnote-ref-25)
26. **- ابن قدامة: المغني، 9/339.**  [↑](#footnote-ref-26)
27. **- السرخسي: المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1993، 4/194.** [↑](#footnote-ref-27)
28. **- انظر، مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 46. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته،7/29-30.** [↑](#footnote-ref-28)
29. **- أبو الحسين العمراني: البيان في مذهب الإمام الشافعي، 9/105.** [↑](#footnote-ref-29)
30. **- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 17.** [↑](#footnote-ref-30)
31. **- عبد الرحمن الصابوني: الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة حلب، سورية، 1965، ص 69.** [↑](#footnote-ref-31)
32. **- انظر، مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 46.**  [↑](#footnote-ref-32)
33. **- يرجع اختلاف الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في دلالة المشترك اللفظي على الأحكام وأثره. انظر، مصطفى سعيد الخن: أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان،ط7، 1998، ص 80-81.** [↑](#footnote-ref-33)
34. **- السرخسي: المبسوط، 4/192. لكن الأصح عندهم أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء، وقيل حقيقة فيهما.انظر، الدردير: الشرح الصغير، 1/375.** [↑](#footnote-ref-34)
35. **- نقل الشربيني عن الزمخشري - وهو من علماء الحنفية - قوله:"لم يرد النكاح في القرآن إلا بمعنى العقد، لأن كونه بمعنى الوطء من باب التصريح، ومن أراد به الكناية عنه أتى بلفظ الملامسة أو المماسة". مغني المحتاج،3/ 165.** [↑](#footnote-ref-35)
36. **- لكن الأصح عندهم أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء، وقيل حقيقة فيهما. انظر، الدردير: الشرح الصغير، 1/375.** [↑](#footnote-ref-36)
37. **- الشربيني: مغني المحتاج،3/ 165.** [↑](#footnote-ref-37)
38. **- البقرة: الآية 230.**  [↑](#footnote-ref-38)
39. **- أبو حامد الغزالي: الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق علي معوض و عادل عبد الموجود، دار الأرقم، بيروت،لبنان، ط1، 1997، 2/4.**  [↑](#footnote-ref-39)
40. **- النساء: الآية 22.**  [↑](#footnote-ref-40)
41. **- ابن قدامة: المغني، 9/339.**  [↑](#footnote-ref-41)
42. **- والقول أن النكاح حقيقة في أحدهما مجاز في الآخر أولى من الذهاب إلى الاشتراك اللفظي، وذلك لما هو مقرر في كتب الأصول من أنه إذا دار اللفظ بين الاشتراك والمجاز، فالمجاز أولى لأنه أبلغ وأغلب. انظر، محمد زكريا البرديسي: أصول الفقه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، (دط،دت)، ص 396.** [↑](#footnote-ref-42)
43. **- ابن قدامة: المغني، 9/339-340. العيني: البناية في شرح الهداية ، 4/471. الشربيني: مغني المحتاج، 3/165.** [↑](#footnote-ref-43)
44. **- الشوكاني: نيل الأوطار، 12/20.** [↑](#footnote-ref-44)
45. **- انظر، العيني: المصدر نفسه ، 4/530.** [↑](#footnote-ref-45)
46. **- انظر، ابن قدامة: المصدر نفسه، 9/526.** [↑](#footnote-ref-46)
47. **- النساء: الآية 22.**  [↑](#footnote-ref-47)
48. **- الماوردي: الحاوي الكبير، 9/214-215.**  [↑](#footnote-ref-48)
49. **- الشربيني: المصدر نفسه، 3/166. أبو حامد الغزالي: الوسيط في المذهب- تحقيق وتعليق- محمد محمد تامر، دار السلام، مصر، ط1، 1997، 5/3.** [↑](#footnote-ref-49)
50. **- عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/2/2005. وحررت في ظل القانون 84-11 المؤرخ في 9/6/1984 كما يلي:"الزواج عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".** [↑](#footnote-ref-50)
51. **- انظر، محمد محدة: دراسات قانونية لقانون الأحوال الشخصية، بحث غير منشور. محمد أحمد سراج: نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص41.**  [↑](#footnote-ref-51)
52. **- حيث عرفته المادة الأولى من القانون السوري بأنه:"عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا، غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل".قانون الأحوال الشخصية في الجمهورية العربية السورية المرسوم التشريعي رقم 59 تاريخ 7/9/1953. انظر، مصطفى السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية ،1/29.** [↑](#footnote-ref-52)
53. **- انظر، عبد الرحمن الصابوني: الأحوال الشخصية، ص 70.** [↑](#footnote-ref-53)
54. **- لا يقصد بذلك أنه سرّ مقدس لا يتم إلا أمام رجل الدين، فالزواج في الإسلام عمل مدني بحت، لا يحتاج إلى تدخل رجل الدين ومباركته، وإنما المقصود بذلك اعتبار الدين الإلهي في الزواج الإسلامي، وتترتب على ذلك نتائج منها: أنه لا يجوز للمسلم الزواج من غير ذات الدين، ولا يُعترف بزواج المرتد، كما أن الدين الإسلامي يعتبر الزواج حقا طبيعيا لصيقا بالشخص، فكل قيد على إمكانية الزواج يضر بالفرد والمجتمع على السواء، ويعتبر غير مشروع في النظام الإلهي للزواج، وهذا لا يمنع ولي الأمر من تنظيم هذه الحرية، مثل منع المسلم من زواج الكتابية في بعض المجتمعات الإسلامية، أو منع بعض السياسيين من التزوج بالأجنبيات فهذا تنظيم لا منع. فكل منع للزواج يعني مخالفة النظام الإلهي من ناحية، ودعوة إلى العلاقات غير المشروعة من ناحية أخرى وكلاهما محرم في حكم الإسلام. انظر، محمد كمال الدين إمام: أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 92-93.** [↑](#footnote-ref-54)
55. **- انظر، عبد الرحمن الصابوني: الأحوال الشخصية، ص 70.** [↑](#footnote-ref-55)
56. **- صحيح أن الإسلام يشترط في هذا العقد الإشهاد، لكن ذلك ليس إلا حفاظا وضمانا للنتائج المترتبة عليه، وهذه النتائج ذات أهمية كبيرة في المجتمع الإسلامي، فمعاشرة الرجل للمرأة معاشرة مستديمة قد يختلط الأمر فيها بين أن يكون زواجا، وبين أن يكون سفاحا لذلك اشترط الإسلام الإشهاد على الحياة الزوجية، ومعيشة الزوجين معا. وهذه الزوجية ذات آثار خاصة وهي متعلقة بالحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، وهي عرضة للجحود من أحد الزوجين، كما أن ثبوت النسب وما يتفرع عنه من الإرث يحتاج إلى أن يكون عقد الزوجين الذي جاء بسبب عقد موثق معترف به وطريق ذلك الإشهاد. انظر، السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 1/31.** [↑](#footnote-ref-56)
57. **- النساء: الآية 21.** [↑](#footnote-ref-57)
58. **- انظر، عبد الفتاح محمد ظافر كباره: الزواج المدني وموقف الإسلام منه، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة،جامعة الأزهر، مصر، 1980، ص 140-141.** [↑](#footnote-ref-58)
59. **- وقد درج الناس-بالخطأ- على إطلاق اسم رجال الدين على علماء الشريعة، إلا أنهم لا يفترقون عن غيرهم من رجال التخصص في المجالات العلمية الأخرى، فهم يختصون بعلم الشريعة وتعليمها للناس من غير أن يستتبع هذا امتيازهم في حق أو مكانة.** [↑](#footnote-ref-59)
60. **- مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، 1/52.** [↑](#footnote-ref-60)
61. **- حتى وإن اشترطت الشهادة فيه فهي للتوثيق والعلانية، وليست الشكلية فيه ركن انعقاد، فعقد الزواج الأصل فيه رضا الزوجين رضاء تاما يصدر عن إرادتهما بتكوين هذا العقد. انظر، عبد الرحمن الصابوني:الأحوال الشخصية، 70. أما إجراءات توثيقه فتدخل في إطار التنظيم الإداري.** [↑](#footnote-ref-61)
62. **- انظر، فريد فتيان: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد،العراق، 1985، ص 19.** [↑](#footnote-ref-62)
63. **- انظر، إبراهيم الدسوقي أبو الليل: العقد والإرادة المنفردة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت،ط1، 1995، ص 59.**  [↑](#footnote-ref-63)
64. **- إبراهيم الدسوقي أبو الليل:المرجع نفسه، ص 59. فريد فتيان: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ص 19.**  [↑](#footnote-ref-64)
65. **- على تفصيل في ذلك سيأتي في موضعه.**  [↑](#footnote-ref-65)
66. **- يقصد بذلك الإشهار والإعلان مع الإشهاد. انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 52 وما بعدها.** [↑](#footnote-ref-66)
67. **- انظر، إبراهيم الدسوقي أبو الليل:المرجع نفسه، ص 59.**  [↑](#footnote-ref-67)
68. **- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 57.** [↑](#footnote-ref-68)
69. **- انظر، عبد الوهاب خلاف: أحكام الأحوال الشخصية، دار القلم، الكويت، ط2، 1990، ص 27.** [↑](#footnote-ref-69)
70. **- النور: الآية 32.**  [↑](#footnote-ref-70)
71. **- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 15/229.** [↑](#footnote-ref-71)
72. **- السيد سابق: فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، (دط،دت)، 2/7.**  [↑](#footnote-ref-72)
73. **- النساء: الآية 3.**  [↑](#footnote-ref-73)
74. **- الروم: الآية 21.**  [↑](#footnote-ref-74)
75. **- الماوردي: الحاوي الكبير، 9/3.**  [↑](#footnote-ref-75)
76. **- سبق تخريجه، ص 7.**  [↑](#footnote-ref-76)
77. **- أخرجه النسائي: كتاب النكاح، باب النهي عن تزويج المرأة التي لا تلد، حديث رقم 5323. السنن الكبرى، 5/160-161. البيهقي:كتاب النكاح، باب استحباب تزوج بالودود الولود، حديث رقم 13475. السنن الكبرى، 7/131.** [↑](#footnote-ref-77)
78. **- أخرجه البيهقي: كتاب النكاح، باب الرغبة في النكاح، حديث رقم 13451. السنن الكبرى، 7/124.** [↑](#footnote-ref-78)
79. **- أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح، حديث 5063. الجامع الصحيح، 3/354.**  [↑](#footnote-ref-79)
80. **- ابن قدامة: نفس المصدر السابق، 9/340.** [↑](#footnote-ref-80)
81. **- انظر، العيني: نفس المصدر السابق، 4/475.** [↑](#footnote-ref-81)
82. **- ابن جزي:قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، تحقيق عبد الرحمن حسن محمود، عالم الفكر، القاهرة، ط1، 1985، ص 193.** [↑](#footnote-ref-82)
83. **- أبو الحسين العمراني: البيان في مذهب الإمام الشافعي، 9/109.** [↑](#footnote-ref-83)
84. **- ابن قدامة: المغني، 9/341.**  [↑](#footnote-ref-84)
85. **- النساء: الآية 3.** [↑](#footnote-ref-85)
86. **- النور:الآية 32.** [↑](#footnote-ref-86)
87. **- سبق تخريجه، ص 259.** [↑](#footnote-ref-87)
88. **- النور: الآية 33.** [↑](#footnote-ref-88)
89. **- الشربيني: مغني المحتاج، 3/ 169.** [↑](#footnote-ref-89)
90. **- انظر، مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 63.** [↑](#footnote-ref-90)
91. **- النساء: الآية 3.** [↑](#footnote-ref-91)
92. **- سبق تخريجه، ص 7.** [↑](#footnote-ref-92)
93. **- ابن حزم: المحلى، 9/440-441. وانظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 24.** [↑](#footnote-ref-93)
94. **- انظر، العيني: البناية في شرح الهداية، 4/477.**  [↑](#footnote-ref-94)
95. **- انظر، مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 63.** [↑](#footnote-ref-95)
96. **- جاء في فقه الحنفية أن النكاح في حالة الاعتدال سنة مؤكدة مرغوبة، وحالة التوقان واجب، وحالة الخوف من الجور مكروه. عبد الله بن محمود الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (دط،دت)، 3/83.** [↑](#footnote-ref-96)
97. **- عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1993، 6/14-15.** [↑](#footnote-ref-97)
98. **- ابن قدامة: المغني، 9/341.** [↑](#footnote-ref-98)
99. **- ابن حزم: المحلى، 9/440.** [↑](#footnote-ref-99)
100. **- لكن إذا علمت المرأة بعدم قدرته على تحمل أعباء الزواج ورضيت جاز .انظر، النووي: المجموع شرح المهذب، 17/206. وعبد الكريم زيدان: المفصل، 6/18-19.** [↑](#footnote-ref-100)
101. **- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 23، ومصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 64.** [↑](#footnote-ref-101)
102. **- قد تكون الكراهة تحريمية أو تنزيهية حسب ما يخشاه من أنواع الظلم.** [↑](#footnote-ref-102)
103. **- ابن جزي: قوانين الأحكام الشرعية، ص193.** [↑](#footnote-ref-103)
104. **- الصاوي: بلغة السالك، 1/374.** [↑](#footnote-ref-104)
105. **- ابن عابدين: رد المحتار ، 3/7.** [↑](#footnote-ref-105)
106. **- ابن قدامة: المغني، 9/342.** [↑](#footnote-ref-106)
107. **- الصاوي: المصدر نفسه، 1/374.** [↑](#footnote-ref-107)
108. **- الصاوي: المصدر نفسه، 1/374.** [↑](#footnote-ref-108)
109. **- العيني: البناية في شرح الهداية، 4/476.** [↑](#footnote-ref-109)
110. **- النووي: روضة الطالبين، 5/ 363.** [↑](#footnote-ref-110)
111. **- ابن قدامة: المصدر نفسه، 9/343-344.** [↑](#footnote-ref-111)
112. **- الشاطبي: الموافقات،3/139.** [↑](#footnote-ref-112)
113. **- ابن الهمام: شرح فتح القدير، 3/177.وانظر، الصادق عبد الرحمن الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، ط1، 2002، 2/492-493.** [↑](#footnote-ref-113)
114. **- الروم: الآية 21.** [↑](#footnote-ref-114)
115. **- ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، 3/430.** [↑](#footnote-ref-115)
116. **- سبق تخريجه، ص 259.**  [↑](#footnote-ref-116)
117. **- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص19. بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1967، 1/12-13.** [↑](#footnote-ref-117)
118. **- السرخسي: المبسوط، 4/192.** [↑](#footnote-ref-118)