المبحث الثاني

شروط الصحة

شروط الصحة هي الشروط الخارجة عن نطاق الاركان ولكن يلزم توفرها في العقد ليترتب عليه اثره الشرعي ، واذا فقد العقدشرطا منها فانه يكون فاسدا ، وعليه فالعقد الفاسد هو العقد الذي استوفي اركانه ولكن حصل خلل في بعض الشروط الخارجية التي حتم الشارع وجودها فيه .

وقبل الدخول في تفصيلات هذه الشروط نود ان نبين ان تقسيم الشروط الى شروط الانعقاد والى شروط الصحة ووصف العقد الخالي عن قسم من الشروط بالبطلان ، ووصفه بالفساد عند حصول خلل في قسم اخر منها هو من تقسيمات الحنفية .

والتوضيح هو انهم اتفقوا مع فقهاء بقية المذاهب على اعتبار الباطل والفاسد شيئا واحدا في العبادات ، لان الصحيح فيها هو ما كان مجزئا ومسقطا للتكليف ولكن يفرقون بينهما في المعاملات وتترتب على كل منهما اثار غير الاثار المترتب على الاخر (٩) . اما في عقود النكاح فمنهم من يسير على اتجاه التفريق بين التسميتين

---

(٩) فالعقد الباطل ، كعقد المجنون فهو لايفيد الملك في الاعيان المالية ولو بالقبض اما العقد الفاسد فانه يفيد ملك المعقود عليه في حال القبض برضا صاحبه ، وذلك كمن يشتري دارا من دور البائع دون تحديدها ، فاذا تسلم احدي دوره راضيا نفذ البيع . مرشد الحيران لمحمد قدري باشا المادة ٢١٩ ـ ٢ والمادة ٢٢٨ نقلا عن كتاب تطبيق الشريعة الاسلامية في البلاد العربية للدكتور صوفي حسين ابو طالب من ١٧٨ ، ١٨٠ ، وراجع ايضا المادة ١٠٧ ، ١٠٩ ، ٣٦٢ ، ٣٦٤ من المجلة .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

كما هو الامر عندهم في المعاملات ؛ وذلك لاختلاف الاثار المترتبة على العقد الفاقد لشرط من الشروط التي اطلقوا عليها شروط الانعقاد عن اثار العقد المختل فيه شرط من الشروط التي اطلقوا عليها شروط الصحة كما يظهر من المثال الآتي ذكره . ومنهم من لم يفرقوا في التسمية ، فاعتبروا الباطل والفاسد شيئا واحدا - اي سواء تخلف في العقد ركن من اركانه او شرط من شروطه كما هو اتجاه جمهور الفقهاء ، مع ان الكل - الحنفية وغيرهم - قالوا باختلاف الحكم في عقد يتخلف فيه شرط مما سمي بشروط الانعقاد عن حكم العقد المختل فيه بعض ما سمي بشروط الصحة .

فقسم من النساء لسن محلا للعقد لبعض الرجال باجتماع الفقهاء ؛ فاذا حصل الدخول باحداهن نتيجة العقد عليها لا يثبت به التوارث ولا العدة ولا النسب ولا النفقة ويجب التفريق بين الطرفين حالا ، وذلك كالدخول بالاخت او العمة او الخالة او زوجة الغير على اساس العقد عليها .

وقسم منهن حرمة العقد عليهن ليست محل اتفاق جميع الفقهاء . فعدم صحة عقد خال من الشهادة قال به الجمهور - كما ياتي معنا قريبا - ولكن هنالك من قال بصحته ؛ لذلك فان الدخول بالمراة نتيجة عقد خال عن الاشهاد يترتب عليه كل الاثار الشرعية لصحة العقد عندهم ؛ ولكن عند القائلين بفساده او بطلانه يترتب عليه بعض الاثار دون بعض كوجوب مهر المثل والعدة وثبوت النسب للشبهة مع وجوب التفريق بينهما ؛ اي ان الحكم هنا عندهم يختلف في نواح عن حكم الدخول بالمراة المجمع على تحريمها ، وان وصفوا كلا العقدين بالبطلان او الفساد على حد سواء (١٠) .

---

(١٠) الاحوال الشخصية لابي زهرة ٦١ . الاحوال الشخصية للذهبي ٥٨ . الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية ١١٨ .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

ويبدو ان اتجاه الحنفية القائلين بالتفريق بين البطلان وبين الفساد هو اتجاه فيه وجاهة ودقة .

وبعد هذا الايضاح لمفهومي الباطل والفاسد نعود لبيان شروط الصحة التي هي :

١ ـ ان لا تكون المراة محرمة على طالب يدها تحريما فيه شبهة او خلاف بين الفقهاء ، فاذا كانت محرمة بدليل ظني او لم تكن حرمتها محل اتفاق كل الفقهاء وتم زواجهما كان العقد فاسدا عند القائلين بالحرمة وصحيحا عند القائلين بالاباحة وذلك كزواج المرأة على عمتها او خالتها ، او العمة على ابنة اخيها والخالة على ابنة اختها فهو محرم عند الجمهور ، ويري الخوارج اباحته (١١) وهو ما عليه الاسماعيلية ايضا (١٢) والشيعة الامامية تجوز نكاح المراة على عمتها وخالتها في حال رضائهما ـ رضاء العمة والخالة ـ وتجوز نكاح العمة علي بنت اخيها والخالة على بنت اختها دون رضاء بنت الاخ او بنت الاخت (١٣) .

ويري جمهور الفقهاء عدم جواز نكاح اخت المطلقة ثلاثا ما لم تنته عدتها ، والامام مالك والشافعي يجوزانه وذلك لانتهاء اصل العقد بالطلاق (١٤) .

ومما يجب ذكره هنا هو ان هذا الشرط يتعلق بالمراة ، والمراة ركن في عقد الزواج ، فلم ادرج ضمن شروط الصحة التي هي خارجة عن نطاق الاركان ؟

---

(١١) احكام القرآن للجصاص ١٣٤/٢ .

(١٢) المغني ١١٥/٧ .

(١٣) المراسم في الفقة الامامي لحمزة الديلمي ١٥٠ .

(١٤) الاحوال الشخصية لابي زهرة ٩٠ .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

والذي يبدو لي ان الحنفية ادرجوا هذا الشرط على الوجه المتقدم ضمن شروط الصحة دون شروط الانعقاد – وان كانت الرؤية ركنا في العقد – لان حكم الزواج من امراة على الوصف المعروض هو غير الحكم من الزواج من امراة حرمنها محل اتفاق جميع الفقهاء. هذا الحكم – حكم العقد الباطل – الذي سر ايضاحه في نهاية موضوع شروط الانعقاد .

وقانون الاحوال الشخصية قرد ضرورة توفر شروط الانعقاد وشروط الصحة ليكون العقد صحيحا في المادة السادسة منه (١٥)

٢ – قيام الشهادة على العقد : وهذا الموضوع فيه اربعة آراء :

الراي الاول : يري جمهور الفقهاء لزوم قيام الشهادة على العقد حين ابرامه وفقداتها يؤدي الى فساده لما روي انه صلى الله عليه وسلم قال (لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل) (١٦) ولان النكاح يترتب عليه حقوق وواجبات بالنسبة لكل من الزوج والزوجة فيلزم توثيقه بها .

الراي الثاني : يري ابن ابي ليلي وعثمان البتى (١٧) وابو ثور وابن المنذر وعبد الرحمن بن مهدي وابو بكر الاصم عدم لزومها (١٨) ، وهو ما عليه الظاهرية والشيعة الامامية (١٩) واحتجو

---

(١٥) شرح قانون الاحوال الشخصية ٣١ .
(١٦) بدائع الصنائع ١٣٧٦/٣ ، والحديث رواه الامام احمد والبيهقي انظر التاج ٢٦٧/٢ ، ٢٦٨ .
(١٧) تبيين الحقائق ٩٨/٢ .
(١٨) المغني ٨/٧ . الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية ١٠٩ .
(١٩) كتاب الخلاف للطوسي ١٤٥/٢ .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

لرايهم بعدم اشتراط الآيات الواردة بشان الزواج لزوم قيامها او ورودها على وجه مطلق مثل قولة تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) (٢٠) وقوله تعالى (وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم) (٢١) وقالوا ان ما ورد من السنة بهذا الخصوص لا ينهض دليلا لتقييد مطلق الكتاب لكونها خبرا للاحاد (٢٢)

الراي الثالث : يرى المالكية عدم وجوب اقتران العقد بها وقت العقد ولكن يجب قيامها قبل الدخول والا كان العقد فاسدا (٢٣) .

الراي الرابع : ذهب الامام مالك في المشهور عنه الى انه يكفي لصحة العقد الاعلان عنه قبل الدخول ، بدليل انه عليه الصلاة والسلام اعتق صفية بيت حيي وتزوجها بغير شهود ، وهذا ما حصل لعدد من الصحابة مثل ابن عمر وابن الزبير وسالم وحمزة ابنا عبد الله بن عمر ، ولانه لم يصح حديث في الشهادة ، وما ذكر بخصوصها فهو ضعيف . وقد عورضت هذه الادلة ، واجيب عن زواجة صلى الله عليه وسلم من صفية دون اشهاد بانه من خصوصياته عليه الصلاة والسلام ، وعما قيل من ضعف احاديث الاشهاد ان بعضها يقوي البعض وقد ينتقل الى درجة الحسن (٢٤) .

وقانون الاحوال الشخصية العراقي اشترط في المادة السادسة منه لانعقاد الزواج نهوض شروط الانعقاد والصحة ، ومن شروط الصحة وجود شاهدين لهما اهلية تحمل الشهادة ، وهو ما تم التعبير عنه بالفقرة (د) من المادة نفسها (٢٥) .

---

(٢٠) سورة النساء/٣ .
(٢١) سورة/٣٢ .
(٢٢) المغني ٨/٧ .
(٢٣) الشرح الكبير ٢١٦/٢ . المنتقي ٣١٢/٣ .
(٢٤) شرح قانون الاحوال الشخصية للدكتور مصطفي السباعي ١١٠ ، ١١١ .
(٢٥) قانون الاحوال الشخصية المعدل .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner