أثر الزمان والمكان
في تحديد لحظة انعقاد العقود الشكلية
في الفقه الإسلامي والقانون

The effect of time and space in determining
the moment of the formal contracts
in Islamic jurisprudence and law

الكلمة المفتاحية : **العقود الشكلية**

م.د. فراس بحر محمود

كلية القانون – الجامعة العراقية

Lecturer. Dr. Firas Bahar Mahmood
College of Law – Aliraqia University
E-mail:imsad.imsad@yahoo.com

ملخص البحث

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

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

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

وتحدد زمان ومكان انعقاد هذا العقد بحضور العاقدين والشهود في مجلس العقد الحقيقي ، أو في مجلس العقد الحكمي فيما إذا كان احد العاقدين غائبا ومن لحظة إعلان القبول في مجلس قراءة الكتاب أو مجلس تبليغ الرسالة شرعا ومن لحظة علم الموجب بالقبول ووصول هذا القبول اليه قانونا كما وتبين لنا ان من بين العقود الشكلية التي عالجها القانون المدني العراقي هو عقد الرهن التأميني أو الرسمي اذ جعل من تسجيل الرهن في دائرة التسجيل العقاري شكلية لازمة لانعقاد هذا العقد اذ يترتب على تخلفها بطلان هذا العقد ، وتحددت لحظة انعقاد هذا العقد

بالزمان والمكان الذي يوجد فيه الموثق والذي يباشر اختصاصه في هذا الشأن حاضرا مع الراهن والمرتهن في مجلس عقد الرهن.

المقدمـــــة

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

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

أما المرحلة السابقة على التعاقد فهي مرحلة تسبق انعقاد العقد وتنتهي بانعقاده[١] وتتمثل المرحلة السابقة على التعاقد بمرحلة المفاوضات أو المساومات كما يسميها فقهاء الشريعة الإسلامية[٢] فالعقود اليوم لم تعد بالصورة البسيطة التي كانت تعقد فورا وتكون قاصرة على صدور الإيجاب الذي يعقبه قبول مطابق كشراء الحاجيات اليومية من الأسواق أو بيعها بل نلاحظ في كثير من الأحوال حاجة العقود إلى مفاوضات نظرا لاختلاف وجهات النظر في شروطها، فتحتاج في تقريبها إلى مفاوضات[٣] ويسري هذا سواء أكان التعاقد يجري بين حاضرين أم بين غائبين[٤].

فالتفاوض أصبح حقيقة لا جدال فيها ، وهي كفكرة تعتبر ركيزة أساسية لمفهوم النظام العام للعقد المراد إبرامه لأنها تعبر عن الإطار العام الذي تدور فيه موضوعات التفاوض من اجل إبرام العقد[٥]. فالعقود الرضائية هي العقود التي يكفي لانعقادها توافق وارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يعتد به شرعا وقانونا، فالتراضي وحده يكفي لإنشاء العقد الرضائي وتكوينه[٦] أي أن هذا النوع من العقود يتم بمجرد تبادل إرادتين متطابقتين أيا كانت طريقة هذا التبادل مشافهة أو كتابة أو حتى إشارة ، وإذا كانت القاعدة العامة هي أن التراضي وحده كاف لانعقاد العقد وبالتالي تكون العقود كلها رضائية، إلا إن هذه القاعدة العامة ليست من الإطلاق في شيء. وإنما ترد عليها استثناءات عديدة منها وأهمها العقود الشكلية[٧]والعقد الشكلي هو

ما يجب لانعقاده فوق تراضي المتعاقدين ان يفرغ في شكل معين يحدده القانون بحيث يعتبر ركنا في انعقاد ذلك العقد لا يتم بدونه ولا يكون له وجود[٨] ومثال ذلك العقود الواردة على نقل ملكية العقار فيجب لنشوء هذه العقود أن تتم في دائرة خاصة وهي دائرة التسجيل العقاري .

ولما كانت الشكلية إستثناءاً وارداً على الأصل العام الذي يقضي بأن العقود رضائية سواء في الفقه الإسلامي أو القانون المدني فإننا سوف نبين مدلول الشكلية ومدى كونها إستثناءاً من هذا الأصل العام سواء في الفقه الإسلامي أم القانون ومن ثم نأتي بنموذج تطبيقي للعقود الشكلية لبيان مدى شكليتها ومدى تأثير توافر هذه الشكلية في تحديد لحظة انعقاد العقد الشكلي وسوف نقتصـر في دراستنا في هذا البحث للتعرض لدراسة أثر الزمان والمكان في تحديد لحظة انعقاد عقد الزواج وعقد الرهن الرسمي (التأميني)مع ملاحظة إن عقد الزواج يعد عقدا شكليا وفقا للراجح في الفقه الإسلامي وهو أيضا كذلك في قانون الأحوال الشخصية وعليه فإننا سوف نقسم دراستنا لموضوع بحثنا هذا إلى ثلاثة مباحث نتناول في المبحث الأول مدلول الشكلية ومدى كونها إستثناءاً في الفقه الإسلامي والقانون المدني ثم نتناول في المبحث الثاني اثر الزمان والمكان في تحديد لحظة انعقاد عقد الزواج ثم نعرج لدراسة اثر الزمان والمكان في تحديد لحظة انعقاد عقد الرهن الرسمي والذي سيكون موضوع دراستنا في المبحث الثالث .

المبحث الأول
مدلول الشكلية ومدى كونها إستثناءاً في الفقه الإسلامي والقانون

الأصل في الفقه الإسلامي أن العقد ينعقد بمجرد التراضي بين طرفيه على إنشائه فيكفي لانعقاده مجرد ارتباط الإيجاب والقبول في المجلس وانه لا يشترط إفراغ هذا الرضا في شكل معين فلا يلزم لانعقاده وإتمامه إفراغ الرضا بالإيجاب والقبول في شكل معين على أنّ هذا الأصل لا يمنع من إفراغ الرضا في شكل معين ، وقد تقبل الرأي السائد في الفقه الإسلامي والعرف الذي يألفه الناس في التعامل على هذا الأمر[٩] ،وكذلك نجد في القانون أنّ الأصل في العقود الرضائية، حيث يكفي لانعقاد العقد مجرد التراضي بين طرفيه على إنشائه فينعقد العقد بمجرد اقتران الإيجاب بالقبول ، إلا أنه قد ورد على هذا الأصل لاعتبارات معينة استثناءً يقضي بأنه في بعض العقود لا يكفي لانعقادها مجرد التراضي بين طرفيها بل لا بد من توافر شكل معين ينصب فيه هذا التراضي وهذا ما يسمى بالشكلية[١٠] ، و بناءاً على ما تقدم يمكن القول إن العقد الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون هو العقد الذي يتعين لانعقاده أن يفرغ تراضي المتعاقدين بالإيجاب والقبول في شكل معين أو إحاطته بإجراء خاص يحدده الشرع أو القانون وهذا الشكل أو الإجراء قد يكون ركنا في العقد لا يتم العقد بدونه ، وقد يكون شرط صحة لا يتم العقد بدونه كالشهادة في عقد الزواج كما سنرى[١١] والشكلية قد تكون اتفاقية كما لو اتفق المتعاقدان على أن يكون العقد الرضائي في الأصل لا ينعقد إلا إذا ابرم في شكل معين أو إحاطته بإجراء معين فعندئذ ينقلب العقد الرضائي إلى عقد شكلي[١٢] كما لو اتفقا على إن الاتفاق المبرم بينهما لا يكون نهائيا وملزما إلا من حين تصديقه من قبل الكاتب العدل فكتابة العقد يلزم تصديقه من قبل الكاتب العدل حينئذ وعليه تعد بعد ذلك ركنا في العقد فلا ينشا العقد ما لم يتم تصديق تلك الكتابة[١٣] ، ويرجع تصحيح الاتفاق على الشكلية في هذه الحالة

إلى أنّ رضائية العقود ليست من النظام العام ومن ثم لا يوجد هنالك ما يمنع من الاتفاق على أن يبرم العقد الرضائي في شكل معين حدده المتعاقدان[١٤] وقد تكون الشكلية شكلية قانونية وهي الشكلية التي يتطلبها القانون كالشكلية التي يتطلبها المشرع المدني في عقد الرهن الرسمي أي التأميني[١٥]. وقد تكون الشكلية شكلية شرعية وهي الشكلية التي يتطلبها الشرع الإسلامي كالشكلية التي يتطلبها في عقد الزواج كما سنرى لاحقا والشكلية الاتفاقية لا ترقى إلى الشكلية القانونية أو الشرعية ففي حين إن مقتضى الشكلية القانونية أو الشرعية يترتب على عدم مراعاتها بطلان العقد أو فساده وذلك لان القانون عندما يفرض شكلية معينة فانه يستهدف بها تحقيق مصلحة عامة لا يصح العقد بدونها[١٦].

أما في الشرع الإسلامي فترجع أهمية الشكلية في عقد الزواج مثلا إلى صيانة الزواج عن الجحود والإنكار لذا اشترطت شكلية الشهادة تحقيقا لمصلحة عامة تتعلق بالنظام العام والآداب لذا يرتب الشرع كما سنرى على مخالفة هذه الشكلية البطلان أو الفساد ، أما شكلية العقد حين يفرضها الاتفاق فإنها لا تتصل بالنظام العام بسبب كون رضائية العقود لا تتعلق بالنظام العام إذ يحق للمتعاقدين مخالفة الشكل الاتفاقي بإرادتهما المشتركة[١٧] على أنه يجب التفرقة بين الشكلية المطلوبة لانعقاد العقد والشكلية المطلوبة لإثباته فقد تكون الكتابة شرطا لانعقاد العقد وقد تكون مطلوبة لإثباته ، والكتابة المشروطة للإثبات لا يترتب على تخلفها عدم انعقاد العقد وإنما ينعقد العقد ويتم ويجوز إثباته بما يقوم مقام الكتابة كما في الإقرار واليمين . أما الكتابة المطلوبة للانعقاد فلا ينعقد بها العقد بتخلفها فإذا تخلفت كان العقد باطلا أو فاسدا .

وإذا ثار شك حول ما إذا كان الشكل مطلوبا لقيام العقد أو إثباته وجب اعتباره متطلبا للإثبات طالما لم توجد قرينة على ذلك ، لان ذلك هو ما يتماشى مع فكرة الرضائية والتي تعتبر الأصل في انعقاد العقود[١٨] والشكلية غالبا ما تتمثل في كتابة العقد فلا يتم العقد إلا بكتابة تدون فيها إرادة الطرفين بالإيجاب والقبول على العقد كما هو الحال في الرهن التأميني مثلا ، وقد تكون الشكلية ممثلة بإجراء العقد أمام أشخاص معينين كالشهود في عقد الزواج عند بعض الفقهاء . وعندما تكون الشكلية هي كتابة العقد يكون المكان والزمان اللذين يتم فيهما كتابة

العقد هو لحظة انعقاده وما سبق ذلك يدخل في إطار المفاوضات ، وعندما تكون الشكلية عبارة عن إجراء يتم أمام أشخاص معينين كالشهود في عقد الزواج عند البعض فان الشهادة لا بد أن تتم في مجلس العقد ويكون الشهود من أشخاص هذا المجلس ويكون العقد قد تم في الزمان والمكان اللذين يوجد فيهما المتعاقدان والشهود وما قبل ذلك يدخل في إطار المفاوضات ، ولكل من المتعاقدين أن يعدل عن التعاقد طالما لم تتم هذه الشكلية [١٩] فالشكلية التي نقصدها هنا إذاً هي شكلية تتمثل بانضمام شكل معين أو إجراء خاص إلى التراضي لكي يتم انعقاد العقد وهذا النوع من الشكلية يتصل بعناصر غريبة عن الصيغة نفسها كسماع الشاهدين في عقد الزواج وكون العقد أمام الموثق ، فالشكلية في القانون المعاصر ركن يجب توافره إلى جانب التراضي ولا يغني احدهما عن الآخر[٢٠].

المبحث الثاني
أثر الزمان والمكان في تحديد لحظة انعقاد عقد الزواج

يعد عقد الزواج عقدا شكليا وفقا للرأي الراجح في الفقه الإسلامي وكذلك في قانون الأحوال الشخصية العراقي[٢١] حيث إن هذا القانون مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية وبالتالي فان الحديث في هذا المقام سيشمل الحديث عن هذا الموضوع في الفقه الإسلامي والقانون ، وشكلية عقد الزواج تتمثل أما في الإشهاد على العقد وتوثيقه من قبل القاضي ، وعليه كان لابد لنا أن نتعرض لبيان مدى شكلية عقد الزواج من هذه الناحية ثم نبين ما مدى شكلية توثيق هذا العقد ثم نبين أثر الزمان والمكان في تحديد لحظة انعقاد عقد الزواج ، عليه كان لابد أن نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : مدى شكلية الإشهاد في عقد الزواج .

المطلب الثاني : مدى شكلية توثيق عقد الزواج .

المطلب الثالث : أثر الزمان والمكان في تحديد لحظة انعقاد عقد الزواج .

المطلب الأول : مدى شكلية الإشهاد في عقد الزواج

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

الرأي الأول :- واليه يذهب جمهور الفقهاء كالحنفية[٢٢] والشافعية[٢٣] والمشهور عن الحنابلة[٢٤] والشيعة الزيدية[٢٥] وغيرهم[٢٦] حيث يرون أنّ الشهادة تجب عند إنشاء العقد أي عند النطق بالإيجاب والقبول معا في وقت واحد فإذا كانت الشهادة بعد النطق بالإيجاب والقبول وبعد انعقاد العقد فلا يصح العقد حتى لو تحققت الشهادة بعد ذلك وقبل الدخول .

وقد استدل هؤلاء على ذلك بأحاديث منها ما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها إنها قالت ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ((لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل))[٢٧]

وكذلك ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما إن النبي صلى الله عليه وسلم قال ((البغايا اللائي ينكحن أنفسهن بغير بينة))[٢٨].

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

وعليه يمكن القول إن عقد الزواج يعد عقدا شكليا من حيث الشهادة فلا يكفي لانعقاده شرعا مجرد اقتران الإيجاب والقبول في المجلس وانما لابد أن يكون الايجاب والقبول أمام الشهود[٢٩] في مجلس العقد لكي يرتب العقد آثاره الشرعية ، وإلا فان العقد يكون غير صحيح ولا وجود له شرعا بدون الشهادة[٣٠].

الرأي الثاني :– وهو ما ذهب إليه المالكية حيث يرون أنه يشترط في الزواج الشهادة إلا إنها عندهم ليست من شروط الصحة وإنما هي من شروط التمام فتجوز الشهادة عندهم وقت إنشاء العقد عند النطق بالإيجاب والقبول في المجلس ، كما تجوز عندهم بعد ذلك قبل الدخول كما تجوز عندهم عند الدخول فإذا لم تتحقق الشهادة أصلا لا وقت العقد ولا قبل الدخول ولا عنده ، كان العقد عندهم فاسدا والدخول بالمرأة معصية ويتم فسخ العقد لذلك ذهبوا إلى إن نكاح السر لا يجوز ويتم فسخه بالطلاق إن دخل الزوجان بلا شهادة[٣١] واستدل المالكية على ذلك بما روي عن ابن عباس رضي الله عنه ((لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد))[٣٢] كما استدلوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم ((أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه الدفوف))[٣٣].

وبناء على ما تقدم فان رأي المالكية هو إن الشهادة شرط من شروط الزواج لا يتم إلا بها وتجوز عند العقد في مجلس العقد كما تجوز بعد المجلس وقبل الدخول أو عنده ، فعندهم إن العقد ينعقد ابتداء بمجرد ارتباط الإيجاب والقبول في المجلس حتى ولو لم يكن هنالك شهود إلا أنه يكون موقوفا على الشهادة التي هي شرط لتمام الزواج فلا يجوز الدخول بدون شهود وان حدث دخول يفسخ العقد ، وعلى ذلك فان شكلية الشهادة عند المالكية لا ترقى إلى شكليتها

عند جمهور الفقهاء فهي عند الجمهور شكلية لصحة انعقاد العقد ، وهي عند المالكية شكلية لازمة لنفاذ العقد لا لصحة انعقاده فينعقد العقد ويصح بدونها[٣٤].

الرأي الثالث : وهو رواية عن الإمام أحمد بن حنبل ومذهب الشيعة الأمامية وأبو ثور وابن المنذر وغيرهم[٣٥] حيث يرون أن الشهادة ليست شرطا من شروط صحة العقد ولا شرطا من شروط تمامه ولا لزومه ويصح العقد بغير شهود وقد استدل هؤلاء على ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه اعتق صفية بنت جُحا فتزوجها بغير شهود ، وقال انس ما ندري أتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم أم جعلها أم ولد ؟ فلما أراد أن يركب حجبها فعلموا أنه تزوجها متفق عليه ، فاستدلوا على تزويجها بالحجاب[٣٦].

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

وقد تم الرد على هذه الأدلة من أن نكاح النبي صلى الله عليه وسلم بغير شهود من خصائصه في النكاح فلا يلحق به غيره كما وان قياسهم كان مع الفاروق فالزواج يخالف البيع لان القصد من البيع المال والقصد من الزواج الاستمتاع والولد علاوة على إن النكاح يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو الولد فاشترطت الشهادة فيه لئلا يجحده ابوه فيضيع نسبة بخلاف البيع[٣٧] وبناء على ما تقدم يمكن القول بأن عقد الزواج وفقا لهذا الرأي لا يعد عقداً شكلياً وانما هو عقد رضائي يكفي لانعقاده اقتران الايجاب بالقبول في مجلس العقد ولا يحتاج إلى الشهادة فالشهادة غير لازمة لانعقاد العقد أو صحته أو تمامه أو إثباته فالعقد ينعقد بمجرد التراضي وبدون شهود وبذلك يكون هذا الراي قد جرد عقد الزواج من أية شكلية.

رأينا في الموضوع :

من خلال ما تقدم يمكن القول بان الراجح عن هذه الأراء الثلاثة هو الراي الذي يرى بأن الشهادة شرط من شروط صحة عقد الزواج وهو الراي الاول وان الزواج لا يصح بدونها وعليه فان عقد الزواج وحسب الراجح من الأراء يعد عقداً شكلياً في الفقه الإسلامي، فالشهادة هي التي تمثل الشكلية في هذا العقد وعليه وفقاً للرأي الراجح فأن عقد الزواج لا

يكفي لانعقاده شرعاً مجرد ارتباط الايجاب والقول في المجلس وانما لابد وان يكون هذا الارتباط أو الرضا امام الشهود وان يسمع ويفهم الشهود كلام المتعاقدين معاً في وقت واحد في مجلس عقد الزواج والقول بصحة هذا الراي وترجيحه على الأراء السابقة يرجع إلى أنه يهدف إلى تحقيق مصالح العاقدين ، والغير ، والمجتمع وذلك لأسباب كثيرة منها :-

١-دفع تهمة الزنا عن العاقدين وفي ذلك يقول صاحب بدائع الصنائع ((ولان الحاجة مست إلى دفع تهمة الزنا عنه ولا تندفع إلا بالشهود لأنها لا تندفع إلا بظهور النكاح واشهاره ولا يشهر إلى بقول الشهود))[٣٨].

٢-هذه الشهادة – الشكلية – تكون وسيلة اثبات لعقد الزواج فقد يجحد احد الزوجين العقد بعد انعقاده تهرباً من اثاره كالتهرب من النفقة مثلاً أو عدم اعترافه بحمل الزوجة ولولا الشهادة لاستطاع أي من الزوجين الخلاص من هذا العقد ولشق على الطرف الاخر أثباته بوسيلة يصون بها حقوقه[٣٩] وعليه فالشهادة كما تكون لازمة لصحة انعقاد العقد فهي في نفس الوقت وسيلة لإثباته.

٣-كما ان الاشهاد في الزواج يحقق مصلحة الغير ألا وهو النسل أو الولد الذي هو ثمرة عقد الزواج لان اثار الزواج تمتد لتمس هذا الغير لذلك اوجب الفقهاء الاشهاد في الزواج صيانة لحقوق هذا الغير من ضياع نسبه وما يترتب على ذلك من اثار[٤٠].

٤-كما ان الاشهاد في الزواج يحقق مصلحة للمجتمع تتمثل في حفظ مصلحة العاقدين ومصلحة الافراد الاخرين الذين يتأثرون بأثار عقد الزواج معاً وهذه المصلحة يصونها الفقه الإسلامي في عقد النكاح بصورة عامة عن طريق اعتبار احكامه من النظام العام والتي لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها[٤١]، وذلك لان عقد النكاح هو سبب لبقاء النوع الانساني وسبب العفاف الحاسم للفساد واختلاط الانساب وسبب للمودة والمواصلة والسكون ، كما ان عقد النكاح اداة للخروج من الحرمة والدخول في باب التحليل فالأصل في النساء التحريم حتى يعقد عليهن بالنكاح ، والقاعدة ان الشرع يحتاط في الخروج من الحرمة إلى الاباحة أكثر من الخروج من الاباحة إلى الحرمة لهذا لم يجز الزواج بلا شهود[٤٢] كما ان الزواج في الغالب لا يجري

في حياة الانسان إلا لمرة واحدة وهو امر لا تعم به البلوى فلا مشقة على الافراد إذا التزموا جانب التروي في انعقاده وتقيدوا بالأحكام الخاصة به التي اوجب الشارع مراعاتها فيه ومنها الشهادة[٤٣].

المطلب الثاني : مدى شكلية توثيق عقد الزواج

اضاف قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل شروطاً لا تؤثر على انعقاد الزواج ولا على صحته ولا تمنع من انعقاده أو لزومه ، وانما قصد بها الاستجابة للمصالح الاجتماعية ومن ضمن هذه الشروط توثيق عقد الزواج[٤٤] ويقصد بتوثيق عقد الزواج أي صياغته بمحرر رسمي مكتوب امام الجهة المختصة[٤٥] وتوثيق عقد الزواج أو تحريره في محرر مكتوب ليس ركناً من اركانه ولا شرطاً من شروط صحته أو نفاذه أو لزومه وانما وسيلة رسمية وضعها المشرع لإثبات عقد الزواج عند النزاع وانكاره امام القضاء فالعقد غير الموثق هو العقد العرفي كما يسمى في مصر أو العقد الخارجي الذي يعقد امام رجل الدين كما يسمى في العراق وهو عقد صحيح شرعاً وقانوناً ودعوى الزوجة تسمع على اساسه عند الاقرار[٤٦].

من خلال ما تقدم يمكن القول بان اشتراط المشروع صياغته عقد الزواج في وثيقة رسمية انما هي شكليه اثبات لا شكلية انعقاد فهذا التوثيق هو دليل اثبات لعلاقة الزوجة عند انكارها امام القضاء فقط ولا علاقة لهذا التوثيق بانعقاد العقد أو صحته أو اتمامه أو لزومه ، فالإشهاد شرط لازم لصحة هذا العقد حسب الراي الراجح فهو شرط للانعقاد في حين أو توثيق هذا العقد هي ايضاً شكلية ولكنها للإثبات وليس للانعقاد فلا يترتب على تخلفها بطلان العقد ولا يؤثر على صحته أو تمامه[٤٧].

المطلب الثالث : اثر الزمان والمكان في تحديد لحظة انعقاد عقد الزواج

يجب لانعقاد عقد الزواج اتحاد مجلس العقد وهو ان يكون الايجاب والقبول في مجلس واحد فإذا اختلف المجلس فلا ينعقد الزواج فإذا كان العاقدين حاضرين في مجلس العقد فأوجب احدهما فقام الاخر عن المجلس قبل القبول أو قام الموجب من المجلس قبل القبول أو اشتغل احدهما بقول أو فعل يوجب اختلاف المجلس فلا ينعقد العقد ، لان انعقاد العقد عبارة عن

ارتباط احد الشطرين بالأخر امام الشهود في المجلس ، فإذا اختلف المجلس تفرق الشطران حقيقة أو حكماً فلا ينعقد العقد[٤٨] وللموجه اليه الايجاب في عقد الزواج ان يقبل الايجاب على التراخي عملاً بفكرة مجلس العقد والتي أخذ بها المشرع العراقي حيث نصت المادة (٨٢) من القانون المدني العراق على أنه ((المتعاقدان بالخيار بعد الايجاب إلى اخر المجلس فلو رجع الموجب بعد الايجاب وقبل القبول أو صدر من احد العاقدين قول أو فعل يدل على الاعراض يبطل الايجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك)) اما إذا كان احد المتعاقدين غائباً عن مجلس العقد بأن قالت امرأة بحضور شاهدين زوجت نفسي من فلان وهو غائب وبلغه الخبر ليس عن طريق الرسول أو الكتاب ، فقال قبلت فلا ينعقد العقد وكذلك لو قال رجل بحضور شاهدين تزوجت فلأنه وهي غائبة عن المجلس فبلغها الخبر ليس عن طريق الرسول أو الكتاب فقالت زوجت نفسي منه لم يجز وان كان القبول بحضرة ذلك الشاهدين لان شطر العقد لا يقف على غائب عن المجلس كالبيع[٤٩] اما لو ارسل احدهما رسولاً وكتب كتاباً بالإيجاب فقبل الموجه اليه الرسول أو الكتاب بحضرة شاهدين سمعا كتاب الرسول أو قراءة الكتاب معاً جاز ذلك وانعقد العقد لاتحاد المجلس حكماً.

مما سبق يتبين لنا أن عقد الزواج ينعقد في الزمان والمكان الذين حضر فيهما العاقدين والشهود في مجلس العقد الحقيقي كما وينعقد إذا كان أحد المتعاقدين غائباً وذلك في مجلس العقد الحكمي حيث يكون زمان ومكان المتعاقدان لحظة إعلان القبول في مجلس قراءة الكتاب أو مجلس تبليغ الرسالة ولا يشترط لانعقاد العقد علم الموجب بالقبول[٥٠].

إذ أن علم الموجب بالقبول ما هو في حقيقة الأمر إلا علماً بواقعة العقد وليس علماً منشأ للعقد لان ذلك هو وقت الارتباط بين الايجاب والقبول كما وان القبول في التعاقد بين غائبين يعد من التعبيرات الملقاة والتي تنتج اثارها بمجرد صدورها ولا تحتاج إلى علم من وجه اليه[٥١].

وإذا كان هذا الكلام يستقيم مع ما ذهب اليه فقهاء الشريعة الاسلامية حسب الراجح من الأراء فأنه لا يستقيم مع ما ذهب اليه المشرع المدني العراقي وكذلك المصري فيما يتعلق بالتعاقد بين غائبين حيث ان المادة (٨٧) من القانون المدني العراقي قد حددت زمان ومكان

التعاقد بين غائبين حيث نصت على أنه ((١- يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك ٢- ويكون مفروضاً ان الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل اليه فيهما))[٥٢].

وعليه وفقاً لنص هذه المادة ففي القانون فأن زمان ومكان انعقاد عقد الزواج في حالة ما إذا تم بين الغائبين هو يتحدد من اللحظة التي يعلم بها الموجب بقبول القابل وجعل من وصول القبول قرينة على العلم به ولكنها قرينة بسيطة غير قاطعة يجوز اثبات عكسها[٥٣].

وإذا كان القانون المدني العراق وكذلك المصري قد حسم أمر التعاقدين ما بين الغائبين وحدد زمان ومكان التعاقد بالجمع بين نظريتي العلم بالقبول وتسلم ذلك القبول وهو موقف يجانب به الرأي الراجح في الفقه الإسلامي الذي أخذ بنظرية إعلان القبول كما سبق القول إلا أن نصوص القانون المدني العراقي لا تخلو من الأخذ بنظرية إعلان القبول ذلك أن نص المادة (٨٧) مدني عراقي و (٩٧) مدني مصري قد استثنت من الأخذ بنظرية العلم بالقبول وتسلمه حالة ما إذا وجد نص قانوني أو اتفاق يقضي بغير ذلك وعندنا نص المادة (٥٢٥) مدني عراقي والتي تنص على أنه ((إذا بيع الشيء بشرط المذاق كان للمشتري أن يقبل البيع إن شاء ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق أو العرف ولا ينعقد البيع إلا من الوقت الذي تم فيه هذا الإعلان))[٥٤].

من خلال نص هذه المادة يتبيَن لنا أن المشرع قد خرج عن قاعدة تمام العقد من لحظة العلم بالقبول إلى قاعدة الإعلان عن القبول في عقد البيع بشرط المذاق وهذا واضح من خلال نص المادة السالفة الذكر.

المبحث الثالث

أثر الزمان والمكان في تحديد لحظة انعقاد عقد الرهن الرسمي (التأميني)

يعرف القانون المدني العراقي في المادة (١٢٨٥) عقد الرهن الرسمي أو التأميني بأنه ((عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه أنه يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون))[٥٥].

وعقد الرهن التأميني أو كما يسمى بالرهن الرسمي يعد من العقود الشكلية التي يتطلب القانون لانعقادها مراعاة شكلية خاصة إلا وهي الرسمية في العقود فلا ينعقد إلا بورقة رسمية ، وقبل الدخول في شكلية ورسمية هذا العقد لابد لنا أن نفصل الكلام عن شكلية هذا العقد في الفقه الإسلامي فنقول دون الدخول في التفاصيل أن أكثر فقهاء الفقه الإسلامي يذهبون إلى أن الفقه الإسلامي لا يعرف الرهن الذي لا يتخلى فيه الدائن عن حيازة ماله المرهون أي الرهن التأميني ، وإنما يعرف الرهن الذي يتخلى في الراهن عن حيازة ماله محل الرهن ويتم انتقال حيازة هذا المال إلى يد المرتهن وهو يقابل الرهن الحيازي في القانون[٥٦]، إذن هم يرون أن عقد الرهن بشكل عام عقد عيني لا شكلي[٥٧].

وبالرجوع إلى القانون المدني نرى بأن عقد الرهن التأميني هو من العقود الشكلية التي يتطلب القانون لانعقاده مراعاة شكل خاص هو الرسمية في العقود فلا ينعقد إلا بورقة رسمية وأمام موظف مختص وبذلك تعتبر الرسمية في عقد الرهن التأمين ركناً في العقد لا يقوم ولا ينعقد العقد بدونها[٥٨] وهذا واضح من النص الصريح للمادة (١٢٨٦) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه ((لا ينعقد الرهن التأميني الا بتسجيله بدائرة التسجيل العقاري))[٥٩] فالرسمية إذاً هي ركن انعقاد في عقد رهن التأميني يترتب على تخلفها بطلان العقد بطلاناً مطلقاً وهذا العقد لا يتحول إلى وعد بتقديم رهن رسمي وذلك لأن الوعد يجب أن يتوافر فيه الشكل

الذي يتطلبه المشرع في العقد الموعود به ، وإنما يكون العقد الذي لم تتوافر فيه الشكلية المطلوبة بمثابة اتفاق منشأ لالتزامات شخصية[٦٠].

ويلزم في عقد الرهن الرسمي اتحاد مجلس العقد وحضور جميع أطرافه أمام الموثق للتوقيع عليه فالغالب أن يتم إفراغ الرضا المتبادل لطرفي عقد الرهن التأميني في ورقة رسمية أمام الموظف المختص حيث يجمعها مجلس عقد واحد[٦١] ، ولكن المشكلة تثور عن الرضا الواجب إفراغه في ورقة رسمية عندما لا يجمع المتعاقدان مجلس عقد واحد فيذهب بعض الفقهاء إلى أن الرضا اللازم إفراغه في الشكل الرسمي هو رضاء الراهن بالرهن على أساس أنه الطرف الذي تقررت الرسمية لمصلحته ، بينما هو عمل نافع نفعاً محضاً بالنسبة للمرتهن بحيث يصح أن يعبر عن رضاءه بالرهن في ورقة عرفية، ويجوز أن يستخلص هذا الرضا بطريقة ضمنية كما لو تقدم المرتهن طالباً قيد الرهن على أساس أن الرهن تقرر لمصلحته ويستطيع أن يقبله بأي شكل[٦٢].

ويذهب البعض الاخر إلى أنه يتعين إفراغ رضاء طرفا العقد بطريقة رسمية وفقاً لما يشترط القانون لانعقاد عقد الرهن لأن الانعقاد لا يصدق إلا على الإيجاب الذي قابله أو اقترن به قبول مطابق امام الموظف المختص بالتوثيق ، كما وأن الرسمية متطلبة لمصلحة الراهن والمرتهن على حد سواء مما لا داعي معه لقصر استلزامها في شأن رضاء الراهن دون المرتهن[٦٣] وبناء على ما تقدم يمكن القول أن لحظة وزمان ومكان انعقاد عقد الرهن التأميني هو الزمان والمكان الذي يكون فيه الموثق المختص والذي يباشر اختصاصه في هذا الشأن حاضراً مع حضور الراهن والمرتهن وذوي الشأن وفقاً للأوضاع المقررة في القانون[٦٤].

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

وفي النهاية يجب أن نشير إلى أنه يتضح من خلال ما تقدم في المبحث الثاني والثالث من هذا البحث أن الشكلية التي يتطلبها القانون في العقود كالشكلية في عقد الرهن التأميني أشد

وطأة من الشكلية التي يتطلبها الفقه الإسلامي في عقد الزواج حيث أن الأولى تعتبر ركناً من أركان العقد بدونها يكون العقد باطلاً ، أما الثانية فهي قد تكون شرط صحة وقد تكون شرط لزوم وتمام وقد تكون للإثبات ولم ترقَ إلى مرتبة الركن حيث يبقى الركن منصباً على التراضي والذي هو الأصل في العقود.

الخاتمـــــــة

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

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

(٢) شكلية العقد بصورة عامة قد تكون شكلية قانونية أو اتفاقية أو شرعية والشكلية القانونية هي الشكلية التي يتطلبها القانون ولا ينعقد العقد بدونها كالشكلية التي يتطلبها المشرع المدني العراقي بالنسبة لعقد الرهن التأميني والذي لا ينعقد إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري[٦٥] وقد تكون الشكلية اتفاقية تفرضها إرادة الطرفين دون أن تتعلق بالنظام العام ، أمام الشكلية الشرعية فهي تلك الشكلية التي يتطلبها الشرع الإسلامي كاشتراط الاشهاد في الزواج للقول بصحته وفقاً للراجح من الفقه الإسلامي.

(٣) قد يترتب على مخالفة الشكلية التي رسمها القانون – الشكلية القانونية – أو الشرع بطلان العقد أو فساده في حين لا يرقى الأمر إلى البطلان أو الفساد للعقد عند مخالفة الشكلية الاتفاقية إذ يحق للمتعاقدين مخالفة الشكل الاتفاقي بإرادتهما المشتركة.

(٤) شكلية العقد بصورة عامة قد تكون شكلية مطلوبة لانعقاده وقد تكون مطلوبة لإثباته ويترتب على تخلف الاولى بطلان العقد دون الثانية حيث أن العقد ينعقد في حالة الاخيرة ويجوز إثباته بما يقوم مقام الكتابة – وهي الشكلية التي يتطلبها القانون لإثبات عقد ما – كالإقرار واليمين.

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

(٦) توثيق عقد الزواج من قبل المحكمة وهو ما تطلبه قانون الاحوال الشخصية العراقي هو بلا شك شكلية لازمة لإثبات عقد الزواج وليس لانعقاده أو صحته فهو وسيلة رسمية وضعها المشرع لإثبات عقد الزواج عند النزاع وإنكاره أمام القضاء.

(٧) تتحدد لحظة انعقاد عقد الزواج بالمكان والزمان اللذين حضر فيهما العاقدين والشهود في مجلس العقد الحقيقي ، كما وينعقد إذا كان احد المتعاقدين غائباً في مجلس العقد الحكمي من لحظة إعلان القبول في مجلس قراءة الكتاب أو مجلس تبليغ الرسالة شرعاً ومن لحظة علم الموجب بقبول القابل ووصول هذا القبول إليه قانوناً.

(٨) إن عقد الرهن التأميني أو ما يسمى الرسمي هو عقد شكلي يتطلب القانون لصحة انعقاده تسجيله في دائرة التسجيل العقاري ، وتتحدد لحظة انعقاد هذا العقد بالزمان والمكان الذي يكون فيه الموثوق المختص والذي يباشر اختصاصه في هذا الشأن حاضراً مع الراهن والمرتهن في مجلس عقد الرهن.

الهوامش

(١) الدكتور حسام الدين كامل الاهواني ، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي – تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني – معهد قانون الأعمال الدولي – القاهرة – ١٩٩٣ ص ٣ .

(٢) الإمام علاء الدين بن مسعود الكاساني – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – دار الفكر – بيروت – ط١ – ١٩٩٦م ـ ج ٢ – ص٣٧٥ .

(٣) الدكتور عبد اللطيف عبد الحليم القوني – حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه – جامعة المنوفية – ١٩٩٧– ص ٣٢٤ .

(٤) د. صلاح الدين زكي – تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين – دار النهضة العربية – ط١ – ١٩٦٣ – ص ٧١ .

(٥) الدكتور محمود الكيلاني – عقود التجارة الدولية – منشاة المعارف بالإسكندرية – ١٩٨٨– ص ١٨٩ .

(٦) الدكتور عبد المجيد الحكيم – الكافي في شرح القانون المدني – مصادر الالتزام ج١ المجلد الأول في العقد – الشركة الجديدة للطباعة – عمان ١٩٩٣ – ص١٠٢ .

(٧) الدكتور عدنان إبراهيم السرحان – الدكتور نوري حمد خاطر – شرح القانون المدني الأردني – اربد ١٩٩٧ – ص ٣٤ .

(٨) الدكتور سليمان مرقس – الوافي في شرح القانون المدني – المجلد الأول – نظرية العقد والإرادة المنفردة ط ٤ – ١٩٨٧ ج١ ص ٨٢–٨٣ .

(٩) الدكتور محمد وحيد الدين سوار – الشكل في الفقه الإسلامي – دراسة موازنة ط١ – طبعة سنة ١٩٨٥ ص ١٥ .

(١٠) الدكتور توفيق حسن فرج – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام الدار الجامعية – بيروت ١٩٨٨ ص ٥٤ ، د. عبد الناصر توفيق العطار – نظرية الالتزام في الشريعة

الإسلامية والتشريعات العربية – الكتاب الأول – مصادر الالتزام – مطبعة السعادة – بدون تاريخ ص ٢٦٥-٢٦٦ .

(١١) الدكتور عمر السيد أحمد عبد الله – إبرام العقود في قانون المعاملات المدنية الإماراتي – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي – دار النهضة العربية ١٩٩٥ م ص ١١ .

(١٢) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام – دار النشر للجامعات المصرية – طبعة سنة ١٩٥٢ م ج ١ ص ١٥١ .

(١٣) الدكتور عدنان السرحان ، نوري حمد خاطر – شرح القانون المدني الأردني – المرجع السابق ص ٣٥ .

(١٤) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي – موسوعة القانون المدني –نظرية العقد والارادة –طبعة سنة ١٩٨٤ ص٦٢

(١٥) تنص المادة (١٢٨٦) مدني عراقي في فقرتها الأولى على أنه ((لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري ...)) ويقابلها نص المادة (١٠١٣) من القانون المدني المصري .

(١٦) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة – نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي – دار النهضة العربية – طبعة سنة ١٩٩٠ ج١ ص ١١٩ .

(١٧) الدكتور محمد وحيد الدين سوار – الشكل – المرجع السابق ص ١٨ .

(١٨) الدكتور سليمان مرقس – نظرية العقد – المرجع السابق – ص ٦٥– ٦٦ .

(١٩)الدكتور عبد الرزاق السنهوري – نظرية العقد – المجمع العلمي العربي الإسلامي – بيروت – بدون تاريخ ص ٢٤١ .

(٢٠) الدكتور محمد وحيد الدين سوار – الشكل .... المرجع السابق ص ١٤ .

(٢١) تنص المادة (١٠) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ على أنه((يسجل عقد الزواج في المحكمة الشخصية بدون رسم في سجل خاص وفقا للشروط الآتية

..... ٢- يدون ما تضمنه البيان في السجل ويوقع بإمضاء العاقدين أو بصمة إبهامهما بحضور القاضي ويوثق من قبله وتعطى للزوجين حجة الزواج)) .

(٢٢) زين الدين إبراهيم ابن نجيم – البحر الرائق شرح كنز الدقائق – دار المعرفة للطباعة والنشر – بيروت ط٢ بدون تاريخ – ج٣ ص٩٤ – فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي – تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق – المطبعة الكبرى الأميرية بمصر – ط١ – طبعة سنة ١٣١٤ هـ ج٢ ص ٩٨ ، الكاساني ، بدائع الصنائع – مصدر سابق ج٢ ص٣٧٦.

(٢٣) الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي – الأم – دار الشعب ، طبعة سنة ١٣٢٢هـ ج٥ ص ١٩ ،ابن حجر الهيتمي – حاشية فتح الجواد – بذيل صحائف فتح الجواد – شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى ألبابي الحلبي وأولاده بمصر – ط٢ طبعة سنة ١٣٩١هـ – ١٩٧١م ج٢ ص ٧٤ .

(٢٤)ابو عبد الله بن احمد بن قدامة – المغني – دار الغد العربي– طبعة ١٣٢٣ هـ ج٧ ص ٤٠٤ ، منصور بن يونس البهوتي– الروض المربع – دار التراث – القاهرة – طبعة ١٣٢٢هـ– ج٢، ص ٣٨٤ .

(٢٥)أبو الطيب صديق بن حسن الفنوجي – الروضة الندية شرح الدرر البهية – دار التراث – بدون سنة ج٢ ص ١٤.

(٢٦)ابن قدامة المقدسي– الشرح الكبير – دار الغد العربي – طبعة ١٤٢٤هـ ج٧ ص ٥٢٢.

(٢٧) محمد بن علي الشوكاني – نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار– شركة مصطفى ألبابي الحلبي – بدون سنة ج٦ ص ١٤٣ ،أحمد بن حسين البيهقي – السنن الكبرى – دار الفكر– طبعة سنة ١٣٢٦ هـ ج٧ ص ١٢٥ .

(٢٨) محمد بن عيسى الترمذي – سنن الترمذي – تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان – المكتبة السلفية بالمدينة المنورة – بدون تاريخ ج٢ ص ٣٨٤ .

(٢٩) محمد أبو زهرة – الأحوال الشخصية – دار الفكر العربي– طبعة سنة ١٤٠٣ هـ ص٢٣٠ وما بعدها .

(٣٠) الكاساني – بدائع الصنائع – مصدر سابق – ج٢ص٤٧٦ .

(٣١) محمد بن أحمد بن رشد – المقدمات – مطبعة السعادة – طبعة سنة ١٣٢٥ هـ – ج٢ ص٤٠ ، محمد بن محمد الحطاب – مواهب الجليل لشرح مختصر خليل – مكتبة النجاح – ليبيا– بدون تاريخ ج٣ ص ٤٠٩، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – دار إحياء الكتب العربية – عيسى ألبابي الحلبي – بدون تاريخ ج٢ ص ٢١٦ .

(٣٢) أحمد بن الحسين البيهقي – السنن الكبرى – مصدر سابق – ج٧ ص ١٢٢ .

(٣٣) الترمذي – سنن الترمذي – مصدر سابق ج٣ ص٣٧٦ .

(٣٤) الكاساني – بدائع الصنائع – مصدر سابق ج٢ ص٣٧٧ .

(٣٥) محمد بن احمد بن رشد القرطبي – بداية المجتهد ونهاية المقتصد – دار الكتب العلمية – بيروت –ط ١٠ طبعة سنة١٤٠٨ هـ – ١٩٨٨م ج٢ ص١٨ ، إبراهيم بن علي الشيرازي– المهذب – عيسى ألبابي الحلبي – بدون تاريخ – ج٢ ص٤٠ ، نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي– المختصر النافع – دار الكتاب العربي بمصر – بدون تاريخ ص ١٧٠ .

(٣٦) عبد الرحمن بن أبي عمر بن قدامه المقدسي – الشرح الكبير بهامش المغني – مصدر سابق – ج٧ ص٥٢٣ .

(٣٧) منصور بن يونس البهوتي – شرح منتهى الايرادات – دار الفكر– بدون تاريخ ج٣ ص٢٥ ، ابن قدامة –المغني – مصدر سابق ج٧ ص٤٠٤ ، ٤٠٥، الشيرازي – المهذب – مصدر سابق ج٢ ص٤٠ .

(٣٨)الكاساني – بدائع الصنائع – مصدر سابق ج٢ ص٣٧٦.

(٣٩)الدكتور احمد فراج حسين – احكام الزواج في الشريعة الاسلامية – دار المطبوعات الجامعية طبعة سنة ١٩٩٧ – ص ١٨٠ ، الدكتور محمد وحيد الدين سوار – الشكل مصدر سابق ص٣٧ ، الدكتور احمد الكبيسي الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون – والزواج والطلاق وآثارهما – العاتك لصناعة الكتاب – القاهرة ج١ ص٦١ ،٦٢ .

(٤٠)ابن قدامة المقدسي – الشرح الكبير– مصدر سابق ج٧ ص٥٢٣ ، ابن قدامة – المغني – مصدر سابق ج٧ ص٤٠٥.

(٤١)شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي – الفروق – عالم الكتب – بيروت بدون التاريخ ج٣ ص١٨١ ، الدكتور محمد وحيد الدين سوار – الشكل – مصدر سابق ص٧٤ ، ٧٥.

(٤٢)القرافي– الفروق مصدر سابق ج٣ ص١٨١ .

(٤٣)المصدر اعلاه ج٣ ص١٨١–١٨٢ .

(٤٤)المادة (١٠) من قانون الاحوال الشخصية ((يسجل عقد الزواج في المحكمة المختصة بدون رسم في سجل خاص ...)) تقابلها المادة ٤/٩٩ من قانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المتعلق بتوثيق عقد الزواج المصري حيث نصت هذه المادة على أنه ((لا تسمع عند الانكار دعوى الزوجية أو الاقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية)).

(٤٥)المأذون في مصر حسب المادة (١٨) من لائحة المأذونين ، والقاضي حسب نص المادة (١٠) من قانون الاحوال الشخصية العراقي .

(٤٦)المادة (١١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي .

(٤٧)الدكتور محمد كمال الدين امام – الزواج في الفقه الإسلامي – منشأة المعارف بالإسكندرية ١٤١٨هـ – ١٩٩٨م ص١٠٠ .

(٤٨)الكاساني – بدائع الصنائع – مصدر سابق ج٢ ص٣٨٤ ، ابن قدامة – المغني – مصدر سابق ج٧ ص٤٩٧.

(٤٩)الكاساني – بدائع الصنائع – مصدر سابق ج٢ ص٣٨٤.

(٥٠)الامام كمال الدين محمد ابن همام – شرح فتح القدير – المطبعة الكبرى الاميرية في مصر – ط١– سنة ١٣١٦هـ – ج٥ ص٧٩ ، محمد امين ابن عابدين – حاشية رد المختار على الدر المختار – شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده في مصر – ط٢ سنة ١٣١٦هـ – ١٩٦٦م – ج٤ ص٥١٢.

(٥١)الشيخ علي الخفيف – احكام المعاملات الشرعية – دار الفكر العربي – مطبعة دار التاليف – ط٢– بدون تاريخ – ص١٧٩ ، الدكتور محمد وحيد الدين سوار – الشكل – مصدر سابق ص١١٨.

(٥٢)ويقابلها نص المادة ٩٧ من القانون المدني المصري على نحو مطابق.

(٥٣)الدكتور حسن علي الذنون – النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام – طبعة الجامعة المستنصرية – طبعة سنة ١٩٧٦م – ج١ ص ٧٠– ٧١ .

(٥٤)يقابله نص المادة (٤٢٢) مدني مصري على نحو مطابق.

(٥٥)يقابلها نص المادة (١٠٣٠) من القانون المدني المصري.

(٥٦)الدكتور محمد وحيد الدين سوار – الشكل – مصدر سابق ص ٩٢.

(٥٧)الدكتور محمد وحيد الدين سوار – الشكل – مصدر سابق ص ٩٢، يقابلها نص المادة ١/١٠٣٧ من القانون المدني المصري .

(٥٨)الدكتور عبدالرزاق السنهوري – الوسيط – التأمينات الشخصية والعينية – دار النهضة العربية – ط٢ – سنة ١٩٩٤ ج١٠ ص ٣٢٩ ، الدكتور سمير عبد السيد تناغو – التأمينات الشخصية والعينية – سنة ١٩٩٢ – ص١٢٨.

(٥٩)يقابلها نص المادة (١/١٠٣١) من القانون المدني المصري.

(٦٠)الدكتور محمد علي عمران – التأمينات المدنية – الكفالة والرهن – دار الفكر العربي بدون تاريخ ج١ ص٨٨ ،الدكتور نبيل ابراهيم سعد – التأمينات الاصلية والشخصية – منشأة المعارف في الاسكندرية – سنة ١٩٨٨ ص٧٨ – ٧٩.

(٦١)الدكتور همام محمود زهران – التأمينات العينية والشخصية – دار المطبوعات الجامعية – طبعة سنة ١٩٩٧ – ص١٤٧.

(٦٢)الدكتور عبدالمنعم البدراوي – التأمينات العينية – مكتبة سيد عبدالله وهبة – ص٦١ ، الدكتور رمضان ابو السعود – التأمينات الشخصية والعينية – منشأة المعارف بالإسكندرية – طبعة سنة ١٩٩٥م – ص٢٩٨– ٢٩٩.

(٦٣)الدكتور عبدالرزاق السنهوري – الوسيط – مصدر سابق – ج ١٠ص ٣٣٢ ، الدكتور سمير تناغو – التأمينات – مصدر سابق ص ١٣٢ – ١٣٣.

(٦٤)حيث تنص المادة (١٢٨٦) من القانون المدني العراقي على أنه ((لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري وعلى كل من المتعاقدين ان يعين محل اقامة مختار في البلد الذي تم فيه التسجيل ويعطي لكل منهما نسخة من سند عقد الرهن موقع عليها منهما بعد أخذ تقريرهما في مواجهة الشهود)).

(٦٥)انظر المادة (١٢٨٦) مدني عراقي والتي سبق ذكرها.

المصـــــادر

أولاً :- القرآن الكريم

ثانياً :- مصادر فقهاء الشريعة الاسلامية

١-ابن حجر- ابن حجر الهيتمي - حاشية فتح الجواد بذيل صحائف فتح الجواد - شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده - مصر - ط٢ - طبعة سنة ١٣٩١هـ - ١٩٧١م.

٢-ابن رشد- محمد بن احمد بن رشد - المقدمات - مطبعة السعادة - طبعة سنة ١٣٢٥هـ .

٣-بن قدامة- ابو محمد عبد الله بن احمد بن قدامة - المغني - دار الغد العربي - طبعة سنة ١٣٢٣هـ.

٤-ابن قدامة المقدسي - ابن قدامة المقدسي - الشرح الكبير - دار الغد العربي - ط١٤٢٤هـ.

٥-ابن عابدين- محمد امين ابن عابدين - حاشية رد المحتار على الدر المختار - شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده - مصر - ط٢ - طبعة سنة ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م.

٦-ابن نجيم- زين الدين بن ابراهيم بن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق - دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - ط٢ - بدون تاريخ.

٧-ابن الهمام - الامام كمال الدين محمد ابن الهمام - شرح فتح القدير - المطبعة الكبرى الاميرية في مصر - ط١ - طبعة سنة ١٣١٦هـ.

٨-البهوتي- منصور بن يونس البهوتي - الروض المربع - دار التراث - القاهرة - طبعة سنة ١٣٢٢هـ.

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

١٠-البيهقي- احمد بن الحسين البيهقي - السنن الكبرى - دار الفكر طبعة سنة ١٣٢٦هـ.

١١-الترمذي- محمد بن عيسى الترمذي – سنن الترمذي – تحقيق عبدالرحمن محمد عثمان – المكتبة السلفية بالمدينة المنورة – بدون تاريخ.
١٢-الحطاب- محمد بن محمد الحطاب – مواهب الجليل لشرح مختصر خليل – مكتبة النجاح – ليبيا – بدون تاريخ.
١٣-الحلي- نجم الدين جعفر بن حسن الحلي – المختصر النافع – دار الكتاب العربي – بدون تاريخ.
١٤-الدسوقي- محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – دار احياء الكتب العربية – عيسى البابي الحلبي – بدون تاريخ.
١٥-الزيلعي- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي – تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق – المطبعة الكبرى الاميرية في مصر ط١ – طبعة سنة ١٣١٤هـ.
١٦-الشافعي- الامام ابو عبدالله محمد ابن ادريس الشافعي – الام – دار الشعب – طبعة سنة ١٣٢٢هـ.
١٧-الشوكاني- نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار – شركة مصطفى البابي الحلبي – بدون تاريخ.
١٨-الشيرازي- ابراهيم بن علي الشيرازي – المهذب – عيسى البابي الحلبي – بدون تاريخ.
١٩-الفنوجي- ابو الطيب صديق بن حسن الفنوجي – الروضة الندية شرح الدرر البهية – دار التراث – بدون تاريخ.
٢٠-القرطبي- محمد بن احمد بن رشد القرطبي – بداية المجتهد ونهاية المقتصد – دار الكتب العلمية – بيروت – ط١٠ – طبعة سنة ١٤٠٨هـ – ١٩٨٨م.
٢١- القرافي- شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي – الفروق عالم الكتب بيروت – بدون تاريخ.
٢٢-الكاساني- الامام علاء الدين بن مسعود الكاساني – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – دار الفكر – بيروت ط١ – طبعة سنة ١٩٩٦م.

ثالثاً :- مصادر فقهاء الشريعة المعاصرون وفقهاء القانون.

١-الدكتور احمد الكبيسي – الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون – الزواج والطلاق واثارهما – الناشر- العاتك لصناعة الكتاب – القاهرة – ج١.

٢-الدكتور احمد فراج حسين – احكام الزواج في الشريعة الاسلامية – الدار الجامعية – بيروت – ١٩٩٧م.

٣-الدكتور توفيق حسن فرج – النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام – الدار الجامعية – بيروت – ١٩٨٨م.

٤-الدكتور حسن علي الذنون – النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام – طبعة الجامعة المستنصرية – طبعة سنة ١٩٧٦م.

٥-الدكتور سليمان مرقس – الوافي في شرح القانون المدني – المجلد الاول – نظرية العقد والارادة المنفردة – ط٤ – طبعة سنة ١٩٨٧م.

٦-الدكتور سمير عبد السيد تناغو – التأمينات الشخصية والعينية – طبعة سنة ١٩٩٢م.

٧-الدكتور صلاح الدين زكي – تكوين الروابط العقدية فيما بيم الغائبين – دار النهضة العربية – ط١ طبعة سنة ١٩٦٣م.

٨-الدكتور عبدالرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام – دار النشر للجامعات المصرية – طبعة سنة ١٩٥٢م.

٩-الدكتور عبدالرزاق السنهوري – الوسيط – التأمينات الشخصية والعينية – دار النهضة العربية – ط٢ – طبعة سنة ١٩٩٤م.

١٠-الدكتور عبدالرزاق السنهوري – نظرية العقد – المجمع العلمي العربي الإسلامي – بيروت – بدون تاريخ.

١١-الدكتور عبدالفتاح عبدالباقي – موسوعة القانون المدني – نظرية العقد والارادة – طبعة سنة ١٩٨٤م.

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

١٣-الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة – نظرية العقد في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي – دار النهضة العربية – طبعة سنة ١٩٩٠م.

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

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

١٦-الدكتور عدنان ابراهيم السرحان – الدكتور نوري حمد خاطر– شرح القانون المدني الاردني – اربد – طبعة سنة ١٩٩٧م.

١٧-الشيخ علي الخفيف – احكام المعاملات الشرعية – دار الفكر العربي – مطبعة دار التأليف – ط٢.

١٨-عمر احمد عبدالله – ابرام العقود في قانون المعاملات المدنية الاماراتي – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي – دار النهضة العربية – طبعة سنة ١٩٩٥م.

١٩-الدكتور محمد ابو زهرة – الاحوال الشخصية – دار الفكر العربي – طبعة سنة ١٤٠٣هـ.

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

٢١-الدكتور محمد كمال الدين امام – الزواج في الفقه الإسلامي – منشأة المعارف في الاسكندرية – طبعة سنة ١٤١٨هـ – ١٩٩٨م.

٢٢-الدكتور محمد وحيد الدين سوار – الشكل في الفقه الإسلامي – دراسة موازنة – ط١ طبعة سنة ١٩٨٥م.

٢٣-الدكتور محمود الكيلاني – عقود التجارة الدولية – منشأة المعارف بالاسكندرية – طبعة سنة ١٩٨٨م.

٢٤-الدكتور نبيل ابراهيم سعد – التأمينات العينية والشخصية – منشأة المعارف بالإسكندرية – طبعة سنة ١٩٨٨م.

٢٥-الدكتور همام محمود زهران – التأمينات العينية والشخصية – دار المطبوعات الجامعية – طبعة سنة ١٩٩٧م.

رابعاً :- الرسائل والتقارير

١-الدكتور حسام الدين كامل الاهواني – المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل اعداد العقد الدولي – تقرير مقدم إلى ندوة الانظمة التعاقدية للقانون المدني – معهد قانون الاعمال الدولي – القاهرة – ١٩٩٣م.

٢-الدكتور عبداللطيف القوني – حسن النية واثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني – دراسة مقارنة – اطروحة دكتوراه – جامعة المنوفية – ١٩٩٧م.

خامساً :- القوانين

١-القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م.

٢-القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م.

٣-قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م.

٤-المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١م ، المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بمصر.

Abstract

The effect of time and space in determining the moment of the formal contracts in Islamic jurisprudence and law

There is no doubt that the contracts today are no longer in the way, which was held out immediately and be limited to the issuance of offer and acceptance that adds the status of consensual, but that the requirements of public interest and the need to protect the credit of the contracts led to find another type of contract specified by a certain characteristic which is an official or formal. The legislator thinks that there is a need to such character, so it is necessary for us to seek the meaning of this formalism in Islamic jurisprudence and law which we've done in this research. We found that the intended formality here may be a legal one required by law that contract could not be concluded without it or it may be a formal agreement imposed by the will of contractors, or it may be a legislative formality imposed by the Islamic legislator for some act is being correct.

Whatever the case is, the violation of this formalism may lead to the nullity of the legal act such as the violation of the formalism drawn by the law, and sometimes to the corruption of the act of the violation of the formalism painted by Islamic legislation.

According to the authentic opinion in Islamic jurisprudence, the marriage contract is a formal contract as it is required, for being a legal contract, to be associated with the consent and the acceptance at the Council of the contract and the presence of two witnesses who can hear and understand the words of the two contracting parties together at one time in the House of the marriage contract. Iraqi legislator of the Personal Status Law has made the registration of the marriage contract by the court as necessary formality needed to prove this contract which is undoubtedly an official device made by legislator to prove this contract at dispute or denial before the court .

The time and the place of this contract is determined by the presence of the two contracting parties and witnesses at the real House of contract, or at the House of the constructive contract in case that one of the two contracting parties is absent, and the moment of the declaration of acceptance of the Council at reading the book or the Board of conveying the message legally, and from the moment of knowing the positive acceptance and receiving this acceptance by him legally. Of the formal contracts, as shown to us, that the Iraqi civil law addressed is the insurance or official mortgage contract by making the registration of the mortgage in the office of real estate registration as a necessary formality for holding the contract, otherwise this contract will be invalid. The moment of signing this contract is determined by the time and the place where the binder is practicing his competence in this regard with the presence of the mortgaged and mortgagee in the House of the mortgage contract.