نظرية الفسخ في العقود_ عقد النكاح نموذجاً دراسة مقارنة

د . مسلم كاظم عيدان الشمري

ديوان الوقف الشيعي

كلية الإمام الكاظم (ع) للعلوم الإسلامية الجامعة / قسم الشريعة

الملخص

إن الأحكام الشرعية إنما جاءت لتحقيق المصلحة ودرء المفسدة عن العباد ، ومن جملتها عقد النكاح، لما له من أهمية كبيرة ، تتجسد بحفظ النسل واستمرار البشرية، لذا حرصت الشريعة الإسلامية على أن تكون العلاقة بين الزوجين أساسها الألفة والمحبة، إذ جاءت بما يكفل سعادة الزوجين وإحسان معاشرتهما كل منهما للآخر، واستمتاعه به على أكمل وجه وأحسن صورة. إن العيب في باب النكاح هو: وصف بدني أو عقلي مذموم اقتضى العرف سلامة الزوجين عنه غالباً يمنع من تحصيل مقاصد النكاح والتمتع بالحياة الزوجية. ولقد اهتم البحث في توضيح الموقف الشرعي من حق الفسخ في عقد النكاح فقهيّاً ، و ذكر العيوب المشتركة بين الرجل والمرأة والمختصة بكل منهما ، الموجبة لفسخ عقد النكاح ، إذ أن مشروعية فسخ عقد النكاح بالعيب ليست محصورة في عيوب معينة، بل فسخ عقد النكاح بكل عيب لم يتحقق معه مقاصد النكاح، ويوجد معه النفرة بين الزوجين، و يفقد المودة والرحمة ، كالجنون والبرص والجذام وهي مشتركة بين الطرفين، والعنة والجب والإخصاء بالنسبة للرجل، و الإفضاء والعفل والعمى والعرج وغيرها بالنسبة للمرأة. وبما أن نظرية الفسخ عامة ، ويمكن الاستفادة منها في مجالات الفقه المتعددة وأبوابه المختلفة ، كالعقود وتفسير آيات الأحكام ، فضلاً عن إجراء المقارنة بين أحكام الشريعة والقانون ، جاء البحث في باب من أبواب الفقه الإسلامي وهو النكاح ، كنموذج ؛ مبيناً من خلاله أن إصابة احد الزوجين بعيب ، له بعدٌ سلبي على طرفي العلاقة ، لذا جعل الشارع المقدس لهما حق فسخ العقد في موارد ، دفعاً للضرر ، ولكل ما له اثر في تعطيل المقصد الحقيقي للزواج.

The Researcher
Dr Muslim Eidan Al-Shamary
Imam al-Kadhumi University College
Sharea Department

ABSTRACT

The Shari'a law is based on the fact that the relationship between the spouses is based on intimacy and love, as it comes to guarantee the happiness of the couple and the charity. Sharing each other, enjoying it to the fullest and best image.

The defect in the door of marriage is: Described physical or mental maltreated necessitated by the custom of the couple's safety is often prevented from achieving the purposes of marriage and enjoy marital life.

The research concerned clarifying the legal position of the right of annulment in the marriage contract, and mentioning the common faults between men and women, which are responsible for the annulment of the marriage contract, since the validity of annulment of the marriage contract is not limited to certain defects, He does not meet the purposes of marriage, and there is with him the alienation between the couple, and loses affection and compassion, such as madness, leprosy and leprosy, which are common between the two parties, and the curse and the sins of men, and exclusion and blindness, blindness, limp and others for women.

As the theory of annulment is general, and can be used in the various fields of jurisprudence and its various sections, such as contracts and interpretation of the verses of the provisions, as well as a comparison between the provisions of the law and law, the research came in a section of Islamic jurisprudence, which is marriage, as a model; This has a negative dimension on both sides of the relationship, so the Holy Street has the right to terminate the contract in resources, in order to prevent harm, and all that has the effect of disrupting the real purpose of marriage.

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين، المبعوث رحمة للعالمين نبينا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحبه المنتجبين.

وبعد:

يراد بالنظريات الفقهية؛ تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حدة نظاماً حقوقياً موضوعياً منبثاً في الفقه الإسلامي كانبثات أقسام الجملة العصبية في نواحي الجسم الإنساني وتحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه في شعب الأحكام، وذلك كفكرة

الملكية وأسبابها، وفكرة العقد وقواعده ونتائجه، وفكرة الأهلية وأنواعها ومراحلها وعوارضها، وفكرة النيابة وأقسامها، وفكرة البطلان والفساد والتوقف، وفكرة التعليق والتقييد والإضافة في التصرف القولي، وفكرة الضمان وأسبابه وأنواعه، وفكرة العرف وسلطانه على تحديد الالتزامات، إلى غير ذلك من النظريات الكبرى التي يقوم على أساسها صرح الفقه بكامله.^(١)

فهي دراسة لمسألة فقهية و لمّ شتاتها و جزئياتها المتناثرة في أبواب الفقه المختلفة ، حتى تصبح بناء له وحدة موضوعية ذو حقيقة متكاملة ما بين أركان و شروط و أحكام و أقسام ومصادر و قيود ، وتأتي أهميتها لما تتمتع به من خصائص ومميزات فهي تتناول القضية من منظور عام شامل، وتحتويه احتواءً من مجموعته الكلي دون الغوص في الجزئيات، ولا تلتفت للجزئيات إلا من حيث توضيح البناء وضرب المثال ، لذا نجدها تبياناً لرقى الفقه الإسلامي وشموله بانتظام فروعته الكثيرة في نظريات متكاملة.

وبما أن نظرية الفسخ عامة ، ويمكن الاستفادة منها في مجالات الفقه المتعددة وأبوابه المختلفة ، كالعقود وتفسير آيات الأحكام ، فضلاً عن إجراء المقارنة بين أحكام الشريعة والقانون ، جاء البحث في باب من أبواب الفقه الإسلامي وهو النكاح ، كنموذج ؛ مبيناً من خلاله أن إصابة احد الزوجين بعيب ، له بعدٌ سلبي على طرفي العلاقة ، لذا جعل الشارع المقدس لهما حق فسخ العقد في موارد ، دفعاً للضرر ، ولكل ما له اثر في تعطيل المقصد الحقيقي للزواج . وهذا ما سنراه من خلال البحث ، الذي انتظم في ثلاثة مباحث ، كلٌ مبحثٍ يشتمل على مطالب متعددة وكما يأتي :

المبحث الأول : مفهوم نظرية الفسخ وحقيقتها ، وقد تضمن مطالب متعددة ؛ فكان المطلب الأول :التعريف بمصطلحات البحث : النظرية ، العقد ، النكاح ، الفسخ ، والمطلب الثاني فتمثل في نظرية الفسخ في إطارها العام ، لينتهي المبحث إلى المطلب الثالث : في الفرق بين الفسخ وبين الطلاق ، أما المبحث الثاني ، فقد كان على النحو الآتي: الموقف الشرعي من حق الفسخ في النكاح فقهيّاً وأصولياً ، تعرضت في المطلب الأول الى : موقف الفقهاء من ثبوت حق الفسخ في النكاح ، والمطلب الثاني تناول تحديد الموقف العملي في ظرف الشك في انفساخ العقد ، وأخيراً جاء المبحث الثالث : في ذكر العيوب الموجبة للفسخ ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول: عيوب الفسخ المشتركة ، والمطلب الثاني : عيوب الفسخ المختصة ، وتنقسم على قسمين: أولاً: عيوب الرجل التي توجب الخيار للزوجة في فسخ العقد ، وثانياً: عيوب المرأة التي توجب الخيار للزوج في فسخ العقد ، ثم الخاتمة ونتائج البحث ، واهم المصادر والمراجع المعتمدة ، والحمد لله رب العالمين .

المبحث الأول : التعريف بمفردات البحث

المطلب الأول : مفهوم نظرية الفسخ وحقيقتها

المقصد الأول : التعريف بمصطلحات البحث

أولاً: النظرية لغةً

النظرية في اللغة مشتقة من النظر ، و هو يطلق على معان متعددة منها :-

١- تأمل بالعين و معاينتها الشيء ، قال ابن فارس : (نظر) النون والطاء والراء أصل صحيح يرجع فروعه إلى معنى واحد وهو تأمل الشيء ومعاينته ثم يستعار ويتسع فيه . فيقال نظرت إلى الشيء أنظر إليه إذا عاينته (٢) .

٢- تقليب البصيرة لإدراك الشيء و رؤيته ، فهو مصطلح مُشتق من الفعل ، نَظَرَ، ومعناها التأمل أثناء التفكير بشيء ما (٣) .

٣- المعرفة الحاصلة بعد الفحص (٤)

و هذا المعنى الأخير هو الذي بني عليه مفهوم النظرية في الاصطلاح كما يبدو ، إذ لا تتحصل المعرفة إلا بعد تأمل الشيء بالعين أو بالعقل أو بهما معاً .

ثانياً: النظرية اصطلاحاً

النظرية : هي الصيغة الفكرية المترابطة المركبة من مجموعة من المبادئ والأسس والمفاهيم والأحكام والنصوص الإسلامية والتي ترتبط بعضها ببعض في اطار التعبير عن المذهب الإسلامي في مجال ما من مجالات الإنسان والكون والمجتمع (٥) .

إنّها صيغة ونسيج منسجم وموحد، قصد من جمع خيوطه في اطراد واحد، والتوليف بينها، أن نصل إلى الموقف الإسلامي العام في مجال من مجالات الحياة وخاصة المجالات الاجتماعية. أو بمفهوم آخر، هو عمل فقهي فكري تركيبي واع ومتخصص، يتم في ضوءه اكتشاف النظرية على أساس مقاييس ومعايير محدّدة. (٦)

وقد عرّفها الزحيلي (ت: ١٤٣٦هـ) بأنها: (المفهوم العام الذي يؤلف نظاماً حقوقياً موضوعياً تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة كنظرية الحق ونظرية الملكية ونظرية العقد ونظرية الأهلية ونظرية الضمان ونظرية الضرورة الشرعية وغير ذلك) (٧) .

فالنظرية ؛ تصوّر يقوم بالذهن، سواء استنبط بالتسلسل الفكري المنطقي، أم استمد من استقرار الأحكام الفرعية الجزئية. (٨)

ويتّصف هذا التصوّر بالتجريد، إذ يحاول أن يتخلّص من الواقع التطبيقي لينفذ إلى ما وراءه من فكرة تحكم هذا الواقع. (٩)

وهو تصوّر جامع يحاول أن يحيط بجميع جوانب الموضوع، ويبحث كافة مستوياته وأبعاده (١٠) .

وهو في هذا الصدد يقف عند كل ظاهرة أو حكم يتعلّق بها ملاحظا الصفات المشتركة بين كافة الظواهر والأحكام التي يبحثها، دون تلك التي تخصّ بها ظاهرة معيّنة أو حكم محدد، وذلك سعياً وراء التعرف إلى القواعد العامة^(١١).

إذن هي عبارة عن قواعد ومبادئ تُستخدمُ لوصفِ شيء ما، سواء أكان علمياً، أم فلسفياً، أم معرفياً، أم أدبياً، وقد تثبتت هذه النظرية حقيقة معيّنة، أو تساهم في بناء فكر جديد.

المقصد الثاني : العقد

أولاً: العقد لغةً

(عقد)، العين والقاف والذال أصل واحد يدل على شد وشدة وثوق ، وإليه ترجع فروع الباب كلها ، من ذلك عقد البناء والجمع أعقاد وعقود^(١٢) ، وهو ما يسمى بالعقد المادي ، لما فيه من شدّ واشتياق بين طرفين ماديين ؛ كالعقد بين طرفي حبل^(١٣) ، وقيل: (العقد : العهد ، والجمع عُقود ، وهي أوكد العُهود)^(١٤)، وهو ما يسمى بالعقد المعنوي ؛ لما فيه من الإبرام والوجوب.^(١٥) والفرق بين العقد والعهد : (أن العقد أبلغ من العهد تقول عهدت إلى فلان بكذا أي ألزمته إياه وعقدت عليه وعاقدته ألزمته باستيثاق وتقول عاهد العبد ربه ولا تقول عاهد العبد ربه إذ لا يجوز أن يقال استوثق من ربه وقال تعالى " أوفوا بالعقود " ^(١٦) وهي ما يتعاقد عليه اثنان وما يعاهد العبد ربه عليه ، أو يعاهده ربه على لسان نبيه عليه السلام)^(١٧).

ثانياً: العقد اصطلاحاً

عرف العقد اصطلاحاً بتعريفات متعددة أهمها:

- ١- عرف بانه: (هو اسمٌ للإيجاب والقبول).^(١٨)
 - ٢- عرف بانه : (هو ربط أجزاء التصرف بين الإيجاب والقبول).^(١٩)
 - ٣- عرف بانه: (ربط بين اثنين من احدهما الإيجاب ، ومن الآخر القبول، أو من واحد يقوم مقام اثنين).^(٢٠)
 - ٤- عرف بانه: (قول من المتعاقدين ، أو قول من احدهما ، وفعل من الآخر ، رتب الشارع الأثر المقصود عليه)^(٢١)
- أما تعريفه قانوناً، فهو : (ارتباط الإيجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يظهر اثره في المعقود)^(٢٢)
- مما تقدم يظهر قرب المعنى الاصطلاحي من المعنى اللغوي ، بل هو تقييد للمعنى اللغوي وحصر له وتخصيص لما فيه من العموم^(٢٣) ، وان العقد في اللغة تارة يكون مادياً وأخرى معنوياً، أما في الاصطلاح ، فهو ربط بين المتعاقدين ، يتضمن إيجاباً ، وقبول ، فهو ربط معنوي كما

يظهر، وانه قرار مرتبط بقرار آخر ، وان العقد والعهد يتصادقان في مورد القرار المرتبط بالقرار ، فحيثية القرار فيه هي حيثية العهديّة ، وحيثية الارتباط هي حيثية العهديّة. (٢٤)

المقصد الثالث : الفسخ

أولاً: الفسخ لغة : يطلق الفسخ على النقض والفساد والتفريق النقض، يقال : فسخت البيع بينهما فانفسخ ، أي : نقضته فانقضض، والفسخ : حل العمامة ، تقول : افسخ عمامتك ، أي : حلها (٢٥) وفسخ الشيء : فرقه وفسخ رأيه: أفسده (٢٦) ، أو تقول : فسخت البيع والعزم والنكاح، فانفسخ ، أي انتقض (٢٧) . (٢٨) .

وبذلك يتضح أن الفسخ يطلق في اللغة على معان متعددة متقاربة بينها قاسم مشترك وهو: النقض ، فإن نقض الشيء يحول الأمر عما كان عليه سابقاً، كنقض البناء، وكذلك نقض العقد، فإنه مزيل لما يترتب عليه من الأحكام في الحال .

ثانياً: الفسخ اصطلاحاً : لم يختلف معنى الفسخ اصطلاحاً عما عليه في اللغة ، فقد عرّف بانه: (حل ارتباط العقد) (٢٩) وهو موافق إلى ما ذكره الشيخ النائيني (ت: ١٣١٢هـ) بانه: (عبارة عن حل العقد) (٣٠) . والشيخ الآخوند الخراساني (ت: ١٣٢٩هـ)، في معرض حديثه عن فسخ البيع ان : الفسخ هو انحلال السبب الأول وارتفاعه ، ورجوع العوضين إلى ما كانا عليه ، كأنه لم يكن من الأول شيء في البين (٣١) . ومثله في بدائع الصنائع لابي بكر الكاشاني الحنفي : هو ارتفاع حكم العقد من الأصل كأن لم يكن (٣٢) ، فاذا فسخ الزواج بحكم القاضي زالت رابطة العقد بين الزوجين وصار كل منهما أجنبياً بالنسبة للآخر. (٣٣)

أما الفسخ قانوناً ، فيتمثل بالجزاء المترتب نتيجة عدم قيام احد طرفي العقد بتنفيذ التزامه المنوط اليه في العقد مع استعداد طالب الفسخ لتنفيذ ذلك الالتزام. (٣٤)

اذن الفسخ في اصطلاح الفقهاء لا يخرج عن نطاق معناه اللغوي فهو عندهم حل رابطة العقد المبرم سابقاً، وهدم لكل الآثار التي كانت قد ترتبت عليه بحيث لم يعد له وجود اعتباري، وذلك من وجهة نظر الشارع فقط، لأن الفسخ لا يمكن أن يعدم العقد من الناحية المادية، فإنه قد وجد بالفعل ، والموجود لا يمكن أن يعدّ معدوماً من ناحية الحس، ولكنه يعدّ معدوماً من حيث إنتاجه لآثاره التي رتبها عليه الشارع، فالانعدام هنا مجازي وليس حقيقياً، وإذا انعدم العقد وعدّ كأنه لم يكن، انهدمت كل ما ترتب عليه من آثار والتزامات وتحلل كل من المتعاقدين فيه من التزاماته فلا يستطيع أحدهما أن يلزم الآخر بشيء استناداً إلى العقد المفسوخ.

ثم ان الفسخ الشرعي لعقد النكاح لا يقع الا باختلال أركانه حيث يقع باطلا ، وكذا بما سوف نذكره عند حديثنا عن العيوب الموجبة لخيار الفسخ في عقد النكاح في الزوجين .

المقصد الرابع : النكاح

أولاً: النكاح لغة: ان اصل النكاح في كلام العرب هو :الوطء ، من : نكح ينكح نكحاً، ويكون نكح بمعنى التزويج ، وامرأة ناكح ؛ أي ذات زوج^(٣٥) ، وقيل هو العقد وأنه حقيقة في الأول مجاز في الثاني^(٣٦). قال الكحلاني : النكاح لغة الضم والتداخل ويستعمل في الوطء : وفي العقد قيل مجاز من إطلاق اسم المسبب على السبب وقيل إنه حقيقة فيهما وهو مراد من قال إنه مشترك فيهما ، وكثر استعماله في العقد فقيل إنه فيه حقيقة شرعية ولم يرد في الكتاب العزيز إلا في العقد^(٣٧) .

ثانياً: النكاح اصطلاحاً: عرف النكاح اصطلاحاً بتعريفاتٍ وإن كانت مختلفة الألفاظ إلا أنها متفقة من حيث المعنى، لذلك يمكن تعريفه بأنه: (حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي)^(٣٨)، فهو عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة ويحدد واجبات كل منهما تجاه الآخر. وقد ذكر العلامة الحلي (ت:٦٢٧هـ) ، في تحرير الأحكام : الأقرب أنّ النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء ، لورودهما معاً في الكتاب العزيز ، قال تعالى : ((وَإِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمَنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ))^(٣٩) ، وقال تعالى : ((حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ))^(٤٠) .

وإنما جعل حقيقةً في الأول ، لغلبة الاستعمال فيه ، وصحة نفيه عن الثاني ، فيقال : هذا سفاح وليس بنكاح ، وأولوية المجاز على الاشتراك ، يدلان على مجازيته في الثاني ، فيكون النكاح شرعاً حقيقةً في عقد التزويج مجازاً في الوطء^(٤١).

وقال المقداد السيوري (ت: ٨٢٦هـ) : والحق أنّ النكاح لغة هو الوطي ...وشرعا عقد لفظي مملك للوطي ابتداء ، وهو من المجاز تسمية للسبب باسم المسبب^(٤٢).

وهو ما ذهب اليه الآبي الأزهرى المالكي (ت:١١٢٦هـ) : النكاح اصطلاحاً : حقيقة في العقد مجاز في الوطئ من استعمال اسم السبب في المسبب . ويترتب على كونه مجازا في الوطئ لا حقيقة أن من زنى بامرأة لا يحرم عليه بنتها ولا أمها^(٤٣) .

المطلب الثاني : نظرية الفسخ في إطارها العام

إن شأن الكثير من العقود كالبيع والإجارة والحوالة والنكاح ونحوها، أن تكون ملزمة لعاقديها لقوله تعالى: ﴿ أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾^(٤٤).

فهذه الآية الكريمة صريحة الدلالة في وجوب الالتزام التعاقدى الذي يتمثل في التعهد الضمنى باحترام آثار العقد والوفاء بالتزاماته بمجرد انعقاده صحيحاً، ولكن قد يتراخى هذا الالتزام المنصوص على وجوبه نتيجة عارض يطرأ على العقد^(٤٥)، فيفقد قوة الإلزام، وعندئذ يملك أحد العاقدين أو كلاهما حق فسخ العقد^(٤٦).

ويمكن ادراك فلسفة ثبوت حق الفسخ (الخيار) في العقود الملزمة للطرفين^(٤٧) ان الشارع المقدس ضمن للمتضرر (احد المتعاقدين أو كليهما معا) الحق في إبطال العقد وإرجاع ما بذله إزاء ما تعاقد عليه مع الآخر ؛ كفرصة أخرى يحتاط فيها لنفسه لاستدراك ما قد يندم عليه بتلك المعاملة ، حفاظاً للنظام العام ودفعاً للظلم والله خير الحاكمين .
والخيارات التي يثبت فيها حق الفسخ في الشريعة الإسلامية أنواع متعدّدة كما هي مبسّطة في كتب الفقه كخيار المجلس، والشرط، والعين، والعيب، والتدليس، وغيرها^(٤٨).
ومن هنا تأتي أهمية نظرية الفسخ التي تحكم العقود الملزمة للطرفين على اختلافها وفق شروط رئيسة ثلاثة :

الأول: أن يكون العقد ملزماً للجانبين أي عقد معاوضة : فلا يرد الفسخ إلا على العقود الملزمة للجانبين كالبيع ، والإيجار ، والنكاح ، لأن الفسخ يقوم شرعاً على فكرة المعاوضة المعتبرة شرعاً. أما العقد الملزم لجانب واحد كالوديعة والكفالة وهبة التبرع، فلا يتصور الفسخ فيه، لأن الملتمزم طرف واحد، وليس هناك معاوضة أو مبادلة، حتى يلجأ الطرف الآخر إلى الفسخ لحماية مصلحته، وتسويغ امتناعه من تنفيذ التزامه.

الثاني: أن يخالف العاقد شرطاً صريحاً أو ضمناً أو حكماً في العقد: فإذا خالف أحد العاقدين ما اشترطه عليه العاقد الآخر صراحة، أو كان الشرط مفهوماً ضمناً، أو كان الالتزام مقرراً بمقتضى العقد، جاز للطرف الآخر طلب فسخ العقد، لاستحالة تنفيذ الالتزام المطلوب، كما في حالة هلاك العين المؤجرة، وإعسار المشتري بالثمن في البيع.

الثالث : انعدام الرضا الصحيح: فإذا لم يرض العاقد بالخلل الحاصل أو كان رضاه مشوباً بعيب من عيوب الإرادة أو الرضا وهي الغلط والإكراه والتدليس، كان له حق المطالبة بفسخ العقد بالتراضي أو بالتقاضي. أما إن رضي بما آل إليه أمر المعقود عليه من هلاك كلي أو جزئي، فيسقط حقه في الفسخ^(٤٩).

ومن خلال ما قدمناه سابقاً من تعريف لمفهوم النظرية بنحو عام : (بان النظرية معناها المفهوم العام الذي يؤلف نظاماً حقوقياً موضوعياً تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة كنظرية الحق...)^(٥٠)، يتضح لنا مفهوم نظرية الفسخ بمفهومها العام ؛ أنها نظام حقوقي عام ، تنضوي تحته مجموعة من الموضوعات الموزعة في أبواب متفرقة من الفقه ، فنجد ان نظرية الفسخ تدخل في باب البيع ، والإجارة ، والقرض ، والنكاح ، والمساقاة و.. الخ من العقود الملزمة للجانبين بما يتفق مع الشروط الثلاثة المتقدمة الذكر .

المطلب الثالث : في الفرق بين الفسخ وبين الطلاق

الفسخ : لقد تقدم بيانه في اللغة والاصطلاح وهو بمعنى (حل العقد) ويراد به حل رابطة العقد المبرم سابقاً ، وهدم لكل الآثار التي كانت قد ترتبت عليه بحيث لم يعد له وجود اعتباري.
أما الطلاق في اللغة : هو حلُّ القيد ، وهو مأخوذ من طلق بمعنى ترك، فيقال امرأة طالق: اذا كانت مطلقة ، والتطليق التخلية والإرسال وحل القيد .^(٥١) ، فهو إزالة قيد النكاح بغير عوض بصيغة طالق . وطلاق المرأة يكون لمعنيين أحدهما حل عقدة النكاح ، والآخر بمعنى التترك والإرسال ، من قولهم طلقت القوم : إذا تركتهم^(٥٢).

وفي الاصطلاح يعني: حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه^(٥٣) ، و فك المرأة من الزوجية^(٥٤). والطلاق شرعاً لا يصح إلا من خلال توفر شروطه وأركانه التي ذكرها الفقهاء ، والتي منها ما يتعلق بالمطلق - بالكسر - ومنها ما يتعلق بالمرأة المطلقة ، ومنها ما يتعلق بصيغة الطلاق ، ويمكن إجمال ما ذكره من الأركان الأربعة^(٥٥) :

- ١- الزوج ، فلا يقع طلاق الأجنبي الذي لا يملك عقدة النكاح.
- ٢- الزوجة ، فلا يقع الطلاق على الأجنبية.
- ٣- صيغة الطلاق ، وهي اللفظ الدال على حل عقدة النكاح صريحا كان ، أم كناية.
- ٤- القصد، بأن يقصد النطق بلفظ الطلاق ، فإن الطلاق مثلا ليس مجرد التلفظ بلفظ هي طالق بل الطلاق هو المعنى الإنشائي القائم باللفظ على وجه المدلولية^(٥٦).

وبملاحظة ما تقدم يتضح الفرق بين مفهوم الفسخ والطلاق في منظور الشرع بما يأتي:

- ١- في إيقاع الطلاق تترتب أحكام وآثار لا تتحقق في الفسخ من قبيل انه في الفسخ يكون ضمان المرأة الصداق - المهر - للرجل في حال التذليس مثلا بينما في الطلاق تستحق المرأة نصف المهر اذا كانت غير مدخول بها ومع الدخول تستحق المهر كاملا^(٥٧).
- ٢- من أحكام الفسخ أنه لا يعد في الطلقات لأنه ليس بطلاق ، فلو تزوجها مثلا بعد الفسخ ثم طلقها مرتين فله مراجعتها بعد ذلك لان الفسخ لا يحسب من ضمنها^(٥٨).

المبحث الثاني : الموقف الشرعي من حق الفسخ في النكاح فقهاً وأصولياً

المطلب الأول : موقف الفقهاء من ثبوت حق الفسخ في النكاح

من أجل أن تستقر الحياة الزوجية، وتتحقق مقاصدها وأغراضها، لا بد أن تقوم على أساس الوضوح والقبول المتبادل بين الطرفين، فإذا كان في احد الطرفين، الزوج أو الزوجة، عيب أو خلل أساسي جسيماً أو عقلياً، ولم يكن الآخر مطلعاً عليه، وراضياً به، فإن ذلك يعني فقدان الرضا والقبول من جانبه، وتقويت مصالحه وأغراضه من الزواج.

لذا أعطى الإسلام حق فسخ عقد الزواج، لكل من الطرفين إذا اكتشف بعد العقد وجود مثل ذلك العيب أو الخلل، وبهذا قال جمهور علماء المسلمين من الامامية الاثني عشرية^(٥٩) ، والمالكية^(٦٠)، والشافعية^(٦١)، والحنبلة^(٦٢)، على ان لكلا الزوجين حق فسخ العقد عند وجود بعض العيوب، لأن كلاً منهما يتضرر بهذه العيوب، وامتلاك الزوج للطلاق لا يحميه من الضرر، لما يترتب على الطلاق من التزامات، يختلف بها عن الفسخ^(٦٣).^(٦٤)

وخالفهم الظاهرية^(٦٥) والشوكاني(ت:١٢٥٠هـ)^(٦٦)، حيث ذهبوا إلى عدم جواز طلب التفريق مطلقاً ، أنه لا يفرق بين الزوجين بالعيب، أيًا كان نوعه، سواء كان موجوداً بأحد الزوجين قبل العقد أو بعده، لأنه - في نظرهم - ليس فيه دليل من كتاب أو سنة، وكل ما ورد بشأنه أقوال عن الصحابة، وهي لا تخرج عن كونها آراء اجتهادية لا تصلح للاحتجاج بها^(٦٧).

ويرى الحنفية أنه يثبت حق التفريق بالعيب للزوجة فقط، لا للزوج، لأن الزوج يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق، أما الزوجة فلا يمكنها دفع الضرر عن نفسها إلا بإعطائها الحق في طلب التفريق، لأنها لا تمتلك الطلاق^(٦٨).

والراجح هو الرأي الأول لان حق الفسخ حق للطرفين، وان الزوج يتضرر بالعيوب ، فضلاً عن تضرره من التزامه بالمهر، بخلاف ما لو كان الفسخ لعيب في الزوجة.

المطلب الثاني : في تحديد الموقف العملي في ظرف الشك في انفساخ العقد

قبل التعرض للأدلة الخاصة - الروايات - الدالة على ثبوت حق الفسخ في عقد النكاح ، والتي يأتي بيانها فيما بعد^(٦٩)، لا بدّ من الإشارة الى أن العلماء، دأبوا في تأسيس الأصل العملي الذي يمكن أن يرجع اليه - فيما لو لم يتم العثور على دليل لفظي من الآيات أو الروايات يدل على ثبوت حق الفسخ - في حالة الشك في انفساخ العقد ومن ثم معرفة الموقف العملي الشرعي في مثل ذلك.

لقد ذكر الفقهاء إن مقتضى الأصل العملي لدى الشك في الانفساخ بالفسخ هو استصحاب بقاء العلاقة الزوجية ؛ بناءً على جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية ، كما ذهب اليه السيد الشهيد الصدر (قدس سره)^(٧٠) ، وتبعه في ذلك السيد الحائري^(٧١) ، مضافاً إلى أن مقتضى الأصل اللفظي المستفاد من قوله : ((يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود))^(٧٢)، هو اللزوم وعدم الانفساخ^(٧٣).

ثم انه وقع الكلام في بيان الأصل اللفظي الذي يكون حاكماً ومقدماً على الأصل العملي الذي تقدمت الإشارة اليه آنفاً ، وكذا على الأصل اللفظي وهو قوله : ((أوفوا بالعقود)).

فلقد ذهب البعض من الفقهاء إلى أن الأصل اللفظي الذي يكون حاكماً على الأصلين المتقدمين (العملي واللفظي) هو أحد أمرين :

الأمر الأول : ما قد يستفاد من بعض الروايات الواردة في فسخ النكاح من كون التدليس موجباً لحقّ الفسخ ، فيضمّ ذلك إلى دعوى أنّ كتمان أيّ عيب من العيوب في أحد الزوجين عن الزوج الآخر يعتبر تدليساً ، وبذلك يثبت حقّ خيار الفسخ .

الأمر الثاني : التمسك بقاعدة نفي الضرر إمّا باعتبار أنّ الصبر على العيب في أحد الزوجين ضرر على الزوج الآخر ، أو باعتبار أنّ حقّ الفسخ حقّ عقلائي له فيكون نفيه ضرراً عقلائياً بشأنه .

ويمكن مراجعة الكتب الفقهية الاستدلالية التي عالجت الموضوع ، حيث تناوله الفقهاء بشيء من التفصيل من حيث تقريب الاستدلال ودلت الروايات على ذلك فضلا عن مناقشة الجانب السندي فيها وما الى ذلك^(٧٤).

المبحث الثالث : في ذكر العيوب الموجبة للفسخ ، وفيه مطلبان :

ة:

إن موقف فقهاء المسلمين من ثبوت حق الفسخ في النكاح ، اصبح واضحاً لنا مما تقدم عرضه في المبحث الثاني، وقبل الدخول إلى ذكر العيوب الموجبة للفسخ وبيانها بنوعيتها ؛ المشتركة ؛ كالجنون ، والجذام ، والبرص ، او العيوب المختصة بقسميها ؛ العيوب المختصة بالرجل كالخصاء ، والجب ، والعنن، والعيوب المختصة بالمرأة ، كالعفل ، والعمى ، والعرج، والإفشاء، بالإضافة إلى ما ذكرناه في العيوب المشتركة.

أود ان اذكر بان الفقهاء قد استدلوا بمجموعة من الروايات على ثبوت خيار الفسخ للرجل والمرأة في عقد النكاح فيما سنذكره من العيوب الموجبة لثبوت الفسخ ، وقد عقد الشيخ الحر العاملي في كتابه الوسائل أبواباً مرتبة في ذكر الروايات الدالة على ما ذكرناه من حق الفسخ بعنوان (أبواب العيوب والتدليس) مبتدأً فيها بعيوب المرأة المجوزة للفسخ (٧٥)، وذكر في الباب الثالث عشر عيوب الرجل(٧٦) ، وقد تخلل ذكر هذه الأبواب روايات كثيرة تناولت أحكاماً متفرقة مرتبطة بموضوع العيوب، ونحن نورد جملة مما صح به الاستدلال عند الفقهاء على تلك الأحكام ، تاركين التعليق عليها وما ذكره من وجوه الاستدلال من حيث التقريب بها على المطلوب ، ومن حيث البحث السندي فيها- مخافة الإطالة - ، ونحيل القارئ الكريم الى مراجعة ذلك في بحوث الفقه الاستدلالية. (٧٧).

المطلب الأول: عيوب الفسخ المشتركة

العيوب المشتركة ثلاثة: هي الجنون مطلقا ولو إدواريا والجذام مطلقا ولو قليلا والبرص كذلك^(٧٨) ؛ ف: الجنون ، وهو اختلال العقل ، وليس منه الإغماء ومرض الصرع الموجب لعروض

الحالة المعهودة في بعض الأوقات ، ولكل من الزوجين فسخ النكاح بجنون صاحبه في الرجل مطلقا ، سواء كان جنونه قبل العقد مع جهل المرأة به أم حدث بعده قبل الوطء أو بعده ، هذا إذا كان جنونه بحيث لا يعرف أوقات الصلاة وإلا فلا يترك الاحتياط بضم الطلاق إذا فسخت .^(٧٩) وأما في المرأة فإذا كان جنونها قبل العقد ولم يعلم الرجل ، أما إذا حدث بعده فلا يوجب الخيار ، ولا فرق في الجنون الموجب للخيار بين المطبق والأدوار وإن وقع العقد حال إفاقته ، كما أن الظاهر عدم الفرق في الحكم بين النكاح الدائم والمنقطع^(٨٠).

والجذام : مرض مزمن لا ينتقل بسهولة من شخص إلى آخر، وتسببه إحدى أنواع البكتريا العضوية، وعادة ما يؤثر على الجلد والأعصاب الطرفية والغشاء المخاطي المبطن للجهاز التنفسي، وكذلك العيون، وإذا لم يتم علاج الجذام، فيمكن أن يؤدي إلى تلف دائم وامتزاد في الجلد والأعصاب والأطراف والعيون، ويؤدي تأثير بعض الأعصاب الطرفية إلى أنماط مميزة من الإعاقة^(٨١)

أما البرص: البرص أو المهق أو البهق أو الاغراب، كما يسمى عَدْرُ التَّلَوْنِ أو اللَّاتَلَوْنِيَّةِ أو إِنْجِدَامُ لَوْنِ الْجِلْدِ، هو اضطراب خلقي يتميز بغياب **الصبغ** في الجلد والشعر والعيون، نتيجة غياب كامل أو جزئي أو عيب من إنزيم تيروزيناز) ، وهو إنزيم يشارك في إنتاج **الميلانين** ويحتوي على النحاس، و تعدُّ هذه الحالة معاكسة لاسودادُ الجِلْدِ، وخلافاً للبشر، فإن الحيوانات الأخرى لديها أصباغ متعددة، وعليه يعتبر المهق حالة وراثية تتميز بغياب الصباغ في العيون والجلد والشعر، القشور، الريش أو البشرة ، و يعرف المصاب به بـ(عدو الشمس).^(٨٢)

وهذه العيوب وفاقية على حد قول الشيخ الطوسي^(٨٣)، والشهيد الأول^(٨٤)، والشهيد الثاني^(٨٥)، والسيد علي الطباطبائي^(٨٦)، من فقهاء الامامية ، مستدلين بما جاء في صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال: (يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل).^(٨٧)

وهو ما ذهب اليه بعض فقهاء المذاهب الإسلامية الأخرى ، كالمالكية^(٨٨) ، والشافعية^(٨٩)، والحنابلة^(٩٠)، ويظهر من الاحناف عدم رد النكاح من عيوب الزوج ما عدا الجب، والعنة ، والخصاء وهو عندهم طلاق ، مستدلين بما روي في امرأة رفاعة اذ شكت إلى الرسول (صلى الله عليه واله)، عن زوجها ولم يجبها.^(٩١) ، وأما الظاهرية فالعيوب عندهم لا توجب حق الفسخ والرد.^(٩٢)

المطلب الثاني : عيوب الفسخ المختصة ، وتنقسم على قسمين:

أولاً: عيوب الرجل التي توجب الخيار للزوجة في فسخ العقد

العيوب المختصة بالرجل ثلاثة أيضا^(٩٣)، وينتبت بها للزوجة الخيار في فسخ العقد وهي : **الخصاء**: وهو سل الأنثيين أو رضهما ، وتفسخ به المرأة مع سبقه على العقد وعدم علمها به ، وهو

ما ذهب إليه المحقق الحلي^(٩٤)، وابن زهره^(٩٥)، والشهيد الثاني^(٩٦)، والسيد علي الطباطبائي^(٩٧)، والشيخ الأنصاري^(٩٨)، ودليلهم صحيحة بكير عن أحدهما (عليهما السلام) في خصي دلس نفسه لامرأة مسلمة فتزوجها فقال: يفرق بينهما إن شاءت المرأة، ويوجع رأسه، وإن رضيت به وأقامت معه لم يكن لها بعد رضاها به أن تأباه^(٩٩).

أما الجب: وهو قطع الذكر، بشرط أن لا يبقى منه ما يمكن معه الوطء ولو قدر الحشفة، وتفسخ به المرأة، سواء سبق العقد أو لحقه بشرط كونه قبل الوطء لا بعده، وقد ادعى الإجماع على ثبوت الخيار للمرأة إذا تحقق أنه محبوب^(١٠٠)، بدليل ما روي في موثقة عمار بن موسى عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنه سئل عن رجل أخذ عن امرأته فلا يقدر على إتيانها؟ فقال: إذا لم يقدر على إتيان غيرها من النساء فلا يمسكها إلا برضاها بذلك، وإن كان يقدر على غيرها فلا بأس بامساكها^(١٠١).

والعن: وهو مرض تضعف معه الآلة عن الانتشار بحيث يعجز عن الإيلاج، وهو سبب لحق المرأة في الفسخ بشرط عجزه عن وطئها ووطء غيرها، فلو لم يقدر على وطئها وقدر على وطء غيرها فلا خيار لها، ويثبت به الخيار سواء سبق العقد أو تجدد بعده، لكن بشرط أن لا يكون وقع منه وطؤها ولو مرة، فلو وطأها ثم حدثت به العنة بحيث لم يقدر على الوطء بالمرّة، فلا خيار لها^(١٠٢)، ولقد ادعى الإجماع^(١٠٣)، مستدلين بما روي عن الإمام الصادق (ع): يؤخر العينين سنة من مرافعه امرأته، فإن خلص إليها والا فرق بينهما، فإن رضيت أن تقيم معه ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار ولا خيار لها^(١٠٤).

ثانياً: عيوب المرأة التي توجب الخيار للزوج في فسخ العقد.

وأما العيوب المختصة بالمرأة فستة^(١٠٥): البرص، والجذام، والإفشاء، والقرن ويقال له العفل، وهو لحم أو عظم كالسن ينبت في فم الرحم يمنع من الوطء، بل وإن لم يمنع إذا أوجب الانقباض والانزجار لعدم تكميل التذاذ الوطء بسببه على الظاهر وإن كان الأحوط عدم الفسخ لذلك، والعرج البين وإن لم يبلغ حد الإقعاد والزمانة على الأظهر. والعمى وهو ذهاب البصر من العينين وإن كانتا مفتوحتين، ولا اعتبار بالعمور ولا بالعشا، وهو عدم الإبصار في الليل خاصة، ولا بالعمش وهو ضعف الرؤية مع سيلان الدمع في غالب الأوقات^(١٠٦).

والروايات الدالة على عيوب المرأة الموجبة للزوج خيار الفسخ

١- صحيحة أبي عبيدة عن أبي جعفر (عليه السلام): قال في رجل

تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيباً بعدما دخل بها، قال: فقال: إذا دلست

العفلاء والبرصاء والمجنونة والمفضاة ومن كان بها زمانة ظاهرة فإنها ترد على أهلها من غير

طلاق، ويأخذ الزوج المهر من وليها الذي كان دلسها، فإن لم يكن

- وليتها علم بشئ من ذلك فلا شئ عليه وترد على أهلها ، قال : وإن أصاب الزوج شيئاً مما أخذت منه فهو له ، وإن لم يصب شيئاً فلا شئ له قال : وتعنت منه عدة المطلقة إن كان دخل بها ، وإن لم يكن دخل بها فلا عدة عليها ولا مهر لها^(١٠٧).
- ٢- صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام) ، أنه قال في الرجل يتزوج إلى قوم فإذا امرأته عوراء ولم يبينوا له ، قال : لا ترد ، وقال : إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل^(١٠٨).
- ٣- صحيحة الحلبي ، عن أبي عبد الله (عليه السلام) - في حديث - أنه قال في رجل تزوج امرأة برصاء أو عمياء أو عرجاء ، قال : ترد على وليها ويرد على زوجها مهرها الذي زوجها عليه، وإن كان بها ما لا يراه الرجال جازت شهادة النساء عليها^(١٠٩).

نتائج البحث

في ختام هذه الجولة العلمية ، توصلت الى نتائج تكاد تكون مهمة ادرجها على شكل نقاط وكما يأتي:

- ١- ان نظرية الفسخ من النظريات المهمة في الشريعة الإسلامية ، ولها تطبيقات كثيرة في أبواب متفرقة من الفقه ، ومن بين ذلك عقد النكاح ، من حيث ثبوت خيار الفسخ لكل من الزوجين او لاحدهما نتيجة وجود ما يوجب الفسخ من العيوب التي مرت مفصلاً في طيات هذا البحث.
- ٢- هناك فرق بين مفهوم الفسخ في عقد النكاح ومفهوم الطلاق ، فهما وان اشتركا في نتيجة واحدة (وهي انهدام الزواج) ولكنهما يفترقان من حيث ترتب بعض الأحكام لكل منهما من قبيل ان الفسخ لا يعد من حساب الطلاقات التي تحرم رجوع الزوجة على زوجها فيما بعد الطلاق الثالث.
- ٣- تبين لنا ان خيار الفسخ يثبت لكل من الزوجين او لاحدهما عند توفر دواعيه وأسبابه - وقد مرت الإشارة إليها - بما دلت عليه مجموعة من الروايات الصحيحة والموثقة والصريحة في دلالاتها على ثبوت خيار الفسخ ، وقد نقلنا منها ما يدل على ذلك.
- ٤- اتفق المالكية والشافعية والحنابلة والشيعة على حق فسخ العقد لكل من الزوجين عند وجود بعض العيوب، وخالفت الظاهرية حيث ذهبوا إلى أنه لا يفرق بين الزوجين بالعيوب، أي كان نوعه، سواء كان موجوداً بأحد الزوجين قبل العقد أم بعده ، ويرى الحنفية أنه يثبت حق التفريق بالعيوب للزوجة فقط لعدم إمكانها دفع ضررها بالطلاق الذي هو بيد الرجل.

- (^١) الزرقا : مصطفى احمد (ت: ١٤٢٠هـ): المدخل الفقهي العام: م دار القلم - دمشق: ١٤١٨هـ، ١/٢٣٥.
- (^٢) (ابن فارس): احمد بن فارس بن زكريا (ت: ٣٩٥هـ): معجم مقاييس اللغة: تح عبد السلام محمد هارون الناشر: دار الفكر ط ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، ٥/٤٤٤.
- (^٣) (موقع (موضوع)): (<http://mawdoo3.com>).
- (^٤) (ابن منظور: محمد بن مكرم (ت: ٧١١هـ): لسان العرب : دار صادر - بيروت، ط ٣ - ١٤١٤ هـ (٢/٩٩٠) . ، الزبيدي: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي (ت: ١٢٠٥هـ) : تاج العروس من جواهر القاموس: تح مجموعة من المحققين: الناشر: دار الهداية، (١٤/٢٤٥)
- (^٥) باقر بري: فقه النظرية عند الشهيد الصدر ، مجلة " قضايا إسلامية معاصرة " ، الناشر: دار الهادي. بيروت . لبنان ، ط ١ ١٤٢٢ هـ ٢٠٠١ م ، ٢٠.
- (^٦) (بوراس: عيسى محمد (معاصر): مقارنة منهجية للتنظير الفقهي: جامعة أدرار : مقال منشور بتاريخ 12 يناير ٢٠١٨ ، ٢٥ ربيع الآخر ١٤٣٩ هـ ، <http://www.tourath.org>.
- (^٧) (وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته: م دار الفكر - سورية - دمشق ، ط ٤ ، ٤/٣٦٤
- (^٨) (جمال الدين عطية: نحو تفعيل المقاصد، دار الفكر، دمشق، ط ١، ٢٠٠١، ٢١٠-٢١٢..
- (^٩) (ظ: سعيد رحيمان: منهج اكتشاف الملاك وأثره في تغيير الأحكام، مجلة القضايا الإسلامية ع: ٩ / ١٧٩.
- (^{١٠}) (جمال الدين عطية : نحو تفعيل المقاصد: ٢٠٤.
- (^{١١}) (بوراس: مقارنة منهجية للتنظير الفقهي: جامعة أدرار : مقال منشور بتاريخ 12 يناير ٢٠١٨ ، ٢٥ ربيع الآخر ١٤٣٩ هـ ، <http://www.tourath.org>.
- (^{١٢}) (ابن فارس : معجم مقاييس اللغة: ٤/٨٦.
- (^{١٣}) (الاصفهاني: معجم الفاظ القرآن الكريم: مادة (عقد). ظ: الفراهيدي : كتاب العين: مادة (عقد).
- (^{١٤}) (ابن منظور: لسان العرب : ٣ / ٢٩٧.
- (^{١٥}) (الفيومي: المصباح المنير: مادة (عقد). ظ: ابن فارس : معجم مقاييس اللغة: مادة (عقد). ، الفيروز ابادي: محمد بن يعقوب (ت: ٨١٧هـ) : تح: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة : الناشر مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط ٨، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م القاموس المحيط: مادة (عقد).
- (^{١٦}) (المائدة : ١.
- (^{١٧}) (أبي هلال العسكري: الحسن بن عبد الله (ت: ٣٩٥هـ) : الفروق اللغوية: تح: محمد إبراهيم سليم ، الناشر: دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة - مصر، ٣٦٥.
- (^{١٨}) (السيوري: مقداد بن عبدالله (ت: ٨٢٦هـ): كنز العرفان: الناشر ، المكتبة الرضوية ، ٨٧/١.
- (^{١٩}) (الجرجاني: علي بن محمد بن (المتوفى: ٨١٦هـ): التعريفات: تح جماعة من العلماء ، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت ، ط ١ ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م ، ١٢٤.
- (^{٢٠}) (البحراني: ابن عشيرة : تح أمير رضا زاده ، طبع ونشر : مجمع البحوث الإسلامية التابع للإستانة الرضوية - أيران ، مشهد ، بهجة خاطر ونزهة الناظر: ٦٧.
- (^{٢١}) (النجفي: محمد حسن (ت: ١٢٦٦هـ): جواهر الكلام : م غلام حسين ، ط ١٨٩٤م-١٣١١هـ، ١/٢٣.
- (^{٢٢}) (السنهوري: عبد الرزاق احمد (ت: ١٣٧١هـ): مصادر الحق في الفقه الإسلامي: دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، مصر ، ١٩٥٢م ، ٤١.

- (٢٣) لمزيد من الاطلاع ظ: أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ، دار الفكر العربي ، مصر ، ١٩٩٦ ، ص ١٧٣ .
- (٢٤) ظ: الجواهري :الشيخ حسن: بحوث في الفقه المعاصر : ٤ / ٢٤٣ .
http://alfeker.net/library.php?id=3902
- (٢٥) (الخليل الفراهيدي: الخليل بن أحمد (المتوفى: ١٧٠هـ) : كتاب العين : تح د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي ، الناشر :دار ومكتبة الهلال ، ٤ / ٢٠٢ .
- (٢٦) (ابن منظور: محمد بن مكرم (ت: ٧١١هـ):لسان العرب: م دار احياء التراث العربي- بيروت ، ١٠ / ٢٦٠ .
ظ: الفيومي: المصباح المنير : ٢٨٠ .
- (٢٧) (الجوهري: أبو نصر إسماعيل بن حماد (ت: ٣٩٣هـ) : تح أحمد عبد الغفور عطار: الصحاح : الناشر :دار العلم للملايين - بيروت، ط٤، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧م، ١ / ٤٢١ .
- (٢٨) (الطريحي :الشيخ فخر الدين (ت: ١٠٨٥هـ): مجمع البحرين: تح: السيد أحمد الحسيني ط٢: ١٤٠٨ - ١٣٦٧ ، ٢ / ٤٣٩ .
- (٢٩) (السبكي: عبد الوهاب بن علي(ت:٧٥٦هـ):الأشباه والنظائر : م دار الكتب العلمية- بيروت ، (ب ، ت ، ط) ، ٥٥٤ / ٢ .
- (٣٠) (آملی : الشيخ محمد تقي ابن الشيخ محمد بن علي الآملي الطهراني.(ت:١٣٩١هـ): كتاب المكاسب والبيع : تقرير بحث النائيني : ١ / ١٧٨ .
- (٣١) (الآخوند الخراساني : محمد كاظم الخراساني(١٣٢٩هـ): وزارة الثقافة والإرشاد الإسلامي - إيران . حاشية المكاسب : ١٥٩ .
- (٣٢) (الكاساني: بدائع الصنائع : ٥ / ١٨٢ .
- (٣٣) (الكاساني: ابو بكر بن مسعود (ت:٥٨٧هـ): بدائع الصنائع: م دار الفكر- بيروت ، ط١ ، ٢ / ٤٩٧ .
- (٣٤) (الصدّة: د. عبد المنعم فرج (معاصر):مصادر الالتزام: م دار النهضة العربية ، ١٩٩٢م / ٢١٩ .
- (٣٥) (ابن منظور: لسان العرب: ٢ / ٦٢٦ .
- (٣٦) (ظ : الجوهري :الصحاح : ١ / ٤١٣ . ، أبن فارس : معجم مقاييس اللغة - (ابن فارس) : ٥ / ٤٥٧ .
- (٣٧) (الكحلاني :محمد بن اسماعيل (ت: ١١٨٢هـ): سبل السلام : مراجعة وتعليق : الشيخ محمد عبد العزيز الخولي ، ط٤ ١٣٧٩ - ١٩٦٠ م ، ٣ / ١٠٩ .
- (٣٨) (السرخسي: محمد بن أحمد (ت: ٤٨٣هـ) : الناشر :المبسوط : م دار المعرفة - بيروت، ط ١٤١ هـ : ٤ / ٤٢ . ظ: ابو زهرة: محمد: الاحوال الشخصية: م دار الفكر العربية- القاهرة ط٣ ، ١٩ .
- (٣٩) (الاحزاب : ٤٩ .
- (٤٠) (البقرة : ٢٣٠ .
- (٤١) (العلامة الحلي : الحسن بن يوسف (ت: ٧٢٦هـ) : تحرير الأحكام : اشراف جعفر سبحاني؛ تحقيق إبراهيم البهاري. - قم: موسسه الإمام الصادق (عليه السلام، ١٤٢٢هـ، ٣ / ٤١٣ .
- (٤٢) (السيوري: كنز العرفان في فقه القرآن : ٢ / ١٣٣ .
- (٤٣) (الآبي الأزهرى: صالح عبد السمیع :الثمر الداني : الناشر: المكتبة الثقافية - بيروت . ٤٣٦ .
- (٤٤) (المائدة : ١ .

(٤٥) وقبله أيضاً كما هو في موارد وجود العيب السابق على العاقد الذي يجهله احد المتعاقدين حين العقد فانه يثبت به خيار الفسخ كما في موارد التدليس وغيره .ظ: الطوسي: محمد بن الحسن (ت: ٤٦٠هـ): التبيان في تفسير القرآن: تح احمد حبيب العاملي، م مكتب الإعلام الإسلامي، ط ١٤٠٩هـ، ٣/٤١٤ .

(٤٦) الزلمي: مصطفى (ت: ١٤٣٧هـ): نظرية الالتزام برد غير المستحق: م الخنساء، ط ١، (ب، ت، ط)، ١٣٦-١٣٧ . ظ : حوران محمد سليمان: نظرية الفسخ وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة) (<http://www.daralnawader.com>)

(٤٧) إن العقود - من حيث اللزوم وعدمه قسماً - لازمة ، وغير لازمة - إن العقود اللازمة قسماً : لازمة لا تقبل الفسخ ، ولازمة تقبل الفسخ ، أما العقود التي لا تقبل الفسخ فهي عقد واحد هو عقد النكاح ، وأما العقود التي تقبل الفسخ فهي أربعة عشر عقداً ، هي : البيع ، الإجارة ، الصلح ، الهبة المعوضة القرض ، المزارعة ، المساقاة ، الضمان ، الحوالة ، الوكالة ، المضاربة الوديعة ، السبق ، والرماية . - إن العقود غير اللازمة - الجائزة - قسماً : غير لازمة من طرفين ، ولازمة من طرف واحد . أما غير اللازمة من طرفين فستة عقود ، هي : (الشركة ، الوكالة المضاربة ، الوديعة ، العارية ، والهبة) ، وأما غير اللازمة من طرف واحد فعقدان ، هما : (الكفالة ، والرهن)

- إن العقود في الفقه تنقسم بالحركية ، فهناك عقود تتحرك من اللزوم إلى الجواز وهناك عقود تتحرك من الجواز إلى اللزوم ؛ بحسب ما يطرأ عليها . ظ: جبار كاظم شنبارة العويدي : العقد من حيث اللزوم وعدمه: بحث منشور ، جامعة بابل-كلية الدراسات القرآنية. <http://art.uobabylon.edu.iq> .

(٤٨) موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت (ع) - مؤسسة دائرة المعارف الفقه الإسلامي : ٤ / ٣٧١ .

(٤٩) الزحيلي: د. وهبه: الفقه الإسلامي وأدلته : ٤ / ٦٥١ .

(٥٠) م ، ن : ٤ / ٣٦٤ .

(٥١) ابن منظور: لسان العرب: ١٠/٢٢٧ .

(٥٢) الطريحي: مجمع البحرين: ٥/٢٠٧ .

(٥٣) الأنصاري : زكريا بن محمد (ت: ٩٢٦هـ): فتح الوهاب : الناشر : دار الفكر للطباعة والنشر ، ط ١٤١٤هـ/١٩٩٤م ، ٢/١٢٤ .

(٥٤) محمد الصدر: محمد محمد صادق (ت : ١٤١٩هـ): ما وراء الفقه : الناشر هيئة تراث الشهيد الصدر ، ٣٠٤/٦ .

(٥٥٥) الحنفية والحنابلة - قالوا : ان ركن الطلاق أمر واحد ، وهو الوصف القائم بالمطلق أعني التطلاق ، كما تقدم في التعريف . ولما كان التطلاق لا يمكن تحقيقه إلا بالعبارة الدالة عليه قالوا : ان ركن الطلاق هو الصيغة الدالة على ماهيته ، سواء كانت لفظاً صريحاً ، أو كناية ، أما عد الأمور الأربعة المذكورة أركاناً للطلاق فغير ظاهر . لأن الزوج والزوجة جسمان محسوسان ، والطلاق وصف اعتباري ، فلا معنى لعددهما أجزاء لماهيته ، وأما الصيغة فهي صفة أيضاً للمتكلم بها ، ويمكن عدها ركناً للضرورة ، لأنها دالة على ماهية الطلاق ، وماهية الطلاق - وهي الحدث القائم بالمطلق وصف حكمي لا يتحقق الا بلفظ يدل عليه ، فلذا قالوا ان ركن الطلاق هو اللفظ الدال عليه تسامحاً ، وأما القصد فهو أمر عارض للشخص أيضاً ، ولكنه خارج عن ماهية الطلاق ، فثبت

أن هذه الأربعة كلها خارجة عن ماهية الطلاق ، فلا يصح أن تكون من أركانه ، لأن ركن الشيء ما كان داخلا في ماهيته .

وأجيب بأن المراد بالركن ما تتوقف عليه الماهية لا ما كان داخلا فيها توسعا ثم أصبح بعد ذلك حقيقة عرفية عند بعضهم ، ألا ترى أنهم عدوا الصيغة ركنا للطلاق مع أنها ليست هي الماهية. الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة ومذهب أهل البيت (ع) ، ٣٥٧/٤.

(^{٥٦}) الأشتياني: ميرزا محمد حسن: كتاب القضاء (ط.ق) : ٢٢٤ .

(^{٥٧}) الشيخ الطوسي: محمد بن الحسن (ت: ٤٦٠هـ): المبسوط في فقه الامامية ، تعليق : محمد باقر البهبودي ، المكتبة الرضوية لاهياء الاثار الجعفرية ، ١٣٥١هـ . ٢٥٢/٤ .

(^{٥٨}) ابن العلامة: محمد بن الحسن (ت: ٧٧٠هـ): إيضاح الفوائد: تحقيق: تعليق : السيد حسين الموسوي الكرمانى ، الشيخ علي بناه الإشتهاردي . ، الشيخ عبد الرحيم البروجردى ، العلمية - ، ط ١ ، ١٣٨٧ . قم ، ١٢٢/٣ .

(^{٥٩}) العلامة الحلي: الحسن بن يوسف (ت: ٧٢٦هـ): مختلف الشيعة: تح مؤسسة النشر الإسلامي : م مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين - قم ، ط ١ - ١٤١٥هـ ، ١٨١/٧ . ظ: النجفي: جواهر الكلام: ٣٠/٣٢٤ . ، الحكيم: السيد محسن (ت: ١٣٩٠هـ): مستمسك العروة: م مكتبة السيد المرعشي، ط ١ ، ١٤٠٤هـ ، ٣٠٨/١٤ . ، السيستاني: علي الحسيني (معاصر): منهاج الصالحين: م ستاره - قم ، ط ١ ، ١٤١٦هـ ، ٨٤/٣ .

(^{٦٠}) الدسوقي: محمد بن احمد (ت: ٦٩٦هـ): حاشية الدسوقي: ط ١ ، ١٤١٧هـ ، ١٠٣/٣ . ، ابن رشد: محمد بن احمد (ت: ٥٩٥هـ): بداية المجتهد ونهاية المقتصد: م المكتبة التوفيقية - القاهرة ، ٩٨/٢ .

(^{٦١}) الشيرازي: أبي اسحاق (٤٧٦هـ): المهذب في فقه الامام الشافعي : م دار القلم - دمشق ، ط ٤ ، ١٦٥/١ .

(^{٦٢}) ابن قدامة: عبد الله بن احمد (ت: ٦٢٠هـ): المغني: م دار الحديث - القاهرة ، ط ١ ، ١٤٢٥هـ ، ٣٩٧/٩ .

(^{٦٣}) الشيخ حسن الصفار: دروس من فقه الأسرة: (https://www.saffar.org/?act=artc&id=962) .

(^{٦٤}) الطباطبائي: علي بن محمد (١٢٣١هـ): رياض المسائل: مؤسسة النشر الإسلامي، ط ١ ، ١٤٢٠هـ ، ٣٨١/١٠ .

(^{٦٥}) ابن حزم: علي بن احمد (ت: ٤٥٦هـ): المحلى: م دار الكتب العلمية - بيروت ، ط ١ ، ٥٨/١٠ .

(^{٦٦}) الشوكاني: محمد بن علي (ت: ١٢٥٠هـ): نيل الأوطار من احاديث سيد الأخبار: م دار الفكر - بيروت ، ط ١ ، ١٤٢١هـ ، ٢٧٥/٦ .

(^{٦٧}) - الدكتور الشلبي: محمد مصطفى: أحكام الأسرة في الإسلام: الطبعة الرابعة، ١٩٨٣م الدار الجامعية - بيروت، ص ٥٨٧ .

(^{٦٨}) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته: ٤٨٩/٩ .

(^{٦٩}) ظ: المطلب الثاني من المبحث الثالث

(^{٧٠}) ظ: الصدر: محمد باقر (ت: ١٤٠٠هـ): دروس في علم الأصول: الناشر: دار الكتاب اللبناني - دار الكتاب المصري ، ط ١ ، ١٩٧٨ ، ١٨١/٣ .

(^{٧١}) ظ : مجلة فقه أهل البيت ، العدد ٩ ، بحث : العيوب التي يفسخ بها النكاح ، السيد كاظم الحائري، ١٠٣ .

(^{٧٢}) المائدة : ١ .

(^{٧٣}) ظ : مجلة فقه أهل البيت ، العدد ٩ ، بحث : العيوب التي يفسخ بها النكاح ، السيد كاظم الحائري، ١٠٣ .

- (٧٤) ظ : مجلة فقه أهل البيت ، العدد ٩ ، بحث : العيوب التي يفسخ بها النكاح ، السيد كاظم الحائري، ١٠٣ .
 الشيخ الأنصاري : كتاب النكاح : ١٧٥ .
- (٧٥) الحر العاملي: وسائل الشيعة (آل البيت) : ٢١ / ٢٠٧ .
- (٧٦) م ، ن : ص ٢٢٦ .
- (٧٧) ظ : مجلة فقه أهل البيت ، العدد ٩ ، بحث منشور: العيوب التي يفسخ بها النكاح ، ١٠٣ .
- (٧٨) ظ: الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء: تحرير المجلة : ٢٩/٥ .
- (٧٩) ابن حمزة: محمد بن علي(القرن السادس هـ):الوسيلة: م الخيام - قم ، نشر مكتبة النجفي، ٢٨٢ .
- (٨٠) الكلبليگاني: هداية العباد : ٣٥٣/٢ . اللكراني : تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة : ٣٧١ .ظ:
 العلامة الحلبي: المختلف: ١٨٤/٧-١٨٥ . ابن حمزة: محمد بن علي(القرن السادس هـ):الوسيلة: م الخيام - قم ،
 نشر مكتبة النجفي، ٢٨٢ .
- (٨١) ظ: — <http://www.who.int/lep/situation/prevalence/en/>
- (٨٢) ظ: [https://ar.wikipedia.org.extended etymology](https://ar.wikipedia.org.extended_etymology) .
- (٨٣) الطوسي: محمد بن الحسن (ت: ٤٦٠هـ):الخلاف: تح ونشر : مؤسسة النشر الاسلامي ، قم ، ايران ،
 ١٤٠٧ هـ . ٣٣٠/٤ .
- (٨٤) الشهيد الثاني: زين الدين بن علي (ت: ٩٦٥هـ): شرح اللمعة دمشقية: م دار الفكر - قم ، ط١ ،
 ١٤١١ هـ ، ٣٩/١٠ .
- (٨٥) الشهيد الثاني: زين الدين بن علي (ت: ٩٦٥هـ):مسالك الإفهام: م بهمن ، قم ، ط١ ، ١٤١٣ هـ ، ١١٠/٨ .
- (٨٦) الطباطبائي: رياض المسائل: ٣٨٠/١٠ - ٣٨٥ . ظ: الحلبي: حمزه ابن زهره (ت: ٥٨٥هـ):غنية النزوع: م
 اعتماد ، مؤسسة الامام الصادق ع، قم ، ٣٥٠/١ .
- (٨٧) الحر العاملي: محمد بن الحسن (ت: ١١٠٤هـ): الوسائل: مؤسسة ال البيت ع لإحياء التراث، قم
 ، ٢٠٧/٢١ ،
- (٨٨) مالك: مالك بن انس الأصبحي(ت: ١٧٩هـ):المدونة الكبرى: م العادة، الناشر دار إحياء التراث العربي،
 ٤٩٨/٥ .
- (٨٩) النووي: يحيى بن شرف (ت: ٦٧٦هـ): روضة الطالبين: تح عادل عبد الموجود- علي معوض، م دار الكتب
 العلمية، ٩/٣ . ظ: النووي: المجموع: ٣٦٥/١٦ .
- (٩٠) ابن قدامة : موفق الدين عيد الله بن احمد ، (ت : ٦٢٠ هـ) : المغني ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٩٧٢ م ،
 ٢٦٩/١٥ .
- (٩١) الحر العاملي: محمد بن الحسن (ت: ١١٠٤هـ): الوسائل: مؤسسة ال البيت ع لإحياء التراث، قم
 ، ٢٠٧/٢١ ،
- (٩٢) م ، ن : ٢٠٧/٢١ .
- (٩٣) من غير الجنون وهو عيب مشترك بين الرجل والمرأة ، ومعه تكون العيوب في الرجل أربعة .
- (٩٤) المحقق الحلبي: جعفر بن الحسن(ت: ٦٧٦هـ):شرائع الإسلام: مؤسسة النشر الاسلامي - قم، ط٢ -
 ٤٢١/٣ هـ ، ٤٢١/٣ .
- (٩٥) ابن زهره: غنية النزوع: ٣٤٩/١ .

- (٩٦) الشهيد الثاني: الروضة البهية في شرح اللمعة دمشقية ، تح : محمد كلانتر ، منشورات جامعة النجف الدينية ، ط ٢ ، ١٣٩٨هـ: ٣٩/١٠.
- (٩٧) الطباطبائي : علي ، (ت : ١٢٣١هـ) : رياض المسائل ، تح : مؤسسة النشر الاسلامي ، قم ، ايران ، ١٤١٢هـ ، ٣٧٥/١٠.
- (٩٨) الأنصاري: مرتضى بن محمد أمين (ت: ١٢٨١هـ): كتاب النكاح: م باقري: ط ١ ، ١٤١٥هـ ، ٣٦٢.
- (٩٩) - الحر العاملي : وسائل الشيعة (آل البيت) : ٢١ / ٢٢٧ ، ح ١ .
- (١٠٠) الطوسي: المبسوط: ٤/ ١٧٨ ، ظ: الطوسي: الخلاف: ٦/ ٣٣١.
- (١٠١) الحر العاملي : الوسائل : ٣ / ٢٣٠.
- (١٠٢) الكلبيگاني: هداية العباد : ٢/ ٣٥٤ . اللنكراني : تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة : ٣٧٢ .
- (١٠٣) ابن زهره: غنية النزوع: ١/ ٣٤٩ . ظ: المحقق الحلي : شرائع الإسلام: ٣/ ٤٢١ .
- (١٠٤) الحر العاملي: الوسائل: ٢١/ ٢٢٩-٢٤٩.
- (١٠٥) من غير الجنون وهو عيب مشترك بين الرجل والمرأة ، ومعه تكون العيوب في المرأة سبعة .
- (١٠٦) الكلبيگاني: هداية العباد : ٢/ ٣٥٤ . اللنكراني : تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة : ٣٧٢ .
- (١٠٧) الحر العاملي: وسائل الشيعة : ٢١/ ٢١١.
- (١٠٨) م ن ن : ٦ / ٢٠٩.
- (١٠٩) م ، ن : ٢ / ٢١٦.