

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الحاج لخضر - باتنة 1



نيابة العمادة لما بعد التدرج
والبحث العلمي والعلاقات الخارجية

كلية العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

عُيُوبُ الرِّضَا فِي عَقْدِ الزَّوْاجِ

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية
تخصص: شريعة وقانون

إشراف الأستاذ الدكتور:

عبد السلام عبد القادر

إعداد الطالب:

بخوش رزيق

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
محمود بوترة	أستاذ	جامعة باتنة - 1	رئيسا
عبد القادر عبد السلام	أستاذ	جامعة باتنة - 1	مقررا
سمير شعبان	أستاذ	جامعة باتنة - 1	عضوا
عبد الرؤوف دبابش	أستاذ	جامعة بسكرة	عضوا
مبروك بن زيوش	أستاذ محاضر - أ	جامعة سطيف - 2	عضوا
السعيد قارة	أستاذ محاضر - أ	جامعة سطيف - 2	عضوا

السنة الجامعية: 1438 / 1439 هـ - 2017 / 2018 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

بعد تمام البحث بعون الله وتوفيقه، أجد نفسي ملزما بالاعتراف والتقدير والشكر الجزيل لمن كان له الفضل الكبير بعد الله سبحانه وتعالى في إنجاز هذا البحث وإتمامه، وهو فضيلة الأستاذ الدكتور: عبد السلام عبد القادر، الذي تحمّل أعباء الإشراف على هذه الرسالة، رغم كثرة مشاغله والتزاماته، وقد سهر على قراءتها وتصحيحها، ولم يبخل عليّ بالنصائح والتوجيهات. فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما أتقدم بالشكر والتقدير أيضا للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة، أشكرهم على قبولهم مناقشة هذه الأطروحة، وأشكرهم على ما بذلوه من جهود في قراءتها وتصحيحها وتقويمها.

والشكر موصول أيضا لكل من قدم لي يد العون من قريب أو بعيد، ولو بالكلمة الطيبة.

إفداء

إلى الوالدين الكريمين، حفظهما الله، وأدام عليهما الصحة والعافية.

إلى زوجتي التي شاركتني حياتي، ووقفت بجاني في السراء والضراء.

إلى ولديّ الحبيبين: مرام، فراس.

أهدي هذه الرسالة.

قائمة المختصرات

ص = الصفحة.

ج = جزء

مج = مجلد.

ع = عدد.

ت = توفي.

ط = طبعة

(د.ط) = دون طبعة.

(د.ت) = دون تاريخ الطبعة.

ه = السنة الهجرية.

م = السنة الميلادية، إذا جاءت بعد العدد (2017م).

م = المادة، إذا جاءت قبل العدد (م15)، أي المادة 15.

ف = الفصل، مثلا (ف18)، أي الفصل 18.

م.س = مصدر سابق، أو مرجع سابق.

ج.ر = الجريدة الرسمية.

غ.أ.ش = غرفة الأحوال الشخصية.

غ.ج = الغرفة الجنائية.

غ.ق.خ = غرفة القانون الخاص.

الخط المائل (/) الذي يكون بين عددين، هو إما للفصل بين الجزء والصفحة، مثلا: 20/3، الجزء 3،

والصفحة 20. ويستعمل أيضا للفصل بين المادة وفقرتها، مثلا: 2/15، أي المادة

15 فقرة 2.

éd = édition.

Op. cit = références précédente.

P = page.

مقدمة

إنّ الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه، وسلم تسليماً كثيراً.
أما بعد.

فإنّ عقد الزواج يعتبر من أهمّ العقود التي يبرمها الإنسان في حياته، وقد سماه الله عزّ وجلّ في القرآن الكريم بالميثاق الغليظ، فقال سبحانه: ﴿وَأَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ [النساء، 21]. وذلك لما ينتج عنه من آثار مهمة؛ سواء كانت شرعية وقانونية، أو نفسية واجتماعية، أو مالية واقتصادية. وهي آثار لا تخص الزوجين فقط؛ بل تتعدى لتشمل الأقارب والأولاد، وتمتد لتعم المجتمع بأسره. إذ أن نجاح الأسرة واستقرارها ينعكس إيجاباً على استقرار المجتمع وتماسكه، والعكس بالعكس.

ولكن استقرار الأسرة واستمرارها يتوقف على مدى النجاح والتوفيق في إبرام عقد الزواج الذي هو بداية تكوين الأسرة. والنجاح في إبرامه يبدأ من حسن اختيار الزوجين لبعضهما، ورضا كل طرف بالارتباط بصاحبه عن قناعة واختيار، مع توافر أركان وشروط العقد من إيجاب وقبول، وصدق وولي وشاهدين.

والركن المتفق عليه في هذا العقد هو التراضي، أي تحقق رضا كل من الزوجين والولي -عند من يقول بوجود رضا الولي- فبدون الرضا لن تتحقق الغاية من الزواج، وهي السكينة والمودة والرحمة، التي أشار إليها القرآن في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [الروم، 21]. فلا يُتصور أن تنشأ المودة والرحمة، وأن يتحقق السكون النفسي بين الزوجين إذا لم يتم زواجهما عن تراضٍ منهما.

ولمّا كان الرضا أمراً نفسياً باطنياً، فلا يمكن معرفته والاطلاع عليه إلا إذا أظهره صاحبه وأخبر به غيره، وذلك بالتعبير عنه بإحدى طرق التعبير، كالكلام والكتابة والإشارة. وهذا التعبير هو المسمى بالصيغة، أو الإيجاب والقبول. وهو ركن في عقد الزواج بلا خلاف بين المذاهب الفقهية أو القوانين الوضعية، وإنما الخلاف في كونه الركن الوحيد أم أن هناك أركاناً أخرى معه.

والإيجاب والقبول الصادران عن الزوجين أو من يمثلهما، وإن كانا يدلان على الرضا في الظاهر، إلا أن الأصل في هذا الرضا الظاهري هو مطابقته للرضا النفسي الباطني مطابقة تامة. لكن هناك بعض الحالات الاستثنائية، يكون فيها التعبير مخالفا تماما لما في النفس، وهنا ينعدم الرضا الباطني، كما في حالة التعبير الصادر من عديم الأهلية، أو النائم وغيرها من حالات انعدام الرضا والإرادة.

كما أن هناك حالات أخرى لا يُترجم فيها التعبير حقيقة ما في النفس ترجمة دقيقة. ورغم ذلك لا ينعدم الرضا بالكلية؛ بل يبقى أصله موجودا؛ لكنه يكون فاسدا ومعيّبا. ومثال ذلك أن يصدر الإيجاب والقبول عن غلط، أو تحت تأثير الإكراه، أو بسبب التغير أو الاستغلال.

وهذه الحالات الأخيرة هي ما يسمى بعيوب الرضا أو عيوب الإرادة، وهي التي ستكون موضوع دراستي في هذا البحث، الموسوم بعنوان: **عيوب الرضا في عقد الزواج، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**. حيث سأتناول فيه دراسة تلك العيوب ومدى تأثيرها في عقد الزواج، وما يتعلق بها من أحكام وآثار تختص بهذا العقد.

وسيكون هذا البحث عبارة عن دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. أما الفقه الإسلامي فسأقتصر فيه على آراء المذاهب الأربعة، وهي: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، باعتبارها أشهر المذاهب الفقهية وأكثرها انتشارا في العالم العربي والإسلامي، مع إمكانية الإشارة إلى آراء المذاهب الأخرى إذا كانت لها أهمية خاصة في الموضوع، كأن تكون القوانين محل الدراسة قد أخذت بها مثلا.

أما القانون الوضعي فسأقتصر فيه على ثلاثة قوانين عربية، وهي القانون الجزائري والمغربي والأردني. أما اختياري للقانون الجزائري فبحكم انتمائي لهذه الدولة.

أما القانون المغربي فاخترتُه كنموذج عن قوانين المغرب العربي، خاصة وأن مدونة الأسرة المغربية الصادرة بالقانون رقم: 03-70، المؤرخة في: 2004/02/03م، هي أحدث قوانين الأحوال الشخصية في المنطقة، وقد تضمنت مواد خاصة بموضوع عيوب الرضا في الزواج.

وأما القانون الأردني فاخترتُه كنموذج عن قوانين المشرق العربي، خاصة وأن قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم: 36 لسنة 2010م، المؤرخ في: 2010/9/26، هو أحدث هذه القوانين في المنطقة. كما أنه أكثرها تفصيلا، خاصة في المسائل المرتبطة بالبحث، كتزويج القُصّر والمعاقين عقليا، والتفريق للعيوب الزوجية، وفقد الكفاءة، والإخلال بالشروط الاتفاقية. كما أن لكل واحد من القانونين المغربي والأردني مرجعية فقهية مختلفة عن الآخر؛ فالأول يأخذ غالبا بالمذهب المالكي، والثاني يأخذ غالبا بالمذهب الحنفي، مما يجعل دراستهما مفيدة في باب المقارنة.

أولاً - إشكالية البحث

لقد أغفل القانون الجزائري والأردني النص بشكل صريح وواضح، على جميع عيوب الرضا في عقد الزواج، وكل ما فيهما هو مجرد إشارات تحتل أكثر من تفسير، أو أنها نصوص خاصة ببعض صور تلك العيوب دون أن تستوعب كل العيوب، ولا جميع صور العيب الواحد، كنص قانون الأسرة الجزائري على تدليس الزوج في صفة التعدد (م8 مكرر)، ونص قانون الأحوال الشخصية الأردني على فساد الزواج بالإكراه (م31/ز)، ونصه على التغير في الكفاءة (م22/ب).

أما مدونة الأسرة المغربية فقد نصت على موضوع عيوب الرضا في عقد الزواج بشكل مباشر؛ ولكنها خصصت له نصين فقط (م63، 66)، وهما مجملان لا يكفيان لاستيعاب الأحكام التفصيلية التي يحتاجها الموضوع، كما هو الحال في القوانين المدنية المنظمة للعقود المالية، كما أنهما اقتصرتا على عيين فقط هما الإكراه والتدليس، دون أية إشارة لبقية العيوب.

وهذا يعني أن موقف هذه القوانين الوضعية من عيوب الرضا في الزواج غير واضح؛ إذ أن ذلك الإغفال أو الإجمال والاختصار، والاختصار على عيب أو عيين دون بقية العيوب، يحتمل عدّة تفسيرات:

- فإما أن عقد الزواج لا يتأثر بهذه العيوب المغفلة أصلاً، وبالتالي فلا فائدة من النص عليها، وهذا الاحتمال بعيد؛ نظراً للأهمية الخاصة التي تكتنف ركن الرضا في عقد الزواج.

- وإما أن عقد الزواج يتأثر بعيوب الرضا، وأنه تنطبق على هذه الأخيرة الأحكام العامة الواردة في القوانين المدنية باعتبارها الشريعة العامة. ولكن هذا الاحتمال والتفسير لا يستقيم أيضاً على إطلاقه؛ لأن الأحكام العامة الواردة في القوانين المدنية إنما وُضعت لتناسب مع العقود المالية، أما عقد الزواج فهو ذو طبيعة شخصية، وله أحكام خاصة تميزه عن بقية العقود، ولا أدلّ على ذلك من إفراده بتشريع مستقل. وهذا ما يجعل القواعد المدنية إما غير صالحة مطلقاً للتطبيق على عقد الزواج، أو أنها تحتاج على الأقل لشيء من التكييف والتعديل حتى تتناسب معه.

- والاحتمال الثالث أن عقد الزواج يتأثر بعيوب الرضا؛ ولكن الأحكام التي تُطبق بشأنها هي أحكام الفقه الإسلامي؛ لأنّ أحكام هذا العقد مستمدة أصلاً من الشريعة الإسلامية في كافة القوانين العربية المتعلقة بالأسرة والأحوال الشخصية، وفي حالة عدم وجود النص القانوني، فقد أحالت هذه القوانين صراحة إلى أحكام الشريعة الإسلامية عموماً، أو إلى مذهب من المذاهب الفقهية على وجه التحديد. وهذا الاحتمال يقتضي معرفة الآراء الفقهية التي قيلت في هذا الموضوع من جهة، ثم اختيار

وترجيح أحد هذه الآراء من جهة ثانية. علما بأن هذا الموضوع هو محل اختلاف فقهي كبير خاصة بين الحنفية والجمهور؛ بل ويمتد الخلاف أحيانا إلى داخل المذهب الواحد.

ومن خلال ما سبق ذكره يمكن صياغة إشكالية البحث كالآتي: إلى أي مدى يمكن لعقد الزواج أن يتأثر بعيوب الرضا؟ أو بتعبير آخر: هل يتأثر عقد الزواج بكل عيوب الرضا؟ وما هي الأحكام الواجبة التطبيق على العيوب التي يتأثر بها؟

وهذه الإشكالية تتفرع عنها عدة تساؤلات فرعية، على النحو الآتي:

- 1- ما هي عيوب الرضا التي يتأثر بها عقد الزواج؟ وما هي العيوب التي لا يتأثر بها؟
- 2- هل تُطبق الأحكام العامة لعيوب الرضا في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على عقد الزواج كما هي؟ أم أن طبيعة عقد الزواج المتميزة تفرض تطبيق أحكام خاصة تناسبه؟
- 3- ما هي الآثار المترتبة على عقد الزواج المشوب بإحدى عيوب الرضا المؤثرة فيه؟

ثانيا- أهمية الموضوع

إنّ موضوع عيوب الرضا في عقد الزواج له أهمية كبيرة، من الناحيتين النظرية والعملية.

1- فمن الناحية النظرية يعتبر موضوع عيوب الرضا من أهم موضوعات نظرية العقد؛ لأنه يتعلق بركن التراضي الذي يعتبر ركنا في كل العقود؛ بل يعتبر الركن الوحيد في عقد الزواج عند بعض المذاهب الفقهية كالحنفية، وكذا القوانين العربية محل الدراسة. ولذلك فإنّ دراسة ما يتعلق بسلامة الرضا وحلّوه من تلك العيوب له أهمية كبيرة بقدر أهمية ركن التراضي نفسه.

2- أما الأهمية العملية لموضوع البحث فتتمثل في أنّ هذه العيوب إذا وُجدت في عقد الزواج، وقيل بتأثيرها فيه، فإنّ ذلك قد يؤدي إلى قطع استمرارية هذا العقد بالفسخ أو التفريق، وهذا أمر بالغ الخطورة بالنسبة للزوجين وغيرهما، ويزداد الأمر خطورة إذا تمّ الدخول وترتب على ذلك حمل وأولاد.

فعندئذ تتعارض المصالح وتتداخل معها المفسدات، فيصعب جدًّا الترجيح بينها، فيحتار من تعيَّب رضاه من الزوجين في اتخاذ القرار، والاختيار بين الفراق والاستمرار في هذا الزواج. كما يصعب على الفقيه والمشرّع إيجاد الحكم المناسب لتنظيم هذه العيوب بما يحقق المصالح ويدفع المفسدات عن الزوجين والأولاد. وهذا ما يستدعي دراسة هذا الموضوع بدقة، للوصول إلى تحديد الأحكام المناسبة له.

ثالثاً- أسباب اختيار الموضوع

إنّ اختياري لهذا الموضوع يرجع لعدّة أسباب، أهمها ما يأتي:

- 1- الأهمية التي يكتسيها هذا الموضوع، وقد سبق بيانها.
- 2- غياب دراسة فقهية وقانونية مقارنة تبرز جميع جوانب هذا الموضوع، وتجلّي ما غمض منه، كما سيأتي بيانه في الدراسات السابقة. خاصة وأنه لم يحض بالاهتمام حتى من قِبَل قوانين الأحوال الشخصية.
- 3- التعديلات التي أُدخلت على قوانين الأحوال الشخصية، والتي أعطت موضوع الرّضا في الزواج عناية أكبر من السابق، كالنص على رضائية عقد الزواج، ومنع ولاية الإجماع، وتشديد القيود المتعلقة بتزويج القُصّر. ومع ذلك تبقى هذه التعديلات غير كافية في الموضوع لمحدوديتها من جهة، وغموضها من جهة ثانية.
- 4- كثرة الوقوع في عيوب الرّضا عند إبرام عقد الزواج في ظل الواقع الذي نعيشه اليوم، حيث ضعف الوازع الديني لدى الناس، وسيطرت المظهرية والمادية على تفكير كثير منهم؛ سواء في ذلك الرجال والنساء؛ فبعض النساء يلجأن بدافع الرغبة في الزواج، وخوفاً من العنوسة المتفشية إلى الاحتيال والتدليس للظفر بزواج المستقبل. وبعض الرجال في المقابل يهتمون بهذا الوضع لإيقاع النساء ضحية للتغيير. وقد يلجأ بعض الأولياء لحمل بناتهم على الزواج بالإكراه؛ بدعوى الخوف عليهن من الفساد الأخلاقي المنتشر في المجتمع، أو بسبب الفقر الذي تعيشه بعض الأسر وغير ذلك.

رابعاً- أهداف البحث

إنّ غرضي من دراسة هذا الموضوع هو تحقيق الأهداف الآتية:

- 1- الإجابة عن الإشكالية التي يطرحها موضوع البحث، وذلك بتحديد العيوب التي تؤثر في عقد الزواج والعيوب التي لا تؤثر فيه، وبيان الأحكام التي تنطبق عليها.
- 2- معرفة التوجهات التي سلكتها المذاهب الفقهية أو القوانين الوضعية في معالجة هذه العيوب، مع بيان الراجح منها.
- 3- معرفة أوجه الشبه والاختلاف بين مذاهب الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية محل الدراسة، في دراستها لمسائل هذا الموضوع.
- 4- إبراز مدى تأثر القوانين الوضعية بمذاهب الفقه الإسلامي في هذا الموضوع.
- 5- إظهار الجديد الذي جاءت به التعديلات التي أدخلت على القوانين، أو ما تضمنته القوانين الجديدة محل الدراسة.

6- المساهمة العلمية في إثراء البحث العلمي، وخاصة في مجال الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون، وبالأخص في الأحوال الشخصية.

خامسا- الدراسات السابقة

من خلال بحثي في هذا الموضوع وجدت عددا من الدراسات السابقة، وهي كالاتي:

1- آثار عيوب الرضا على عقد الزواج: بلعربي خالدية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق بجامعة الجزائر 1، سنة 2015م.

وهذه المذكرة درست فيها الباحثة ثلاثة عيوب هي الإكراه والتدليس والغلط، ولم تتعرض لعيب الغبن. كما أنها درست الموضوع من الناحية القانونية، واقتصرت فيه على القانون الجزائري دون سواه. ومع أنها تعرضت لموقف الفقه الإسلامي من الموضوع؛ إلا أن ذلك جاء بشكل مختصر جدا؛ بل تضمن أخطاءً علمية جسيمة، كنسبتها إلى المذاهب الفقهية أقوالا لم يقولوا بها أصلا، وذلك في أهم الأحكام المتعلقة بالموضوع. ومن ذلك مثلا نسبتها القول بفساد عقد الزواج بالإكراه للحنفية (ص.61)، رغم أن مذهبهم هو تصحيحه. كما نسبت للمالكية القول بعدم لزوم عقد الزواج بالإكراه (ص.65)، مع أن المشهور عندهم بطلانه... وغيرها من الأخطاء التي يرجع السبب فيها إلى أنها لم ترجع أصلا إلى مصادر الفقه الإسلامي، واكتفت بالنقل عن كتب المعاصرين.

2- أثر الإكراه في عقد النكاح، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية الأردني: أسامة ذيب مسعود، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع من كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية بنابلس، فلسطين، سنة: 2006م.

وهذه الرسالة تناول فيها الباحث أحد عيوب الرضا وهو الإكراه دون بقية العيوب، كما أنه اقتصر من الناحية القانونية على القانون الأردني القديم، ولم تكن دراسته مقارنة في الحقيقة؛ لأنه اكتفى بعرض النصوص القانونية فقط. كما أنه خاض في مسائل كثيرة خارجة عن الموضوع، كالإكراه على الطلاق والرجعة والخلع والظهار... أما ما يتعلق بصلب الموضوع، وهو أثر الإكراه على عقد الزواج فلم يتجاوز الكلام عنه عدة صفحات.

3- التغير في النكاح، دراسة فقهية مقارنة: علي أبو البصل، بحث منشور على شبكة الألوكة (www.alukah.net)، طبعة 2013م.

وهذا البحث اقتصر أيضا على عيب واحد، وقام بدراسته في الفقه الإسلامي دون القانون الوضعي. وقد تناول البحث موضوع التغير بشكل عام، بحيث يشعر القارئ في أكثر المسائل أنّ الموضوع يتعلق بالتغير بوجه عام، وليس بالتغير في الزواج.

4- أحكام صور التدليس المعاصرة في عقود الزواج، دراسة فقهية مقارنة: بسام موسى النزلي، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، سنة: 2010م.

5- أثر التغيير على عقد النكاح: رحمة محمود عبد الله، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، سنة: 2011م.
وهذه الرسالة والتي قبلها تحتصان أيضا بعيب واحد هو التغيير، ودراسته اقتصر على الفقه الإسلامي دون التعرض للقانون الوضعي.

6- التغيير وأثر في عقد النكاح بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة: بسمة عثمان، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة المسيلة، الجزائر، سنة: 2016م.
وهذه المذكرة كسابقتها، إلا أنها أضافت للموضوع دراسته في قانون الأسرة الجزائري.

ومن خلال استعراض الدراسات السابقة وما فيها إجمالاً، يمكنني القول بأن دراستي لهذا الموضوع تختلف عن سابقتها في عدة جوانب، على النحو الآتي:

- فَصَّلَت هذه الدراسة في الموضوع أكثر من الدراسات السابقة، وخاصة ما تعلق بعيب الإكراه والتغيير، وصورهما، وكيفية إثباتهما، وحكم العقد المشوب بهما، والآثار المترتبة عليه.

- تَطَرَّقَت إلى مسائل لم تتناولها تلك الدراسات أصلاً، كبيان أحكام الغلط والغبن والاستغلال في الزواج، وضوابط ممارسة ولاية الإجمار، وإثبات الإكراه في الزواج، وآثار الزواج المشوب بالإكراه.

- دَرَسَت الموضوع دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، واعتمدت في هذا الأخير على أكثر من قانون، بينما الدراسات السابقة لم تكن في أغلبها مقارنة، بحيث اقتصر على الفقه أو القانون، أما الدراسات التي قارنت بينهما فاقتصر على قانون واحد.

- كما اهتمت في هذا البحث بإيراد كل ما يتعلق بموضوعه من الآيات والأحاديث وآثار الصحابة والتابعين، مع تخرج ذلك كله، وبيان درجة الأحاديث والآثار كلما أمكن ذلك، وهذا ما غاب في أكثر الدراسات السابقة، أو جاء بشكل محتشم ومحدود.

- حرصت على نسبة الأقوال والآراء الفقهية إلى أصحابها؛ وذلك بالرجوع إلى المصادر الفقهية لكل مذهب، والنقل منها مباشرة دون واسطة، وذلك لتحقيق الأمانة العلمية، وتجنباً للأخطاء التي وقعت فيها بعض الدراسات السابقة بنسبتها إلى المذاهب الفقهية ما لم تقل به.

سادسا- منهج البحث

اعتمدت في دراسة موضوع هذا البحث على المناهج الآتية:

1- **المنهج الوصفي:** وذلك عند سرد مختلف الآراء الفقهية التي قيلت في مسائل البحث، أو عند عرض النصوص القانونية المتعلقة بتلك المسائل.

2- **المنهج التحليلي:** واعتمدته في تحليل آراء الفقه الإسلامي بمذاهبه الأربعة، ومواقف القوانين الوضعية محل الدراسة. وهذا في كل مسألة من مسائل البحث؛ وذلك لمعرفة طبيعة تلك الآراء والمواقف، ومبرراتها والأسس التي بُنيت عليها، والأدلة التي استند إليها.

3- **المنهج المقارن:** واعتمدته من خلال المقارنة بين المذاهب الفقهية أولاً، والمقارنة بين القوانين الوضعية محل الدراسة ثانياً، ثم المقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية ثالثاً. وذلك لمعرفة الرأي الراجح في كل من الفقه والقانون من جهة، ومعرفة أوجه الشبه والاختلاف بين الفقه والقانون من جهة أخرى. وقد آثرت أن تكون هذه المقارنة تزامنية في كل جزئية؛ بحيث أعرض المسألة في الفقه والقانون ثم أقرن بينهما. وميزة هذه الطريقة أنها تُساعد القارئ على الفهم، وتُجنب الباحث التكرار.

كما اتبعت في إنجاز هذا البحث الخطوات المنهجية الآتية:

- أُقدم في عرض مسائل البحث الفقه الإسلامي على القانون الوضعي. وقد اعتمدت في عرض المذاهب الفقهية والقوانين الوضعية على الترتيب التاريخي؛ حيث أقدم المذهب الحنفي، فالملكي، فالشافعي، ثم الحنبلي. كما أقدم القانون الجزائري فالمغربي ثم الأردني، على أساس تاريخ صدور قوانين الأحوال الشخصية في هذه الدول. ولا أخرج عن هذا الترتيب إلا لضرورة السياق.

- قُمت بتخريج الآيات في المتن، للتخفيف على الهوامش. أما الأحاديث والآثار فخرجتها في الهامش؛ فإن كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بتخرجه منهما؛ وإلا خرجته من المصادر الأخرى، كالسنن الأربعة ومسنند أحمد وموطأ مالك وغيرها. كما قمت ببيان مرتبة الحديث في الغالب.

- بدأت في توثيق المصادر والمراجع بذكر عنوان الكتاب ثم اسم مؤلفه، ثم بقية معلومات النشر، وعندما يتكرر المصدر أكتفي بذكر عنوانه ثم الجزء والصفحة؛ وهذه الطريقة هي الأسهل استخداماً، والأكثر اختصاراً.

- قمت بترجمة الأعلام غير المشهورين، الواردة أسماءهم في المتن، ممن لهم رأي في مسائل البحث، أما من كان مشهوراً كالصحابة والتابعين، وأئمة المذاهب الأربعة، فلم أترجم لهم.

سابعاً- صعوبات البحث

واجهتني في إنجاز هذا البحث عدّة صعوبات، أهمها ما يأتي:

1- تشتت مادة البحث في مصادر الفقه الإسلامي بين كتب أصول الفقه، والكتب الفقهية وكتب الفتاوى. وما كان منها في كتب الفقه العامة فهي مفرقة في عدّة مواضع وأبواب، ككتاب الإكراه، وأبواب العقود والشروط والخيارات المتعلقة بها، وأبواب الطلاق والتفريق والفسخ، وأبواب الدعاوى والبيّنات.

2- قلة المصادر والمراجع القانونية التي تناولت الموضوع، وما وُجد منها فهو مختصر جدا لا يتجاوز عدة صفحات. وما ذُكر من الدراسات السابقة فهو في الغالب الأعم يتعلق بالفقه الإسلامي.

ثامناً- عناصر البحث (الخطّة)

قسمت هذا البحث إلى مبحث تمهيدي وفصلين:

أما المبحث التمهيدي فخصصته لبيان حقيقة الرضا في عقد الزواج، فعرّفت فيه الرضا وبيّنت عناصره ومتعلقاته في الزواج، ومكانته فيه، ثم تطرقت لوجوده والتعبير عنه، وما يشترط لصحته من توافر الأهلية وخلوه من العيوب، ثم عرفت عيوب الرضا وتناولت منها عيب الغلط والغبن والاستغلال بشيء من التفصيل.

وأما الفصل الأول فخصصته لعيب الإكراه، وقسمته إلى ثلاثة مباحث؛ تناولت في الأول تعريف الإكراه وأركانه وشروطه وأنواعه، وتناولت في الثاني صور الإكراه؛ المشروع وغير المشروع، وقصدت بالمشروع ولاية الإيجاب وما يتعلق بها من أحكام وضوابط. ثم تناولت في المبحث الثالث أحكام الزواج المشوب بالإكراه، فبيّنت حكم العقد نفسه من حيث الصحة والبطلان، وبيّنت كيفية إثبات الإكراه، وما يتعلق بزواج الإكراه من آثار، بخصوص الدخول والمهر النسب وغير ذلك.

أما الفصل الثاني فخصصته لعيب التغير، وقسمته أيضا إلى ثلاثة مباحث؛ الأول يتناول حقيقة التغير من حيث تعريفه، وبيان أركانه وشروطه وأنواعه. والثاني يتناول صور التغير، أي التغير في ذاتية الزوجين، وفي موانع الزواج، وفي الكفاءة، والعيوب الزوجية، والصفات المشتركة. وتناول المبحث الثالث أحكام التغير في الزواج، بحيث تطرق إلى حكم العقد المشوب بالتغير، وكيفية إثبات حصول التغير فيه، والأحكام المتعلقة بخيار التغير، وأخيرا الآثار المترتبة على هذا العقد.

وختتمت البحث بخاتمة بيّنت فيها أهم النتائج المتوصل إليها، مع بعض الاقتراحات المتعلقة بالموضوع.

المبحث التمهيدي

حقيقة الرضا في عقد الزواج

قبل أن أتكلم عن عيوب الرضا المؤثرة في عقد الزواج، وما يتعلق بها من أحكام تفصيلية، أردت أن أمهد قبل الخوض في تلك التفاصيل، بمبحث تمهيدي أبين فيه حقيقة الرضا في عقد الزواج. بحيث أتكلم عن مفهومه ومكانته ومتعلقاته، ثم أبين وجوده والتعبير عنه، ثم شروط صحته وعيوبه، وما يؤثر من تلك العيوب في عقد الزواج وما لا يؤثر فيه.

ولدراسة هذه المسائل أقسم هذا المبحث لثلاثة مطالب؛ أخصص الأول لمفهوم الرضا في الزواج، والثاني لوجوده والتعبير عنه وصحته، وأخصص الثالث للعيوب المؤثرة وغير المؤثرة في الزواج.

المطلب الأول

مفهوم الرضا في عقد الزواج

سأتكلم في هذا المطلب عن تعريف الرضا (الفرع الأول)، ومتعلقاته في عقد الزواج (الفرع الثاني)، ثم أبين مكانته في هذا العقد (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف الرضا

سأتكلم في هذا الفرع عن تعريف الرضا في كل من اللغة والفقهاء الإسلامي والقانون الوضعي.

أولاً- تعريف الرضا في اللغة

الرِّضَا لغة: من رَضِيَ رِضًا أو رَضِيَ (بألف ممدودة أو مقصورة)، وَهُوَ رَاضٍ. والرَّاءُ وَالضَّادُ وَالْحَرْفُ الْمُعْتَلُّ أَصْلٌ وَاحِدٌ يَدُلُّ عَلَى خِلَافِ السُّخْطِ⁽¹⁾. فالرضا في اللغة يأتي بمعنى سرور القلب، وانسراح الصدر، وطيب النفس وارتياحها، وهو ضد السُّخْطِ والكراهية. فالرِّضَا والسُّخْطُ مِنْ صِفَاتِ الْقَلْبِ، وَإِذَا رَضِيَتْ النَّفْسُ عَنْ شَيْءٍ أَحَبَّتْهُ، وَاسْتَحْسَنَتْهُ، وَأَقْبَلَتْ عَلَيْهِ⁽²⁾.

(1) ينظر: مقاييس اللغة: أحمد بن فارس، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الفكر، (د.ط)، 1979م، 402/2.

(2) ينظر: لسان العرب: محمد بن منظور، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ، 323/14-324.

ويأتي أيضا بمعنى الاختيار والقَبُول، يُقال: رَضِيْتُ الشَّيْءَ، وَرَضِيْتُ بِهِ رِضًا: أَي اخْتَرْتَهُ وَقَبَلْتَهُ، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَرَضِيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا ﴾ [المائدة، 3].

ورضيه لهذا الأمر: رآه أهلا له. وارتضاه لصحبته وخدمته: اختاره ورآه أهلاً لذلك⁽¹⁾.
والتراضي تفاعلٌ من الرضا، وتراضياها: وقع به التراضي. وتراضوا بينهم، أي أظهر كل واحدٍ منهم الرضا بصاحبه⁽²⁾. ومنه قوله تعالى: ﴿ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة، 232].

والفرق بين الرضا والتراضي: أن الرضا يكون من جانب واحد، أما التراضي فيكون من جانبيين فأكثر، لتضمنه معنى التفاعل والمشاركة⁽³⁾. فالتراضي «لا يتحقق إلا بوجود رضائين مرتبطين، فهو يتكون من عنصرين؛ الأول: وجود الرضا من كل من الطرفين. والثاني: ارتباطهما.»⁽⁴⁾

ثانيا- تعريف الرضا في الفقه الإسلامي

كلامي هنا سيكون عن تعريف الرضا عند الفقهاء، أي في مجال التصرفات الشرعية. أما الرضا في مجال علم العقيدة والكلام فليس محله هذا البحث⁽⁵⁾.

1- تعريف الرضا عند الحنفية: عرف الحنفية الرضا بقولهم: «الرضا نهاية الاختيار، بحيث يُفْضِي أثره إلى الظاهر، من ظهور البشاشة في الوجه ونحو ذلك.»⁽⁶⁾ فالحنفية يفرقون بين الاختيار الذي هو: «القصد إلى الشيء وإرادته.» والرضا الذي هو: «إيتار الشيء واستحسانه.»⁽⁷⁾
إذن فالرضا عندهم أعلى درجات الاختيار؛ ولذلك قد يكون الشخص مختارا لشيء وهو غير راضٍ به؛ فوجود الاختيار لا يستلزم بالضرورة وجود الرضا، فالمكره عندهم مثلا مختار لما أكره عليه،

(1) ينظر: تاج العروس من جواهر القاموس: محمد مرتضى الزبيدي، تحقيق: عبد الستار أحمد فراج، مطبعة حكومة الكويت، (د.ط)، 1965م، 158/38-159؛ المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مكتبة الشروق الدولية، ط4، 2004م، ص.351.

(2) ينظر: تاج العروس، م.س، 158/38-159؛ المعجم الوسيط، م.س، ص.351.

(3) ينظر: حاشية ابن عابدين: محمد الأمين الشهير بابن عابدين، تحقيق: عادل أحمد عبد المقصود، علي محمد عوض، دار عالم الكتب، الرياض، (د.ط)، 2003م، 18/7؛ مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني: علي محي الدين القره داغي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط3، 2008م، 190/1-191.

(4) التراضي في عقود المبادلات المالية: السيد نشأت إبراهيم الدريني، دار الشروق، جدة، السعودية، ط1، 1982م، ص.49.

(5) قلت هذا الكلام لأن بعض من تناول تعريف الرضا في الاصطلاح الفقهي، يورد تعريف المتكلمين دون أن يبين ذلك، كتعريفه بالقول: «الرضا: سرور القلب بمجر القضاء.» فهذا تعريف للرضا في مجال العقيدة، أي الرضا بالقضاء والقدر. وهذا هو التعريف الذي تداولته كتب المعاجم والمصطلحات. ينظر مثلا: التعريفات: علي الشريف الجرجاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1983م، ص.111؛ التعريفات الفقهية: محمد عميم الإحسان البركتي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2003م، ص.105.

(6) شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه: مسعود بن عمر التفتازاني، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1996م، 389/2.

(7) شرح التلويح على التوضيح، م.س، 373/2؛ حاشية ابن عابدين، م.س، 19/7.

وليس راضيا به⁽¹⁾. وبناءً على هذا التفريق يكون الاختيار عندهم موجودا حتى مع وجود الإكراه والهزل والخطأ. أما الرضا فينعدم بوجود هذه الأمور⁽²⁾.

ويظهر من هذا التفريق أن الحنفية يعنون بالاختيار قَصْدَ التعبير (الإرادة الظاهرة)، ويعنون بالرضا قَصْدَ الأثر، أي الرغبة في الأثر الشرعي المترتب على التعبير (الإرادة الباطنة)⁽³⁾.

2- تعريف الرضا عند الجمهور

لم أجد من فقهاء الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة)، من عرف الرضا اصطلاحا. ولكن تصريحهم بأن الرضا والاختيار يُنافيان الإكراه، يقتضي أنهم لا يفرقون بين الرضا والاختيار⁽⁴⁾. وبالتالي يمكن القول بأن الرضا عند الجمهور بمعنى الاختيار، وهو قَصْدُ الفعل أو القول واختياره، دون أن يشوب ذلك إكراه⁽⁵⁾. أو هو القصد إلى إنشاء التصرف بإصدار العبارة الدالة عليه، طلبا لآثاره ورغبة فيها، بحيث تكون تلك العبارة ترجمة صادقة عما في النفس⁽⁶⁾.

إذن فالرضا والاختيار عندهم شيء واحد هو قصد التعبير والأثر معا، والأصل عندهم أن القصد إلى التعبير دون رغبة في الأثر والحكم المترتب عليه، لا عبرة به⁽⁷⁾. يقول ابن القيم⁽⁸⁾: «هَذَا الَّذِي قُلْنَا مِنْ أَعْتِبَارِ النِّيَّاتِ وَالْمَقَاصِدِ فِي الْأَلْفَاطِ، وَأَنَّهَا لَا تَلْزَمُ بِهَا أَحْكَامُهَا حَتَّى يَكُونَ الْمُتَكَلِّمُ

(1) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي: عبد العزيز البخاري، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997م، 538/4.

(2) جاء في كشف الأسرار، م.س، 391/4: «في الهزل والخطأ والإكراه أصل الاختيار موجود وإن عدم الرضا فيها بالحكم.» وجاء فيه أيضا، 551/4: «الإكراه مثل الهزل في تفويت الرضا.»

(3) ينظر: التراضي في عقود المبادلات المالية، م.س، ص.53؛ مبدأ الرضا في العقود، م.س، 224/1.

(4) يذكر فقهاء الجمهور أن من شروط المتعاقد أن يكون مختارا، أي راضيا طائعا غير مكره. يقول عبد الرحمن بن قدامة: «ولا يصح البيع إلا بشروط سبعة: أحدها التراضي به، وهو أن يأتي به اختياراً... فإن كان أحدهما مكرهاً لم يصح لعدم الشرط.» الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا، (د.ط، د.ت)، 05/4. وينظر: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: محمد بن عبد الرحمن المعروف بالخطّاب، دار الفكر، ط3، 1992م، 245/4؛ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: محمد بن أبي العباس الرملي، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1984م، 387/3.

(5) ينظر: مبدأ الرضا في العقود، م.س، 194/1؛ الموسوعة الفقهية الكويتية: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، دار السلاسل، الكويت، ط2، 1986م، 228/22.

(6) ينظر: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية: محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط)، 1996م، ص.193؛ أحكام المعاملات الشرعية: الشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط)، 2008م، ص.341.

(7) ينظر: التراضي في عقود المبادلات المالية، م.س، ص.54.

(8) ابن القيم: هو محمد بن أبي بكر الرُّزْعي الدمشقيّ، ولد ومات في دمشق (751-691هـ)، وهو أحد فقهاء الحنابلة المشهورين، وأحد كبار علماء المسلمين، تتلمذ على ابن تيمية ونشر كثيرا من كتبه وآرائه. ألف تصانيف كثيرة منها: إعلام الموقعين، والطرق الحكمية وغيرها. ينظر: الأعلام: خير الدين الزركلي، دار العلم للملايين، بيروت، ط5، 2002م، 56/6.

بِهَا قَاصِدًا لَهَا مُرِيدًا لِمُوجِبَاتِهَا، كَمَا أَنَّهُ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ قَاصِدًا لِلتَّكَلُّمِ بِاللَّفْظِ مُرِيدًا لَهُ، فَلَا بُدَّ مِنْ إِرَادَتَيْنِ: إِرَادَةَ التَّكَلُّمِ بِاللَّفْظِ اخْتِيَارًا، وَإِرَادَةَ مُوجِبِهِ وَمُقْتَضَاهُ؛ بَلْ إِرَادَةُ الْمَعْنَى آكْذُ مِنْ إِرَادَةِ اللَّفْظِ؛ فَإِنَّهُ الْمَقْصُودُ وَاللَّفْظُ وَسِيلَةٌ؛ هُوَ قَوْلُ أَيْمَةِ الْفُتُوَى مِنْ عُلَمَاءِ الْإِسْلَامِ.⁽¹⁾

ومما سبق يتبين أن الرضا عند الحنفية أخص من الرضا عند الجمهور؛ فمجرد القصد إلى تحقيق أمر معين يسمى رضا عند الجمهور، وإن لم يبلغ هذا القصد والاختيار غايته من البشاشة والسرور. في حين لا يسمى مجرد القصد رضا عند الحنفية إلا إذا تحقق الاستحسان والسرور⁽²⁾. كما أن الرضا عند الجمهور لا يتحقق إلا بقصد التعبير والأثر معا، أما عند الحنفية فيتحقق بقصد الأثر فقط.

والراجح هو تعريف الرضا وفق مفهوم الجمهور بأن يُقال: الرضا هو القصد المتجه نحو التعبير والأثر المترتب عليه⁽³⁾. فإذا لم يوجد القصد المشتمل للأمرين، فلا وجود للرضا أصلا، كعبارة المجنون والسكران. وإذا توجه القصد للتعبير دون الأثر فلا يُعتدّ به، كما في المكره والهازل ونحوهما⁽⁴⁾.

وسبب ترجيحي لتعريف الجمهور هو أنه يراعي الإرادتين الظاهرة والباطنة معا، بخلاف تعريف الحنفية. فالإرادة الظاهرة تتمثل في قصد التعبير، والباطنة تتمثل في قصد الأثر. والأصل أن الإرادة الظاهرة توافق الباطنة؛ فإذا عبر شخص عن إرادة شيء واختياره، فيفترض أنه راضٍ به باطنا. لكن إذا ظهر ما يدل على أن تلك العبارة لا توافق ما في النفس بسبب إكراه أو هزل أو سُكر، فالعبرة بالإرادة الباطنة عند الجمهور، خلافا للحنفية الذين يراعون الإرادة الظاهرة على حساب الإرادة الباطنة⁽⁵⁾، وخاصة في باب الزواج، حيث يصححون نكاح وطلاق المكره والخاطيء والهازل⁽⁶⁾.

- (1) إعلام الموقعين عن رب العالمين: ابن القيم، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1991م، 55/3.
- (2) ينظر: مبدأ الرضا في العقود، م.س، 194/1؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، م.س، 228/22. التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي: وحيد الدين سوار، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 1979م، ص.443 وما بعدها.
- (3) ينظر: مبدأ الرضا في العقود، م.س، 238/1.
- (4) هذه هي القاعدة العامة؛ ولكن ترد عليها بعض الاستثناءات التي تفرضها بعض الأدلة أو الظروف الخاصة، كإجراء بعض تصرفات الهازل (الزواج والطلاق...)، وإجراء تصرفات السكران الذي سكر بمحرم عقوبة له. ينظر: مبدأ الرضا في العقود، م.س، 238/1.
- (5) يُراجع للتفصيل: مبدأ الرضا في العقود، م.س، 1/205-238؛ التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، م.س، ص.422-440.
- (6) يقول الكاساني: «وَأَمَّا الطَّوْعُ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِحُجُوزِ النِّكَاحِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، فَيُحْجُوزُ نِكَاحُ الْمُكْرَهِ عِنْدَنَا. وَعِنْدَهُ لَا يُحْجُوزُ... وَكَذَلِكَ الْجِدُّ لَيْسَ مِنْ شَرَائِطِ حُجُوزِ النِّكَاحِ، حَتَّى يُحْجُوزَ نِكَاحُ الْهَازِلِ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ جَعَلَ الْجِدَّ وَالْهَزْلَ فِي بَابِ النِّكَاحِ سَوَاءً... وَكَذَلِكَ الْعَمْدُ عِنْدَنَا حَتَّى يُحْجُوزَ نِكَاحُ الْخَاطِئِ، وَهُوَ الَّذِي يَسْبِقُ عَلَى لِسَانِهِ كَلِمَةُ النِّكَاحِ مِنْ غَيْرِ قَصْدِهِ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ شَرْطٌ، وَالصَّحِيحُ قَوْلُنَا؛ لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالْخَطِئِ لَيْسَ إِلَّا الْقَصْدُ، وَأَنَّهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ لِحُجُوزِ النِّكَاحِ بِدَلِيلِ نِكَاحِ الْهَازِلِ.» بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: أبو بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1986م، 310/2.

ثالثاً- تعريف الرضا في القانون الوضعي

لم يرد تعريف الرضا في القوانين محل الدراسة؛ سواء منها المدنية أو الأحوال الشخصية. أما الفقه القانوني فكان مهتما بتعريف التراضي أكثر من اهتمامه بتعريف الرضا؛ بل هناك من يخلط بينهما⁽¹⁾، رغم وجود فرق واضح يميز الرضا عن التراضي. فالرضا يكون من جانب واحد، أما التراضي فيكون من جانبين أو أكثر، أي توافق رضائين أو أكثر⁽²⁾. ولذلك لن أذكر تلك التعريفات التي تعرف الرضا بمعنى التراضي؛ لأنها خطأ ظاهر. وسأكتفي بإيراد التعريفات التي تعتبر الرضا إرادة صادرة من جانب واحد.

فقد عرّفه ياسين الجبوري بأنه: «اتجاه الإرادة نحو أمر قانوني معين، بمعنى انعقاد العزم على إجراء العملية القانونية محل التعاقد.»⁽³⁾ وهذا التعريف يربط الرضا بمجال العقود، مع أنه يكون في كل التصرفات القانونية سواء كانت تعاقدية أو بالإرادة المنفردة. ولذلك عرفه السنهوري بمعنى عام لا ينحصر في مجال العقد، فقال بأن الرضا هو: «تحرك الإرادة إلى شيء معين وتعلقها به.»⁽⁴⁾ فالرضا وفق هذا التعريف هو الإرادة المتجهة نحو إجراء تصرف قانوني معين؛ سواء كان عقداً أو غيره، بحيث يقصد صاحبها إحداث الآثار القانونية المترتبة على ذلك التصرف⁽⁵⁾. إذن فالرضا بهذا المعنى هو أمر نفسي وإرادة باطنية كامنة في أعماق صاحبها؛ ولذلك لا يمكن الاطلاع عليها، ولا الاعتداد بها قانوناً، إلا بعد الإفصاح عنها بإحدى وسائل التعبير⁽⁶⁾، على أن يتجه قصد المعبر إلى إحداث الأثر القانوني.

- (1) خلط المشرع الجزائري في قانون الأسرة (قانون رقم: 84-11، المؤرخ في: 1984/6/9، ج.ر: 24، المعدل). بين الرضا والتراضي، حيث نص في المادة 1/10 على أنه: «يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين، وقبول من الطرف الآخر...» فهذا في الحقيقة هو معنى التراضي وليس الرضا. وفي الخطأ نفسه وقع قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر بتاريخ: 1932/3/9م، حيث عرف الرضا في المادة 178 بقوله: «الرضا في العقود هو اجتماع مشيئتين أو أكثر، وتوافقها على إنشاء علاقات إلزامية بين المتعاقدين.»
- (2) ينظر: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري: علي علي سليمان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط7، 2007م، ص.28. وقد عرّف القانون المدني اليمني (رقم: 14 لسنة 2002م، المؤرخ في: 10 إبريل 2002م) التراضي في المادة: 147 بقوله: «التراضي هو تعبير كل من طرفي العقد عن إرادته، وأن تكون الإرادتان متطابقتين.»
- (3) المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الأول: مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد: ياسين محمد الجبوري، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن، ط1، 2002م، ص.171؛ وينظر: مصادر الالتزام (القانون المدني في ثوبه الجديد): مصطفى محمد الجمال، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ط1، 1997م، ص.62.
- (4) نظرية العقد: عبد الرزاق السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط2، 1998م، 148/1.
- (5) ينظر: مبدأ الرضا في العقود، م.س، 241/1؛ الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام: عبد الرزاق أحمد السنهوري، تنقيح: أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الإسكندرية، (د.ط)، 2003م، 143/1.
- (6) جاء في المادة 1/33 من القانون المدني الكويتي (رقم: 67 لسنة 1980م، المؤرخ في: 1 أكتوبر 1980م، المعدل): «يلزم لوجود الرضا توافر الإرادة عند إجراء التصرف، وأن يحصل التعبير عنها.»

فالتعبير هو المظهر الخارجي الذي يعكس تلك الإرادة الموجودة في النفس؛ ولذلك عُرِفَ الرضا أيضا بالتركيز على هذا المظهر الخارجي فقيل: «الرضا هو إظهار الإرادة صراحة أو ضمنا، بالموافقة على عمل يقوم به الغير.»⁽¹⁾ فهو بهذا التعريف يعني التعبير عن إرادة الشخص، أي تلك الإرادة الظاهرة⁽²⁾. على أن هذا التعريف أيضا يشير إلى الرضا في مجال العقد من خلال عبارته الأخيرة. والفرق بين هذا التعريف وما سبقه، أن التعريفين السابقين يعتمدان على الإرادة الباطنة، بينما يعتمد التعريف الأخير على التعبير، أي الإرادة الظاهرة. وبالالتجاء الأول أخذت القوانين اللاتينية، وبالتجاء الثاني أخذت القوانين الجرمانية⁽³⁾. أما القوانين العربية فقد توسطت بين الاتجاهين، فأخذت بالإرادة الباطنة كأصل عام، مع مراعاة الإرادة الظاهرة أحيانا؛ لضمان استقرار المعاملات⁽⁴⁾. ووفقا لهذا الموقف يمكن القول بأن معنى الرضا في القوانين العربية محل الدراسة، هو تلك الإرادة الواعية التي يتم التعبير عنها، والمتجهة إلى إحداث أثر قانوني معين. فإذا كانت غير موجودة أصلا، كما هو الحال بالنسبة للمجنون والصبي غير المميز، فلا معنى للتعبير حينها، كما لا يُعتدُّ بالإرادة الموجودة والمعبر عنها، إذا كان قصد صاحبها غير متجه لإحداث الأثر القانوني، كإرادة الهازل⁽⁵⁾.

وبعد استعراض تعريف الرضا في كل من اللغة والفقه والقانون، يتبين لي ما يأتي:

- التعريف اللغوي للرضا أعم من التعريف الاصطلاحي؛ فالأول يشمل مجال التصرفات والقضاء والقدر وغير ذلك، أما الثاني فيختص بمجال التصرفات الشرعية والقانونية.
- الرضا في اللغة يطلق على اختيار الشيء أو استحسانه، وهذا يوافق تعريف جمهور الفقهاء، خلافا للحنفية الذين يفرقون بين الاختيار والرضا.
- الرضا في اللغة يختلف عن التراضي، فالأول يكون من جانب واحد، والثاني يكون من جانبين فأكثر، وهذا ما قرره فقهاء الشريعة أيضا؛ لكن كثيرا من القانونيين خلطوا بينهما.

(1) الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، موريث نخلة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، (د.ط)، 2001م، 192/3-193.

(2) ينظر: مبدأ الرضا في العقود، م.س، 241/1. والمادة 9 أسرة جزائري توحى بهذا المعنى، حيث جاء فيها: «ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين.» ومعلوم أن الذي يتبادله الزوجان هو الإيجاب والقبول، وهما تعبيران عن الإرادة، إذن فالرضا هو التعبير عن الإرادة.

(3) ينظر: مبدأ الرضا في العقود، م.س، 241/1-242؛ الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 149/1-152؛ شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام: محمد صبري السعدي، دار الهدى، الجزائر، ط2، 2004م، 92/1-99.

(4) صرح القانون المدني الكويتي بهذا الموقف، فقال في المادة 1/38: «إذا اختلف التعبير عن الإرادة مع حقيقة قصد صاحبه، كانت العبرة بالقصد...» وينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 152/1؛ شرح القانون المدني الجزائري، م.س، 98/1-99؛ النظرية العامة للالتزام لعللي علي سليمان، م.س، ص32؛ المبسوط في شرح القانون المدني، م.س، ج1، ص1، 187-190.

(5) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 144/1؛ شرح القانون المدني الجزائري، م.س، 80/1-81.

- التعريف الراجح للرضا في الفقه الإسلامي يتوافق مع ما ذهب إليه القوانين العربية محل الدراسة، فهو تلك الإرادة الواعية المعبر عنها، والمتجهة إلى إحداث الأثر الشرعي أو القانوني.

وبناءً على هذه النتيجة الأخيرة يمكنني القول بأن الرضا في عقد الزواج هو أن يكون كل من الزوج والزوجة أو من ينوب عنهما، قاصداً للتعبير عن إرادته ورغبته في الزواج، مع قصده وإدراكه لما يترتب على هذا التعبير من آثار شرعية وقانونية، كحل الاستمتاع، وثبوت النسب وغير ذلك. فإذا توفر هذان القصدان تحقق الرضا في الزواج، أي كان كل طرف راضياً به. وباجتماع الرضائين وتبادلتهما وتطابقهما يتحقق التراضي الذي ينعقد به الزواج.

ولا يُشترط لتحقيق هذا التراضي أن يكون الزوجان متحابين أو معجبين ببعضهما. فالرضا بالزواج شيء، والمحبة شيء آخر. فقد يتزوج الرجل امرأة لا يحبها، لكنه رضي بالزواج بها لسبب ما، كالطمع في مالها، أو شفقة عليها، فلا يؤثر ذلك في الرضا. فالزواج كعقد شرعي وقانوني لا يصنعه الحب، وإنما يصنعه التراضي⁽¹⁾.

الفرع الثاني

مُتَعَلِّقَاتُ الرِّضَا فِي عَقْدِ الزَّوْجِ

أقصد بمتعلقات الرضا تحديد أطراف الرضا في عقد الزواج، والعناصر التي ينصب عليها الرضا.

أولاً- أطراف الرضا في عقد الزواج

أقصد بأطراف الرضا في عقد الزواج الأشخاص الذين يُطلب رضاهم بالزواج. فهل هما الزوجان فقط؟ أم الزوج والولي؟ أم هؤلاء الثلاثة كلهم؟

وللجواب عن ذلك أقول بأن مذاهب الفقه الإسلامي مختلفة في تحديد هؤلاء الأطراف المطلوب رضاهم في الزواج⁽²⁾. وهذا الخلاف أضفى بظلاله أيضاً على القانون الوضعي. وبيان ذلك على النحو الآتي:

(1) ينظر: الأحوال الشخصية: الحامي بدوي حنا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 1998م، 31/2.

(2) يقول ابن رشد: «أما من المُعْتَبَرُ قَبُولُهُ فِي صِحَّةِ هَذَا الْعُقْدِ فَإِنَّهُ يُوجَدُ فِي الشَّرْعِ عَلَى صَرِيحٍ: أَحَدُهُمَا: يُعْتَبَرُ فِيهِ رِضَا الْمُنْتَاكِحِينَ أَنْفُسِهِمَا، أَعْنِي: الزَّوْجَ وَالزَّوْجَةَ؛ إِذَا مَعَ الْوَالِيِّ، وَإِنَّمَا دُونُهُ، عَلَى مَذْهَبِ مَنْ لَا يَشْتَرِطُ الْوَالِيَّ فِي رِضَا الْمَرْأَةِ الْمَالِكَةِ أَمْرَ نَفْسِهَا. وَالثَّانِي: يُعْتَبَرُ فِيهِ رِضَا الْأَوْلِيَاءِ فَقَطْ. وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَذَيْنِ الصَّرِيحَيْنِ مَسَائِلٌ اتَّفَقُوا عَلَيْهَا، وَمَسَائِلٌ ائْتَلَفُوا فِيهَا.» بداية المجتهد ونهاية المقتصد: محمد بن رشد الحفيد، دار الحديث، القاهرة، ط، 2004م، 32/3.

1- رضا الزوج

الأصل العام هو مراعاة رضا الزوج في عقد الزواج، إذا كان بالغاً عاقلاً. أما الصغير والمجنون فلا يُعتد برضاها، وإنما يزوجهما وليهما بلا استئذان. وهذا متفق عليه بين الفقهاء⁽¹⁾. وسيأتي تفصيل القول في تزويج الصغير والمجنون وضوابط ذلك، عند الكلام عن ولاية الإجماع من هذا البحث⁽²⁾.

2- رضا الزوجة

الأصل العام أيضاً هو مراعاة رضا المرأة في الزواج؛ باعتبارها أحد طرفي هذا العقد، ولا يُعقل أن يُعقد عليها بهذا الميثاق الغليظ، ويُفرض عليها العيش مع الزوج لسنوات طوال، دون أن يكون لها فيه رأي ولا رضا.

ولكن فقهاء المذاهب الأربعة استثنوا بعض الحالات التي يجوز فيها للولي تزويج من تحت ولايته من النساء دون استئذانهن، ولا مراعاة رضائهن. وهذه الحالات الاستثنائية هي محل اختلاف بين الفقهاء، فمنهم الموسع فيها ومنهم المضيق. وسيأتي تفصيلها حالة بحالة، مع ذكر أقوال الفقهاء وأدلتهم مع الترجيح، وذلك في الفصل الأول من هذا البحث عند الكلام عن ولاية الإجماع⁽³⁾.

وسأكتفي في هذا الموضوع بذكر كلامهم باختصار وإجمال، على النحو الآتي:

أ- يجب مراعاة رضا المرأة البالغة العاقلة إذا كانت ثيباً باتفاق الفقهاء⁽⁴⁾.

ب- لا عبرة برضا البكر الصغيرة بالاتفاق، واختلفوا في الثيب الصغيرة، فأوجب الشافعية استئذانها خلافاً لسائر الفقهاء، ويكون ذلك عند بلوغها، وبالتالي فلا تزوج قبل ذلك⁽⁵⁾.

ج- لا عبرة برضا المجنونة اتفاقاً؛ سواء كانت صغيرة أو كبيرة، بكر أم ثيباً⁽⁶⁾.

(1) يقول ابن رشد في بداية المجتهد، م.س: 33-32/3: «أما الرجال البالغون الأحرار المالكون لأمر أنفسهم، فإنهم اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم في صحّة النكاح». وينظر: بدائع الصنائع، م.س، 241/2؛ الأم: الشافعي، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، 1990م، 22/5؛ التوضيح لشرح الجامع الصحيح: عمر بن الملتن، تحقيق: دار الفلاح للبحث العلمي، نشر دار النوادر، دمشق، ط1، 2008م، 409/24؛ المحرر في الفقه على مذهب أحمد: ابن تيمية الجدي، مكتبة المعارف، الرياض، ط2، 1984م، 15/2.

(2) يراجع هذا البحث، ص. 125 وما بعدها.

(3) يراجع هذا البحث، ص. 132 وما بعدها.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 241/2؛ بداية المجتهد، م.س: 33/3؛ مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994م، 247/4؛ المغني: عبد الله بن قدامة المقدسي، تحقيق: عبد الله التركي، عبد الفتاح محمد الحلوة، دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1997م، 406/9.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 241/2؛ بداية المجتهد، م.س، 34/3؛ نهاية المحتاج، م.س، 230-229/6؛ المغني، م.س، 398/9.

(6) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 241/2؛ منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل: محمد بن أحمد عليش، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1989م، 272/3؛ الأم، م.س، 22-21/5؛ روضة الطالبين وعمدة المفتين: يحيى بن شرف النووي، تحقيق: عادل عبد الموجود، علي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، (د.ط)، 2003م، 437-436/5؛ المغني، م.س، 413-412/9.

د- اختلف الفقهاء في مراعاة رضا البكر البالغة العاقلة؛ فذهب الحنفية إلى وجوب رضاها بالزواج⁽¹⁾. وذهب الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة)، إلى عدم مراعاة رضاها، إذا كان المزوج لها وليا مجبرا، وهو الأب، وكذا الجد عند الشافعية. فإن كان المزوج لها غيرهما فلا بد من رضاها⁽²⁾.

3- رضا الولي

ذهب فقهاء المذاهب الأربعة إلى أن رضا الولي يكون مطلوبا في عقد الزواج في حالتين هما:

أ- الحالة الأولى: وهي عندما يتعلق الأمر بتزويج الصغار والمجانين، ذكورا كانوا أم إناثا، فلا بد من رضا الولي ومباشرته للعقد نيابة عنهم. وهذه الحالة متفق عليها بين الفقهاء⁽³⁾؛ لأن الصغار والمجانين ليست لهم الأهلية لمباشرة عقد الزواج، فاحتاجوا لمن ينوب عنهم في إبرامه، كباقي العقود.

ب- الحالة الثانية: وهي عندما يتعلق الأمر بتزويج المرأة البالغة العاقلة، وهي مسألة مختلف فيها بين الفقهاء. فالحنفية لا يشترطون رضا الولي في تزويجها، فوجوده أمر مستحب فقط، ورضاه بالعقد ليس شرطا لصحته؛ وإنما هو شرط للزومه، فللمرأة أن تزوج نفسها، وللولي حق الاعتراض وطلب فسخ العقد إن تزوجت بغير كفاء، أو بأقل من مهر المثل⁽⁴⁾.

أما الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) فيشترطون رضا الولي في تزويجها، حتى لو كان رضاها معتبرا؛ لأنه لا يجوز للمرأة عندهم مباشرة عقد الزواج؛ ولذلك يزوجه وليها بإذنها ورضاها⁽⁵⁾. ولا يتسع المقام هنا لعرض أدلة الفريقين؛ لكنني أقول بأن أصرح دليلين في المسألة هما:

- قوله ﷺ: (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ)⁽⁶⁾.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 241/2؛ البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ابن نجيم، دار الكتاب الإسلامي، ط2، (د.ت)، 117/3.

(2) ينظر: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك: أحمد بن محمد الدردير، تحقيق: مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، (د.ط، د.ت)، 353/2؛ مغني المحتاج، م.س، 246/4؛ المغني، م.س، 399/9.

(3) ينظر: شرح فتح القدير: كمال الدين ابن الهمام، دار الفكر، بيروت، (د.ط، د.ت)، 255/3؛ الشرح الكبير على مختصر خليل: أحمد الدردير، دار الفكر، (د.ط، د.ت)، 223/2، 245؛ الأم، م.س، 21/5-22؛ المغني، م.س، 398/9، 412-415.

(4) ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 256-255/3؛ بدائع الصنائع، م.س، 241/2، 247.

(5) ينظر: بداية المجتهد، م.س، 39-36/3؛ الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: علي بن محمد بن حبيب الماوردي، تحقيق: علي محمد معوض، عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1999م، 38/9؛ المغني، م.س، 346-345/9.

(6) مسند أحمد: أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط1، 2001م، حديث أبي موسى الأشعري، 523-522/32، حديث رقم: 19746؛ سنن الترمذي: محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط2، 1975م، أبواب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، 399/3، حديث رقم: 1101؛ سنن أبي داود: أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، ط1، 2009م، كتاب النكاح، باب في الولي، 427/3، حديث رقم: 2085؛ سنن ابن ماجه: محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرسالة العالمية، ط1، 2009م، أبواب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، 79/3، حديث رقم: 1881. وقد صححه محمد ناصر الدين الألباني في إرواء الغليل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1985م، 243/6.

- وقوله أيضا: (أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ).⁽¹⁾ وهما واضحا للدلالة على اشتراط رضا الولي⁽²⁾، كما ذهب إليه الجمهور.

أما قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة، فقد ذهبت إلى اشتراط رضا كل من الزوج والزوجة في عقد الزواج. فقد نصت المادة 9 أسرة جزائري على أنه: «ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين». وعرفت المادة 4 الزواج بأنه: «عقد رضائي». ومثلها المادة 4 من مدونة الأسرة المغربية⁽³⁾ التي عرفته بأنه: «ميثاق تراضي». فالتراضي يقتضي وجود رضا كل من الزوجين.

أما المجنون والمجنونة فلا يُتصور منهما الرضا والإذن، ولذلك يتم تزويجهم من قبل الولي بعد إذن القاضي. وهذا ما نصت عليه المدونة المغربية (م23)، وقانون الأحوال الشخصية الأردني⁽⁴⁾ (م12). وأما القاصر والقاصرة، فيجوز تزويجهما من قبل أوليائهما استثناءً، وبإذن من القاضي، ولا يتم ذلك إلا بموافقتهما، إذ لا يجوز للولي إجبارهما. وهذا ما قرره القانون الجزائري (م7، 2/11، 13)، والقانون المغربي (م20، 21)، والقانون الأردني (م10، 18).

وسياقي تفصيل الكلام عن تزويج المجانين والصغار وضوابط ذلك في القانون الوضعي، وذلك في الفصل الأول عند الكلام عن ولاية الإيجاب⁽⁵⁾.

أما الولي فيكون رضاه مطلوباً في عقد الزواج، في حالة تزويج المجانين والقصر كما ذكر أعلاه. أما في تزويج المرأة الراشدة فقد اختلفت القوانين محل الدراسة بشأن هذه المسألة على النحو الآتي:

- ذهب القانون الجزائري إلى أن دور الولي في تزويج الراشدة هو مجرد الحضور الشكلي دون أن يباشر العقد، وإنما تباشره المرأة؛ بل يمكن لهذه الأخيرة أن تختار غيره في حال رفضه. فقد جاء في المادة 1/11: «تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أي شخص آخر تختاره.»

- وذهب القانون المغربي إلى أن المرأة الراشدة لا تحتاج لولي يزوجه، وإنما تزوج نفسها؛ لأن الولاية حق لها. تقول المادة 24: «الولاية حق للمرأة تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصلحتها.» وتقول المادة 25: «للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها، أو لأحد أقاربها.»

(1) سنن الترمذي، م.س، أبواب النكاح، باب بلا عنوان، 399/3-400، حديث رقم: 1102؛ سنن أبي داود، م.س، كتاب النكاح، باب في الولي، 425/3-426، حديث رقم: 2083؛ سنن ابن ماجه، م.س، أبواب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، 77/3-78، حديث رقم: 1879. وصححه الألباني في إرواء الغليل، م.س، 243/6-246.

(2) ينظر: سبل السلام: محمد بن إسماعيل المعروف بالأمير الصنعاني، دار الحديث، (د.ط، د.ت)، 2/173.

(3) القانون رقم: 03-70، المؤرخ في: 03/02/2004م، ج.ر. 5184، صادرة في: 5 فبراير 2004، ص.418.

(4) القانون رقم: 36 لسنة 2010م، المؤرخ في: 26/09/2010، ج.ر. 5061، صادرة في: 17/10/2010، ص.5809.

(5) يراجع هذا البحث، ص.140 وما بعدها.

- أما القانون الأردني فأجاز للمرأة مباشرة العقد بنفسها (م6)؛ لكنه فرّق بين البكر والثيب في مدى اشتراط موافقة الولي على زواجها؛ فالثيب البالغة 18 سنة لا تشتراط موافقته (م19)، وبمفهوم المخالفة تُشتراط موافقته في زواج البكر وإن بلغت 18 سنة، وكذا زواج الثيب التي لم تبلغ هذه السن⁽¹⁾. وإذا زوّجت الثيب نفسها بغير موافقة الولي، فهذا الأخير حق الاعتراض على الزواج عند عدم كفاءة الزوج (م16، 22).

ومن خلال ما سبق تفصيله، يتبيّن لي أن القوانين محل الدراسة تتوافق مع مذهب الحنفية في الاكتفاء في عقد الزواج برضا الزوجين كقاعدة عامة، واستثناءً يُطلب رضا الولي⁽²⁾ بدل الزوج أو الزوجة عند تعذر رضا هذين الأخيرين؛ لصغر أو جنون. لكن القانون الأردني أكثر موافقة للحنفية حين قرر إعطاء الولي حق الاعتراض على الزواج لعدم كفاءة الزوج. بينما لم ينص القانون الجزائري والمغربي على حكم مماثل. أما مذهب الجمهور فهو بخلاف مذهب الحنفية والقوانين الوضعية محل الدراسة، فهو يجعل من رضا الولي أمراً مطلوباً في كل زواج، إما مشاركا لرضا المرأة، أو نائباً عن رضا أحد الزوجين في حال الجنون أو الصغر⁽³⁾.

ثانياً- عناصر الرضا في عقد الزواج

المقصود بعناصر الرضا: المسائل التي يجب أن ينصب عليها رضا الزوجين في عقد الزواج حتى يتحقق منهما الرضا التام به. فهل يقتصر الأمر على رضا الزوجين ببعضهما، أي رضا الزوجة بشخص الزوج، ورضاه بشخصيتها؟ أم يشمل كذلك الرضا بالمهر وما يتعلق به من جنس وقدر وأجل؟ وهل يشمل أيضا الرضا بالشروط الاتفاقية التي يشترطها أحد الزوجين على الآخر؟

(1) ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني: عمر سليمان الأشقر، دار النفائس، الأردن، ط5، 2012م، ص.102.

(2) نصت المادة 3/61 مغربي، والمادة 2/33 جزائري على فساد الزواج إذا تم بدون ولي في حالة وجوبه. فعبارة: «في حالة وجوبه.» تفيد بأن رضا الولي ليس واجبا في كل الأحوال.

(3) أخذت أغلب قوانين الأحوال الشخصية العربية برأي الجمهور في لزوم الولي في الزواج ومباشرة للعقد دون المرأة. فقد جاء في المادة 39 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم: 28 لسنة 2005 أنه: «يتولى ولي المرأة البالغة عقد زواجها برضاها، ويوقعها المأذون على العقد، ويبطل العقد بغير ولي، فإن دخل بها فرق بينهما، ويثبت نسب المولود.» وينظر في هذا المعنى: المادتان 29/ب، 30 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم: 51 لسنة 1984؛ المادة 28 من قانون الأسرة القطري رقم: 22 لسنة 2006؛ المادة 26 من قانون أحكام الأسرة البحريني رقم 19 لسنة 2009؛ المادة 9 من القانون الليبي بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارها، رقم 10 لسنة 1984؛ المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية العماني (المرسوم السلطاني رقم: 32 لسنة 1997)؛ المادة 2/9 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية (قانون رقم: 52 لسنة 2001).

1- الرضا بشخصية الزوج والزوجة

لا يُتصوّر الرضا بالزواج بشخص مبهم وغير معين؛ ولذلك اشترط فقهاء المذاهب الأربعة تحديد الزوجين وتعيينهما في العقد منعا للجهالة من جهة، وليحصل الرضا من الزوجين ببعضهما من جهة ثانية⁽¹⁾. فإذا كان الزوجان حاضرين في مجلس العقد، فإن معاينة بعضهما البعض، ورؤية كل واحد منهما للآخر، تكفي في حصول المعرفة بعين كل زوج وذاته. أما في حال غياب أحد الزوجين عن مجلس العقد، كما هو حال الزوجة في الغالب، حيث يتولى وليها تزويجها بإذنها.

فهنا قرر جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة، بأنه لا بدّ على الولي أن يعيّن الزوج في استئذانه لموليته، وبيّن هويته لتتعرف على شخصه، وتكون على بينة من أمرها في الرضا به أو رفضه. فقالوا بأنه يُعتَبَرُ في الاستئذان تسمية الزوج على وجهٍ تَفَعُّ مَعْرِفَتُهَا به؛ بأن يَدُكَّر لها نَسَبَهُ وَمَنْصِبَهُ ونحوه؛ لَتَظْهَر رَغْبَتُهَا فيه من رَغْبَتِهَا عنه، وتَكُون على بَصِيرَةٍ في إذنها في التزويج.

فلو أجهّم وقال لها: أزوِّجك من رَجُلٍ فَسَكَنْتَ، لا يكون رِضًا؛ لعدم علمها بهذا الرجل، والرضا بالجهول لا يُتصور. ولو قال: أزوِّجك من فُلانٍ أو فُلانٍ، وذكر رجلا معدودين معروفين، فَسَكَنْتَ فهو رِضًا⁽²⁾، يُزوِّجها الوَلِيُّ من أَيْهَم شاء. فإن كانوا غير محصورين وسكنت، فلا يُعدُّ رِضًا، كقوله: أزوِّجك من جِيرانِي، أو من بَنِي عمومي⁽³⁾.

أما الشافعية فذهبوا في الأصح عندهم إلى أنّه لا يُشترطُ تَعْيِينُ الزَّوْجِ في الاستئذان، فلو استئذنت في التزويج برَجُلٍ غير مُعَيَّنٍ فَسَكَنْتَ، كَفَى سَكُونُهَا في تحقق الإذن والرضا، ولوليتها أن يزوجه من شاء⁽⁴⁾.

والراجح هو رأي الجمهور؛ لأنّ الرِّضَا لا يَتَحَقَّقُ ولا يُتصور مع جهالة الشخص.

(1) ينظر: المبسوط: محمد بن أبي سهل السرخسي، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، 1993م، 04/5؛ فتاوى البرزلي: أبو القاسم بن أحمد البلوي المعروف بالبرزلي، تحقيق: محمد الحبيب الهيلة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 2002م، 184/2؛ العزيز شرح الوجيز: عبد الكريم بن محمد الراجعي، تحقيق: علي محمد عوض/ عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997م، 241/8؛ شرح منتهى الإرادات: منصور بن يونس البهوتي، دار عالم الكتب، الرياض، ط1، 1993، 633/2.

(2) سكوها إنما يكون رضا إذا كانت بكرًا، أما الثيب فلا بدّ من نطقها.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 243/2؛ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: عثمان الزليعي، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ط1، 1313هـ، 118/2؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر، (د.ط، د.ت)، 227/2؛ كشاف القناع عن متن الإقناع: منصور البهوتي، تحقيق: إبراهيم عبد الحميد، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 2003م، 2401/7.

(4) ينظر: العزيز شرح الوجيز، م.س، 541/7؛ أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي، (د.ط، د.ت)، 128/3.

أما قوانين الأحوال الشخصية فإنها لم تصرح باشتراط تعيين الزوجين، أو تسمية الزوج عند استئذان الولي للزوجة؛ ولكن يغني عن ذلك أن هذه القوانين تشترط أن يتم إبرام عقد الزواج حضورياً⁽¹⁾، أي بحضور الزوجين أمام الموظف المختص بتحرير عقود الزواج، وأن يتأكد هذا الأخير من هوية الزوجين ورضاهما بالزواج ببعضهما، وأن يقوم بتسجيل كل المعلومات المتعلقة بهما عند تحرير العقد، كالاسم واللقب، وتاريخ ومكان الميلاد، وغير ذلك من المعلومات الشخصية التي يتعين بها الزوجان تعيّنًا دقيقاً⁽²⁾.

فإذا لم يحضر أحد الزوجين مجلس العقد، وتم الزواج بطريق الوكالة، فقد اشترطت مدونة الأسرة المغربية من خلال المادة 17 أن تكون الوكالة رسمية، وأن يُحدد فيها كل ما يتعلق بهوية الزوج الآخر ومواصفاته بدقة منعا لأي التباس. أما القانون الأردني فقد أجاز الوكالة في الزواج دون بيان أحكامها (م6). وأما قانون الأسرة الجزائري فقد ألغى الوكالة في الزواج تأكيدا لمبدأ الحضورية في إبرامه⁽³⁾.

ويتبيّن لي مما سبق أنّ جمهور فقهاء الشريعة خلافاً للشافعية، متوافقون مع القانون الوضعي عموماً في وجوب تعيين الزوجين، وأن الرضا يتوقف على معرفة كل منهما لشخص وهوية الآخر.

2- الرضا بالمهر

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على عدم اشتراط ذكر المهر في عقد الزواج، وأنه إذا لم يُذكر صحّ العقد بمهر المثل؛ لأن عدم ذكره هو رضا من الزوجين بالتفويض⁽⁴⁾. أما إذا سمّاه الزوج للولي، فقد اختلف الفقهاء في وجوب ذكر الولي له عند استئذانه للمرأة، لمعرفة رضاها به من عدمه.

فذهب الحنفية في أحد القولين والمالكية، إلى وجوب ذكر المهر في الاستئذان؛ فلو سمّى الوليّ الرّوَجَ ولم يُسمِّ المهر، ولم يذكر مقداره وجنسه وأجله، فسكتت، فسكوتها لا يكون رضاً؛ لأنّ تمام

(1) جاء في المادة 4/13 أسرة مغربية أن من الشروط الواجب توافرها في عقد الزواج: «4- سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه.» وينظر ما يفيد معنى الحضورية أيضاً في المواد: 7 مكرر، 9، 1/11 جزائري؛ 17 مغربي؛ 6 أردني.

(2) ينظر المادة 72 من قانون الحالة المدنية الجزائري (الأمر رقم: 70-20، مؤرخ في: 19 فبراير 1970، ج.ر.: 21، ص.274، المعدل والمتمم)؛ المادة 67 أسرة مغربية؛ المادة 15 من تعليمات تنظيم أعمال المأذونين الشرعيين بالأردن (التعليمات رقم 1 لسنة 1990م، ج.ر.: 3672، مؤرخة في: 1/12/1990م).

(3) ألغى المشرع الجزائري المادة 20 أسرة التي كانت تنص على جواز التوكيل في الزواج، وذلك بمقتضى الأمر رقم: 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل لقانون الأسرة رقم: 84-11.

(4) ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 3/316؛ الأم، م.س، 5/74؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 3/25؛ التاج والإكليل لمختصر خليل: محمد بن يوسف المواق، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1995م، 5/197. والتفويض في المهر معناه إخلاء النكاح من مهرٍ مُسمّى، أو التّصريح بتفويض تحديده لما بعد العقد.

الرِّضَا لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِذِكْرِ الزَّوْجِ وَالْمَهْرِ؛ فَالرَّغْبَةُ فِي الزَّوْجِ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمَهْرِ قَلَّةً وَكَثْرَةً. وَلَوْ سَمِّيَ لَهَا مَهْرًا أَقْلًا مِنْ مَهْرِ الْمَثَلِ، أَوْ كَانَتْ أَوْصَافُهُ بِخِلَافِ الْمُتَعَارَفِ عَلَيْهِ مِنْ حَيْثُ جِنْسُهُ وَأَجَلُهُ، فَلَا يَكُونُ سَكُوتُهَا رِضًا؛ بَلْ لَا بَدَّ مِنْ رِضَاهَا بِالْقَوْلِ⁽¹⁾. وَلَوْ زَوَّجَهَا الْوَالِي بِمَا لَمْ تَرْضَ بِهِ مِنْ مَقْدَارِ الْمَهْرِ وَأَجَلِهِ، فَأَمَرَ النِّكَاحَ بِيَدِهَا، إِنْ شَاءَتْ أَقْرَّتْ، وَإِنْ شَاءَتْ فَسَخَتْ⁽²⁾.

وذهب الحنفية في القول الثاني، والشافعية والحنابلة إلى عدم وجوب ذكر المهر في الاستئذان؛ لأنَّ النكاح يصحُّ بلا تسمية للمهر، فهذا الأخير ليس ركناً في النكاح، ولا أمراً مقصوداً منه⁽³⁾.

والراجع هو القول الأول؛ لأن المرأة قد لا ترضى إلا بالزيادة على مهر المثل، وحيث لم يُذكر المهر فلا يثبت رضاها. أما صحَّة العقد بلا تسمية، فهو مختص بما لو رَضِيَتْ بِالتَّفْوِيضِ، وَقَنَعَتْ بِمَهْرِ الْمَثَلِ بِدَلَالَةِ زَائِدَةٍ عَلَى مَجْرَدِ السُّكُوتِ. فِالْحَتِيَاظِ إِذْنُ أَنْ يُذَكَرَ الْمَهْرُ عِنْدَ الْاسْتِئْذَانِ مَنَعًا لِلتَّنَازُعِ.

أما قوانين الأحوال الشخصية فهي أيضاً لا تشترط تسمية المهر في العقد؛ إذ يصح العقد بلا تسمية، ويثبت بمهر المثل⁽⁴⁾. ولكن هذه القوانين لم تنطرق لحكم تسمية المهر عند استئذان الولي للزوجة.

والظاهر أن هذا الحكم يعني عنه ما ذهب إليه هذه القوانين من مبدأ حضورية الزوجين في إبرام عقد الزواج أمام الهيئات المختصة بذلك، أين تتحقق هذه الأخيرة من رضا الزوجين بكل عناصر العقد، ومنها المهر. وفي حال تم الزواج بالوكالة وجب تحديد جميع عناصر العقد فيها، كمقدار المهر وما يتعلق بتأجيله وتعجيله⁽⁵⁾.

ومما سبق يتبين أن معرفة مقدار المهر وما يتعلق به، له علاقة بتحقيق الرضا في الزواج في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؛ ولكن أهمية تحديده ليست كأهمية تعيين الزوجين؛ إذ يمكن الرضا بالزواج دون تسمية المهر؛ لكن إذا تمت تسميته فلا بدَّ أن يتحقق الرضا به قدراً وجنساً وأجلاً.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 243/2؛ شرح فتح القدير، م.س، 267/3؛ حاشية الدسوقي، م.س، 227/2-228؛ البهجة في شرح التحفة: علي بن عبد السلام النسولي، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1998م، 421/1.

(2) ينظر: النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى: أبو العباس سيدي المهدي الوزاني، تحقيق: عمر بن عباد، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، (د.ط)، 1997م، 392/3-393.

(3) ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 267/3؛ الحاوي الكبير، م.س، 474/9؛ كشاف القناع، م.س، 2401/7.

(4) جاء في المادة 2/15 أسرة جزائري: «في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل.» وفي معناها المواد: 27 أسرة مغربية؛ 46 أحوال شخصية أردني.

(5) جاء في المادة 5/17 أسرة مغربية أن مما يجب أن تتضمنه وكالة التزويج: «قدر الصداق، وعند الاقتضاء المعجل منه والمؤجل.»

3- الرضا بالشروط الاتفاقية

الشروط الاتفاقية التي يتفق عليها أطراف العقد لها أهمية كبيرة في تحقق الرضا بالزواج. فإذا اشترط أحد الزوجين على الآخر شروطاً جائزة، له فيها منفعة مشروعة؛ فلا يُتصور الرضا من الزوج الآخر؛ إلا بمعرفته لتلك الشروط، وموافقته عليها.

وقد جاء في بعض كتب المالكية أن المرأة إذا أمرت وليها أن يزوجه ويشترط لها شروطاً معينة، فزوجها ولم يشترط لها؛ فلا يلزمها هذا العقد إلا إن رضي الزوج بشروطها، فإن أبي فلها الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه بلا شروط. هذا كله قبل الدخول، أما إن لم تعلم بعدم اشتراط الولي إلا بعد الدخول، فلا خيار لها؛ والنكاح لازم والشرط باطل؛ لأنها فرطت في حقها، إذ تركته يدخل قبل أن تتبين من وقوع الاشتراط لها في العقد⁽¹⁾. كما ذكر بعض المالكية في صفة استئذان المرأة في النكاح أن يُذكر لها الخاطب والمهر والشروط⁽²⁾، أي الشروط التي يشترطها الزوج.

ولم أجد في بقية المذاهب نصاً على ذكر الشروط في الاستئذان. ويمكنني القول بأن إجازتهم لاشتراط الشروط الصحيحة في الزواج، يقتضي كونها معلومة للزوجين، ولا يتحقق رضاها بالزواج إلا بموافقتهما واتفاقهما عليها؛ ولذلك سميت شروطاً اتفاقية لحصولها بالاتفاق والرضا.

أما قوانين الأحوال الشخصية فلم تتطرق لهذه المسألة؛ ولذلك يُقال بشأنها ما قيل في الفقه الإسلامي؛ لأن هذه القوانين أيضاً تجيز للزوجين اشتراط ما يريانه من الشروط المشروعة⁽³⁾. كما أن القواعد العامة تقضي ألا يتم العقد إلا بعد الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية فيه⁽⁴⁾.

وعليه يمكنني القول بأن الرضا في الزواج له تعلق بالشروط الاتفاقية في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، فلا يُتصور حصول الرضا إلا بمعرفة وإدراك تلك الشروط والموافقة عليها قبل إبرام العقد، وإن لم يقع التصريح بهذا المعنى في الفقه والقانون، فهو أمر منطقي تقتضيه طبيعة تلك الشروط.

(1) ينظر: البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة: محمد بن رشد القرطبي، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1988م، 45/5؛ التّوادر والتّزيادات على ما في المدوّنة من غيرها من الأمّهات: ابن أبي زيد القيرواني، تحقيق: محمد عبد العزيز الدباغ وآخرين، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1999م، 207/5.

(2) ينظر: فتاوى البرزلي، م.س، 265/2.

(3) ينظر المواد: 19 أسرة جزائري؛ 47، 48 أسرة مغربية؛ 37، 38 أحوال شخصية أردني.

(4) جاء في الفصل 1/19 من قانون الالتزامات والعقود المغربي (الصادر بتاريخ: 12 أغسطس 1913م، المعدل): «لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام، وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية.» وقريباً من هذا المعنى المادة 65 مديني جزائري (الأمر رقم: 75-58، المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، ج.ر. 78، المعدل)؛ والمادة 100 مديني أردني (قانون رقم: 43 لسنة 1976، ج.ر. 2645، المعدل).

الفرع الثالث

مكانة الرضا في عقد الزواج

سأتكلم هنا عن مكانة الرضا في عقد الزواج في الفقه الإسلامي، ثم في القانون الوضعي.

أولاً - مكانة الرضا في عقد الزواج في الفقه الإسلامي

سأتكلم في هذا العنصر عن تحديد مكانة الرضا في عقد الزواج، هل هو ركن أم شرط؟ ثم أذكر الأدلة الشرعية على مراعاته في الزواج.

1- تحديد مكانة الرضا في عقد الزواج

ذهب فقهاء المذاهب الأربعة جميعاً إلى اعتبار الإيجاب والقبول (الصيغة) ركناً في عقد الزواج؛ بل عدّه الحنفية ركناً الوحيد⁽¹⁾. والإيجاب والقبول يُفترض أنهما تعبيران يدلان على الرضا الموجود في النفس؛ لأن هذا الأخير لا يمكن الاطلاع عليه إلا بالتعبير الدال عليه. ولذلك يمكن القول بأن المذاهب الفقهية متفقة على مراعاة الرضا في الزواج. ولكن هذا الاتفاق ظاهري فقط؛ لأن هناك اختلافاً بين الحنفية والجمهور في تحديد مكانة الرضا في عقد الزواج، على النحو الآتي:

أ - مكانة الرضا عند الحنفية

فقهاء الحنفية وإن كانوا يصرحون بغيرهم باشتراط الرضا في الزواج⁽²⁾؛ إلا أنهم يقصدون به الرضا الظاهري المتمثل في التعبير، أي الإيجاب والقبول، حتى لو كان مخالفاً للرضا النفسي الحقيقي، فهذا الأخير لا عبرة به عندهم.

يقول ابن عابدين⁽³⁾: «قَوْلُهُ: لِيَتَحَقَّقَ رِضَاهُمَا [أي الزوجان]، أَي لِيَصْدَرَ مِنْهُمَا مَا مِنْ شَأْنِهِ أَنْ يَدُلَّ عَلَى الرِّضَا؛ إِذْ حَقِيقَةُ الرِّضَا غَيْرُ مَشْرُوطَةٍ فِي النِّكَاحِ؛ لِصِحَّتِهِ مَعَ الإِكْرَاهِ وَالهَزْلِ.»⁽⁴⁾ ويقول الكاساني⁽⁵⁾: «أَمَّا الطَّوْعُ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِحُجُوزِ النِّكَاحِ، فَيَجُوزُ نِكَاحُ الْمُكْرَهِ عِنْدَنَا. وَكَذَلِكَ الْجِدُّ لَيْسَ مِنْ شَرَائِطِ جَوَازِ النِّكَاحِ، حَتَّى يَجُوزَ نِكَاحُ الْهَازِلِ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ جَعَلَ الْجِدَّ وَالهَزْلَ

(1) جاء في بدائع الصنائع، م.س، 229/2: «وَأَمَّا زَكْنُ النِّكَاحِ فَهُوَ الإِيجَابُ وَالْقَبُولُ.» وينظر: الشرح الصغير، م.س، 349/2؛ أسنى المطالب، م.س، 118/3؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 631/2.

(2) جاء في بدائع الصنائع، م.س، 242/2: «وَإِذَا كَانَ الرِّضَا فِي نِكَاحِ الْبَالِغَةِ شَرْطَ الْجَوَازِ، فَإِذَا زُوِّجَتْ بِغَيْرِ إِذْنِهَا تَوَقَّفَ التَّرْوِيحُ عَلَى رِضَاهَا، فَإِنْ رَضِيَتْ جَازَ وَإِنْ رَدَّتْ بَطَلَ.»

(3) ابن عابدين: هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، فقيه الديار الشامية، وإمام الحنفية في عصره. مولده ووفاته في دمشق. (1198-1252هـ). له عدة مؤلفات أشهرها حاشيته: "رد المختار على الدر المختار". ينظر: الأعلام، م.س، 42/6.

(4) حاشية ابن عابدين، م.س، 86/4.

(5) الكاساني: هو علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني. فقيه حنفي، من أهل حلب. توفي في حلب سنة 587هـ. من مؤلفاته: "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، و"السلطان المبين في أصول الدين". ينظر: الأعلام، م.س، 70/2.

في باب النِّكَاحِ سَوَاءً. وَكَذَلِكَ الْعَمْدُ عِنْدَنَا، حَتَّى يَجُوزَ نِكَاحُ الْخَاطِئِ، وَهُوَ الَّذِي يَسْبِقُ عَلَى لِسَانِهِ كَلِمَةُ النِّكَاحِ مِنْ غَيْرِ قَصْدِهِ؛ لِأَنَّ الثَّابِتَ (1) بِالْخَطِّ لَيْسَ إِلَّا الْقَصْدُ، وَأَنَّهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ لِحُجُوزِ النِّكَاحِ، بِدَلِيلِ نِكَاحِ الْهَازِلِ. (2)

ورأي الحنفية هذا مبني على قاعدتهم في التفريق بين الاختيار والرضا، فالاختيار (قصد التعبير) هو الذي يُعَدُّ ركنًا في العقود عندهم. أما الرضا (قصد الأثر) فليس ركنًا فيها؛ بل هو شرط صحة في العقود المالية التي تقبل الفسخ، أما العقود التي لا تقبله كالزواج فلا يشترط الرضا فيها أصلاً.

ب- مكانة الرضا عند الجمهور

يرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، أن الرضا هو أصل العقود كلها، ومنها عقد الزواج. ويريدون بالرضا قصد التعبير والأثر معاً. فالإيجاب والقبول ركن في عقد الزواج؛ ولكن لا يُعْتَدُ به إلا إذا كان مطابقاً للرضا النفسي؛ ولذلك يشترطون لصحة الإيجاب والقبول صدورهما عن رضا وطواعية، بحيث يكون التعبير مطابقاً لما في النفس.

فالجمهور يعتبرون الرضا أساس الزواج وأصله. يقول ابن تيمية (3): «إِنَّ الْأَصْلَ فِي الْعُقُودِ رِضَا الْمُتَعَاقِدِينَ، وَمُوجِبُهَا هُوَ مَا أَوْجَبَاهُ عَلَى أَنْفُسِهِمَا بِالتَّعَاقُدِ.» (4) لكنهم يفضّلون أكثر فيقولون بأن الإيجاب والقبول (الرضا الظاهري) ركن في الزواج، والرضا النفسي (الباطني) شرط لصحته، فإذا اختل الركن، بطل العقد ولم ينعقد أصلاً، وإذا اختل شرط الصحة بطل الزواج أيضاً ولم يصح (5).

وقد صرح الشافعية بهذا الفرق بين الإيجاب والقبول كركن والرضا كشرط، فقالوا بأن رضا المرأة بالزواج يَحْصُلُ بِإِذْنِهَا لِلُولِيِّ بِتَزْوِيجِهَا، وَهَذَا الْإِذْنُ لَيْسَ رُكْنًا فِي الْعَقْدِ؛ بَلْ شَرْطٌ فِيهِ، فَلَمْ يَجِبِ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ؛ إِذِ الْإِشْهَادُ يَجِبُ عَلَى الرُّكْنِ الْمَتَمَثِّلِ فِي الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ (6).

(1) هكذا وردت في الأصل (الثابت)، والصواب الفأيت.

(2) بدائع الصنائع، م.س، 310/2 (بتصرف يسير).

(3) ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحزاني الحنبلي الدمشقي (728-661 هـ). شيخ الإسلام وأبرز علمائه في زمانه، فقيه أصولي. ولد بحران، ورحل إلى دمشق. تلقى العلم على والده وعلى مشايخ دمشق، حتى آلت إليه الإمامة في العلم والعمل. له تصانيف كثيرة تزيد عن ثلاثمائة مجلد منها: السياسة الشرعية، منهاج السنة النبوية. ينظر: الأعلام، م.س، 1/144.

(4) مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن قاسم، طبعة مجمع الملك فهد لطباعة المصحف، المدينة النبوية، (د.ط)، 1995م، 155/29.

(5) يقول ابن قدامة في الشرح الكبير على متن المقنع، م.س، 382/7: «رضا الزوجين أو من يقوم مقامهما شرط في صحة العقد؛ لأن العقد لهما فاعتبر تراضيهما به كالبيع، فإن لم يرضيا أو أحدهما لم يصح العقد لفوات شرطه.» وينظر: المحرر في الفقه، م.س، 2/15؛ الشرح الصغير للدردير، م.س، 372/2.

(6) ينظر: نهاية المحتاج، م.س، 233/6؛ مغني المحتاج، م.س، 239/4.

يتبين مما سبق أن الرضا الظاهري (الإيجاب والقبول)، هو ركن في عقد الزواج باتفاق الفقهاء. أما الرضا النفسي الباطني فهو شرط لصحته عند الجمهور، خلافا للحنفية الذين لا يعتدّون به. والراجح هو قول الجمهور؛ لأن الرضا الظاهري إذا لم يطابق الرضا الباطني فلا قيمة له؛ إذ الأصل هو الرضا الباطني، وإنما أقيم التعبير مقامه لدلالته عليه؛ لأنه أمر خفي لا يُطَّلَع عليه إلا بإخبار صاحبه عنه. يقول القرافي⁽¹⁾: «وَأَقَامَةَ صِبْغِ الْعُقُودِ مَقَامَ الرِّضَا، وَالرِّضَا هُوَ الْأَصْلُ... لَكِنْ لَمَّا تَعَدَّرَتْ مَعْرِفَتُهُ لِحَقَائِهِ، أُقِيمَتْ مَظَنَّتُهُ مَقَامَهُ...»⁽²⁾

2- الأدلة الشرعية على مراعاة الرضا في عقد الزواج

سواءً اعتُبر الرضا ركناً في عقد الزواج أو شرطاً لصحته، فهذا يدل على أهميته، وأن الزواج لا يصح بدونها. وقد دلت على هذا المعنى نصوص شرعية كثيرة في الكتاب والسنة، منها ما يأتي:

أ- قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة، 232]. فالخطاب في الآية للأولياء، تنهاهم عن منع النساء من الزواج بمن رضين به؛ لأن التراضي هو أساس الزواج⁽³⁾. كما تدل الآية على أن الرضا يُطلب من الزوجين والولي. يقول الشافعي: «وهذه الآية أبين آية في كتاب الله عزّ وجلّ دلالة على أن ليس للمرأة الحرة أن تنكح نفسها، وفيها دلالة على أن النكاح يتم برضا الولي مع المزوج والمزوجة»⁽⁴⁾.

ب- قوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء، 3]. فقد علقت الآية النكاح بطيب النفس، أي الرضا؛ لأن من معاني الرضا في اللغة طيب النفس وانسراحها. ج- قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء، 29]. فالآية وإن كان منطوقها اشتراط الرضا في التجارة، فهي تفيد اشتراطه في الزواج أيضاً بطريق الأولى؛ لأن الزواج أحوج للرضا من البيع وغيره من العقود المالية.

(1) القرافي: هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، أبو العباس، شهاب الدين الصنهاجي القرافي (ت: 684هـ). من علماء المالكية، نسبته إلى قبيلة صنهاجة (من برابرة المغرب) وإلى القرافة (الحلة المجاورة لقبر الإمام الشافعي) بالقاهرة. وهو مصري المولد والمنشأ والوفاة. له مصنفات جليلة في الفقه والأصول، منها: أنوار البروق في أنواء الفروق، والذخيرة. ينظر: الأعلام، م.س، 1/94-95.

(2) الذخيرة: القرافي، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م، 2/130. وينظر: مبدأ الرضا في العقود، م.س، 2/1015؛ التراضي في عقود المبادلات المالية، م.س، ص. 81-82.

(3) ينظر: أحكام القرآن للشافعي: جمع أحمد بن الحسين البيهقي، تحقيق: عبد الغني عبد الخالق، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط2، 1994م، 1/171-174؛ تفسير القرطبي: محمد بن أبي بكر القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني، إبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1964م، 3/158.

(4) أحكام القرآن للشافعي، م.س، 1/174.

يقول ابن تيمية: «الْبَيْعُ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِالْتَّرَاضِي؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾، فَالِنِكَاحُ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِالْتَّرَاضِي بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى وَالْأُخْرَى.»⁽¹⁾ وما يدل على أولوية النكاح بالتراضي قوله ﷺ: (أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ)⁽²⁾.

د- حديث عائشة رضي الله عنها أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: (اسْتَأْمَرُوا النِّسَاءَ فِي أَبْضَاعِهِنَّ، قِيلَ: فَإِنَّ الْبِكْرَ تَسْتَحِي وَتَسْكُتُ، قَالَ: هُوَ إِذْنُهَا)⁽³⁾. وفي رواية أخرى عن عائشة: (قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، يُسْتَأْمَرُ النِّسَاءُ فِي أَبْضَاعِهِنَّ؟ قَالَ: نَعَمْ. قُلْتُ: فَإِنَّ الْبِكْرَ تُسْتَأْمَرُ، فَتَسْتَحِي، فَتَسْكُتُ؟ قَالَ: سَكَتُهَا إِذْنُهَا)⁽⁴⁾. وفي رواية ثالثة أنها قالت: (سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْجَارِيَةِ يُنْكَحُهَا أَهْلُهَا، أَتُسْتَأْمَرُ أَمْ لَا؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: نَعَمْ، تُسْتَأْمَرُ. فَقُلْتُ لَهُ: فَإِنَّهَا تَسْتَحِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: فَذَلِكَ إِذْنُهَا، إِذَا هِيَ سَكَتَتْ)⁽⁵⁾.

فهذه الأحاديث فيها الأمر باستئمان واستئذان النساء في أمر تزويجهن، وأن حياء المرأة البكر لا يُعفي وليها من ذلك. والاستئمان والاستئذان معناهما طلب الأمر والإذن، والغرض منه هو معرفة رضائهن، والأخذ برأيهن؛ إذ لا يعقل أن يأتي الأمر باستئذان ثم تجوز مخالفة رأيهن أو إجبارهن⁽⁶⁾.

ه- حديث ابن عباسٍ رضي الله عنهما، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: (الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صَمَاتُهَا). وفي رواية أخرى: (الثِّبُّ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ، وَإِذْنُهَا سُكُوتُهَا). وفي رواية ثالثة: (وَالْبِكْرُ يَسْتَأْذِنُهَا أَبُوهَا فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صَمَاتُهَا)⁽⁷⁾.

(1) مجموع الفتاوى، م.س، 103/32.

(2) صحيح البخاري: محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، 190/3-191، حديث: 2721؛ صحيح مسلم: مسلم بن الحجاج النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط، د.ت)، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، 1035/2، حديث: 1418.

(3) مسند أحمد، م.س، مسند الصديقة عائشة، 216/40-217، حديث رقم: 24185؛ سنن النسائي: أحمد بن شعيب النسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط2، 1986م، كتاب النكاح، باب إذن البكر، 85/6، حديث رقم: 3266؛ صحيح ابن حبان: محمد بن حبان الدارمي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1993م، كتاب النكاح، باب الولي، 393/9، حديث رقم: 4080. وصححه الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة، دار المعارف، الرياض، ط1، 1995م، 756/1.

(4) صحيح البخاري، م.س، كتاب الإكراه، باب لا يجوز نكاح المكره، 21/9، حديث رقم: 6946.

(5) صحيح مسلم، م.س، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، 1037/2، حديث رقم: 1420.

(6) ينظر: مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح: الملا علي بن سلطان القاري، دار الفكر، بيروت، ط1، 2002م، 2060/5؛ عمدة القاري شرح صحيح البخاري: بدر الدين محمود بن أحمد العيني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط، د.ت)، 130/20.

(7) الحديث برواياته الثلاث مخرج في صحيح مسلم، م.س، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، 1037/2، حديث رقم: 1421.

و- حديث أبي هريرة رضي الله عنه أَنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم قَالَ: (لَا تُنْكِحُ الْيَتِيمَ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ، وَلَا تُنْكِحُ الْبِكْرَ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ. قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَكَيْفَ إِذْنُهَا؟ قَالَ: أَنْ تَسْكُتَ)⁽¹⁾.

فهذه الأحاديث صريحة في النهي عن تزويج الولي موليته إلا برضاها، سواءً كانت ثيباً (إمماً) أم بكراً، وسواء كان وليها أباً أو غيره⁽²⁾.

ز- حديث أبي هريرة رضي الله عنه أَنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم قَالَ: (تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا، فَإِنْ سَكَتَتْ فَهِيَ إِذْنُهَا، وَإِنْ أَبَتْ فَلَا جَوَازَ عَلَيْهَا)⁽³⁾. وحديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه أَنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم قَالَ: (تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا، فَإِنْ سَكَتَتْ فَقَدْ أَذِنَتْ، وَإِنْ أَبَتْ لَمْ تُكْرَهُ)⁽⁴⁾.

ففي الحديثين أن اليتيمة لا تزوج حتى تُسْتَأْمَرَ؛ فترضى وتأذن، ويُتصور ذلك عند بلوغها، فإن رضيت عندئذ زوجت، وإن أبَتْ لم تكره؛ إذ لا جَوَازَ عليها، أي لا تَعَدِّي عليها ولا إجبار⁽⁵⁾.

ح- حديث حَنْسَاءَ بِنْتِ خِدَامِ الْأَنْصَارِيَّةِ رضي الله عنها: (أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَهِيَ ثَيْبٌ، فَكَرِهَتْ ذَلِكَ، فَأَتَتْ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم فَرَدَّ نِكَاحَهَا)⁽⁶⁾. وحديث ابن عَبَّاسٍ رضي الله عنه: (أَنَّ جَارِيَةً بَكْرًا أَتَتْ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم، فَذَكَرَتْ أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَهِيَ كَارِهَةٌ، فَخَيَّرَهَا النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم)⁽⁷⁾.

(1) صحيح البخاري، م.س، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، 17/7، حديث رقم: 5136؛

صحيح مسلم، م.س، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، 1036/2، حديث رقم: 1419.

(2) بَوَّبَ البخاري على الحديث الأخير بقوله في صحيحه، م.س، 17/7: «باب لا يُنْكِحُ الأبُ وَغَيْرُهُ الْبِكْرَ وَلَا الثَّيْبَ إِلَّا بِرِضَاهَا.»

(3) مسند أحمد، م.س، مسند أبي هريرة، 496/12، حديث رقم: 7527؛ سنن أبي داود، م.س، كتاب النكاح، باب في الاستئمار،

434/3، حديث رقم: 2093؛ سنن الترمذي، م.س، أبواب النكاح، باب ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج، 409/3،

حديث رقم: 1109؛ سنن النسائي، م.س، كتاب النكاح، باب البكر يزوجه أبوها وهي كارهة، 87/6، حديث رقم: 3270. قد

حسنه الألباني في صحيح أبي داود (الأم)، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، ط1، 2002م، 328/6.

(4) مسند أحمد، م.س، حديث أبي موسى الأشعري، 277/32، رقم: 19516؛ صحيح ابن حبان، م.س، كتاب النكاح، باب

الولي، 396/9-397، حديث رقم: 4085؛ سنن الدارقطني: علي بن عمر الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة

الرسالة، بيروت، ط1، 2004م، كتاب النكاح، 351/4، حديث رقم: 3586. وقال عنه الحاكم النيسابوري: «صَحِيحٌ عَلَى

شَرَطِ الشَّيْخَيْنِ.» المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1990م،

180/2. وقال الألباني في السلسلة الصحيحة، م.س، 259/2: «هذا إسناد صحيح على شرطهما.»

(5) ينظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري: ابن حجر العسقلاني، تصحيح: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)،

1379هـ، 197/9؛ تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي: محمد عبد الرحمن المباركفوري، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)،

د.ت)، 207/4.

(6) صحيح البخاري، م.س، كتاب الإكراه، باب لا يجوز نكاح المكره، 20/9-21، حديث رقم: 6945.

(7) مسند أحمد، م.س، مسند عبد الله بن عباس، 275/4، حديث رقم: 2469؛ سنن أبي داود، م.س، كتاب النكاح، باب في البكر

يزوجه أبوها ولا يستأمرها، 436/3، حديث رقم: 2096؛ سنن ابن ماجه، م.س، أبواب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة،

74/3، حديث رقم: 1875. وقد صححه الألباني في صحيح أبي داود (الأم)، م.س، 330/6.

فالحديثان يدلان على أنه لا بدّ لصحة النكاح من رضا المرأة وإذنها للولي بتزويجها؛ سواء كانت بكراً أم ثيباً، وأنها إن زُوجت وهي كارهة غير راضية، فالنكاح مردود لا يصح⁽¹⁾.

ط - حديث عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ رضي الله عنه: (أَنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم قَالَ لِرَجُلٍ: أَنْتَرَضِي أَنْ أُزَوِّجَكَ فَلَانَةَ؟ قَالَ: نَعَمْ، وَقَالَ لِلْمَرْأَةِ: أَنْتَرْضِينَ أَنْ أُزَوِّجَكَ فَلَانًا؟ قَالَتْ: نَعَمْ. فَزَوَّجَ أَحَدَهُمَا صَاحِبَهُ)⁽²⁾.

فالحديث يدل على مراعاة رضا الزوجين، وأن الذي يتولى العقد بينهما لا يشرع في إبرامه حتى يسألهما عن رأيهما، ويتأكد من رضائهما.

ك - عن أَبِي سَعِيدٍ رضي الله عنه، قَالَ: (جَاءَ رَجُلٌ بِابْنَةٍ لَهُ إِلَى النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم، فَقَالَ: هَذِهِ ابْنَتِي أَبْتُ أَنْ تَزَوِّجَ، فَقَالَ: أَطِيعِي أَبَاكَ. كُلُّ ذَلِكَ تُرَدُّ عَلَيْهِ مَقَالَتَهَا، فَقَالَتْ: وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ لَا أُتَزَوِّجُ حَتَّى تُخْبِرَنِي مَا حَقُّ الزَّوْجِ عَلَى زَوْجَتِهِ، فَقَالَ: حَقُّ الزَّوْجِ عَلَى زَوْجَتِهِ لَوْ كَانَتْ بِهِ قُرْحَةٌ، فَلَحَسْتَهَا مَا أَدَّتْ حَقَّهُ، فَقَالَتْ: وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ لَا أُتَزَوِّجُ أَبَدًا. فَقَالَ: لَا تُنَكِّحُوهُنَّ إِلَّا بِإِذْنِنَا)⁽³⁾.

ل - حديث أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه أَنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم قَالَ: (إِذَا أَتَاكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ خُلُقَهُ وَدِينَهُ فَزَوِّجُوهُ)⁽⁴⁾. فقد علق الحديث التزويج على الرضا بالخطاب، أي استحسان ما هو عليه من تدين وأخلاق⁽⁵⁾.

فمجموع هذه النصوص الشرعية يدل على اشتراط الرضا في الزواج؛ سواء في الرجل أو المرأة؛ وسواء كانت المرأة بكراً أم ثيباً. يقول الشوكاني⁽⁶⁾ معلقاً على الأحاديث السابقة: «وَقَدْ أُسْتَدِلَّ

(1) ينظر: إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري: أحمد بن محمد القسطلاني، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط7، 1323هـ، 98/10؛ سبل السلام، م.س، 179/2.

(2) سنن أبي داود، م.س، كتاب النكاح، باب فيمن تزوج ولم يسم صداقاً حتى مات، 455/3، حديث رقم: 2117؛ السنن الكبرى: أحمد بن الحسين البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2003م، كتاب الصداق، باب النكاح ينعقد بغير مهر، 379/7، حديث رقم: 14332. وقد صححه الألباني في صحيح أبي داود (الأم)، م.س، 343/6.

(3) السنن الكبرى للنسائي: أحمد بن شعيب النسائي، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2001م، كتاب النكاح، باب البكر يزوجه أبوها وهي كارهة، 176/5، حديث رقم: 5365؛ السنن الكبرى للبيهقي، م.س، كتاب القسم والنشوز، باب ما جاء في عظم حق الزوج على المرأة، 476/7، حديث رقم: 14707؛ سنن الدارقطني، م.س، كتاب النكاح، 343/4، حديث رقم: 3571. وقال علي بن سليمان الهيثمي: «رَجَالُهُ رِجَالُ الصَّحِيحِ، خَلَا نَهَارَ الْعَبْدِيِّ، وَهُوَ ثِقَّةٌ.» مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، (د.ط)، 1994م، 307/4. وصححه المنذري، والألباني في صحيح الترغيب والترهيب، مكتبة المعارف، الرياض ط5، (د.ت)، 196/2.

(4) سنن الترمذي، م.س، أبواب النكاح، باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه، 386/3، حديث: 1084؛ سنن ابن ماجه، م.س، أبواب النكاح، باب الأكفاء، 141/3، حديث: 1968. وقد حسنه الألباني في السلسلة الصحيحة، م.س، 20/3.

(5) ينظر: تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، م.س، 173/4.

(6) هو: محمد بن علي بن عبد الله الشوكاني اليميني (1250-1173هـ)، فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن، ولد ببلدة شوكان باليمن، ونشأ بصنعاء، وتلقى العلم على شيوخها، وجدّ في طلبه حتى صار عالماً كبيراً. اشتغل بالقضاء والإفتاء وكان داعية للإصلاح ونبذ التقليد. ترك قرابة 114 مؤلفاً منها: نيل الأوطار في الحديث؛ وفتح القدير في التفسير. ينظر: الأعلام، م.س، 298/6.

بِأَحَادِيثِ الْبَابِ عَلَى اعْتِبَارِ الرِّضَا مِنَ الْمَرْأَةِ الَّتِي يُرَادُ تَزْوِجُهَا، وَأَنَّه لَا بُدَّ مِنْ صَرِيحِ الْإِذْنِ مِنَ النَّيِّبِ، وَيَكْفِي السُّكُوثُ مِنَ الْبِكْرِ.»⁽¹⁾ وقال أيضا: «قد دلت الأحاديث الصحيحة على أنه لا يتم نكاح إلا برضا المنكوحه [ثم ذكر بعض الأحاديث السابقة، ثم قال:] والأحاديث في هذا الباب كثيرة، وهي تفيد أنه لا يصح نكاح من لم ترض، بكرة كانت أو ثيبا.»⁽²⁾

ثانيا- مكانة الرضا في عقد الزواج في القانون الوضعي

ذهبت قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة إلى اعتبار الرضا والتراضي الأساس الذي يقوم عليه عقد الزواج، وقد جاء النص على هذا المعنى في عدة مواضع كالآتي:

1- قانون الأسرة الجزائري

أكد المشرع الجزائري على أهمية الرضا في الزواج، فعرف هذا العقد في المادة 4 بأنه: «عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي.» ولا يُقصد بالرضائية هنا ما يقابل الشكلية، وإنما يقصد بها تراضي الزوجين، واجتماع رضا كل منهما، وتوافق إرادتهما على الزواج⁽³⁾. وقد أكدت المادة 9 هذا المعنى بقولها: «ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين.» ولما كان الرضا شيئا كامنا في النفس، فإن إظهاره يكون بالتعبير عنه بالإيجاب والقبول. وهذا ما جاء في المادة 10 بقولها: «يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.» فهذه النصوص كلها تدل على أن الرضا المُعَبَّر عنه بالإيجاب والقبول ركن في عقد الزواج، فإذا اختل هذا الركن بطل الزواج، كما جاء صريحا في نص المادة 1/33 بقولها: «يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.» وعبارة «ركن الرضا» قد يفهم منها أن العبرة في الزواج بالرضا النفسي، وليس بمجرد التعبير، إذا كان هذا الأخير يخالفه؛ ولذلك يُسمى هذا الركن أيضا بالعنصر النفسي⁽⁴⁾.

2- مدونة الأسرة المغربية

عَرَّف المشرع المغربي الزواج بقوله في المادة 4 أسرة بأنه: «ميثاق تراضٍ وترابط بين رجل وامرأة على وجه الدوام.» فالتراضي هو أساس الزواج، وهو يقتضي وجود الرضا والتعبير عنه بالإيجاب والقبول⁽⁵⁾. وفي هذا تقول المادة 1/10: «ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من

(1) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، تحقيق: عصام الدين الصباطي، دار الحديث، مصر، ط1، 1993م، 145/6.

(2) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار ابن حزم، ط1، (د.ت)، ص.364.

(3) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري: بلحاج العربي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د.ط)، 2012م، 57/1؛ شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل: بن شويخ الرشيد، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008م، ص.24.

(4) ينظر: قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء: الغوثي بن ملح، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 2008م، ص.32.

(5) ينظر: شرح مدونة الأسرة: محمد الأزهر، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء، ط5، 2011م، ص.48، 84.

الآخر، بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفاً.» ولما كان الإيجاب والقبول عنواناً للرضا ودليلاً على التراضي، فقد اعتبرهما القانون المغربي ركناً للزواج، وأن أي خلل فيهما سيؤثر حتماً على الرضا، ويترتب عليه بطلان العقد. وفي هذا تقول المادة 57 بأن الزواج يكون باطلاً: «1- إذا اختلف فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه... 3- إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول.»

3- قانون الأحوال الشخصية الأردني

ذهب المشرع الأردني إلى اعتبار الإيجاب والقبول ركناً في الزواج، حيث جاء في المادة 6 قولها: «ينعقد الزواج بإيجاب من أحد الخاطبين أو وكيله، وقبول من الآخر أو وكيله في مجلس العقد.» ورغم أن المشرع الأردني لم يصرح بذكر الرضا أو التراضي في الزواج، فإن الإيجاب والقبول يدلان عليه؛ إذ هما تعبيران عن الرضا الكامن في النفس. فالرضا أساس الزواج، والإيجاب والقبول ركناه⁽¹⁾.

ومما سبق يتبين أن قوانين الأحوال الشخصية متفقة فيما بينها على أن الرضا هو الأساس الذي يقوم عليه عقد الزواج⁽²⁾؛ لكنها اختلفت في التعبير عن هذا المعنى، فالقانون الجزائري كان صريحاً في اعتبار الرضا ركناً في الزواج. أما القانونان المغربي والأردني فاعتبرا الإيجاب والقبول هما الركن فيه. وفي نظري فهذا مجرد اختلاف لفظي؛ لأن الجميع يراعي الرضا في الزواج. وإن كنت أرى أنه من الدقة أن يتم اعتبار الإيجاب والقبول ركناً في عقد الزواج، مع اشتراط صدورهما عن رضا تام⁽³⁾.

وبعد استعراض مكانة الرضا في الزواج في الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية، يتبين لي أن هذه القوانين تتفق مع مذهب جمهور الفقهاء في مراعاة الرضا في عقد الزواج بشقيه، أي الرضا الظاهري (الصيغة)، والرضا النفسي (الإرادة الباطنية). وهذا خلافاً للحنفية الذين يراعون الإيجاب والقبول فقط، وإن خالف الرضا النفسي.

(1) ينظر: الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد: محمد القضاة، طبع وزارة الثقافة الأردنية، عمان، (د.ط)، 2012م، 45/1؛ شرح قانون الأحوال الشخصية: محمود علي السراطوي، دار الفكر ناشرون وموزعون، الأردن، 4، 2013م، ص. 29.

(2) هذا ما نصت عليه المواثيق الدولية أيضاً؛ فقد نصت المادة 2/16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: «لا يعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما، رضاً كاملاً لا إكراه فيه.» وهذا ما أكدته المادة الأولى، فقرة 1 من اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج، والصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، قرار رقم: 1763 ألف د - 17، بتاريخ: 7 نوفمبر 1962، والنافذة من تاريخ: 9 ديسمبر 1964. كما نصت المادة 1/33 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان على أنه: «لا ينعقد الزواج إلا برضا الطرفين رضاً كاملاً لا إكراه فيه.» هذا الميثاق أقر من قبل جامعة الدول العربية في اجتماع مجلس الجامعة على المستوى الوزاري في الدورة العادية (121)، قرار رقم: 6405، بتاريخ: 2004/03/04م.

(3) نص قانون أحكام الأسرة البحريني على أن أركان الزواج هي: الزوجان، والإيجاب والقبول (م22). واشترط في الزوجين رضاها بالزواج (م23/ب). واشترط في الإيجاب والقبول صدورهما عن رضا تام (م24). ونفس الأحكام تقريبا جاءت في قانون الأسرة القطري (م2/11؛ م1/13).

المطلب الثاني

وجود الرضا في عقد الزواج والتعبير عنه وصحته

سأتكلم هنا عن وجود الرضا في عقد الزواج (الفرع الأول)، وطرق التعبير عنه (الفرع الثاني)، وشروط الإيجاب والقبول (الفرع الثالث)، ثم صحة الرضا في الزواج (الفرع الرابع).

الفرع الأول

وجود الرضا في عقد الزواج

الرضا أمر نفسي لا يُتصور وجوده إلا من شخص له إرادة واعية، أي له قصد يتجه إلى التعبير عن إرادته، مع إدراك وتمييز لمعنى ذلك التعبير؛ فلا يُتصور وجود الرضا من فاقد القصد والتمييز.

أولاً- وجود التمييز

يكون الشخص مميزاً⁽¹⁾ إذا كانت له قدرة على معرفة وإدراك معاني العبارات الدالة على التصرفات الشرعية، وما يترتب عنها من حقوق والتزامات. بحيث يفهم مثلاً معنى الزواج، وأنه يفيد حل الاستمتاع بين الزوجين، ويوجب على الزوج المهر والنفقة وغيرها من الآثار.

والرضا يوجد بوجود التمييز، وبدونه لا يُتصور إطلاقاً؛ فالجنون والصبي غير المميز ينعدم عندهما الرضا؛ لانعدام التمييز، وفقد القدرة على الإدراك. يقول ابن تيمية: «جَمِيعُ الْأَقْوَالِ وَالْعُقُودِ مَشْرُوطَةٌ بِوُجُودِ التَّمْيِيزِ وَالْعَقْلِ، فَمَنْ لَا تَمْيِيزَ لَهُ وَلَا عَقْلَ لَيْسَ لِكَلَامِهِ فِي الشَّرْعِ اعْتِبَارٌ أَصْلًا.»⁽²⁾

ولذلك قرر فقهاء المذاهب الأربعة أن تصرفات المجنون⁽³⁾ والصبي غير المميز باطلة، والعبارة الصادرة عنهما ملغاة، فلا يصح بها إيجاب ولا قبول، ولا ينعقد بها بيع ولا نكاح ولا غيرها من العقود والتصرفات⁽⁴⁾. وكذلك النائم والمغمى عليه لعدم التمييز.

(1) التَّمْيِيزُ هو: «قُوَّةٌ فِي الدِّمَاغِ يُسْتَنْبِطُ بِهَا الْمَعَانِي.» والمميز من يعرف معاني الأشياء، ويفهم الخطاب، ويفرق بين ما يضره وما ينفعه.

ينظر: التوقيف على مهمات التعاريف: عبد الرؤوف المناوي، عالم الكتب، القاهرة، ط1، 1990م، ص109.

(2) مجموع الفتاوى، م.س، 107/33. وقال الدردير في الشرح الصغير، م.س، 17/3 «وَشَرَطُ صِحَّةِ عَقْدِ الْعَاقِدِ: تَمْيِيزٌ؛ فَلَا يَصِحُّ مِنْ غَيْرِ مُتَمَيِّزٍ لِصِغَرٍ أَوْ جُنُونٍ أَوْ إِغْمَاءٍ أَوْ سُكْرِ لَيْسَ بِحَرَامٍ، وَكَذَا بِحَرَامٍ إِمَّا اتِّفَاقًا أَوْ عَلَى الْمَشْهُورِ.» وقال الكشناوي: «قال ابن تيمية: وَمَنْ يَخْتَلِفُ الْعُلَمَاءُ أَنَّ بَيْعَ الصَّغِيرِ وَالْمَجْنُونِ بَاطِلٌ؛ لِعَدَمِ التَّمْيِيزِ، وَلِتَوَقُّفِ اثْتِقَالِ الْمَلِكِ عَلَى الرِّضَا، وَهُوَ مَقْهُودٌ مِنْ غَيْرِ الْمُتَمَيِّزِ.» أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك: أبو بكر بن حسن الكشناوي، دار الفكر، بيروت، ط2، (د.ت)، 273/2. وينظر: البحر الرائق، م.س، 89/8؛ الشرح الكبير للدردير، م.س، 05/3؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 07/2.

(3) الجُنُونُ هو: «اِحْتِلَالُ الْقُوَّةِ الْمُتَمَيِّزَةِ بَيْنَ الْأُمُورِ الْحَسَنَةِ وَالْقَبِيحَةِ الْمُدْرِكَةِ لِلْعَوَاقِبِ، بِأَنْ لَا يَظْهَرُ آثَارُهَا، وَبِتَعْطُّلِ أَفْعَالِهَا.» شرح التلويح على التوضيح، م.س، 331/2.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 171/7؛ الشرح الصغير، م.س، 370/2؛ الحاوي الكبير، م.س، 137/18؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 07/2.

ويدل على بطلان تصرفات فاقد العقل والتمييز قوله ﷺ: (رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَخْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ)⁽¹⁾.

أما السكران⁽²⁾ فاقد الشعور والتمييز؛ فالحنفية يصححون نكاحه وسائر تصرفاته. والمشهور عند المالكية أنه كالمجنون لا يصح نكاحه وسائر عقود، بخلاف طلاقه. وقال الشافعية والحنابلة بأن السكران غير الآثم بسكره لا تنفذ تصرفاته، أما الآثم بسكره فتنفذ عقوبة له؛ لأنه تسبب في إزالة عقله بالمعصية⁽³⁾.

والراجح هو القول بعدم صحة تصرفاته؛ لانعدام التمييز عنده، سواء اعتُبر سكره معصية أم لا، لأن معصية السكر لها عقوبتها الشرعية، فلا حاجة لمعاقبته أيضا بإنفاذ تصرفاته، وخاصة تلك التصرفات التي تُلحق الضرر بغيره، كالطلاق الذي يضر الزوجة والأولاد بلا أي ذنب فعلوه.

وقد قرر فقهاء القانون الوضعي أيضا أن الرضا لا يُتصور وجوده إلا ممن له إدراك وتمييز، بأن يفهم ماهية التصرف والتزاماته فيه⁽⁴⁾. فالشخص فاقد التمييز تنعدم عنده الإرادة والرضا، كالمجنون والصغير غير المميز، وفاقد الوعي لسكر أو مرض، والنائم والمُنَوَّم مغناطيسيا وغيرهم⁽⁵⁾.

ولذلك نصت القوانين محل الدراسة على أنّ المجنون والصبي غير المميز عديما أهلية الأداء، ولا تصح منهما التصرفات القانونية، كالعقود وغيرها؛ لانعدام التمييز عندهم. وهذا ما نصت عليه

(1) سنن أبي داود، م.س، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدا، 455/6، حديث رقم: 4403؛ سنن الترمذي، م.س، أبواب الحدود، باب ما جاء فيمن يجب عليه الحد، 32/4، حديث رقم: 1423؛ سنن النسائي، م.س، كتاب الطلاق، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج، 156/6، حديث رقم: 3270؛ سنن ابن ماجه، م.س، أبواب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، 198/3، حديث رقم: 2041. وصححه الألباني في إرواء الغليل، م.س، 04/2.

(2) السكران هو الذي سكر، والسكر: «سُرُورٌ يَعْلِبُ عَلَى الْعَقْلِ بِمَبَاشَرَةِ بَعْضِ الْأَسْبَابِ الْمُوجِبَةِ لَهُ، فَيَمْنَعُ الْإِنْسَانَ عَنِ الْعَمَلِ بِمُوجِبِ عَقْلِهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُزِيلَهُ». كشف الأسرار، م.س، 352/4.

(3) ينظر: كشف الأسرار، م.س، 354/4؛ البيان والتحصيل، م.س، 257/4-260؛ مغني المحتاج، م.س، 472/4-473؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 74/3-75؛ روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه: ابن قدامة المقدسي، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 2002م، 54/1-57.

(4) جاء في الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 144/1، هامش 1: «وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود بالرضا الصحيح هو: كون المتصرف مميزا يعقل معنى التصرف ويقصده، والغرض من كونه مميزا يعقل معنى التصرف، أن يكون مدركا ماهية العقد والتزاماته فيه. أما كونه يقصده فالغرض منه بيان ألا بدّ من إرادة حقّة منه لقيام الالتزام.»

(5) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 144/1؛ شرح القانون المدني الجزائري، م.س، 80/1؛ مصادر الالتزام لمصطفى الجمال، م.س، ص. 62-63؛ نظرية العقد للسنهوري، م.س، 148/1.

المواد: 42 مدني جزائري⁽¹⁾، 217، 224 أسرة مغربية، 204 أحوال شخصية أردني. أما تصرفات السكران فلم يرد بشأنها نص في القانون الجزائري.

أما القانونان المغربي والأردني فقد نصّا على عدم وقوع طلاق السكران؛ لكن قانون الأحوال الشخصية الأردني (م/86أ) لم يقيد السكر بقيد معين. في حين قيده مدونة الأسرة المغربية (م90) بالسكر الطافح، وهو الذي يُفقد صاحبه الإدراك والتمييز، فيصير كالمجنون والصبي غير المميز⁽²⁾. ويمكن قياس سائر تصرفاته القانونية على الطلاق، كالزواج وغيره من العقود⁽³⁾، فيقال بعدم صحتها أيضا ما دام سكره طافحا؛ لانعدام إرادته ورضاه⁽⁴⁾.

ومن خلال ما سبق يتبين أنّ هناك توافقا بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي عموما في اشتراط التمييز لتحقيق الرضا، وأنّ هذا الأخير لا يُتصور وجوده عند من لا تمييز له، كالمجنون والصبي غير المميز وغيرهما. أما السكران فقد اختلفت المذاهب الفقهية بشأن تصرفاته، بين مبطل ومصحح وقائل بعدم النفاذ، أما قوانين الأحوال الشخصية فأخذت بعدم صحة تصرفاته.

ثانيا- وجود القصد

الرضا لا يوجد إلا بوجود القصد؛ ولذلك قيل: «لا رضاء إلا بعد قصد صحيح»⁽⁵⁾ ويُراد بالقصد هنا: العزم المتجه نحو إنشاء التصرف المرتب لآثاره الشرعية، أي عقد القلب على إرادة ذلك التصرف، وتوجه تلك الإرادة المؤكّدة إلى إحداثه⁽⁶⁾.

(1) تنص المادة 1/42 مدني جزائري على أنه: «لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز؛ لصغر في السن، أو عته، أو جنون». وتوافقها المادة 82 أسرة جزائري، والتي تنص على بطلان جميع تصرفات الصبي غير المميز. لكن المادة 85 أسرة جعلت تصرفات المجنون والمعته مثل تصرفات السفه غير نافذة. وهذا الحكم غريب جدا. أولاً؛ لأنه سوى بين تصرفات المجنون والسفيه رغم الفرق بينهما من حيث التمييز؛ فالأول لا عقل ولا تمييز له، والثاني له عقل وتمييز. وثانياً؛ لأنه جعل تصرفات المجنون غير نافذة، أي موقوفة، ولا أعلم أن أحدا قال بهذا في الفقه الإسلامي، ولا في القانون الوضعي. وبهذا تكون المادة 85 أسرة مخالفة للقانون المدني من جهتين: الأولى: جعلها تصرفات المجنون والمعته موقوفة، في حين أن القانون المدني يبطلها (م42). والثانية: أنها جعلت تصرفات السفه موقوفة غير نافذة، في حين أن القانون المدني جعلها قابلة للإبطال (م101). فينبغي تعديل هذه النصوص لتتوافق مع بعضها.

(2) ينظر: شرح مدونة الأسرة، م.س، ص. 260-261؛ الوائي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، ص. 31/2.

(3) مجلة الالتزامات والعقود التونسية: (القانون عدد 87 لسنة 2005، المؤرخ في: 15 أوت 2005، ر.ر. 68، المعدل والمتمم). نصت في الفصل 58 على أنه: «إذا وقع العقد في حال السكر المغيب للشعور وجب فسخه».

(4) أما التصرفات غير المشروعة فلا يعفى من تحمل مسؤوليتها إذا كان سكره متعمدا؛ لما جاء في المادة 217 أسرة مغربية، والتي تتكلم عن عديمي الأهلية، حيث تقول في فقرتها الأخيرة: «الفقدان الإرادي للعقل لا يُعفي من المسؤولية».

(5) تقويم الأدلة في أصول الفقه: أبو زيد الدبوسي، تحقيق: خليل محيي الدين الميس، دار الكتب العلمية، ط1، 2001م، ص. 435. وجاء في أعلام الموقعين، م.س، 78/3: «القصد رُوخُ العَقْدِ وَمُصَحِّحُهُ وَمُبْطِلُهُ، فَأَعْتَبَارُ الْمُقْصُودِ فِي الْعُقُودِ أَوْلَى مِنْ أَعْتِبَارِ الْأَلْفَاظِ».

(6) عُرِّفَ القصد بأنه: «عزم القلب على فعل الشيء». المطلع على ألفاظ المقنع: محمد بن أبي الفضل البعلي، تحقيق: محمود الأرنؤوط، ياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادى للتوزيع، ط1، 2003م، ص. 88. وينظر: مبدأ الرضا في العقود، م.س، 1/259.

وهذا القصد ينبغي أن يتجه إلى إصدار التعبير المنشئ لذلك التصرف (قصد التعبير)، وأن يتجه كذلك إلى ترتيب الآثار الشرعية لذلك التعبير (قصد الأثر).

يقول ابن القيم: «الْمُتَكَلِّمُ بِصِيغِ الْعُقُودِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ قَاصِدًا لِلتَّكَلُّمِ بِهَا أَوْ لَا يَكُونُ قَاصِدًا؛ فَإِنْ لَمْ يَقْصِدِ التَّكَلُّمَ بِهَا، كَالْمُكْرِهِ وَالنَّائِمِ، وَالْمَجْنُونِ وَالسَّكَرَانَ، وَالْمَعْلُوبِ عَلَى عَقْلِهِ، لَمْ يَتَرْتَبْ عَلَيْهَا شَيْءٌ، وَإِنْ كَانَ فِي بَعْضِ ذَلِكَ نِزَاعٌ وَتَفْصِيلٌ، فَالصَّوَابُ أَنَّ أَقْوَالَ هَؤُلَاءِ كُلِّهَا هَدْرٌ كَمَا دَلَّ عَلَيْهِ الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ وَالْمِيزَانُ وَأَقْوَالُ الصَّحَابَةِ. وَإِنْ كَانَ قَاصِدًا التَّكَلُّمَ بِهَا؛ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ عَالِمًا بِعَايَاتِهَا مُتَّصِرًا لَهَا، أَوْ لَا يَدْرِي مَعَانِيَهَا أَلْبَتَّةَ؛ بَلْ هِيَ عِنْدَهُ كَأَصْوَاتٍ يَنْعَقُ بِهَا. فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَالِمًا بِمَعْنَاهَا وَلَا مُتَّصِرًا لَهُ لَمْ يَتَرْتَبْ عَلَيْهِ أَحْكَامُهَا أَيْضًا. وَلَا نِزَاعٌ بَيْنَ أُمَّةِ الْإِسْلَامِ فِي ذَلِكَ. وَإِنْ كَانَ مُتَّصِرًا لِمَعَانِيهَا عَالِمًا بِمَدْلُوهَا؛ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ قَاصِدًا لَهَا أَوْ لَا؛ فَإِنْ كَانَ قَاصِدًا لَهَا تَرْتَبَتْ أَحْكَامُهَا فِي حَقِّهِ وَلِزِمَتْهُ... فَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ غَيْرَ التَّكَلُّمِ بِهَا فَهِيَ الْهَازِلُ.»⁽¹⁾

فمن الحالات التي يصدر فيها التعبير دون قصد إليه أصلا، ما يصدر عن المجنون، أو النائم، أو المغمى عليه، أو السكران. ومن الحالات التي يوجد فيها القصد إلى التعبير دون قصد ما يترتب عليه من آثار: الهزل، والتلجئة. فما حكم الزواج في هاتين الحالتين؟

1- حكم زواج الهزل

زواج الهزل⁽²⁾ صحيح لازم عند جمهور الفقهاء؛ فهو مذهب الحنفية والمشهور عند المالكية والشافعية والحنابلة. وقيل لا يصح؛ لانعدام القصد عند الهازل. وهو رواية عن مالك، والشافعي⁽³⁾. والصحيح أن نكاحه صحيح لازم بخلاف تصرفاته المالية؛ لورود الدليل الصريح الصحيح في ذلك، وهو قول النبي ﷺ: (ثَلَاثٌ جَدُّهُنَّ جَدٌّ، وَهَزْلُهُنَّ جَدُّ: النِّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ، وَالرَّجْعَةُ)⁽⁴⁾.

(1) أعلام الموقعين، م.س، 98/3. ويقول ابن تيمية في مجموع الفتاوى، م.س، 107/33 (بتصرف يسير): «الْعُقُودُ وَغَيْرُهَا مِنْ التَّصَرُّفَاتِ مُشْرُوطَةٌ بِالْقَصْدِ... فَكُلُّ لَفْظٍ يَغْيَرُ قَصْدٌ مِنَ الْمُتَكَلِّمِ؛ لَسَهْوٍ وَسَبْقِ لِسَانٍ وَعَدَمِ عَقْلِ: فَإِنَّهُ لَا يَتَرْتَبُ عَلَيْهِ حُكْمٌ.» ويقول إبراهيم بن موسى الشاطبي: «فَالْعَمَلُ إِذَا تَعَلَّقَ بِهِ الْقَصْدُ تَعَلَّقَتْ بِهِ الْأَحْكَامُ التَّكْلِيفِيَّةُ، وَإِذَا غُرِّيَ عَنِ الْقَصْدِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ شَيْءٌ مِنْهَا، كَفِعْلِ النَّائِمِ وَالْعَافِلِ وَالْمَجْنُونِ.» الموافقات، تحقيق: مشهور آل سلمان، دار ابن عفان، السعودية، ط1، 1997م، 09/3.

(2) الهزل: ضد الجد، والهازل غير الجاد. يقول ابن القيم في أعلام الموقعين، م.س، 100/3: «الْهَازِلُ هُوَ الَّذِي يَتَكَلَّمُ بِالْكَلامِ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ لِمُوجِبِهِ وَحَقِيقَتِهِ؛ بَلْ عَلَى وَجْهِ اللَّعِبِ، وَتَقْيِضُهُ الْجَادُ.»

(3) ينظر: المبسوط، م.س، 124/24؛ منح الجليل، م.س، 269/3؛ أسنى المطالب، م.س، 281/3؛ أعلام الموقعين، م.س، 100/3.

(4) سنن أبي داود، م.س، كتاب الطلاق، باب في الطلاق على الهزل، 516/3، حديث رقم: 2194؛ سنن الترمذي، م.س، أبواب الطلاق واللعان، باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق، 482/3، حديث رقم: 1184؛ سنن ابن ماجه، م.س، أبواب الطلاق، باب من طلق أو نكح أو راجع لاعبا، 197/3، حديث رقم: 2039. وقال الترمذي عقبه: «حديث حسن غريب.» وقال عنه الحاكم في المستدرک، م.س، 216/2: «إسناده صحيح.» وحسنه الألباني في إرواء الغليل، م.س، 224/6.

2- حكم زواج التلجئة (الزواج السوري)

إذا عُقد الزواج تَلَجَّةً⁽¹⁾، كأن يُزَوَّج الأب ابنته لرجل في الظاهر، دون أن يقصد معنى الزواج في الباطن؛ لسبب معين، كالخوف من رجل ظالم معروف باغتصاب من لا زوج لها. فهذا الزواج يصحّ في القول المشهور عند المذاهب الأربعة؛ قياساً على الهزل؛ لأنّ الملجأ أكثر ما فيه أنّه كالهزل، غير قاصدٍ للعقد، ونكاح الهازل يصحّ، فكذلك الملجأ⁽²⁾. وفي قول عند الحنابلة أن النكاح باطل، إذا اتفق طرفاه على تَلَجَّتِهِ، فهذا الاتفاق شرط مبطل للعقد، كشرط التوقيت والتحليل⁽³⁾.

وأفتى بعض المعاصرين بأن النكاح السوري الذي يتم على الوثائق فقط؛ لأجل الحصول على الجنسية أو الإقامة في بلد أجنبي، أو غيرها من الأغراض، هو نكاح باطل؛ لمناقضته لمقاصد الزواج السامية، ولما فيه من الغش والخداع، والتحايل على الأنظمة والقوانين⁽⁴⁾.

والراجع عندي أنّ الزواج السوري إذا استوفى أركانه وشروطه، وانتفت موانعه، ولم يُشترط كونه سورياً عند عقده، فهو صحيح لازم، وإن لم يقصد طرفاه حقيقة الزواج؛ لأنّ الصورية كالهزل لا تمنع انعقاده؛ ولكن يَأْتَمُّ من أقدم عليه لغرض غير مشروع، ويستحق العقوبة على ذلك.

ويظهر لي أنّ الفقه الإسلامي عموماً يعتد في الزواج بالإرادة الظاهرة، وإن لم تكن جادة، بأن صدرت عن هزل أو تلجئة، رغم عدم اعتداده بها في التصرفات المالية. والسبب أنّ طبيعة عقد الزواج تقتضي ذلك؛ لما يحقّه من القداسة، ولاشتماله على جانب تعبدي؛ ولذلك قُدِّم على نوافل العبادات. كما أنه عقد تعلق به حق الله؛ لما يترتب عليه من آثار خطيرة، كحل ما كان حراماً، وحرمة ما كان حلالاً، كحرمة المصاهرة، وهذا خلافاً للتصرفات المالية التي تتعلق بحقوق العباد⁽⁵⁾.

(1) التلجئة أو المُواضعة هي: «أَنْ يَتَوَاطَأَ اثْنَانِ عَلَى إِظْهَارِ الْعُقْدِ صُورَةً مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكُونَ لَهُ حَقِيقَةٌ، مِثْلَ الرَّجُلِ الَّذِي يُرِيدُ ظَلَمًا أَنْ يَأْخُذَ مَالَهُ، فَيُؤَاطِي بَعْضَ مَنْ يُخَافُ، عَلَى أَنْ يَبِيعَهُ إِيَّاهُ صُورَةً، لِيَنْدَفِعَ ذَلِكَ الظَّلَمَ.» مجموع الفتاوى، م.س، 62/6-63 (بتصرف يسير). ومن صور زواج التلجئة ما يسمى بالزواج السوري (الأبيض) للحصول على وثائق الإقامة في بلد أجنبي.

(2) ينظر: المبسوط، م.س، 122/24؛ النوادر والزيادات، م.س، 231/9؛ أسنى المطالب، م.س، 11/2؛ أعلام الموقعين، م.س، 77/3؛ المغني، م.س، 463/9؛ الفتاوى الهندية: لجنة من العلماء برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، بيروت، ط2، 1310هـ، 206/4.

(3) ينظر: مجموع الفتاوى، م.س، 67/6-68؛ أعلام الموقعين، م.س، 77/3.

(4) ينظر: فقه الأسرة المسلمة في المهاجر: محمد الكدي العمراني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2001م، 387/1-390؛ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالسعودية، المجموعة الأولى، جمع: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، نشر: رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، الرياض، (د.ط، د.ت)، 98/18، 488؛ حكم زواج المصلحة في ضوء المقاصد الشرعية للزواج: وصفي عاشور أبو زيد، مقال منشور بمجلة الوعي الإسلامي، الكويت، العدد 554، سبتمبر 2011، ص34-38؛ فتاوى الشبكة الإسلامية، فتوى رقم: 96508، (<http://www.islamweb.net>)، تاريخ الزيارة: 2016/3/7م.

(5) ينظر: أعلام الموقعين، م.س، 101/3-102؛ الموافقات، م.س، 21/3؛ التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، م.س، ص389-392؛ المدخل الفقهي العام: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط1، 1998م، 446/1-447.

ولكن ينبغي التنبيه هنا إلى أن تصور وقوع الهزل والتلجئة في عقد الزواج أمر مستبعد جدا؛ بسبب ما يَحْفُ هذا العقد من الناحية الشرعية والواقعية من إجراءات وشكليات، كالخطبة والإشهاد والتوثيق، وإبرامه في المساجد، وبحضور الإمام والأقارب، وغيرها من الأمور التي يستبعد الإتيان بها كلها هزلا وتلجئة⁽¹⁾.

وقد ذهب فقهاء القانون المدني إلى أن الرضا لا يتحقق إلا ممن اتجه قصده إلى إحداث أثر قانوني معين، وأنه لا عبرة بالإرادة التي لم تتجه لذلك، كإرادة الهازل، والإرادة الصورية⁽²⁾.

أما قوانين الأحوال الشخصية فلم تتعرض لهذه المسألة؛ ولذلك اختلف فقهاء القانون في حكم الزواج الذي يتم بإرادة هازلة أو صورية. فذهب بعضهم إلى أنه زواج صحيح لازم؛ لأن الزواج لا هزل فيه؛ فطبيعته الشخصية، وما يحفه من قدسية، وما يستلزمه من إجراءات شكلية لعقده وتوثيقه، تحتم الأخذ فيه بالإرادة الظاهرة، ولا تُقبل فيه دعوى الصورية⁽³⁾.

وذهب آخرون إلى أنه زواج باطل؛ لأن الإرادة الهازلة والصورية لم تتجه لإحداث الآثار القانونية المترتبة على الزواج، ولأن الغايات السامية لهذا العقد تستلزم وجود إرادة جادة حقيقية تتجه إلى تحصيلها، وليس إلى تحصيل أغراض غريبة عن الزواج، كالحصول على إقامة أو جنسية، أو التملص من الواجب العسكري، أو ستر فضيحة الزنا، أو تحليل المطلقة ثلاثا لزوجها السابق⁽⁴⁾.

ويتبين لي مما سبق عرضه حول اشتراط توافر القصد لتحقيق الرضا، أن هناك توافقا عاما بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي حول ضرورة توجه قصد المتعاقد نحو التعبير والآثار معا، من أجل أن يتحقق الرضا في عقد الزواج؛ ولكن يستثني من ذلك الإرادة الهازلة والصورية، فلا يتمتع معهما انعقاد الزواج أخذا بالإرادة الظاهرة. وهذا هو المشهور في مذاهب الفقه الإسلامي، وبه أخذ بعض الفقه القانوني. وهو الموقف الذي أراه صائبا؛ إذ المرجع في حال غياب نص في قوانين الأحوال الشخصية هو الفقه الإسلامي. ولا يطعن ذلك في مبدأ الرضا عموما؛ لأن هذه الحالات هي مجرد استثناء تقتضيه طبيعة عقد الزواج وخصوصيته.

(1) ينظر: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، م.س، ص.393-394.

(2) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 144/1؛ شرح القانون المدني الجزائري، م.س، 80/1-81؛ مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة: مصطفى الجمال وآخرين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، (د.ط)، 2003م، ص.42-43.

(3) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 148/1-149.

(4) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 149/1؛ العلاقات بين الزوجين، جدلية التجديد والتقليد في القانونين التونسي والمقارن: عمار عبد الواحد الداودي، مركز النشر الجامعي، تونس، (د.ط)، 2007م، ص.155؛ محاضرات في قانون الأسرة الجزائري (مطبوعة): جيلالي تشوار، كلية الحقوق بجامعة تلمسان، الجزائر، (د.ت)، ص.20.

الفرع الثاني

طرق التعبير عن الرضا في عقد الزواج

لما كان الرضا بالزواج أمراً نفسياً خفياً، فلا يمكن الاطلاع عليه إلا بعد إظهاره للعالم الخارجي، ويتم ذلك بالتعبير عنه بعدة طرق، كالكلام والكتابة والإشارة، أو بالسكوت، أو بالطرق الحديثة.

أولاً- التعبير بالكلام

الكلام أو القول أو اللفظ، هو الطريقة الأكثر استعمالاً للتعبير عن الرضا والإرادة؛ لسهولة ووضوح دلالاته على المعنى المراد. وسأتكلم هنا عن الألفاظ التي ينعقد بها الزواج، ولغتها، وصيغتها.

1- الألفاظ التي ينعقد بها الزواج

ينعقد الزواج بالألفاظ الصريحة في الدلالة على معناه، وهي لفظي النكاح والزواج وما يُشتق منهما. وهذا القدر لا خلاف فيه بين الفقهاء⁽¹⁾. أما ما عدا هذين اللفظين مما لا يُعدُّ صريحاً في معنى الزواج، فقد اختلف الفقهاء في انعقاد الزواج بها. فذهب الحنفية إلى أن الزواج ينعقد بكل لفظ يدل على تملك الأعيان في الحال، كالهبة والصدقة، والبيع والتملك، إذا نوى بها المتكلم الزواج، أو وُجدت قرينة تدل على مراده، وفهم الشهود ذلك. ولا ينعقد بلفظ الإجارة والإعارة والوصية والإحلال⁽²⁾. وذهب المالكية إلى أنه ينعقد بلفظ الهبة إذا قُرنت بذكر المهر، واختلفوا في لفظ الصدقة والتملك⁽³⁾. أما الشافعية والحنابلة فلا ينعقد عندهم إلا باللفظ الصريح، أي النكاح والزواج فقط⁽⁴⁾. وتعتبر الألفاظ المُصَحَّفة عن هذين اللفظين كالصريح في انعقاد الزواج بها، إذا استعملت عرفاً في معنى الزواج، أو كان العاقد عاجزاً عن النطق باللفظ الصحيح⁽⁵⁾.

وإذا صدر الإيجاب بإحدى الألفاظ السابقة، فيكفي أن يقول القابل: قبلت، أو فعلت، أو رضيت ونحوه، دون الحاجة لإعادة اللفظ المذكور في الإيجاب. وهذا مذهب الجمهور خلافاً للشافعية، فإنَّ الأظهر عندهم أنه لا ينعقد بقول القابل: قبلت؛ بل لا بدَّ أن يقول: قبلت هذا النكاح أو هذا الزواج⁽⁶⁾.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 229/2؛ بداية المجتهد، م.س، 32/3؛ روضة الطالبين، م.س، 382/5؛ المغني، م.س، 460/9.

(2) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 83-78/4؛ البحر الرائق، م.س، 94-91/3.

(3) ينظر: بداية المجتهد، م.س، 32/3؛ منح الجليل، م.س، 267/3.

(4) ينظر: روضة الطالبين، م.س، 382/5؛ المغني، م.س، 461-460/9.

(5) الألفاظ المُصَحَّفة: مِنْ التَّصْحِيفِ، وَهُوَ تَغْيِيرُ اللَّفْظِ وَتَحْرِيفُ بَعْضِ حُرُوفِهِ، أَوْ تَغْيِيرُ تَرْتِيبِهَا بِالتَّقْدِيمِ وَالتَّأخِيرِ، مِثْلُ تَجَوُّزِثُ، أَيْ يَتَّقَدِّمُ الْجَيْمَ عَلَى الرَّايِ. ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 83/4؛ مغني المحتاج، م.س، 226/4؛ مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: مصطفى بن سعد الرحباني، المكتب الإسلامي، ط2، 1994م، 48/5.

(6) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 69/4؛ مواهب الجليل، م.س، 422/3؛ مغني المحتاج، م.س، 226/4؛ المغني، م.س، 459/9.

2- اللغة التي ينعقد بها الزواج

ينعقد الزواج باللغة العربية وبغيرها من اللغات الأجنبية، حتى لو كان العاقد يحسن العربية. وهذا مذهب الحنفية والمالكية والأصح عند الشافعية. وفي قول للشافعية وهو مذهب الحنابلة أن القادر على التكلم بالعربية لا ينعقد زواجه بغيرها، أما من لا يُحسنها فيصح باللغة التي يحسنها⁽¹⁾.

3- الصيغة اللفظية التي ينعقد بها الزواج

ينعقد الزواج باللفظ الدال على الماضي؛ لدلالته على التحقيق، كما ينعقد بلفظين أحدهما للماضي والآخر للأمر أو المضارع إذا قُصد به الحال لا الاستقبال والمواعدة⁽²⁾. أما صيغة الاستفهام، كقوله: أتزوجني ابنتك؟ فلا يصح بها العقد لما فيها من التردد⁽³⁾.
والصحيح من الأقوال السابقة التي قيلت في ألفاظ ولغة وصيغة الزواج، هو القول بأن الزواج ينعقد بكل لفظ يدل على معناه لغة أو عرفاً، إذا وجدت القرائن التي تدل على إرادة الزواج من العاقدين، وفهم الشهود منهما ذلك؛ سواء كانت الصيغة بالعربية أو بغيرها من اللغات الأخرى؛ فالزواج ليس من العبادات حتى يقيد بألفاظ مخصوصة كالصلاة⁽⁴⁾.

ثانياً- التعبير بالكتابة

أجاز الحنفية عقد الزواج بالكتابة من أحد الطرفين إذا كان غائباً عن المجلس. أما الحاضر فلا ينعقد بكتابته، كما لا ينعقد بالكتابة من الطرفين ولو كانا غائبين. إذن فمقصود الحنفية بقولهم: «يَنْعَقِدُ التَّكَاخُ بِالْكِتَابِ كَمَا يَنْعَقِدُ بِالْحُطَابِ.» هو أن يكتب أحد العاقدين إلى الآخر كتاباً يتضمن إيجاباً، فإذا بلغ الكتاب العاقد الآخر حضر الشهود وقرأ عليهم الإيجاب، ثم تكلم بالقبول، فينعقد الزواج عند سماع الشهود لكل من الإيجاب والقبول⁽⁵⁾.

أما جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، فلا يجيزون عقد الزواج بغير اللفظ، كالكتابة والإشارة، سواء كان العاقد حاضراً أم غائباً؛ إلا إذا كان عاجزاً عن الكلام كالأخرس، فيصح عقده حينها بالكتابة⁽⁶⁾. على أن تتم قراءة المكتوب ليسمعه الشهود.

(1) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 84/4-85؛ روضة الطالبين، م.س، 382/5؛ المغني، م.س، 461/9-462.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 231/2؛ مواهب الجليل، م.س، 419/3؛ مغني المحتاج، م.س، 226/4، 230.

(3) ينظر: روضة الطالبين، م.س، 385/5؛ المغني، م.س، 462/9.

(4) ينظر: مجموع الفتاوى، م.س، 533/20-534؛ إعلام الموقعين، م.س، 221/1؛ أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة: عمر سليمان الأشقر، دار النفائس، عمان، الأردن، ط2، 1997م، ص.89.

(5) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 73/4؛ البحر الرائق، م.س، 90/3.

(6) ينظر: منح الجليل، م.س، 267/3؛ البهجة شرح التحفة، م.س، 384/1؛ روضة الطالبين، م.س، 383/5-384؛ مغني المحتاج، م.س، 230/4؛ مطالب أولي النهى، م.س، 50/5.

ثالثاً- التعبير بالإشارة

ذهب فقهاء المذاهب الأربعة إلى أنّ العاجز عن الكلام، كالأخرس ينعقد زواجه بإشارته المفهومة. فإن كان يحسن الكتابة فهي أولى؛ لأن دلالتها على الرضا أصرح من الإشارة⁽¹⁾. وقال بعض الحنفية بأن القادر على الكتابة لا تصح منه الإشارة⁽²⁾. وهذا ما رجحه بعض المعاصرين⁽³⁾.

رابعاً- التعبير بالسكوت

السكوت لا يكون إيجاباً ولا قبولاً في الزواج؛ كما لا يكون رضا في حال استئذان الرجل أو المرأة الثيب. أما المرأة البكر إذا استأذنها وليها فسكتت، فهو رضاٌ منها بالزواج⁽⁴⁾؛ لأنها تستحي كما جاء في عدد من الأحاديث التي سبق ذكرها⁽⁵⁾. وهذا ما اتفق عليه فقهاء المذاهب الأربعة؛ إلا أن المالكية استثناوا سكتة من الأبقار لا يكون سكوتهن إذنا حتى يتكلمن بالرضا⁽⁶⁾. واستثنى الشافعية البكر المزوجة بأقل من مهر المثل، فلا بدّ من النطق لتعلق الرضا بالمال⁽⁷⁾.

خامساً- التعبير بالوسائل الحديثة

وسائل الاتصال الحديثة كالهاتف والفاكس، والبريد الإلكتروني، والتواصل بالصوت والصورة عبر الانترنت، أو بواسطة الهواتف الذكية وغيرها من الوسائل التي اكتشفت حديثاً، ولم تكن معروفة عند فقهاءنا السابقين. وقد اختلف المعاصرون في حكم استعمالها في إبرام عقد الزواج. فذهب البعض إلى إجازتها إذا تُحَقِّق من هوية العاقدين وأمن التزوير، وبشرط أن يصدر الإيجاب والقبول في مجلس واحد (مجلس المحادثة)، مع حضور الشهود وسماعهم للإيجاب والقبول⁽⁸⁾. وذهب آخرون إلى منع

(1) ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 198/3؛ منح الجليل، م.س، 267/3؛ مغني المحتاج، م.س، 230/4؛ المغني، م.س، 462/9؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 632/2.

(2) ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 572/10؛ البناية شرح الهداية: محمود العيني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2000م، 542/13.

(3) ينظر: المدخل الفقهي العام، م.س، 413/1؛ دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دراسة فقهية مقارنة: محمد خضر قادر، دار البيزوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، (د.ط)، 2010م، ص.62.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 242/2؛ بداية المجتهد، م.س، 32/3؛ أسنى المطالب، م.س، 128/3؛ المغني، م.س، 408-409.

(5) يراجع هذا البحث، ص.19-20.

(6) هؤلاء الأبقار البسطة هُنَّ: المُرَشَّدَة: وهي البالغة التي رَشَدَهَا أبُوها فَأَطْلَقَ الحَجْرَ عَنْهَا فِي التَّصْرُفِ الْمَالِي. والبكر التي عُصِلَتْ: أي مَنَعَهَا وَلِيُّهَا مِنَ النِّكَاحِ، فَرَفَعَتْ أَمْرَهَا لِلْحَاكِمِ فَرَوَّجَهَا الْحَاكِمُ. والبكر المُهْمَلَة: أي التي لا أب لها ولا وصي، إذا رُوِّجَتْ بأقل من مهر المثل. والبكر المزوجة بمن لا يكافؤها، كالعبد والمعيب. والبكر المُفْتَنَاتُ عليها، أي عَقَدَ عَلَيْهَا وَلِيُّهَا غَيْرُ الْمُجْبِرِ بَعْدَ إِذْنِهَا ثُمَّ أَخْبَرَهَا، فَلَا بُدَّ مِنْ رِضَائِهَا بِالْقَوْلِ لِصِحَّةِ النِّكَاحِ. ينظر: الشرح الصغير، م.س، 367/2-368.

(7) ينظر: أسنى المطالب، م.س، 128/3.

(8) ينظر: أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، م.س، ص.83؛ دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، م.س، ص.70-74، 139-143؛ مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق: أسامة الأشقر، دار النفائس، الأردن، ط3، 2010م، ص.109.

استعمالها؛ لخطورة عقد الزواج التي تقتضي الاحتياط في عقده، منعا للغش والخداع الذي قد يتخلل استعمال هذه الوسائل، كتقليد الأصوات، وانتحال الشخصيات⁽¹⁾.
والراجع هو القول بالمنع احتياطا لأمر الزواج، خاصة وأنه يمكن الاستغناء عن هذه الوسائل بالحضور الشخصي لمجلس العقد، أو بالوكالة عند تعذر الحضور.

أما طرق التعبير عن الرضا في الزواج في قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة، فهي ثلاثة طرق، تتمثل في اللفظ والكتابة والإشارة. فقد جاء في المادة 10 أسرة جزائري أنه: «يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا. ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا، كالكتابة والإشارة.» وجاء في المادة 10 أسرة مغربية أنه: «ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا. يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب، وإلا فبإشارته المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين.» وفي قانون الأحوال الشخصية الأردني نصت المادة 7 على أنه: «يكون كل من الإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة، كالإنكاح والتزويج، وللعاجز عنهما بكتابتة أو بإشارته المعلومه.» فمن خلال هذه النصوص الثلاثة يتبين ما يأتي:

- اتفاق هذه القوانين على أن الكلام هو الطريقة الأصلية للتعبير في عقد الزواج، ولا يجوز استعمال الطرق الأخرى إلا استثناءً عند الضرورة؛ عند العجز عن الكلام، كالأخرس⁽²⁾. وقد أكدّ المشرع المغربي ذلك بقوله في المادة 1/11: «يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا: 1- شفويين عند الاستطاعة، وإلا فبالكتابة أو الإشارة المفهومة.» وهذا الموقف يتوافق مع الفقه الإسلامي.

- اتفاق القانون الجزائري والأردني على اشتراط التعبير بالألفاظ الصريحة الدالة على الزواج شرعا، وهي الإنكاح والتزويج⁽³⁾، وهذا يتوافق مع مذهب الشافعية والحنابلة. أما القانون المغربي

(1) ينظر: فتاوى اللجنة الدائمة، المجموعة الأولى، م.س، 90/18-91؛ مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، م.س، ص110؛ الفقه الإسلامي وأدلته: وهبة مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة المنقحة، (د.ت)، 5174-7/5175؛ قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، رقم: 52 (3/6)، الصادر في دورة مؤتمره السادس بجدة، السعودية، بتاريخ: 14-20 مارس 1990، والمنشور على موقع المجمع (www.iifa-aifi.org/1789.html)، تاريخ الزيارة: 2017/5/14م.

(2) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 143/1-144؛ عقد الزواج، دراسة مقارنة: عيسى حداد، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، (د.ط)، 2006م، ص. 42، 48.

(3) ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، ص56.

- تنبيه: قانون الأسرة الجزائري (م10) لم يصرح باشتراط الألفاظ الصريحة؛ لكن قوله: «بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا» يقتضي ذلك؛ لأن الألفاظ الدالة على معنى النكاح شرعا هي النكاح والزواج، وما عداها إنما يدل على النكاح لغة أو عرفا. والغريب أنه في الكتابة أجاز التعبير بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا، رغم أن الكتابة أخت اللفظ، من حيث الكلمات المستعملة.

فأجاز التعبير بكل لفظ يدل على معنى الزواج لغة أو عرفاً، كلفظ التملك والقران والإعطاء⁽¹⁾. وهذا يتوافق مع مذهب الحنفية والمالكية عموماً، وهو الرأي الذي ينبغي الأخذ به لرجاحته.

- كما لا يُعتدُّ بأي طريقة أخرى غير هذه الثلاثة، فلا يصلح التعبير عن الإيجاب والقبول في الزواج بالسكوت أو بوسائل الاتصال الحديثة⁽²⁾؛ لخطورة هذا العقد، ولما يستلزم إبرامه من الحضور الشخصي لطرفيه، وللولي والشهود، وتوقيعهم جميعاً على وثيقة العقد.

- الزواج لا يجوز عقده بالكتابة إلا في حال العجز عن الكلام، ولا يُعدُّ العجز عن الحضور لمجلس العقد مبرراً لعقده بواسطة المراسلة أو المكاتبة؛ لأن التعاقد في الزواج لا يصح بين غائبين، لما يقتضيه الزواج من الحضور الشخصي لطرفيه في مجلس العقد. والعاجز عن الحضور إما أن يصبر حتى يتمكن من الحضور، أو يُوكَّل من ينوب عنه. ومنع التعاقد بين غائبين في الزواج يتوافق مع مذهب الجمهور، خلافاً للحنفية المجوزين للتعاقد بين غائبين بواسطة المراسلة والمكاتبة⁽³⁾.

- العاجز عن الكلام يعبر عن إرادته بالكتابة أو الإشارة، وهو مخير بينهما حسب ظاهر النصين الجزائري والأردني، فقد استعمل حرف "أو" الدال على التخيير، أما تقديم ذكر الكتابة فهو تنبيه لأولويتها على الإشارة. وهذا يتوافق مع رأي جماهير الفقهاء. أما القانون المغربي فقد رتب هذه الطرق ترتيباً إلزامياً، فلا تصح الإشارة عنده إلا من العاجز عن الكتابة؛ لأن هذه الأخيرة أوضح من الإشارة، والقادر على الأعلى لا يُقبل منه الأدنى⁽⁴⁾. وهذا يتوافق مع قول بعض الحنفية.

- هذه القوانين لم تحدد لغة معينة للإيجاب والقبول، فيصح إذن التعبير بكل لغة يحسنها الطرفان ويفهمها الشهود⁽⁵⁾. وهذا يتوافق مع رأي جمهور الفقهاء خلافاً للحنابلة.

(1) ينظر: شرح مدونة الأسرة، م.س، ص.84.

(2) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 144/1-147.

(3) تأثر كثير من القانونيين برأي الحنفية، فقالوا بجواز عقد الزواج بين غائبين بواسطة إرسال رسول أو كتاب. وهذا القول لا يتفق في نظري مع القوانين محل الدراسة، كما لا يجوز تفسير العجز عن الحضور بأنه في حكم العجز عن الكلام؛ للفرق الكبير بين الأمرين. ينظر كلام المتأثرين بالحنفية في: قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، م.س، ص. 42؛ الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، 48/1؛ إنعقاد الزواج بالبريد الإلكتروني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري: عبد الرحيم صالح، مقال منشور بمجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 7، جوان 2012، ص.194.

(4) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 144/1؛ شرح مدونة الأسرة، م.س، ص. 86؛ الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط)، 2005م، ص.44.

(5) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 143-142/1؛ قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، م.س، ص.41-

الفرع الثالث

شروط الإيجاب والقبول في عقد الزواج

لا ينعقد الزواج إلا بعد وجود شقّي التعبير، وهما الإيجاب والقبول، وأن تتوفر فيهما جملة من الشروط. وقبل إيراد هذه الشروط أنه إلى أن الإيجاب عند الحنفية هو الكلام الذي يصدر أولاً من أحد المتعاقدين دالا على رضاه بالعقد. والقبول هو الكلام الذي يصدر ثانياً من المتعاقد الآخر دالا على موافقته على إيجاب الأول. أما الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة)، فيعتبرون الإيجاب ما يصدر من الولي أو وكيله، والقبول ما يصدر من الزوج أو وكيله. فإذا تكلم الزوج أولاً كان ذلك قبولا متقدما على الإيجاب، ولا يضر ذلك عند المالكية والشافعية؛ إذ لا يشترط عندهم الترتيب بينهما. أما الحنابلة فلا يصح عندهم العقد إن تقدم القبول عن الإيجاب، لوجوب الترتيب⁽¹⁾. أما فقهاء القانون فيعرفون الإيجاب والقبول في الزواج وفق تعريف الحنفية⁽²⁾، وبالتالي فلا تُطرح إشكالية الترتيب بينهما.

وأما شروط الإيجاب والقبول في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي⁽³⁾ فهي كالآتي:

أولاً- دلالة الإيجاب والقبول على التتّجيز

الزواج في الفقه الإسلامي عقد فوري ناجز، لا يقبل التعليق على شرط غير متحقق، كقوله: زوجتك ابنتي إذا حصلت على وظيفة، ولم يكن قد حصل عليها بعد. كما لا يصح إضافة الزواج إلى المستقبل، كقوله: زوجتك ابنتي بعد شهر، أو إذا جاء الربيع⁽⁴⁾. وهذا الشرط نصت عليه أيضا قوانين الأحوال الشخصية، ففي المادة 3/11 أسرة مغربية أنه يشترط في الإيجاب والقبول كونهما: «باتين غير مقيدتين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ.» وجاء في المادة 9 أحوال شخصية أردني أنه: «لا ينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل، ولا المعلق على شرط غير متحقق.» فالزواج إذن في القانون الوضعي وكما في الفقه الإسلامي لا يقبل التعليق⁽⁵⁾.

(1) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 69/4؛ الشرح الصغير، م.س، 350/2؛ أسنى المطالب، م.س، 118/3؛ المغني، م.س، 462/9.

(2) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 142/1؛ شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، م.س، ص.57؛ الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، 45/1. شرح قانون الأحوال الشخصية: مصطفى السباعي، دار الوراق للنشر والتوزيع، الرياض/المكتب الإسلامي، بيروت، ط9، 2001م، 73/1.

(3) وردت شروط الإيجاب والقبول في الزواج في القانونين المغربي والأردني، أما قانون الأسرة الجزائري فلم ينص عليها.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 231/2؛ مواهب الجليل، 422/3؛ مغني المحتاج، م.س، 231/4؛ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: علي بن سليمان المرادوي، دار إحياء التراث العربي، ط2، (د.ت)، 47/8.

(5) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 149/1-150؛ قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، م.س، ص.43؛ شرح مدونة الأسرة، م.س، ص.89؛ الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، 55/1.

ثانياً- دلالة الإيجاب والقبول على الدّوام

الزواج في الفقه الإسلامي عقد على التأييد، فإذا تضمنت صيغته التأييد بمدة معينة لم ينعقد؛ سواء كانت المدة معلومة أم مجهولة، كقوله زوجني ابنتك لمدة شهر؛ لأنه في معنى نكاح المتعة، وكل من نكاح المتعة والنكاح المؤقت باطل⁽¹⁾.

والقوانين الوضعية تمنع أيضاً تقييد صيغة الزواج بأجل محدد. وهذا ما جاء في المادة 3/11 أسرة مغربية باشتراطها كون الإيجاب والقبول: «باتين غير مقيدين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ.» وهو ما تقتضيه المادة 31/و أحوال شخصية أردني، بنصها على فساد زواج المتعة والزواج المؤقت. إذن فطبيعة عقد الزواج في كل من الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية محل الدراسة، تقتضي التأييد، فلا يصح فيه التأييد⁽²⁾.

ثالثاً- اتحاد مجلس العقد

ذهب فقهاء المذاهب الأربعة إلى أن الإيجاب والقبول لا يصحان إلا إذا صدر في مجلس واحد. وحتى في حالة التعاقد بين غائبين عن طريق إرسال كتاب، والتي أجازها الحنفية، فإنهم اشترطوا أن يُقرأ الكتاب ويصدر الجواب عليه في نفس المجلس أيضاً⁽³⁾.

وقد اشترطت قوانين الأحوال الشخصية أيضاً اتحاد مجلس العقد، فجاء في المادة 2/11 أسرة مغربية أنه يشترط في الإيجاب والقبول صدورهما في مجلس واحد. وقررت المادة 6 أحوال شخصية أردني نفس الشرط بقولها: «ينعقد الزواج بإيجاب من أحد الخاطبين أو وكيله، وقبول من الآخر أو وكيله في مجلس العقد.» فالمادتان تقتضيان أن يكون التعاقد بين حاضرين، وأن تصدر صيغة العقد بشقيها في نفس المجلس قبل الافتراق⁽⁴⁾. وهذا ما يتفق مع قول الجمهور، خلافاً لمذهب الحنفية المجوّز للتعاقد بين غائبين بالكتابة⁽⁵⁾.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 230/2؛ مواهب الجليل، م.س، 421/3؛ منح الجليل، م.س، 268/3؛ روضة الطالبين، م.س، 388/5؛ شرح الزركشي على مختصر الحزقي: محمد بن عبد الله الزركشي، دار العبيكان، بيروت، ط1، 1993م، 229/5-230.

(2) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 157/1-159؛ قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، م.س، ص.43؛ الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، ص.64؛ شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي، م.س، 78/1-79.

(3) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 76/4؛ مواهب الجليل، م.س، 422/3؛ روضة الطالبين، م.س، 384/5؛ المغني، م.س، 463/9.

(4) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 146/1؛ الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، ص.59.

(5) أخذت بعض قوانين الأحوال الشخصية برأي الحنفية فأجازت عقد الزواج بين غائبين بطريق المكتابة، ومنها القانون السوري (الصادر بتاريخ: 17-09-1953م) فنص في المادة 7 منه على أنه: «مجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائباً عن المجلس.» وينظر في معناها أيضاً المواد: 9/ب كويتي؛ 4/41 إماراتي؛ 14/و سوداني (قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991، الصادر بتاريخ: 24-07-1991م).

رابعاً- الموالاة بين الإيجاب والقبول

ذهب الحنفية والحنابلة إلى عدم اشتراط الفور والموالاة بين الإيجاب والقبول، فحتى لو تراخى القبول عن الإيجاب يصح العقد بشرط ألا يفترق المتعاقدان أو ينشغلا بغيره. وذهب المالكية والشافعية إلى وجوب الموالاة والفورية بين الإيجاب والقبول، ولا يضر الفاصل اليسير⁽¹⁾. واستثنى المالكية الولي المجرى إذا قال في مرض موته: إن مت فقد زوجت ابنتي من فلان. فيصح هذا الإيجاب عندهم وإن تأخر القبول لأشهر⁽²⁾. وهذا الاستثناء لا دليل عليه، ولا حاجة تدعو إليه؛ فإما أن يزوجها في الحال، أو يوصي غيره بتزويجها بعد موته.

وهذا الشرط لم يرد النص عليه في قوانين الأحوال الشخصية، مما يرجح عدم اشتراطه، اكتفاءً بشرط اتحاد المجلس، فما دام الإيجاب والقبول قد صدرا في مجلس واحد، فلا يضر طول المدة بينهما بشرط ألا يحدث في هذه المدة ما يُبطل الإيجاب أو ما يدل على الإعراض عنه⁽³⁾. وبهذا تتفق هذه القوانين مع رأي الحنفية والحنابلة الذين لا يشترطون الفورية، خلافاً للمالكية والشافعية.

خامساً- بقاء الإيجاب إلى حين صدور القبول

ذهب الفقه الإسلامي إلى أن الموجب لو تراجع عن إيجابه، أو جُزَّ أو أغمي عليه قبل صدور القبول، فلا ينعقد الزواج؛ لأن الإيجاب قد سقط، فلا يجد القبول ما يرتبط به. أما إن صدر القبول فقد تم العقد ولزم طرفيه، ولم يعد لأي منهما الحق في التراجع ولو في أثناء المجلس؛ لأن النكاح ليس فيه خيار المجلس⁽⁴⁾.

وهذا الشرط لم يرد النص عليه في قوانين الأحوال الشخصية؛ لكنه شرط منطقي يقتضيه الشرط السابق؛ لأن الموجب غير ملزم بالبقاء على إيجابه ما دام القبول لم يصدر بعد، فإذا بطل الإيجاب أو سقط قبل صدور القبول لم يجد هذا الأخير ما يقترن به، كما لو مات الموجب أو فقد أهليته⁽⁵⁾.

سادساً- تطابق الإيجاب مع القبول

تطابقُ الإيجاب والقبول يعني توافقهما من جميع الوجوه؛ أي التطابق في تعيين الزوجين، وتحديد مقدار الصداق إذا سمي في العقد، وكذا الشروط الاتفاقية. وهذا ما اتفق عليه فقهاء المذاهب

(1) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 76/4؛ منح الجليل، م.س، 268/3؛ روضة الطالبين، م.س، 385/5؛ المغني، م.س، 463/9.

(2) ينظر: منح الجليل، م.س، 268/3؛ مواهب الجليل، م.س، 422/3.

(3) ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، ص.59؛ شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي، م.س، 95/1.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 232/2؛ روضة الطالبين، م.س، 385/5؛ المغني، م.س، 464/9؛ شرح مختصر خليل: محمد بن عبد الله الخرشبي، دار الفكر للطباعة، بيروت، (د.ط، د.ت)، 174/3.

(5) ينظر: الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، 60/1؛ شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي، م.س، 96/1.

الأربعة؛ واستثنى الحنفية المخالفة في الصداق إذا كانت لصالح الموجب فيصح العقد معها. كقوله: زوجتك ابنتي بألف، فيقول: قبلت بألفين. أو قوله: تزوجتها بألفين، فيقول: قبلت بألف⁽¹⁾. وهذا الشرط نصت عليه صراحة المادة 2/11 أسرة مغربية باشتراطها كون الإيجاب والقبول متطابقين. أما القانونان الجزائري والأردني فإنهما لم يصرحا باشتراطه، ومع ذلك فلا شك في الاعتداد بهذا الشرط عندهما؛ إذ لا يمكن أن يحصل التراضي في الزواج دون تطابق الإيجاب والقبول في جميع عناصر العقد المذكورة فيهما، من شخصية الزوجين والمهر والشروط الاتفاقية⁽²⁾. وبهذا يتبين أن القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في الشروط المطلوبة في الإيجاب والقبول في عقد الزواج، وحتى عند اختلاف الفقهاء فإن القانون يختار أحد آرائهم دون أن يخرج عنها جميعاً. كما أشير هنا إلى أن القانون الجزائري لم يصرح بذكر أي شرط من تلك الشروط، أما القانونان المغربي والأردني فذكرا بعض الشروط وأغفلا البعض الآخر. وكان الأفضل في نظري لو تم النص عليها جميعاً كما في بعض القوانين العربية⁽³⁾.

الفرع الرابع

صحة الرضا في عقد الزواج

يشترط لصحة الرضا صدوره ممن يتمتع بأهلية التعاقد، وأن يكون رضاه خالياً من العيوب؛ ولذلك سيكون كلامي هنا عن أهلية التعاقد في الزواج (أولاً)، وسلامة الرضا من العيوب (ثانياً).

أولاً- أهلية التعاقد في الزواج

لا أقصد بالأهلية هنا صلاحية الشخص لأن يكون زوجاً أو زوجة، وإنما أقصد أهلية التعاقد، أي أهلية الأداء، وصلاحية الشخص لمباشرة إبرام عقد الزواج بنفسه⁽⁴⁾.

(1) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 76/4-77؛ البحر الرائق، م.س، 89/3؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 634/2؛ المهذب في فقه الإمام الشافعي: أبو اسحاق الشيرازي، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط، د.ت)، 437/2.

(2) ينظر: الوابي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، 60/1؛ الأحوال الشخصية لأبي زهرة، م.س، ص. 41؛ شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي، م.س، 94/1-95.

(3) تنص المادة 11 أحوال شخصية سوري على ما يأتي: «1- يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا متفقين من كل وجه، وفي مجلس واحد، وأن يكون كل من المتعاقدين سامعاً كلام الآخر وفاهماً أن المقصود به الزواج، وأن لا يوجد من أحد الطرفين قبل القبول ما يبطل الإيجاب. 2- ويبطل الإيجاب قبل القبول بزوال أهلية الموجب، وبكل ما يفيد الإعراض من أحد الطرفين.» وينظر في معناها المواد: 10 كويتي؛ 41 إماراتي؛ 13 قطري؛ 25 بحريني؛ 18 عماني؛ 14 سوداني؛ 11 ليبي؛ 7 يمني (قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم 20 لسنة 1992م، المعدل).

(4) جاء في شرح التلويح على التوضيح، م.س، 321/2: «الأهليَّة صَرْبان: أَحَدُهَا أَهْلِيَّةُ الْوُجُوبِ، أَيِّ صِلَاةٍ يُجِبُّهُ الْوُجُوبُ الْحَقُوقِ الْمَشْرُوعَةِ لَهُ وَعَلَيْهِ. وَالثَّانِيَةُ أَهْلِيَّةُ الْأَدَاءِ، أَيِّ صِلَاةٍ يُجِبُّهُ لِصُدُورِ الْفِعْلِ مِنْهُ عَلَى وَجْهِ يُعْتَدُّ بِهِ شَرْعًا.» وجاء في المادة 208 أسرة مغربية: «أهلية الأداء هي صلاحية الشخص للممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها....»

ولا خلاف في الفقه الإسلامي ولا في القانون الوضعي، في أنّ المجنون والصبي غير المميز ليست لهما الأهلية لإبرام عقد الزواج. كما أنه لا خلاف في أن الرجل البالغ العاقل الرشيد يتمتع بأهلية إبرام عقد الزواج⁽¹⁾. وإنما وقع الخلاف في غير هؤلاء ممن سيأتي ذكرهم.

1- أهلية المرأة الراشدة لعقد الزواج

المرأة الراشدة تتمتع بأهلية أداء كاملة لإبرام التصرفات الشرعية. أما عقد الزواج فقد اختلف الفقهاء في أهليتها لإبرامه، حتى لو كان إذنها معتبرا لصحته. فذهب الحنفية إلى أنها مؤهلة لإبرامه لنفسها أو لغيرها⁽²⁾. وذهب الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) إلى أنه لا يصح منها مباشرة العقد لا لنفسها ولا لغيرها، وإنما يزوجها وليها بإذنها⁽³⁾. وأصرح دليل في هذه المسألة هو قوله ﷺ: (لَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَةَ، وَلَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا)⁽⁴⁾. ودلالته واضحة في تأييد رأي الجمهور⁽⁵⁾.

وقد أجازت قوانين الأحوال الشخصية للمرأة البالغة الراشدة مباشرة عقد زواجها بنفسها؛ سواء بحضور وليها كما في القانون الجزائري (م1/11)، أو حتى بدون حضوره كما في القانون المغربي (م25)؛ بل حتى مع عدم موافقته كما في القانون الأردني (م19). لكن هذا الأخير أعطى للولي حق الاعتراض (م16)، خلافا للقانونين السابقين. وهذا ما يجعل هذه القوانين متوافقة عموما مع المذهب الحنفي؛ إلا أن القانون الأردني أكثر توافقا معه منهما؛ لأنه أعطى للولي حق الاعتراض.

2- أهلية السفية لعقد الزواج

إذا أبرم السفية⁽⁶⁾ المحجور عليه عقد الزواج لنفسه، فإما أن يكون بإذن وليه أم لا؛ فإن كان بإذن وليه فزواجه صحيح باتفاق المذاهب الأربعة. وإن كان بغير إذن الولي فنكاحه صحيح أيضا

(1) لكن الفقه الإسلامي يربط الأهلية الكاملة بالبلوغ الطبيعي، بينما يربطها القانون الوضعي ببلوغ سن معينة، وهي: 19 سنة في القانون الجزائري (م40 مدني)، و18 سنة في القانون المغربي (م209 أسرة)، والقانون الأردني (م203/ب أحوال شخصية).

(2) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 247/2؛ البناية شرح الهداية، م.س، 70/5.

(3) يقول القراني في الذخيرة، م.س، 201/4: «لَا يَجُوزُ عَقْدُ الْمَرْأَةِ عَلَى نَفْسِهَا وَلَا عَلَى غَيْرِهَا، بِكُرْكَانَتْ أَوْ تَيْبًا، رَشِيدَةً أَوْ سَفِيهَةً، أَدْنُ الْوَلِيِّ أَمْ لَا.» وينظر: أسنى المطالب، م.س، 125/3؛ شرح الزركشي على مختصر الخرقي، م.س، 39/5.

(4) سنن ابن ماجه، م.س، أبواب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، 80/3، رقم الحديث: 1882؛ السنن الكبرى للبيهقي، م.س، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، 178/7، رقم الحديث: 13634؛ سنن الدارقطني، م.س، كتاب النكاح، 325/4-326، رقم الحديث: 3536. وقد صححه الألباني في إرواء الغليل، م.س، 248/6.

(5) قال الصنعاني في سبل السلام، م.س، 176-175/2 تعليقا على الحديث: «فِيهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْمَرْأَةَ لَيْسَ لَهَا وِلَايَةٌ فِي الْإِنِّكَاحِ لِنَفْسِهَا وَلَا لِغَيْرِهَا، فَلَا عِبْرَةَ لَهَا فِي الْبِنِّكَاحِ إِجْبَابًا وَلَا قَبُولًا، فَلَا تُزَوِّجُ نَفْسَهَا بِإِذْنِ الْوَلِيِّ وَلَا غَيْرِهِ، وَلَا تُزَوِّجُ غَيْرَهَا بِوِلَايَةِ وَلَا بِوَكَالَةٍ، وَلَا تُقْبَلُ الْبِنِّكَاحُ بِوِلَايَةِ وَلَا وَكَالَةٍ.»

(6) جاء في التعريفات الفقهية، م.س، ص.113: «السفية: هو الذي يصرف ماله في غير موضعه، ويُبَدَّرُ في مصارفه، ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف.» وينظر في المعنى نفسه: المادة 215 أسرة مغربية؛ والمادة 206/ب أحوال شخصية أردني.

عند الحنفية؛ لأن السفية لا يُجر عليه في أمر الزواج، إذ الحجر خاص بالتصرفات المالية؛ ولكن لا يجوز له الزواج بأكثر من مهر المثل، فإن فعل بطلت تلك الزيادة⁽¹⁾.

وذهب المالكية إلى أن نكاح السفية بغير إذن وليه موقوف على إجازة الولي، وللولي أن يرده ولو بعد البناء، فإن رده لم يثبت للزوجة إلا أقل المهر، أي ربع دينار⁽²⁾.

أما الشافعية والحنابلة فذهبوا إلى عدم صحة زواجه بغير إذن وليه؛ إلا إذا احتاج للزواج، وامتنع وليه من تزويجه، فيصح زواجه عندئذ؛ ولكن بمهر المثل لا أكثر⁽³⁾.

والراجح أن السفية له أن يتزوج ولو بغير إذن الولي؛ لأن الحجر يتعلق بالمال، والزواج ليس تبذيراً؛ لكن لا يجوز له الزواج بأكثر من مهر المثل وإلا عُذَّ مبذراً، وتبطل تلك الزيادة.

أما قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة فلم تنص على حكم تزويج السفية المحجور عليه، وكأنها تميل لرأي الحنفية في أنه لا حجر في الزواج، وأن للسفيه تزويج نفسه دون الحاجة لإذن الولي أو موافقته؛ إلا أن لهذا الأخير حق الاعتراض على ما زاد على مهر المثل. وهذا ما يتفق مع الرأي الفقهي الراجح⁽⁴⁾.

3- أهلية ذي الغفلة لعقد الزواج

ذهب الحنفية إلى أن ذا الغفلة⁽⁵⁾ حكمه كحكم السفية تماماً. أما المالكية فذكروا من يُجُدع في البيوع لقلة خبرته واختلفوا فيه على قولين أحدهما أنه كالسفيه يحجر عليه. وأما الشافعية والحنابلة فلم يستعملوا مصطلح ذي الغفلة، وإنما أدرجوا معناه في مفهوم السفية، ولم يعتبروه وصفا مغايراً له، فحكمه عندهم هو حكم السفية تماماً⁽⁶⁾. وقد سبق إيراد حكم هذا الأخير فلا حاجة لإعادته.

وقد نص القانون المدني الجزائري (م43)، وقانون الأحوال الشخصية الأردني (م205) على كون ذي الغفلة ناقص الأهلية كالسفيه، وهذا يوافق مذهب الحنفية. أما مدونة الأسرة المغربية فلم تستعمل مصطلح ذي الغفلة أصلاً، بما يفيد كونه نوعاً من السفه، كما قال الشافعية والحنابلة.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 171/7.

(2) ينظر: البيان والتحصيل، م.س، 88/5-89؛ التاج والإكليل، م.س، 144/3-145.

(3) ينظر: أسنى المطالب، م.س، 144/3-145؛ الإنصاف، م.س، 334/5.

(4) يُراجع لمزيد من التفصيل: هذا البحث، ص. 145 وما بعدها.

(5) ذو الغفلة: مصطلح استعمله الحنفية، ويقصدون به: مَنْ يُغْنِي فِي البُيُوعَات لِقَلَّةِ خبرته وسذاجته، فلا يهتدي إلى التصرفات الراجحة.

ينظر: البناية شرح الهداية، م.س، 108/11. وعرفه قانون الأحوال الشخصية الأردني بتعريف مماثل، حيث جاء في المادة 206/ج

منه قولها: «ذو الغفلة هو الذي لا يهتدي إلى التصرفات النافعة، فيغبن في المعاملات؛ لبله فيه.»

(6) ينظر: البناية شرح الهداية، م.س، 108/11؛ الذخيرة، م.س، 244/8؛ مواهب الجليل، م.س، 58/5؛ تحفة المحتاج، م.س،

167/5؛ المطلع على ألفاظ المقنع، م.س، ص. 271-272.

4- أهلية الصبي المميز لعقد الزواج: اختلفت المذاهب الفقهية في الصبي المميز⁽¹⁾، الذي بلغ نحوًا من سبع سنين⁽²⁾، هل يكون أهلاً لتزويج نفسه أم لا؟ فذهب الحنفية والمالكية ورواية عند الحنابلة إلى أن تزويج الصبي المميز نفسه ينعقد موقوفًا على إجازة وليه، فإن لم يجزه الولي حتى بلغ الصبي، كان لهذا الأخير أن يجيزه. ويسري هذا الحكم عند الحنفية على الصبية المميزة أيضًا. وذهب الشافعية ورواية عند الحنابلة إلى أن عقد الزواج لا يصح من الصبي المميز ولو بإذن وليه⁽³⁾. ويظهر لي أن خطورة عقد الزواج تقتضي عدم صحة إبرامه إلا من البالغ الراشد.

وذهبت قوانين الأحوال الشخصية إلى أن الصبي المميز (القاصر)، ذكرًا كان أم أنثى ليس أهلاً للزواج حتى يبلغ سن الرشد⁽⁴⁾؛ لكن يجوز زواجه استثناءً قبل ذلك بضوابط معينة، منها موافقة الولي، وإذن القاضي بذلك⁽⁵⁾. وأما من يباشر منهما العقد؟ فلا خلاف في كون القاصرة يزوجهها وليها؛ إذ لا تباشر المرأة عقد زواجها بنفسها إلا إذا كانت بالغة راشدة⁽⁶⁾. وأما القاصر الذكر فقد اختلفت هذه القوانين فيمن يباشر عقد زواجه؛ فقانون الأسرة الجزائري صرح في المادة 2/11 بأن وليه هو من يتولى تزويجه. وفي مدونة الأسرة المغربية يظهر من المادة 21 أن القاصر هو من يباشر الزواج لكن بحضور وليه. أما قانون الأحوال الشخصية الأردني فلم يرد فيه نص بهذا الشأن⁽⁷⁾.

لكن إذا زوج القاصر نفسه بغير إذن وليه، فهذا الزواج يكون فاسدًا؛ لأنه في حكم الزواج بغير ولي، وقد صرح القانون الجزائري (م2/33) والقانون المغربي (م3/61) بفساد الزواج بلا ولي في حالة وجوبه. أما القانون الأردني فأشار إلى فساد هذا الزواج أيضًا (م35/ج)؛ لكنه منع سماع دعوى فساد إذا كان الزوجان حين إقامة الدعوى حائزين للأهلية، أو إذا كانت الزوجة حاملًا.

(1) الصبي المميز: هو الذي يعرف معاني الأشياء، ويفهم الخطاب، ويفرق بين ما يضره وما ينفعه. والتَّمْيِيزُ هو: «فُوَّةٌ فِي الدِّمَاغِ يُسْتَنْبَطُ بِهَا الْمَعَانِي». التوقيف على مهمات التعاريف، م.س، ص.109. وينظر: شرح مختصر خليل للخرشي، م.س، 08/5؛ الإنصاف، م.س، 396/1؛ المجموع شرح المذهب: يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، (د.ط، د.ت)، 28/7.

(2) المشهور في المذاهب الأربعة أن سن التمييز هو سبع سنين. ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 484/6؛ التاج والإكليل، م.س، 641/6؛ مغني المحتاج، م.س، 393/2؛ مطالب أولي النهى، م.س، 277/1. أما في قوانين الأحوال الشخصية فسن التمييز غير موحّد؛ فهو 13 سنة في القانون الجزائري (م2/42 مدني)، وفي القانون المغربي هو 12 سنة (م214 أسرة)، وفي القانون الأردني هو 7 سنوات (م210/ج أحوال شخصية).

(3) ينظر: المبسوط، م.س، 226/4؛ بدائع الصنائع، م.س، 233/2؛ البهجة في شرح التحفة، م.س، 603/1؛ مغني المحتاج، م.س، 234/3؛ المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن مفلح، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997م، 08/4.

(4) سن الرشد في الزواج هو 19 سنة في القانون الجزائري (م7)، و18 سنة في القانونين المغربي (م19) والأردني (م10/أ).

(5) ينظر المواد الآتية: 7 جزائري؛ 20-22 مغربي؛ 10 أردني.

(6) ينظر المواد الآتية: 1/11 جزائري؛ 24-25 مغربي؛ 19 أردني.

(7) يُراجع لمزيد من التفصيل: هذا البحث، ص.160-161.

ويظهر لي مما سبق بيانه أنّ القوانين الوضعية لم تتبنّ موقفا واضحا من أهلية القاصر في إبرام عقد الزواج، وما أخذت به من آراء لا تستند إلى مذهب محدد في الفقه الإسلامي.

5- أهلية المَعْتَوْه لعقد الزواج

إذا تزوج المَعْتَوْه⁽¹⁾ فزواجه عند الحنفية موقوف على إجازة وليه؛ لأنه ناقص الأهلية عندهم كالصبي المميز. أما جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، فالمَعْتَوْه عندهم كالمجنون عديم الأهلية، وهو غير مكلف ولا تصح عبارته في عقد الزواج ولا في غيره من العقود⁽²⁾.

والصحيح في نظري أن المعاتيه متفاوتون، وليسوا في درجة واحدة من الاختلال؛ فمنهم من يكون فاقدا للتمييز فينبغي إلحاقه بالصبي غير المميز كما قال الجمهور، ومنهم من يكون له شيء من التمييز فينبغي إلحاقه بالصبي المميز كما قال الحنفية. ولتحديد درجة العته، ومدى وجود التمييز لدى المَعْتَوْه، يجب الرجوع إلى أهل الاختصاص، كأطباء الأمراض العقلية والعصبية والنفسية.

أما القوانين محل الدراسة فقد اختلفت في حكم المَعْتَوْه؛ فالقانون المدني الجزائري (م1/42) يجعله عديم الأهلية كالمجنون⁽³⁾، وبالتالي يتوافق مع رأي الجمهور في عدم صحة زواجه. أما مدونة الأسرة المغربية (م3/213) فتجعله ناقص الأهلية كالصغير المميز، وبالتالي تتوافق مع رأي الحنفية. وأما قانون الأحوال الشخصية الأردني فقد اختلف موقفه؛ فاعتبر المَعْتَوْه في المادة 204/أ فاقدا للتمييز كالمجنون، ثم اعتبره في المادة 212/أ في حكم الصغير المميز. وبالتالي فالمادتان متعارضتان⁽⁴⁾؛ إلا إذا قيل بأن العته درجات متفاوتة؛ فإن كان مما يُفقد التمييز، فصاحبها كالمجنون، وإن كان مما لا يُفقد التمييز، فصاحبها كالصبي المميز⁽⁵⁾. وهذا التفسير يتفق مع الرأي الفقهي الراجح؛ ولكن النصوص القانونية ليست صريحة في الدلالة عليه، فيحتاج الأمر إلى مراجعة وتوضيح.

(1) جاء في التعريفات الفقهية، م.س، ص.210: «المَعْتَوْه مَنْ كَانَ قَلِيلَ الْفَهْمِ، مُخْتَلِطَ الْكَلَامِ، فَاسِدَ التَّدْبِيرِ؛ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَضْرِبُ وَلَا يَشْتُمُّ كَمَا يَفْعَلُ الْمَجْنُونُ.» ونص المادة 206/أ حول شخصية أردني قريب جدا من هذا التعريف. وجاء في المادة 216 أسرة مغربية أن: «المَعْتَوْه هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته.»

(2) ينظر: كشف الأسرار، م.س، 248/4؛ شرح التلويح على التوضيح، م.س، 334/2؛ الشرح الصغير، م.س، 371/2؛ مغني المحتاج، م.س، 233/3؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 635/2.

(3) أنه هنا إلى أن المادة 85 أسرة جزائري تحالف ما جاء في المادة 1/42 مدني من بطلان تصرفات المَعْتَوْه، وذلك لأن المادة 85 أسرة تجعل تصرفات المَعْتَوْه موقوفة غير نافذة، مثلها مثل تصرفات المجنون والسفيه. وهذا الحكم غريب جدا، أقصد التسوية بين هؤلاء الثلاثة، فهذه التسوية لا تتفق مع الفقه الإسلامي ولا مع القانون المدني. وهذا يقتضي ضرورة مراجعة هذه المادة وتعديلها.

(4) ونفس التعارض موجود بين المادتين: 1/44، 1/128 مدني أردني. ونفس التعارض كان موجودا أيضا بين المادتين: 42، 43 مدني جزائري؛ لكن المشرع الجزائري أزال التعارض بتعديله للمادة 43 بمقتضى القانون رقم: 10/05، المؤرخ في: 20/6/2005م.

(5) ينظر: المبسوط في شرح القانون المدني، م.س، ج1، ص.376-377.

ثانياً- سلامة الرضا من العيوب

لا يكفي لصحة الرضا صدوره من شخص مؤهل لإبرام عقد الزواج؛ بل يجب أن يكون هذا الرضا سليماً من العيوب، خالياً من الشوائب. وهذا يستلزم كونه رضاءً حرّاً طليقاً لا يشوبه ضغط أو إكراه، وكونه متتوراً صادراً على بصيرة وبينّة ممن أقدم عليه، فلا يشوبه غلط أو تغرير أو غبن⁽¹⁾. ولإدراك هذا المعنى أكثر ينبغي تعريف عيوب الرضا، وبيان عددها.

1- تعريف عيوب الرضا

أ- تعريف عيوب الرضا في اللغة

لقد سبق تعريف الرضا في اللغة، وأنه يأتي بمعنى الاختيار والقَبُول، واستحسان الأمر والارتياح إليه، وانسراح الصدر له، وطمأنينة النفس إليه⁽²⁾. أما العيوب لغة فمفردتها عَيْبٌ، وهو: الوَضْمَةُ، والتَّقْيِصَةُ، والشائبة، والعلة⁽³⁾. فعيوب الرضا لغة هي ما يصيب ذلك الاختيار والقبول والاستحسان الموجود في نفس الإنسان تجاه أمر معين، ما يصيبه من نقائص وشوائب وعلل، تجعله معتلاً غير سليم، ناقصاً غير كامل.

ب- تعريف عيوب الرضا في الفقه الإسلامي

عيوب الرضا مصطلح قانوني الأصل⁽⁴⁾، ولم يستعمله فقهاء الشريعة القدامى، رغم أنهم عرّفوا آحاد تلك العيوب، كالإكراه والتغرير وغيرها؛ بل ووصفوها بأنها تفسد الرضا أو تخل به أو تُفوّته. أما الفقهاء المعاصرون فقد استعملوا هذا المصطلح مجازةً للقانونيين، وعرّفوه بعدة تعريفات. فقد عرّف وهبة الزحيلي عيوب الرضا بأنها: «الأمر التي تُحدث خللاً في الإرادة، أو تزيل الرضا الكامل في إجراء العقد.»⁽⁵⁾ وعرفها مصطفى الزرقا بأنها: «حالات لا يُحكم معها بانتفاء الإرادة العقدية الحقيقية، كما لا يُحكم معها بسلامة هذه الإرادة من كل شائبة؛ بل يوجد آفة أصابت إرادة العاقد، ولا يستطيع معها اعتبار رضاه صحيحاً كاملاً ملزماً.»⁽⁶⁾

(1) ينظر: مبدأ الرضا في العقود، م.س، 409/1.

(2) ينظر هذا البحث، ص. 1-2.

(3) ينظر: لسان العرب، م.س، 633/1 (عيب)، 101/7 (نقص)، 639/12 (وصم)؛ تاج العروس، م.س، 448/3؛ القاموس المحيط: محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، 2005م، ص. 118.

(4) يستعمل بعض القانونيين مصطلح عيوب الرضا، ويستعمل البعض الآخر مصطلح عيوب الإرادة، ولا فرق بين المصطلحين في المعنى.

(5) الفقه الإسلامي وأدلته: وهبة مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة المنقحة، (د.ت)، 3063/4.

(6) المدخل الفقهي العام، م.س، 449/1.

ج- تعريف عيوب الرضا في القانون الوضعي

لم تُعرّف القوانين محل الدراسة عيوب الرضا، وإنما جاء تعريفها على لسان بعض فقهاء القانون، حيث عرّفها محمد صبري السعدي بأنها: «أمر تلحق إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما فتفسد الرضاء دون أن تزيله.»⁽¹⁾ وعرّفها محمد سعيد جعفرور بأنها: «تلك العوامل التي تُلابس إنشاء العقد، ويكون لها فيه بعض التأثير، وهي عوامل لا يُحكم معها بانتفاء إرادة العقد، كما لا يحكم معها بسلامة هذه الإرادة، ولا يُستطاع اعتبار العقد صحيحاً كاملاً ملزماً؛ نظراً لوجود شائبة تعيب إرادة العاقد.»⁽²⁾

ويلاحظ على هذه التعريفات الفقهية والقانونية، أنها عرّفت عيوب الرضا في مجال العقود، رغم أنّها قد تشوب الرضا في سائر التصرفات ولو كانت بالإرادة المنفردة، كالطلاق والوقف وغير ذلك. ولذلك ينبغي مراعاة التعميم في التعريف. كما يُلاحظ عليها أنّها تعريفات متفكّة في كون عيوب الرضا حالات أو عوامل تصيب رضا الشخص عند إنشاء التصرف، فتؤثر سلبياً فيه، بحيث تُحدث فيه خللاً يمنع تحقق رضاه الكامل بالتصرف الشرعي أو القانوني؛ لكن هذا الخلل لا يصل إلى حدّ انعدام الرضا بالكلية. إذن فالرضا عند إصابته بهذه العيوب يكون موجوداً لكنه معيب فاسد.

ولذلك ينبغي التفريق بين الرضا المنعدم والرضا المعيب؛ فالرضا المنعدم هو مجرد مظهر خارجي لرضاً موهوم لا حقيقة له، مثل ما يصدر عن شخص فاقد للتمييز والقصد، كالمجنون والصبي غير المميز. أما الرضا المعيب فهو رضاً موجوداً، وصادر عن شخص ذي أهلية، وله قصد وتمييز؛ ولكنه مشوب بخلل أفسده، بسبب إكراه أو غلط أو تدليس، وغيرها من الأمور التي تجعل الشخص غير حُرِّ في اختياره ورضاه، أو على غير بينة من حقيقة ما أقدم عليه.⁽³⁾

وبناءً على ما سبق يمكن تعريف عيوب الرضا بأنها: حالات تشوب رضا الشخص عند إنشائه لتصرف معين، فتؤدّي إلى إفساد هذا الرضا دون إعدامه. وهذا التعريف يسري على كل التصرفات الشرعية والقانونية، ومنها عقد الزواج، حين تشوب رضا أحد المتعاقدين فيه إحدى تلك الحالات.

2- عدد عيوب الرضا

لم يدرس فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى عيوب الرضا في إطار نظرية متكاملة، تجمع شتات تلك العيوب وأحكامها في مكان واحد؛ ولذلك جاء كلامهم عنها مفرقا في مختلف الأبواب

(1) شرح القانون المدني الجزائري للسعدي، م.س، 165/1.

(2) نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي: محمد سعيد جعفرور، دار هومة، الجزائر، (د.ط)، 2009م، ص.6.

(3) ينظر: التراضي في عقود المبادلات المالية، م.س، ص.361؛ التعبير عن الإرادة، م.س، ص.441؛ مصادر وأحكام الالتزام، م.س، ص.101؛ المبسوط في شرح القانون المدني، م.س، ج.1، ص.1، مج.1، ص.385؛ مصادر الحق في الفقه الإسلامي: عبد الرزاق

السنهوري، تحقيق: مكتب التحقيق بدار إحياء التراث العربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، طبعة جديدة، (د.ت)، 70/2.

الفقهية⁽¹⁾. لكن الفقهاء المعاصرين عملوا على لَمِّ شتاتها، وجمع أحكامها المتفرقة، واستعراض الآراء الفقهية المختلفة بشأنها، محاولين بذلك الخروج بنظرية متكاملة في الموضوع. وقد وصلوا إلى أن العيوب التي تؤثر في الرضا فتفسده هي: الإكراه، والتغريب، والغلط، والغبن سواء كان مجردا أو نتيجة تغريب أو استغلال. رغم وجود الاختلاف بين المذاهب الفقهية في أحكام هذه العيوب⁽²⁾.

أما في القانون الوضعي، فقد نص القانون المدني الجزائري على أربعة عيوب هي: الغلط، والتدليس، والإكراه، والاستغلال (م81-91). وهي عيوب عامة تسري على كل العقود، كما نص على عيب الغبن الفاحش المجرد عن الاستغلال في بعض العقود⁽³⁾، كبيع العقار (م358-359)، والقسمة الرضائية (م732). أما قانون الأسرة فلم ينص إلا على عيب التدليس (م8 مكرر).

أما قانون الالتزامات المغربي فنص على أربعة عيوب هي: الغلط، والإكراه، والتدليس، والغبن الناتج عن تدليس (م39-56). أما الاستغلال فلم ينص عليه كعيب عام، وإنما كعيب خاص بعقد القرض (م878)⁽⁴⁾. أما مدونة الأسرة فنصت على عيبين فقط هما: الإكراه والتدليس (م63، 66). وأما القانون المدني الأردني فنص على ثلاثة عيوب هي: الإكراه، والتغريب مع الغبن الفاحش، والغلط (م135-156). ولم ينص على الاستغلال؛ إلا كعيب خاص بعقد بيع السلم (م538)⁽⁵⁾. أما قانون الأحوال الشخصية فنص على عيبين فقط، وهما التغريب (م22/ب)، والإكراه (م31/ز).

ومما سبق يتبين بأن هناك توافقا عاما بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية المدنية حول ثلاثة عيوب عامة تسري على سائر العقود وهي: الإكراه، والتغريب، والغلط. أما الغبن والاستغلال فهي محل اختلاف، فالفقه الإسلامي والقانون المدني المغربي والأردني يأخذون بالغبن كعيب عام، ولا يعتدون بالاستغلال إلا استثناءً. أما القانون المدني الجزائري فبالعكس يأخذ بالاستغلال كعيب عام، ولا يُعتد بالغبن إلا استثناءً. هذا في القوانين المدنية، أما قوانين الأحوال الشخصية فنصت على عيبين فقط هما الإكراه والتغريب. وسيأتي بيان مدى الاعتداد بهذه العيوب في عقد الزواج.

(1) يُستثنى من ذلك عيب الإكراه عند الحنفية، فقد اعتنوا به عناية خاصة، وخصصوا له بابا مستقلا في كتبهم، جمعوا فيه كل ما يتعلق به من أحكام. ينظر مثلا: المبسوط للسخسي، م.س، 156-38/24.

(2) ينظر: المدخل الفقهي العام، م.س، 450/1؛ مبدأ الرضا في العقود، م.س، 409/1؛ الفقه الإسلامي وأدلته، م.س، 3063/4؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، م.س، 235-234/22؛ التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، م.س، ص. 441-442؛ التراضي في عقود المبادلات المالية، م.س، ص. 361؛ مصادر الحق في الفقه الإسلامي، م.س، 198/4.

(3) ينظر: شرح القانون المدني الجزائري للسعدي، م.س، 165/1، 208.

(4) ينظر: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي: مامون الكزبري، بدون معلومات النشر، 73/1.

(5) ينظر: المبسوط في شرح القانون المدني، م.س، ج1، ص1، 386.

المطلب الثالث

العيوب المؤثرة وغير المؤثرة في عقد الزواج

عيوب الرضا التي سبق ذكرها، وإن كانت عيوباً عامة يُفترض أنها تسري على جميع التصرفات الشرعية والقانونية المبنية على الرضا؛ إلا أنّ هناك بعض التصرفات تقضي طبيعتها الخاصة استبعاد تطبيق أحكام بعض العيوب عليها، فمثلاً عيب الغبن لا يُتصور تطبيقه على العقود غير المالية. ونظراً لأن عقد الزواج ذو طبيعة متميزة عن سائر العقود والتصرفات؛ بسبب قداسته الدينية، وأهميته البالغة بالنسبة للفرد والمجتمع، وخطورة آثاره على الزوجين وأولادهما وأقاربهما، وما يستلزمه من مقدمات وإجراءات. كل هذا يفرض التساؤل عن مدى تأثير عيوب الرضا عليه. وللجواب على هذا السؤال سأتكلم في هذا المطلب عن عيب الغلط (الفرع الأول)، وعيب الغبن والاستغلال (الفرع الثاني). أما عيبا الإكراه والتغيير فسأخصص لكل واحد منهما فصلاً مستقلاً؛ الفصل الأول للإكراه، والفصل الثاني للتغيير.

الفرع الأول

الغلط في عقد الزواج

سأتكلم في هذا الفرع عن تعريف الغلط (أولاً)، ثم أبين حكمه في عقد الزواج (ثانياً).

أولاً- تعريف الغلط

1- تعريف الغلط لغة

الغلط لغة هو: الوهم والخطأ، والجهل بالشيء، وعدم معرفة الصواب فيه من غير تعمد⁽¹⁾.

2- تعريف الغلط في الفقه الإسلامي

استعمل الفقهاء القدامى مصطلح الغلط⁽²⁾؛ لكنهم لم يعرفوه، وإنما عرفه الفقهاء المعاصرون. فعرفه مصطفى الزرقا بأنه: «تَوَهُّم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعا، فيحمله ذلك على إبرام عقد لولا هذا التوهم لما أقدم عليه.»⁽³⁾ وعرفه فتحي الدريني بأنه: «تصور قائم في ذهن العاقد، لأمر جوهرى في التصرف القولى، تعلق به رضاه وقت إنشائه، تصورا غير مطابق للواقع، حمله على التعاقد، ولو أدرك حقيقة الأمر وقتئذ لما أقدم على إبرام العقد.»⁽⁴⁾

(1) ينظر: القاموس المحيط، م.س، ص.680؛ تاج العروس، م.س، 517/19.

(2) من ذلك مثلا قول الدردير في الشرح الكبير، م.س، 3/139: «وَمَ يَزِدُّ الْمَبِيعَ بَغْلَطٍ، أَيِّ يَسْبَبُ غَلَطٍ فِي ذَاتِ الْمَبِيعِ، أَيُّ جَهْلٍ اسْمُ الْمَبِيعِ الْحَاصِّ...» وينظر: شرح فتح القدير، م.س، 8/162؛ أسنى المطالب، م.س، 2/95؛ الفروع، م.س، 6/259.

(3) المدخل الفقهي العام، م.س، 1/473.

(4) النظريات الفقهية: فتحي الدريني، منشورات جامعة دمشق، ط4، 1997م، ص.455-456.

3- تعريف الغلط في القانون الوضعي

عرّف محمد سعيد جعفرور الغلط بأنه: «وَهْمٌ يقوم في ذهن الشخص، فيُصوّر له أمراً على غير حقيقته، ويدفعه إلى التعاقد.»⁽¹⁾ وعرّفه حسين عطا سالم بأنه: «اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن الشخص المتعاقد، فيدفعه إلى التعاقد، لولا هذا الاعتقاد لما أقدم على إبرام العقد.»⁽²⁾ ويؤخذ على هذه التعريفات الفقهية والقانونية قَصْرُهَا للغلط على مجال التعاقد، رغم أنه قد يكون في سائر التصرفات الشرعية والقانونية. كما أنّها لم تُبَيّن بوضوح مصدر هذا الغلط، هل هو ذاتي من الشخص نفسه، أم بسبب تعبير (تدليس) من الغير؟ لأن هناك فرقا مُهمّاً بين الغلط التلقائي، والغلط المستثار الناتج عن التعبير⁽³⁾. ولذلك أفضل تعريف الغلط بأنه: اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن الشخص من تلقاء نفسه، فيدفعه إلى إنشاء تصرف معين، لولاه لما أقدم عليه. وبعد تعريف الغلط في كل من اللغة والفقه والقانون، يتبين لي أن التعريف الاصطلاحي يتفق مع المعنى اللغوي في أن الغلط وَهْمٌ وخطأ؛ لكن المعنى اللغوي أعم من الاصطلاحي؛ لأنه يعم الوهم في التصرفات وغيرها من الأمور، ويعم الوهم التلقائي والوهم المستثار. أما التعريف الاصطلاحي فهو خاص بالوهم التلقائي في مجال التصرفات الشرعية والقانونية. كما أن التعريف الفقهي يتوافق مع التعريف القانوني في أن الغلط وهم واعتقاد خاطئ، يقوم في ذهن الشخص، فيجعله يتصور الأمر على غير حقيقته، فيدفعه ذلك لإنشاء تصرف معين على أساس هذا الاعتقاد الخاطئ، ولو علم بحقيقة الأمر لما رضي أن ينشئه.

ثانياً- حكم الغلط في عقد الزواج

الغلط في عقد الزواج قد يكون في التعبير، أو في ذاتية أحد الزوجين، أو في صفاته الجوهرية. وسأتكلم عن حكم كل نوع على حده.

1- الغلط في التعبير

الغلط في التعبير يُتصور عندما يريد شخص أمراً معيناً، ويريد التعبير عنه، فيصدر عنه تعبير لا يُترجم عن مُرادِه، ولا يدل على مقصوده؛ بسبب خطأ أو سَبَق لسان وغيره.

(1) نظرية عيوب الإرادة، م.س، ص.14. وينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 238/1.

(2) نظرية الغلط في القانون والشرعية الإسلامية: حسين عطا حسين سالم، دار الحدائث للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1986م، ص.18؛ شرح القانون المدني الجزائري للسعدي، م.س، 165/1.

(3) الغلط التلقائي يسمى غلطاً، أما الغلط الناتج عن تعبير فيسمى تعبيراً؛ فالأول يصعب إثباته مقارنة بالثاني الذي يكون مصحوباً بوقائع تعزيرية. كما أن الأول لا يمثل خطأً يرتب المسؤولية، بخلاف الثاني فهو عمل غير مشروع يُرتب المسؤولية. ينظر: المدخل الفقهي العام، م.س، 473/1؛ مصادر الحق في الفقه الإسلامي، م.س، 104/2؛ نظرية عيوب الإرادة، م.س، ص.42-45.

والغلط في التعبير⁽¹⁾ له عدّة صور هي الغلط في ماهية عقد الزواج، والغلط في تسمية الزوجين، والغلط في صيغة العقد.

أ- الغلط في ماهية عقد الزواج

مثال هذا الغلط أن يُريد الولي تأجير ابنته للعمل عند رجل، فيسبق لسانه إلى ذكر الزواج دون قصد له، فيقبل الرجل هذا الإيجاب الذي ظاهره في الزواج. أو يُلقّن الولي كلمة الزواج فينطقها دون فهم ولا قصد لمعناها، فيقبل الطرف الآخر.

فالحنفية يصححون هذا الزواج؛ لأن العبرة عندهم في الزواج هي بالإيجاب والقبول، دون مراعاة القصد. فقد قالوا: «يُجوز نكاح الخاطيء، وهو الذي يسبق على لسانه كلمة النكاح من غير قصد... لأنّ الفاتت بالخطأ ليس إلاّ القصد، وأنّه ليس بشرط لجواز النكاح، بدليل نكاح الهازل.»⁽²⁾

أما المالكية والشافعية والحنابلة، فلا يعتبرون بعبارة المخطيء، ولا بما سبق إليه اللسان دون قصد، ولا بمن تكلم بلفظ النكاح وهو لا يفهم معناه؛ سواء في عقد الزواج أو الطلاق أو غيرها من التصرفات الشرعية. فلا تنعقد مع هذا الغلط لانعدام القصد⁽³⁾. لكن يشترط وجود قرينة أو بينة على خطئه أو سبق لسانه، وإلا لم يُصدّق قوله قضاءً؛ لأن العبرة بالظاهر حتى يثبت خلافه⁽⁴⁾. قال ابن تيمية: «إنّ العُقودَ وعَغيرها من التّصرفاتِ مشروطةٌ بالقصود... فكل لفظٍ بعَغيرِ قَصدٍ من المُنكَلِم؛ لسهُو وسَبقِ لِسَانٍ وَعَدَمِ عَقْلِ، فَإِنَّهُ لَا يَتَرْتَبُ عَلَيْهِ حُكْمٌ.»⁽⁵⁾

والصحيح هو ما ذهب إليه الجمهور من عدم الاعتداد بعبارة المخطيء؛ لأنه بانعدام القصد ينعدم الرضا، وبغير الرضا لا ينعقد الزواج؛ ولأنّ تعبير المخطيء لا حكم له؛ لقوله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ

(1) يطلق بعض فقهاء الشريعة الإسلامية على الغلط في التعبير مسمى الخطأ. وقد جاء تعريفه في كشف الأسرار، م.س، 380/4 بالقول: «الخطأ: فعلٌ أو قولٌ يصدُرُ عن الإنسانِ بعَغيرِ قَصدِهِ؛ بسببِ تَرْكِ التَّنَبُّهِ عِنْدَ مُباشَرَةِ أمرٍ مَقْصُودٍ سِوَاهُ.» وعرف السنهوري الغلط في التعبير في مصادر الحق، م.س، 27/4 بقوله: «الغلط في التعبير هو مغيرة التعبير الذي صدر فعلا عن التعبير الذي أريد فعلا صدوره؛ ولكنه لم يصدر لسهو من صاحبه.»

(2) بدائع الصنائع، م.س، 310/2. وينظر: البحر الرائق، م.س، 91/3.

(3) جاء في نهاية المحتاج، م.س، 384/3-385 في سياق كلامه عما ينعقد به البيع: «ولا بُدُّ من قَصدِ اللَّفْظِ لِمَعْنَاهُ كَمَا فِي نَظِيرِهِ مِنَ الطَّلَاقِ، فَلَوْ سَبَقَ لِسَانُهُ إِلَيْهِ أَوْ قَصدَهُ لَا لِمَعْنَاهُ، كَتَلَفَظَ أَعْجَمِيٍّ بِهِ مِنْ غَيرِ مَعْرِفَةٍ مَدْلُولِهِ، لَمْ يَنْعَقِدْ... وَيَجْرِي ذَلِكَ فِي سَائِرِ العُقُودِ.» وينظر: الشرح الكبير للدردير، م.س، 366/2؛ أعلام الموقعين، م.س، 86/3-87.

(4) ينظر: الشرح الكبير للدردير، م.س، 366/2؛ أسنى المطالب، م.س، 280/3-281؛ المغني، م.س، 357/10.

(5) مجموع الفتاوى، م.س، 107/33 (بتصرف يسير). وقال ابن القيم في أعلام الموقعين، م.س، 87/3 (بتصرف يسير): «وَكذلكِ الخَطَأُ، وَالتَّسْبِيحُ، وَالإِكْرَاهُ، وَالجَهْلُ بِالمَعْنَى، وَسَبقِ اللِّسَانِ بِمَا لَمْ يُرِدْهُ، وَالتَّكَلُّمُ فِي الإِعْلَاقِ، وَلَعُوَ البَيْمِينُ؛ فَهَذِهِ عَشْرَةُ أَشْيَاءَ لَا يُؤَاخِذُ اللَّهُ بِمَا عَبَدَهُ بِالتَّكَلُّمِ فِي حَالِ مَنهَاهَا؛ لِعَدَمِ قَصدِهِ وَعَقْدِ قَلْبِهِ الَّذِي يُؤَاخِذُهُ بِهِ.»

[وفي رواية: تَجَاوَزَ] عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ، وَالنِّسْيَانَ، وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ⁽¹⁾. فالحديث يدل على أن عبارة المخطئ ملغاة لا تصح، وتصرفاته لغو لا تنعقد⁽²⁾.

وأما القوانين الوضعية محل الدراسة، فلم يرد فيها النص على حكم الغلط في ماهية عقد الزواج، لا في قوانين الأحوال الشخصية ولا في القوانين المدنية؛ باستثناء القانون المدني الأردني الذي نص في المادة 152 منه على أنه: «إذا وقع الغلط في ماهية العقد أو في شرط من شروط الانعقاد أو في المحل بطل العقد.» ومثال الغلط في ماهية عقد الزواج أن يصدر الإيجاب متجها إلى إنشاء عقد الزواج، بينما يصدر القبول متجها لإنشاء علاقة حرة، أي المعاشرة بدون زواج⁽³⁾. فهنا لا ينعقد العقد أصلا، فيكون باطلا بطلانا مطلقا؛ لانعدام الرضا من جهة، وعدم تطابق الإيجاب مع القبول من جهة ثانية⁽⁴⁾. وعليه تنطبق على هذه الصورة من الغلط النصوص القانونية التي تقضي ببطان الزواج عند انعدام الرضا، كالمادة 1/33 أسرة جزائري، أو التي تقضي بطلانه عند عدم تطابق الإيجاب والقبول، كالمادة 3/57 أسرة مغربية.

وبهذا يتبين بأن القانون الوضعي يتفق مع رأي جمهور الفقهاء القائلين ببطان الزواج للغلط في ماهية العقد؛ لانعدام الرضا، خلافا للحنفية القائلين بانعقاده مراعاة للصورة الظاهرية للتعبير.

ب- الغلط في تسمية أحد الزوجين

إذا وقع الغلط في اسم أحد الزوجين عند إجراء الصيغة، فسُمي بغير اسمه، فإما أن يوجد ما يدل قطعاً على ذاتية الزوج أو الزوجة المقصودة، ويعرف الشهود ذلك، بأن تتم الإشارة إليه إن كان حاضراً، أو يتم وصفه بما يُعرفه إن كان غائبا. ففي هذه الحالة يصح العقد على الزوج المقصود، والمعين بالإشارة أو الوصف، وتلغى التسمية الخاطئة؛ لوجود ما هو أقوى منها دلالة على المقصود، ولا يكون بالتالي لهذا الغلط تأثير في صحة العقد. وهذا ما قرره المذاهب الأربعة؛ إلا أن الحنفية لا يبلغون التسمية الخاطئة إلا حين تخالفها الإشارة فقط⁽⁵⁾.

(1) سنن ابن ماجه، م.س، أبواب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، 200/3-201، حديث رقم: 2045؛ سنن الدارقطني، م.س، كتاب النذور، 300/5-301، حديث رقم: 4351؛ السنن الكبرى للبيهقي، م.س، كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في طلاق المكره، 584/7، حديث رقم: 15094؛ مستدرک الحاكم، م.س، كتاب الطلاق، 216/2، حديث رقم: 2801. وقد صححه الألباني في إرواء الغليل، م.س، 123/1-124. والرواية بلفظ (وضع) لابن ماجه، والرواية بلفظ (تجاوز) للبقية.

(2) ينظر: فتح الباري، م.س، 121/5؛ سبيل السلام، م.س، 259/2.

(3) ينظر: محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، م.س، ص.18.

(4) ينظر: نظرية عيوب الإرادة، م.س، ص.15-16؛ المبسوط في شرح القانون المدني، م.س، ج.1، ص.455-456.

(5) ينظر: البحر الرائق، م.س، 91/3؛ المهذب، م.س، 437/2؛ مغني المحتاج، م.س، 234/4؛ المغني، م.س، 483/9؛ المعيار العرب: أحمد بن يحيى الونشريسي، تخریج: جماعة من الفقهاء، نشر وزارة الأوقاف المغربية، الرباط، ط1، 1981م، 160/3.

ومثال ذلك: لو كان للأب ابنتان حاضرة وغائبة، فقال: زوجتك هذه وأشار إلى الحاضرة، وسمّاها غلطا باسم الغائبة. فهنا يصح العقد للحاضرة وتُلغى التسمية؛ لأن الإشارة هنا أقوى دلالة منها⁽¹⁾. لكن بشرط أن تكون الحاضرة هي المقصودة فعلا، بوجود ما يدل على ذلك من سبق الخطبة لها، وأن تكون معروفة للشهود وللزوج، فلا تكون مُتَنَقِّبَةً مثلا، وإلا ظنوا أنها تلك المسماة. فإن تعارضت دلالة التسمية مع دلالة الوصف والنسبة بما يؤدي إلى جهالة أحد الزوجين، فلا يصح النكاح أصلا؛ لأن من شرط صحته تعيين الزوجين. ومثال ذلك أن يقول الولي للزوج: زوجتك ابنتي فاطمة، وليس له إلا ابنة واحدة اسمها عائشة. أو كان له ابنتان كبرى اسمها حليلة، وصغرى اسمها سليمة، فقال: زوجتك ابنتي الكبرى سليمة، فسماها غلطا باسم الصغرى. فلا يصح العقد عند الجمهور (الحنفية والمالكية والحنابلة) في المثالين لجهالة الزوجة؛ إذ الولي ليس له ابنة اسمها فاطمة في المثال الأول، ولا ابنة كبرى اسمها سليمة في المثال الثاني. ويصح العقد عند الشافعية لمن اتفق عليها قصد العاقدين؛ فيعمل بالنسبة والوصف وتُلغى التسمية الخاطئة عملا بالنية⁽²⁾.

أما إذا لم يوجد في الصيغة ما يدل على مقصود العاقدين، من وصف أو إشارة أو نسبة، كأن يكون للأب ابنتان فاطمة وعائشة، فأراد أن يزوج عائشة فسبق لسانه فذكر فاطمة غلطا، وقَبِلَ الآخر هذا الإيجاب، ولم يوجد ما يميز الزوجة سوى الاسم المذكور غلطا. فهنا اختلف الفقهاء. فالحنفية يصححون العقد على المذكورة في الإيجاب (فاطمة)، ولو كانت عائشة هي المقصودة للعاقدين؛ لأن العبرة في النكاح عندهم بالصيغة لا بالنية. ولذلك قالوا: «لا تَنْفَعُ النَّيَّةُ هُنَا، وَلَا مَعْرِفَةُ الشُّهُودِ بَعْدَ صَرْفِ اللَّفْظِ عَنِ الْمُرَادِ.»⁽³⁾

وعند المالكية والحنابلة في الصحيح أن العقد لا يصح مع هذا الغلط؛ لأنه يؤدي لجهالة الزوجة وعدم تمييزها عن غيرها. فلا ينعقد الزواج للمسماة في الصيغة؛ لأنها غير مقصودة، وإنما جرى ذكرها غلطا، فانعدم الرضا بتزويجها. كما لا ينعقد للمقصودة لدى العاقدين؛ لأنهما لم يتلفظا بما يصح العقد به عليها، ونيتها لا تكفي لاحتياج الزواج للشهادة، وهي متعذرة على النية لخبائثها⁽⁴⁾. وعند الشافعية وقول للحنابلة أن العبرة بقصد العاقدين ونيتها؛ فإن اتفقا على أن المقصودة هي عائشة صح العقد عليها، وألغيت التسمية الخاطئة، ولم يؤثر الغلط فيها في صحة العقد؛ لأن

(1) ينظر: البحر الرائق، م.س، 91/3؛ المهذب، م.س، 437/2؛ مغني المحتاج، م.س، 234/4؛ المغني، م.س، 483/9.

(2) ينظر: البحر الرائق، م.س، 91/3؛ فتاوى البرزلي، م.س، 363/2، 267-268؛ المهذب، م.س، 437/2؛ مغني المحتاج، م.س، 234/4؛ المغني، م.س، 483/9.

(3) حاشية ابن عابدين، م.س، 97/4؛ البحر الرائق، م.س، 91/3.

(4) ينظر: المعيار العرب، م.س، 412/3-413؛ المغني، م.س، 482/9؛ المبدع في شرح المقنع، م.س، 97/6.

الزوجة قد تتعين عندهم بالنية، بأن ينويها العاقدان وإن لم يُصرَّح باسمها. كقول الولي: زوجتك بنتي، وله بنتان، فيصح فيمن نَوَّيَاها. لكن إن اختلف قصد العاقدين فلا ينعقد النكاح أصلاً⁽¹⁾.

والراجح هو قول المالكية والحنابلة بعدم صحة النكاح؛ فهو قول معتدل وسط بين رأي الحنفية ورأي الشافعية؛ فهذه الصيغة المتضمنة للغلط في اسم أحد الزوجين لا يصح بها النكاح؛ لأن من شرط صحته تعيين الزوجين بما يميزهما عن غيرهما، والنية لا تكفي للتمييز لحنائها على الشهود. كما أن ذكر الاسم الخطأ ينافي التمييز؛ بل يصرف العقد ظاهرياً إلى صاحب الاسم المذكور خطأً. وأنبه هنا إلى أن الشافعية يتفقون مع المالكية والحنابلة في المبدأ، وهو مراعاة الرضا الحقيقي، وإن اختلفوا في تصحيح العقد؛ لأن الشافعية وإن صححوا العقد فقد بنوه على القصد الحقيقي للعاقدين، وألغوا الغلط. أما الحنفية فإنهم يراعون التعبير الظاهري دون بحث عن القصد.

أما القوانين الوضعية محل الدراسة، فلم يرد فيها النص على حكم الغلط في تسمية أحد الزوجين، لا في قوانين الأحوال الشخصية ولا في القوانين المدنية. إلا أن الفقه القانوني تناول هذا المعنى تحت ما يسمى بالغلط في التعبير عن الإرادة، كمن كان له حصانان أبيض وأسود، فأراد بيع الأسود فغلط في التعبير، فقال: بعثك الحصان الأبيض⁽²⁾. ومثاله في الزواج من كان له بنتان: حليلة وسليمة، فأراد تزويج حليلة فغلط فقال: زوجتك سليمة. فهذا الغلط أيضاً ينعقد فيه الرضا؛ لأن الأب لم يقصد تزويج سليمة أصلاً. وبالتالي فالأمر يتعلق بانعدام الرضا لا بفساده وتعيبه. وعليه فالعقد باطل بطلاناً مطلقاً⁽³⁾، وتنطبق عليه النصوص المتعلقة ببطلان الزواج لانعدام الرضا⁽⁴⁾.

وبهذا يتبين بأن القوانين الوضعية محل الدراسة، تتوافق مع رأي المالكية والحنابلة القائلين ببطلان الزواج وعدم صحته للغلط في التعبير عن اسم أحد الزوجين. خلافاً للحنفية القائلين بصحة انعقاده على الاسم المذكور في الظاهر، وخلافاً للشافعية القائلين بصحته على الاسم المقصود في الباطن.

ج- الغلط في صيغة عقد الزواج

الغلط في صيغة العقد أو في توجيه التعبير، يُتصور من الولي أو الوكيل؛ بأن ينسب الولي التزويج لنفسه بدل نسبته للمؤلى عليه. فيقول مثلاً: زَوَّجني بنتك. بدل: زَوَّج بنتك لاني. ومثله أيضاً أن ينسب الوكيل التزويج لنفسه بدل نسبته لمؤكِّله، فيقول: زَوَّجني بنتك. بدل: زَوَّج بنتك لمؤكِّلي.

(1) ينظر: المهذب في فقه الشافعي، م.س، 437/2؛ أسنى المطالب، م.س، 122/3؛ المغني، م.س، 482/9.

(2) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 239/1، هامش 2؛ الميسوط في شرح القانون المدني، م.س، ج 1، ص 463.

(3) ينظر: المشكلات العملية في دعاوى الطلاق والفسخ والخلع: كمال صالح البناء، عالم الكتب، القاهرة، ط 1، 2001م، ص 96.

(4) ينظر المواد: 1/33 أسرة جزائري؛ 1/57 أسرة مغربية.

فالحنفية والشافعية يصححون النكاح الذي يدل عليه ظاهر الصيغة، فيصح النكاح للولي وليس لابنه، حتى لو سبقت الخطبة للابن. ويصح للوكيل وليس للموكل؛ لأن العبرة عندهم في النكاح بالتعبير لا بالقصد والنية، فلا يؤثر هذا الغلط عندهم في صحة النكاح ولزومه للولي والوكيل⁽¹⁾.

أما المالكية والحنابلة فيرون بأن الولي أو الوكيل إذا غلطا فصرفا التزويج لنفسيهما بدل المولى عليه أو الموكل، فلا يصح العقد أصلا، لا للولي أو الوكيل، ولا للمولى عليه أو الموكل. فالنكاح للأول غير مقصود فلا ينعقد. والنكاح للثاني لم توجد صيغته الدالة عليه، فلا ينعقد أيضا⁽²⁾.

والراجح هو مذهب المالكية والحنابلة؛ لأن الزواج إنما يقوم على الرضا، فلا يُلزم الولي والوكيل بعقد لم يقصدها لنفسيهما، خاصة إذا ظهر ما يؤيد انتفاء هذا القصد، كسبق الخطبة للمولى عليه أو للموكل. كما أن خطورة الزواج تقتضي الوضوح في الصيغة، وتحديد من ينصرف إليه العقد من الزوج والزوجة بدقة، فلا ينعقد الزواج لشخص لم يُذكر في صيغة العقد أصلا. ولذلك يجب إلغاء الصيغة الخاطئة، وتحديد العقد بصيغة صحيحة.

أما في القانون الوضعي، فلم يرد النص على حكم الغلط في صيغة الزواج، لا في قوانين الأحوال الشخصية ولا في القوانين المدنية محل الدراسة. لكن يمكن إلحاق هذا الغلط بالغلط في التعبير الذي ذكره فقهاء القانون⁽³⁾؛ بل هو في الحقيقة صورة من صور الغلط في التعبير؛ لأن الوكيل أراد أن يقول زوج بنتك لموكلتي، فغلط فقال: زوجني ابنتك. فهذا الغلط أيضا ينعقد فيه الرضا؛ لأن الوكيل لم يقصد تزويج نفسه وإنما تزويج موكله.

وبالتالي فالأمر يتعلق بانعدام الرضا لا بفساده وتعيبه. ولذلك يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا⁽⁴⁾، وتنطبق عليه النصوص المتعلقة ببطلان الزواج لانعدام الرضا، واختلال الإيجاب والقبول وعدم تطابقهما⁽⁵⁾.

(1) جاء في حاشية ابن عابدين، م.س، 97/4: «لَوْ قَالَ أَبُو الصَّغِيرَةِ لِأَبِي الصَّغِيرِ: زَوَّجْتِ ابْنَتِي، وَلَمْ يَزِدْ عَلَيْهِ شَيْئًا. فَقَالَ أَبُو الصَّغِيرِ: قَبِلْتُ. يَتَعَمَّرُ النَّكَاحُ لِلْأَبِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ، وَيَجِبُ أَنْ يَحْتَأَطَ فِيهِ فَيَقُولَ: قَبِلْتُ لِابْنَتِي. وَقَالَ فِي الْفَتْحِ... يَجُوزُ النَّكَاحُ عَلَى الْأَبِ، وَإِنْ جَرَى بَيْنَهُمَا مُقَدِّمَاتُ النَّكَاحِ لِلابْنِ. وَهُوَ الْمُخْتَارُ؛ لِأَنَّ الْأَبَ أَضَافَهُ إِلَى نَفْسِهِ.» وجاء في مغني المحتاج، م.س، 263/4: «لَوْ قَالَ الْوَلِيُّ لِلْوَكَيلِ الرَّوْحِ: زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي. فَقَالَ: قَبِلْتُ نِكَاحَهَا لِمُوكَلِّي. لَمْ يَصِحَّ الْعَقْدُ لِغَدَمِ التَّوَافُقِ. فَإِنْ قَالَ: قَبِلْتُ نِكَاحَهَا وَسَكَتَ. انْعَقَدَ لَهُ، وَلَا يَتَعَمَّرُ الْعَقْدُ لِلْمُوكَلِّ بِالْبَيِّنَةِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ.»

(2) ينظر: مواهب الجليل، م.س، 420/3؛ فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك: محمد بن أحمد عليش، دار المعرفة، بيروت، (د.ط، د.ت)، 412/1؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 643/2.

(3) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 239/1، هامش 2؛ المبسوط في شرح القانون المدني، م.س، ج 1، ص 463.

(4) ينظر: المشكلات العملية في دعاوى الطلاق والفسخ والخلع، م.س، ص 96.

(5) ينظر المواد: 1/33 أسرة جزائري؛ 1/57 أسرة مغربية.

وبهذا يظهر أن القانون الوضعي يتفق مع رأي المالكية والحنابلة القائلين ببطلان الزواج وعدم صحته للغلط في صيغة العقد، ونسبة الزواج إلى شخص ليس هو المقصود تزويجه. وهذا خلافا للحنفية والشافعية القائلين بصحة الزواج للمنسوب إليه العقد في ظاهر الصيغة.

ومن خلال ما سبق بيانه، يظهر لي أن الغلط في التعبير بصورة الثلاثة لا ينعقد معه الزواج أصلاً، فيكون باطلاً. وهذا مذهب الجمهور خلافاً للحنفية في الصورة الأولى. وهو مذهب المالكية والحنابلة في الصورتين الثانية والثالثة، خلافاً للحنفية والشافعية.

والقول بالبطلان هو ما رجحته في الصور الثلاثة؛ لأن الرضا فيها ليس معيياً؛ بل منعدم أصلاً. فالرضا لا يُتصور مع انعدام القصد، والواقع في الغلط في التعبير ليس له قصد إلى ذلك التعبير الغلط. وهذا ما قرره أيضاً القوانين الوضعية محل الدراسة، وإن لم تنص على ذلك صراحة في أحكام الغلط؛ لكن ذلك لا يضر؛ لدلالة القواعد العامة عليه، وأقصد بها تلك التي تنص على بطلان الزواج لانعدام الرضا وعدم تطابق الإيجاب مع القبول.

ولذلك لا يمكن اعتبار هذا الغلط من عيوب الرضا؛ بل هو من حالات انعدام الرضا والإرادة. حيث يُسمى أيضاً بالغلط المانع؛ لأنه يمتنع معه وجود الرضا والإرادة⁽¹⁾. ورغم كون هذا الغلط ليس من عيوب الرضا، وبالتالي فهو خارج عن موضوع البحث؛ إلا أنني تكلمت عن حكمه في الزواج، حتى لا تختلط به بقية أنواع الغلط الأخرى التي قد تعيب الرضا وتفسده دون أن تعدمه.

2- الغلط في ذاتية أحد الزوجين

الغلط في ذاتية أحد الزوجين أي في شخصيته، يتحقق حين يتزوج الرجل امرأة يظنها فلانة، فإذا هي غيرها، والعكس بأن تتزوج المرأة رجلاً تظنه فلاناً فإذا هو غيره.

فعند الحنفية والشافعية وقول لدى الحنابلة، أن هذا الغلط لا يؤثر في صحة الزواج ولزومه. فقد قال الحنفية: «إِذَا وَقَعَتِ الْخُطْبَةُ عَلَى إِحْدَاهُمَا، وَوَقَّتِ الْعَقْدَ عَقْدًا بِاسْمِ الْأُخْرَى خَطَأً، فَإِنَّهُ يَصِحُّ عَلَى الَّتِي سَمِّيَهَا؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ مُقَدِّمَاتِ الْخُطْبَةِ قَرِينَةٌ مُعَيَّنَةٌ إِذَا لَمْ يُعَارِضْهَا صَرِيحٌ، وَالتَّصْرِيحُ بِذِكْرِ الْأُخْرَى صَرِيحٌ فَلَا تَعْمَلُ مَعَهُ الْقَرِينَةُ.»⁽²⁾ وقال الشافعية: «لَوْ خَطَبَ كُلُّ مِنْ رَجُلَيْنِ امْرَأَةً، وَعَقَدَ كُلُّ مِنْهُمَا عَلَى خُطُوبَةِ الْآخَرِ وَلَوْ غَلَطًا، صَحَّ النِّكَاحَانِ؛ لِقَبُولِ كُلِّ مِنْهُمَا مَا أَوْجَبَهُ الْوَلِيُّ.»⁽³⁾

(1) ينظر: المدخل الفقهي العام، م.س، 476/1، هامش 2؛ النظريات الفقهية، م.س، ص.464؛ مصادر الحق في الفقه الإسلامي، م.س، 28/4؛ الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 238/1-239؛ نظرية عيوب الإرادة، م.س، ص.15.

(2) حاشية منحة الخالق على البحر الرائق [مطبوعة بجامع البحر الرائق]: ابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، ط2، (د.ت)، 90-3/91. وينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 97/4؛ البحر الرائق، م.س، 91/3.

(3) مغني المحتاج، م.س، 234/4. وينظر: أسنى المطالب، م.س، 122/3؛ المغني، م.س، 482/9-483.

وهذا أيضا ما يُفهم من كلام المالكية في مسألة الوكيل الذي عقد على امرأة، وأظهر لها ولوليتها أنه الزوج، وأشهد في الباطن أن العقد لمؤكّل. فقد أفتوا فيها بأن النكاح لا ينعقد للوكيل وإنما للمؤكّل؛ ولكن المرأة بالخيار بين الرضا بالنكاح أو فسخه بسبب التغيير⁽¹⁾. فيفهم بالمخالفة من هذا أن الزوجة إن ظنت غلطا أن الوكيل هو الزوج رغم أن صيغة العقد كانت للمؤكّل، ولم يكن هناك أي تغيير من الوكيل، أن العقد يصح للمؤكّل، ويلزم الزوجة، وليس لها خيار الفسخ؛ لتفريطها في التثبت والتحقق من شخصية الزوج.

والمذهب عند الحنابلة أن هذا الغلط يُبطل العقد. «فمن حَطَبَ امْرَأَةً فَرُزَّجَ بِغَيْرِهَا، لَمْ يَنْعَقِدِ النِّكَاحُ. مَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ يَحْطُبُ الرَّجُلُ امْرَأَةً بِعَيْنِهَا، فَيُجَابَ إِلَى ذَلِكَ، ثُمَّ يُوجِبُ لَهُ النِّكَاحَ فِي غَيْرِهَا، وَهُوَ يَعْتَقِدُ أَنَّهَا الَّتِي حَطَبَهَا فَيَقْبَلُ، فَلَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ؛ لِأَنَّ الْقُبُولَ انْصَرَفَ إِلَى غَيْرِ مَنْ وَجَدَ الْإِيجَابُ فِيهِ، فَلَمْ يَصِحَّ.»⁽²⁾

والراجح هو أن الغلط في شخصية أحد الزوجين لا يؤثر في صحة العقد ولزومه، وفقا لرأي الجمهور (الحنفية والمالكية والشافعية وقول للحنابلة). ولكن هذا الحكم يقتصر على الغلط التلقائي؛ لأن العاقد الغالط هو المقصر في التحري عن شخصية زوجه. أما إن لم يكن مقصرا، وكان الغلط نتيجة تغيير من العاقد الآخر، بأن استبدل المخطوبة مثلا بغيرها عند العقد، أو غير اسمها باسم غيرها عمدا، مؤمها الخاطب أنها التي وقعت خطبتها أولا. فهنا يكون للمغرور مقال في ردّ الزواج⁽³⁾، وفقا لما يدل عليه كلام المالكية في مسألة الوكيل، ويوحي إليه أيضا كلام الحنابلة، حيث ذكروا في المسألة السابقة أن العقد باطل، وأن للزوج الرجوع على الولي الذي غرّر به⁽⁴⁾. فذكر التغيير هنا يُرَّجَحُ كون مقصودهم هو بطلان العقد في حال التغيير لا بمجرد الغلط التلقائي.

والسبب في كون الغلط في شخصية أحد الزوجين لا يؤثر في عقد الزواج هو أن العبرة في عقد الزواج إنما هي بالإيجاب والقبول المتطابقين، والصادرين بقصد وإدراك، ولا عبرة بعدها بالظنون والمعتقدات والنيات؛ لأنها أمور نفسية باطنية لا يمكن للغير الاطلاع عليها⁽⁵⁾. وعقد الزواج يحتاج

(1) ينظر: مواهب الجليل، م.س، 412/3؛ المنهج الفائق، م.س، 513/2؛ التبصرة: علي بن محمد الربيعي المعروف بالخمعي، تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة قطر، ط1، 2011م، 4624/10.

(2) المغني، م.س، 481-480/9. وينظر: كشاف القناع، م.س، 2396/7؛ المحرر في الفقه، م.س، 15/2.

(3) يُراجع الفصل الثاني من هذا البحث، ص.278 وما بعدها.

(4) ينظر: المغني، م.س، 481/9؛ كشاف القناع، م.س، 2396/7.

(5) يقول الزرقا في المدخل الفقهي العام، م.س، 475-474/1: «لم يهتم الفقه الإسلامي كثيرا بالغلط في العقد... لأن الفقه الإسلامي يعتمد الإرادة الظاهرة (الإيجاب والقبول) أساسا في بناء العقد، ما دامت الإرادة الباطنة الحقيقية خفية.» وينظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، م.س، 75/2.

للإشهاد، والشهود إنما يشهدون على ما سمعوه من الصيغة لا على النية التي لا علم لهم بها. كما أن النية مع اللفظ الصريح لا عبرة بها، لأن مدعيها متهم بإرادة التخلص من العقد. وحتى مع صدق دعواه، فما هو ذنب العاقد الآخر حتى يُفسخ عقده؟ مع أن التقصير جاء من العاقد الغالط، حيث قصر في التحري عن اسم زوجه، وتهاون في التحقق من ذاتيته والتعرف على شخصيته، في حين أن خطورة الزواج تقتضي منه ذلك، والخِطبة قبل العقد إنما شُرعت لهذا الغرض.

وبالنسبة للقانون الوضعي، لم يرد النص على حكم الغلط في ذاتية الشخص المتعاقد معه في قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة، وإنما ورد النص عليه في القوانين المدنية. حيث جاء فيها أن الغلط في ذاتية الشخص المتعاقد معه يؤثر في العقد متى كانت شخصيته محل اعتبار فيه، وكان هو الدافع للتعاقد⁽¹⁾. وبالتالي يكون العقد المشوب بهذا الغلط قابلاً للإبطال وفقاً للقانون المدني الجزائري والمغربي، ويكون قابلاً للفسخ وفقاً للقانون المدني الأردني⁽²⁾.

ولكن هل ينطبق هذا الحكم المدني على عقد الزواج؟ الجواب أن المسألة فيها احتمالان:

أ- الاحتمال الأول: وهو أن عقد الزواج يتأثر بالغلط في شخصية المتعاقد الآخر، ويكون قابلاً للإبطال أو الفسخ وفقاً لما جاء في القوانين المدنية؛ لأنه من أهم العقود التي يكون فيها لشخصية المتعاقد الآخر اعتبار⁽³⁾.

ب- الاحتمال الثاني: وهو أن عقد الزواج لا يتأثر بالغلط في شخصية المتعاقد الآخر، ويكون بالتالي صحيحاً ملزماً للعاقد الغالط؛ ولا يصح تطبيق أحكام الغلط الواردة في القانون المدني على عقد الزواج؛ لخصوصية هذا العقد، وتمييزه عن العقود المالية⁽⁴⁾.

والاحتمال الثاني هو الراجح في نظري؛ لما يأتي:

- كون الغلط في عقد الزواج كعيب من عيوب الرضا، لم يرد النص عليه في قوانين الأسرة والأحوال الشخصية، حيث اقتضت هذه الأخيرة على النص على عيب الإكراه والتغريب (التدليس)

(1) ينظر المواد: 3/82 مدني جزائري؛ 42 التزامات وعقود مغربي؛ 153 مدني أردني.

(2) ينظر المواد: 81 مدني جزائري؛ 39 التزامات وعقود مغربي؛ 153 مدني أردني.

(3) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 160/1؛ عقد الزواج، م.س، ص.77؛ محاضرات في قانون الأسرة، م.س، ص.18؛ العلاقات بين الزوجين، م.س، ص.157؛ مصادر الحق، م.س، 90/2؛ الكامل في شرح القانون المدني، م.س، 280/3.

- تنبيه: ينص القانون المدني الفرنسي في المادة 180 على أن الغلط في ذاتية أحد الزوجين يجعل عقد الزواج قابلاً للإبطال. ينظر:

- *La famille* : Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron, Defrénois lextenso, Paris, 3^e éd., 2009, p. 98-99.

- *Droit Civil, tome 1*: Pierre Voirin et Gilles Goubeaux, L.G.D.J. lextenso, Paris, 32^e éd., 2009, p. 112.

(4) ينظر: عقد الزواج، م.س، ص.75؛ ما مدى إعمال عيوب الإرادة في مدونة الأسرة المغربية: خالد التومي، مقال منشور في الموقع:

(www.marocdroit.com/%D9%85%D8%A7-%)، تاريخ الزيارة: 2016/3/8م؛ الإكراه والتدليس بين مدونة الأسرة

وقانون الالتزامات والعقود: ياسين العيوض، مقال منشور بمجلة منازعات الأعمال، عدد 17، أكتوبر 2016، ص.39.

فقط. وهذا يقتضي أن الغلط لا يؤثر في عقد الزواج؛ ولذلك استبعده المشرع. وقد يُقال بأن المشرع لم ينص عليه سهواً منه وليس بقصد استبعاده. وهذا احتمال بعيد جداً؛ إذ لا يُعقل أن تتواطأ كل القوانين محل الدراسة على هذا السهو.

- والمرجع فيما لم يرد النص عليه في قوانين الأحوال الشخصية إنما هو أحكام الفقه الإسلامي، وليس قواعد القوانين المدنية. وهذا ما صرحت به المادة 222 أسرة جزائري، والمادة 400 أسرة مغربية، والمادة 325 أحوال شخصية أردني⁽¹⁾. وقد أكد القضاء الجزائري⁽²⁾ هذا المبدأ فيما يتعلق بعقد الهبة الذي يُعدّ من العقود المالية، فكيف بعقد الزواج الذي يعد من العقود الشخصية؟

إذن فالواجب هو الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي، وقد بيّنتُ أن الراجح فيه هو عدم تأثير الغلط في ذاتية أحد الزوجين في صحة ولزوم عقد الزواج.

- إنَّ عقد الزواج ذو طبيعة خاصة تميزه عن سائر العقود المالية؛ فهو ذو قداسة معنوية، وله أهمية كبيرة من الناحية النفسية والاجتماعية، بسبب خطورة الآثار المترتبة عليه. وهذا ما جعل إجراءات إبرامه أكثر تعقيداً من سائر العقود، فهو يُسبق بالخطبة، ويحتاج إلى تحضير ملف يتضمن وثائق كثيرة تهدف إلى التحقق من هوية الزوجين، ووضعيتهما المدنية والاجتماعية والصحية. كما يتم إبرامه أمام موظف مختص، وبحضور الزوجين والولي والشهود، ثم يتم التوقيع عليه من الجميع.

فمع كل هذه الإجراءات لا يمكن تصور حصول الغلط في ذاتية أحد الزوجين إلا بتقصير شديد من الزوج الغالط، أو تغيير من الزوج الآخر. أما في حالة التغيير فالمغرور معذور، وأما في حالة التقصير فلا عذر للمقصر، ولا حق له في طلب فسخ العقد أو إبطاله.

ويتبيّن لي من خلال ما سبق بيانه، بأن الاحتمال الذي رجحته في القوانين الوضعية محل الدراسة يتوافق مع رأي جمهور الفقهاء الذي رجحته أيضاً، وهو أن الغلط التلقائي في ذاتية أحد الزوجين لا يؤثر في عقد الزواج؛ بسبب التقصير الشديد من قبل العاقد الغالط. وأنه ليس من العدل أن يتحمل العاقد الآخر مسؤولية هذا الغلط التلقائي الناتج عن التقصير.

(1) جاء في المادة 222 أسرة جزائري: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.» وجاء في المادة 400 أسرة مغربية: «كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي، والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف.» وجاء في المادة 325 أحوال شخصية أردني: «ما لا ذكر له في هذا القانون يُرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة، فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون.»

(2) جاء في قرار المحكمة العليا الجزائرية، غ.أ.ش، رقم: 123051، بتاريخ: 1995/7/25، المجلة القضائية، عدد 1، سنة 1996، ص 113: «من المقرر قانوناً أن يرجع القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة.»

3- الغلط في الصفات الجوهرية لأحد الزوجين

الصفات الجوهرية في أحد الزوجين ترجع إما إلى خصال الكفاءة، أو السلامة من العيوب الموجبة للخيار، أو الصفات المرغوبة التي يريد كل زوج أن يجدها في الآخر⁽¹⁾. والغلط في هذه الصفات يحصل حين يتزوج الشخص وهو يظن ويعتقد أن زوجه يتصف بصفة أو أكثر من تلك الصفات الجوهرية، ثم يتبين أنه مخطئ في ظنه، وأن تلك الصفة غير موجودة.

فإذا وقع هذا الغلط، فهل يتأثر عقد الزواج به أم لا؟

والجواب هو أن المذاهب الفقهية الأربعة ذهبت إلى أن هذا الغلط لا يؤثر في صحة الزواج ولا في لزومه، وأن الواقع في الغلط من الزوجين لا خيار له في فسخ الزواج، متى كان غلظه من تلقاء نفسه دون وجود أي تعبير؛ سواء كان الغلط في صفات الكفاءة، أم في العيوب التي توجب الخيار، أم في الصفات المرغوبة في الزوجين⁽²⁾. وتفصيل كلامهم كالاتي:

أ- الغلط في الكفاءة

إذا غلظت المرأة أو وليها فظنًا كفاءة⁽³⁾ الخاطب بلا تعبير منه، ووقع الزواج به دون اشتراط كفاءته، ثم تبين فقدها؛ فالزواج صحيح لازم، وليس لها ولا لوليها خيار فسخه لفقد الكفاءة، ولا أثر لظنهما؛ لأنهما مقصّران في التحري عن حال الزوج، وبترك اشتراط الكفاءة في العقد⁽⁴⁾.

ب- الغلط في العيوب الزوجية

العيوب والنقائص الموجودة في أحد الزوجين⁽⁵⁾، إذا كانت مما يمنع تحقق مقاصد الزواج؛ بسبب ما يترتب عليها من ضرر للزوج الآخر لا يمكنه تحمله؛ سواء كانت عيوبًا مانعة من الدخول

(1) ينظر هذا البحث، ص. 252-253.

(2) ينظر: البحر الرائق، م.س، 137/3؛ التاج والإكليل، م.س، 152/5؛ أسنى المطالب، م.س، 178/3-179؛ مجموع الفتاوى، م.س، 355/29.

(3) الكفاءة لغة: المماثلة والمساواة. (لسان العرب، م.س، 139/1). واصطلاحًا هي: مساواة الزوج للزوجة في أمور مخصوصة، كالدين والنسب وغيرها. ينظر: التعريفات الفقهية، م.س، ص. 182؛ الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، م.س، ص. 105.

(4) جاء في الغرر البهية في شرح البهجة الوردية: زكريا الأنصاري، المطبعة الميمنية، (د.ط، د.ت)، 164/4: «خير [من الخيار] بخلف الشرط لا بخلف الرعم، أي الظن لما يُقصد من الصقات من غير شرط، كأن ظننته كُفًا فبانَ فاسقًا أو ذنيًا التَّسبُّبُ أو الحُرْفَةُ؛ لاثنياء التَّعْزِيرِ. وَالظَّانُّ هُوَ الْمُقْصِرُ بِتَرْكِ الْبَحْثِ أَوْ الشَّرْطِ، وَلَيْسَ كَظَنِّ السَّلَامَةِ مِنَ الْعَيْبِ لِغَلْبَتِهَا، وَهَذَا لَا يُمَكِّنُ أَنْ يُقَالَ الْعَالِبُ الْكُفَاءَةُ.» وينظر: البحر الرائق، م.س، 137/3؛ الفتاوى الكبرى الفقهية: ابن حجر الهيتمي، المكتبة الإسلامية، (د.ط، د.ت)، 99/4.

(5) العيوب الزوجية: هي كل نقصان بدني أو عقلي في أحد الزوجين، يمنع من تحقيق مقاصد الزواج، والتمتع بالحياة الزوجية. ينظر: أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة: محمد مصطفى شليبي، دار النهضة العربية، بيروت، ط2، 1977م، ص. 567؛ الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية: معوض عبد التواب، مكتبة عالم الفكر والقانون للنشر والتوزيع، ط10، 2003م، 172/1.

والاستمتاع، أو كانت أمراضاً معدية أو مضرّة⁽¹⁾. فهي توجب الخيار عند فقهاء المذاهب الأربعة إجمالاً⁽²⁾، وإن اختلفوا في بعض التفاصيل⁽³⁾. ولكن أساس الخيار فيها هو ثبوت الضرر وليس الغلط؛ ولذلك يثبت الخيار فيها حتى لو كانت قد حدثت بعد العقد⁽⁴⁾. كما لا يثبت الخيار فيها إلا إن كانت مستحكمة لا يرجى الشفاء منها خلال سنة⁽⁵⁾. بل ويثبت الخيار في بعضها (العجز الجنسي) ولو علم بها الزوج الآخر قبل العقد، إن كان قبل الزواج رجاء الشفاء منها⁽⁶⁾. كما أن الغلط في هذه العيوب لا يحصل إلا بكتماها، والكتمان من صور التغيرير⁽⁷⁾. وبالتالي فالخيار فيها يثبت في الحقيقة بسبب التغيرير (التدليس) لا بمجرد الغلط التلقائي.

أما بقية العيوب الأخرى التي لا تمنع الاستمتاع، ولا تسبب الضرر للزوج الآخر، كالتشوهات غير الجنسية التي تصيب سائر أعضاء الجسم، وكذا العاهات والإعاقات البدنية، كالخرس والصمم والبكم، والعمى والعمور، وقطع الأطراف، والشلل والهرم، وسائر الأمراض الأخرى غير المستحكمة، وغير ذلك مما يعُده الناس عيباً في العرف.

فهذه العيوب لا خيار فيها في المذاهب الفقهية الأربعة؛ حتى لو ظن أحد الخاطبين غلطاً أن الخاطب الآخر سليم منها، فاكتفى بهذا الظن ولم يشترط السلامة، فلا عبرة بظنه، ولا تأثير لغلطه في صحة العقد ولزومه؛ لأنه هو المقصّر بترك التحري والسؤال، أو ترك الاشتراط. أما إذا اشترط السلامة منها عند العقد، فيثبت له الخيار عندها ليس بسبب الغلط؛ وإنما بسبب تخلف الشرط (وهو من صور التغيرير)⁽⁸⁾. وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة⁽⁹⁾.

(1) العيوب المانعة من الدخول كالعنة والجب والخصاء، والرتق والفتق... والأمراض المعدية والمضرة كالجدام والإيدز والجنون وغيرها.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 327/2؛ شرح فتح القدير، م.س، 305/4؛ الشرح الكبير للدردير، م.س، 277/2؛ أسنى المطالب، م.س، 176-175/3؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 678-675/2.

(3) يراجع في تفصيل الكلام عن العيوب الزوجية، وعددها، وكلام الفقهاء عنها في هذا البحث، ص. 305 وما بعدها.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 327/2؛ حاشية الدسوقي، م.س، 278/2؛ المهذب، م.س، 450/2؛ المغني، م.س، 61-60/10.

(5) ينظر: البحر الرائق، م.س، 135-134/4؛ حاشية الدسوقي، م.س، 281/2؛ مغني المحتاج، م.س، 345/4؛ مطالب أولي النهى، م.س، 142/5.

(6) ينظر: حاشية الدسوقي، م.س، 277/2؛ مغني المحتاج، م.س، 341/4؛ أسنى المطالب، م.س، 176/3.

(7) ينظر هذا البحث، ص. 274 وما بعدها.

(8) يُراجع هذا البحث، ص. 323 وما بعدها.

(9) يقول الدردير في الشرح الكبير، م.س، 280/2: «وَالْخِيَارُ ثَابِتٌ بِغَيْرِهَا، أَيَّ بَغَيْرِ الْعُيُوبِ الْمُتَقَدِّمَةِ، مِنْ سَوَادٍ، وَقَرَعٍ، وَعَمَى، وَعَوْرٍ، وَعَرَجٍ، وَشَلَلٍ، وَقَطْعٍ، وَكَثْرَةِ أَكْلِ، مِنْ كُلِّ مَا يُعَدُّ عَيْبًا عَرَفًا، إِنْ شَرَطَ السَّلَامَةَ مِنْهُ، سَوَاءً عَيَّنَ مَا شَرَطَهُ، أَوْ قَالَ: مِنْ كُلِّ عَيْبٍ، أَوْ مِنْ الْعُيُوبِ. فَإِنْ لَمْ يَشْرَطْ السَّلَامَةَ فَلَا خِيَارَ [يُخْلَفُ الظَّنُّ].» وينظر: مواهب الجليل، م.س، 497/3؛ منح الجليل، م.س، 388/3؛ أسنى المطالب، م.س، 176/3، 178؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 679/2؛ مجموع الفتاوى، م.س، 175/29.

أما الحنفية فلا يثبتون الخيار بتلك العيوب حتى مع اشتراط السلامة منها⁽¹⁾.

ج- الغلط في الصفات المرغوبة في الزوجين

الصفات المرغوبة في الزوجين كثيرة، كالتدين والصلاح، والبكارة والرشاقة، والجمال والشباب، والغني واليسار، والحسب والتسب، والعلم والمكانة الاجتماعية، وغيرها من الصفات. فإذا اعتقد أحد الخاطبين خطأً أن الخاطب الآخر فيه واحدة من تلك الصفات أو أكثر، فوجده بعد العقد بخلافها، فهل لهذا الغلط تأثير في صحة العقد أو لزومه؟

والجواب هو أن فقهاء المذاهب الأربعة قرروا أنه لا تأثير لهذا الغلط في عقد الزواج؛ إلا إذا كان الغلط نتيجة تغيير، كأن يتم اشتراط تلك الصفات فلا توجد، فيثبت عندها الخيار للتغيير بخلف الشرط لا لمجرد الغلط. وبهذا قال جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة⁽²⁾. أما الحنفية فلا يعتدُّون حتى بالتغيير بخلف الشرط⁽³⁾ فضلا عن الغلط.

يقول الجويني⁽⁴⁾: «العقود المطلقة لا تثبت خياراً في أبوابها عند اختلاف الظنون من غير شرط، فإذا شُرِّطت، التحقت بالسلامة التي تثبت ضمن العقد المطلق.»⁽⁵⁾ والمعنى أن عقود الزواج المطلقة عن اشتراط الصفات المرغوبة، لا يثبت فيها الخيار بمجرد فوات الوصف المظنون غلطا دون أن يقع اشتراطه. فإذا اشترطت تلك الصفات ثبت الخيار، كما يثبت في العيوب الموجبة للخيار دون شرط. إذن ففوات الوصف المرغوب في أحد الزوجين لا يُثبت الخيار إلا إذا كان مشروطاً في العقد صراحة أو دلالة. وعليه فإن إثبات الخيار هنا لا يعود في الحقيقة لفكرة الغلط؛ وإنما يعود إلى تخلف

(1) جاء في الفتاوى الهندية، م.س، 273/1: «إِذَا شَرَطَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ السَّلَامَةَ عَنِ الْعَمَى وَالشَّلَلِ وَالزَّمَانَةِ، أَوْ شَرَطَ صِفَةَ الْجَمَالِ، أَوْ شَرَطَ الرُّوْحَ عَلَيْهَا صِفَةَ الْبِكَارَةِ، فَوُجِدَ بِخِلَافِ ذَلِكَ؛ لَا يَثْبُتُ لَهُ الْخِيَارُ.»؛ وينظر: شرح فتح القدير، م.س، 305/4.

(2) يقول الحرشي في شرحه لمختصر خليل، م.س، 240/3: «تَزَوَّجَتِ النَّصْرَانِيَّةُ رَجُلًا تَطَّنُهُ نَصْرَانِيًّا فَإِذَا هُوَ مُسْلِمٌ، أَوْ تَزَوَّجَ الْمُسْلِمُ امْرَأَةً يَظُنُّهَا مُسْلِمَةً فَإِذَا هِيَ نَصْرَانِيَّةٌ، فَإِنَّهُ لَا رَدَّ لِأَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ ... إِلَّا أَنْ يُعْزَأَ.» وينظر: البيان والتحصيل، م.س، 460-459/4؛ أسنى المطالب: 178/3-179؛ مجموع الفتاوى، م.س، 355/29؛ جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود: شمس الدين الأسيوطي، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1996م، 29/2؛ الفروع: محمد بن مفلح، تحقيق: عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2003م، 289/8.

(3) ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 305/4؛ الفتاوى الهندية، م.س، 273/1. وأنبه هنا إلى أن الحنفية لا يقولون بخيار تخلف الوصف المشروط في أحد الزوجين مطلقاً؛ باستثناء اشتراط الخصال المتعلقة بالكفاءة. ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 208/4.

(4) الجويني: هو أبو المعالي، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني الشافعي، الملقب بإمام الحرمين. ولد في جوين، من نواحي نيسابور سنة: 419هـ، ورحل إلى بغداد، فمكة حيث جاور أربع سنين، ثم ذهب إلى المدينة فأفتى ودرس فيها، ثم عاد إلى نيسابور، فبني له الوزير نظام الملك المدرسة النظامية، فكان يدرس فيها، ويحضر دروسه كبار العلماء. توفي بنيسابور سنة: 478هـ. من مصنفات: "البرهان" في أصول الفقه؛ "نهایة المطلب في دراية المذهب" في الفقه الشافعي. ينظر: الأعلام، م.س، 160/4.

(5) نهایة المطلب في دراية المذهب، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، ط1، 2007م، 458/12.

الشرط الذي تضمنه العقد⁽¹⁾. وحُلفُ الشرط يُعَدُّ من صور التغيرير، خلافاً لمن أراد أن يبني فكرة الغلط على فوات الوصف المرغوب فيه⁽²⁾.

وأما ما رُوِيَ عن الشافعي بأن من تزوج امرأةً كتابيةً يظنُّها مُسَلِّمةً، فَلَهُ الخِيار⁽³⁾. وما رُوِيَ عن أحمد بأن من تَزَوَّجَتْ عَبْدًا تَظَنُّهُ حُرًّا، فَلَهَا الخِيار⁽⁴⁾. فهاتان الروايتان محمولتان عند فقهاء المذهبين على الظن الذي نشأ عن تَغْيِيرِ فِعْلِيٍّ؛ لأنَّ الكِتَابِيَّةَ تَمَيَّزَ عَنِ المُسَلِّمةِ، فَلَا تَشْتَبِهُ بِهَا إِلَّا بِتَغْيِيرِ. وكذلك العبد لا يشتهه بالحر إلا بتغيرير. أو لأن الكفر والرِّق من العيوب التي يكون مجرد كتمانها تغيراً مثبِتاً للخيار⁽⁵⁾. أو لأن الظاهر في دَارِ الإِسْلَامِ هو الإِسْلَامُ وَالْحُرِّيَّةُ، فَصَارَ ذَلِكَ بِمَثَابَةِ المَشْرُوطِ عرفاً، فَإِنْ تَخَلَفَ الشرط ثبت الخيار⁽⁶⁾.

ويتبيّن مما سبق تفصيله، أنّ عقد الزواج في الفقه الإسلامي لا يتأثر بالغلط في الصفات الجوهرية لأحد الزوجين، والسبب في ذلك هو خصوصية هذا العقد، وما يتميز به عن سائر العقود من قداسة وخطورة تقتضي من الراغب في إبرامه أن يتثبت ويتحرى، ويسأل ويشاور قبل أن يُقدم عليه، أو يحتاط لنفسه فيشترط ما يرغب فيه أو عنه من صفات. فإن لم يفعل شيئاً من ذلك، وعوّل على ظنه، فتبين غلظه، فليس له الخيار في فسخ الزواج لتقصيره.

وقد سنّت الشريعة الإسلامية لهذا العقد خطبة تسبقه؛ لتمكين الزوجين من التعرف على بعضهما قبل أن يقررا الزواج. وشُرِعَ فيها نظر الخاطبين إلى بعضهما. فعَنْ المُغْبِرَةِ بِنِ شُعْبَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا، أَنَّهُ حَطَبَ امْرَأَةً، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: (انظُرْ إِلَيْهَا؛ فَإِنَّهُ أُخْرَى أَنْ يُؤَدَمَ بَيْنَكُمَا)⁽⁷⁾.

(1) ينظر: مبدأ الرضا في العقود، م.س، 823/2، 825.

(2) من هؤلاء: الزرقا في المدخل الفقهي العام، م.س، 477/1؛ الزحيلي في الفقه الإسلامي وأدلته، م.س، 3068/4؛ فتحي الدريني في النظريات الفقهية، م.س، ص.468؛ السنهوري في مصادر الحق، م.س، 79/2-80.

(3) ينظر: الوسيط في المذهب: أبو حامد الغزالي، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417هـ، 167/5.

(4) ينظر: المغني، م.س، 452/9.

(5) ولذلك قال المالكية: «تَزْوِيحُ الحُرِّ أُمَّةً، وَالْحُرَّةُ العَبْدُ دُونَ بَيَانِ عُرُورٍ وَأَصِحَّ». ينظر: شرح الخرشي لمختصر خليل، م.س، 240/3.

(6) ينظر: الوسيط في المذهب، م.س، 168/5؛ العزيز شرح الوجيز، م.س، 146/8-148؛ المغني، م.س، 452/9.

(7) مسند أحمد، م.س، مسند الكوفيين، حديث المغيرة بن شعبة، 88/30، حديث رقم: 18154؛ سنن النسائي، م.س، كتاب النكاح، باب إباحة النظر قبل التزويج، 69/6، حديث رقم: 3235؛ سنن الترمذي، م.س، أبواب النكاح، باب ما جاء في النظر للمخطوبة، 389/3، حديث رقم: 1087؛ سنن ابن ماجه، م.س، أبواب النكاح، باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها، 68/3، حديث رقم: 1866. وقد صححه الألباني في السلسلة الصحيحة، م.س، 198/1-200. وقال الترمذي عقبه: «هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ. وَقَدْ ذَهَبَ بَعْضُ أَهْلِ العِلْمِ إِلَى هَذَا الحَدِيثِ، وَقَالُوا: لَا بَأْسَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا مَا لَمْ يَرِ مِنْهَا حُرْمًا... وَمَعْنَى قَوْلِهِ: «أُخْرَى أَنْ يُؤَدَمَ بَيْنَكُمَا». قَالَ: أُخْرَى أَنْ تَدُومَ المَوَدَّةُ بَيْنَكُمَا.»

قال ابن تيمية: «الشَّارِعُ قَدْ أَبَاحَ؛ بَلْ أَحَبَّ النَّظَرَ إِلَى الْمَخْطُوبَةِ، وَقَالَ: (فَإِنَّهُ أُخْرَى أَنْ يُؤَدَّمَ بَيْنَكُمَا). وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ النِّكَاحَ يَصِحُّ بِلا رُؤْيَا وَلَا صِفَةٍ، وَيَلْزَمُ النِّكَاحَ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِذَلِكَ. أَمَّا إِذَا عُرِفَ أَنَّهُ لَمْ يَرْضَ؛ لِاسْتِزْطَاطِهِ صِفَةً فَبَانَتْ بِخِلَافِهَا وَبِالْعَكْسِ، فَإِلْزَامُهُ بِمَا لَمْ يَرْضَ بِهِ مُخَالَفٌ لِلْأُصُولِ. وَلَوْ قَالَ: ظَنَنْتَهَا أَحْسَنَ مِمَّا هِيَ، أَوْ مَا ظَنَنْتَ فِيهَا هَذَا وَمَخَوَّ ذَلِكَ. كَانَ هُوَ الْمُفْرِطَ حَيْثُ لَمْ يَسْأَلْ عَن ذَلِكَ، وَلَمْ يَرَهَا، وَلَا أَرْسَلَ مَنْ رَأَاهَا. وَلَيْسَ مِنَ الشَّرْعِ وَلَا الْعَادَةِ أَنْ تُوصَفَ لَهُ فِي الْعَقْدِ كَمَا تُوصَفَ الْإِمَاءُ فِي السَّلْمِ؛ فَإِنَّ اللَّهَ صَانَ الْحَرَائِرَ عَن ذَلِكَ، وَأَحَبَّ سِتْرَهُنَّ؛ وَهَذَا نُحَيْتِ الْمَرْأَةَ أَنْ تَعْقِدَ نِكَاحًا، فَإِذَا كُنَّ لَا يُبَاشِرُنَ الْعَقْدَ فَكَيْفَ يُوصَفْنَ؟ وَأَمَّا الرَّجُلُ فَأَمْرُهُ ظَاهِرٌ، يَرَاهُ مَنْ يَشَاءُ، فَلَيْسَ فِيهِ عَيْبٌ يُوجِبُ الرَّدَّ إِلَّا عُرِفَ، وَالْمَرْأَةُ إِذَا فَرَطَ الرَّوْحُ فَالطَّلَاقُ بِيَدِهِ.»⁽¹⁾

وبخصوص القانون الوضعي، لم يرد النص على حكم الغلط في الصفات الجوهرية للمتعاقد معه في قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة، وإنما ورد النص على ذلك في القوانين المدنية. فقد جاء فيها أن الغلط في الصفات الجوهرية للشخص المتعاقد معه يؤثر في العقد متى كانت تلك الصفات هي الدافع للتعاقد⁽²⁾. وبالتالي يكون العقد المشوب بهذا الغلط قابلاً للإبطال طبقاً للقانون المدني الجزائري والمغربي، ويكون قابلاً للفسخ طبقاً للقانون المدني الأردني⁽³⁾.

ولكن هل هذا الحكم المدني ينطبق على عقد الزواج؟ الجواب هو أن هناك احتمالان:

الاحتمال الأول: أنه ينطبق عليه⁽⁴⁾، فيكون الزواج قابلاً للإبطال للغلط في صفة جوهرية⁽⁵⁾. والاحتمال الثاني: أنه لا ينطبق عليه، أي أن الغلط في الصفات الجوهرية للزوج الآخر لا يؤثر في صحة عقد الزواج ولزومه. وهذا الاحتمال هو الأقوى والأقرب للصواب؛ لما يأتي:

- إن طبيعة عقد الزواج، وخطورة آثاره، والإجراءات السابقة والمصاحبة لإبرامه، تقتضي استبعاد تأثير الغلط فيه. فإذا كان الغلط في ذاتية الزوج الآخر لا تؤثر فيه، فبالأولى لا يؤثر فيه الغلط في صفات هذا الزوج⁽⁶⁾.

(1) مجموع الفتاوى، م.س، 356-354/29 (بتصرف)؛ وينظر: الفروع، م.س، 289-288/8.

(2) ينظر المواد: 3/82 مدني جزائري؛ 42 التزامات وعقود مغربي؛ 153 مدني أردني.

(3) ينظر المواد: 81 مدني جزائري؛ 39 التزامات وعقود مغربي؛ 153 مدني أردني.

(4) ذكر عدد من القانونيين ما يوحي بالأخذ بهذا الاحتمال. ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 160/1؛ عقد

الزواج، م.س، ص. 77؛ محاضرات في قانون الأسرة، م.س، ص. 18-19؛ العلاقات بين الزوجين، م.س، ص. 157-158.

(5) ينص القانون المدني الفرنسي في المادة 180 على أن الغلط في صفة جوهرية لأحد الزوجين يجعل عقد الزواج قابلاً للإبطال. ينظر:

- *La Famille*, op. cit., p. 99-101 ; *Droit Civil, tome 1*, op. cit., p. 112-113.

(6) ينظر: عقد الزواج، م.س، ص. 75؛ الإكراه والتدليس بين مدونة الأسرة وقانون الالتزامات والعقود، م.س، ص. 39؛ ما مدى إعمال

عيوب الإرادة في مدونة الأسرة المغربية، م.س، (www.marocdroit.com/%D9%85%D8%A7-%).

- إنَّ عدم النص على عيب الغلط في قوانين الأحوال الشخصية يقتضي استبعاد تأثيره في عقد الزواج. وأنَّ القواعد المدنية ليست هي الواجبة التطبيق في حال عدم وجود النص في قوانين الأحوال الشخصية. بل أحكام الفقه الإسلامي هي الواجبة التطبيق في هذه الحالة⁽¹⁾. وقد بيَّنت أن الفقه الإسلامي لا يجيز فسخ الزواج لمجرد الغلط التلقائي في الصفات الجوهرية لأحد الزوجين.

- كما أنَّ الغلط التلقائي في الصفات الجوهرية لأحد الزوجين لا يحصل إلا بتقصير من الزوج الغالط؛ سواء قصر في التحري والبحث، أو قصر في اشتراط الصفات المرغوبة. والتقصير لا يبرر الفسخ والتفريق. وهذا ما تدل عليه المادة 22/أ أحوال شخصية أردني بقولها: «إذا زوج الولي البكر أو الثيب برضاها لرجل لا يعلمان كفاءته، ثم تبين أنه غير كفاء، فليس لأي منهما حق الاعتراض.» فتقصير المرأة والولي في التحري عن كفاءة الزوج، وتحويلهما على مجرد الظن، يُسقط حقهما في الاعتراض إن ظهر الزوج غير كفاء⁽²⁾. وهذا الحكم يسري على جميع الصفات المرغوبة في أحد الزوجين، فلا يثبت الخيار فيها إلا بالاشتراط، وحيث لم يقع اشتراطها فلا خيار بمجرد الغلط التلقائي؛ لما في ذلك من التقصير⁽³⁾. إذن فخيار فوات الوصف المرغوب المشروط أساسه التغير بخلف الشرط، وليس أساسه الغلط⁽⁴⁾؛ لأن خلف الشرط من صور التغير.

والحكم نفسه بالنسبة للعيوب الزوجية، فلا تأثير للغلط فيها⁽⁵⁾؛ وإنما يثبت الخيار فيها إما بسبب التغير، ككتمان العيب وإخفائه، وادعاء السلامة منه. وإما بسبب الضرر الذي يمتنع معه استمرار الحياة الزوجية؛ ولذلك يثبت الخيار بالعيوب المستحكمة وإن حدثت بعد العقد⁽⁶⁾.

(1) ينظر المواد: 222 أسرة جزائري؛ 400 أسرة مغربية؛ 325 أحوال شخصية أردني.

(2) ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، م.س، ص.115؛ شرح قانون الأحوال الشخصية للسرطاوي، م.س، ص.78.

(3) وقد حكم القضاء الجزائري بأن عدم اشتراط صفة العذرية في الزوجة في العقد، يمنع تحميلها مسؤولية الطلاق إن وجدت غير عذراء. قرار المجلس الأعلى، غ.أ.ش، ملف رقم: 33715، بتاريخ: 1984/6/25، المجلة القضائية، عدد 4، سنة 1989، ص.99.

(4) ذهب عدد من القانونيين إلى تكييف ثبوت الخيار بفوات الوصف المرغوب في أحد الزوجين بأنه صورة من صور الغلط، ونسبوا بالتالي خطأً إلى الفقه الإسلامي القول بإثبات الخيار للغلط في الصفات المرغوبة. ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 160/1؛ محاضرات في قانون الأسرة، م.س، ص.19.

(5) ذهب عدد من القانونيين أيضاً إلى تكييف ثبوت الخيار للعيوب الزوجية بأنه صورة من صور الغلط، ونسبوا بالتالي خطأً إلى الفقه الإسلامي القول بإثبات الخيار للغلط في العيوب. ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 160/1-161؛ قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، م.س، ص.49؛ الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية: تشوار جيلالي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 2001م، ص.15.

(6) ذهب أبو زهرة في كتابه الأحوال الشخصية، م.س، ص.62-63، إلى أن الزواج لا يدخله خيار الرؤية ولا خيار العيب، وأن التفريق للعيوب الزوجية هو تفريق للضرر وليس لعيب في الرضا (كالغلط)؛ بدليل أن التفريق يثبت بالعيوب الطارئة بعد العقد، ويستند التفريق بما إلى تاريخ الحكم وليس إلى تاريخ إنشاء العقد.

ولهذا السبب نصت قوانين الأحوال الشخصية على العيوب الزوجية في باب التطليق والتفريق، وليس في باب عيوب الرضا⁽¹⁾.

ومما سبق ذكره، يتبين لي بأن قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة تتوافق مع الفقه الإسلامي في كون الغلط التلقائي في الصفات الجوهرية لأحد الزوجين لا يؤثر في صحة العقد ولزومه؛ بسبب تقصير العاقد الغالط، وعدم احتياطه لنفسه بالتحري عن تلك الصفات أو اشتراطها في العقد؛ سواء تعلق الأمر بخصال الكفاءة، أو بالسلامة من العيوب، أو بسائر الصفات المرغوبة.

وبعد استعراض حكم الغلط في عقد الزواج بمختلف صوره، في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، يتبين لي بأن الغلط كعيب من عيوب الرضا ليس له تأثير في صحة عقد الزواج ولزومه، سواء في قوانين الأحوال الشخصية، أو في الراجح من مذاهب الفقه الإسلامي. أما الحالات التي يؤثر فيها الغلط في الزواج فلا ترجع في حقيقة الأمر إلى الغلط المفسد للرضا، وإنما إلى الغلط المانع الذي ينعدم فيه الرضا أصلاً، مثل الغلط في التعبير.

الفرع الثاني

الغبن والاستغلال في عقد الزواج

سأتكلم في هذا الفرع عن تعريف عيب الغبن والاستغلال، ثم عن حكمهما في عقد الزواج.

أولاً- تعريف الغبن والاستغلال

1- تعريف الغبن

أ- تعريف الغبن في اللغة

الغَبْنُ (بتسكين الباء) يأتي في اللغة بمعنى النقصان، والخسارة، والوَكْـسُ، والخديعة في الأمور المادية، كالبيع والشراء. والغَبْنُ (بتحريك الباء) يأتي بمعنى الضَّعْفُ، والنِّسْيَانُ، والضياع، والغفلة في الأمور المعنوية، كالرأي والعقل⁽²⁾.

والعلاقة بين المعنيين واضحة؛ فالضعف في الرأي والعقل يؤدي إلى الخسارة والانخداع في المعاملات المالية.

(1) ينظر المواد: 2/53 أسرة جزائري؛ 107 إلى 111 أسرة مغربية؛ 128 إلى 138 أحوال شخصية أردني.

(2) ينظر: لسان العرب، م.س، 310-309/13؛ القاموس المحيط، م.س، ص.1219؛ الصحاح: إسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط4، 1990م، 2172/6.

ب- تعريف الغبن في الفقه الإسلامي

عرّف الحنفية والحنابلة الغبن بأنه: «الخدیعة فی البیع والشراء»⁽¹⁾ وعرّفه المالكية بأنه: «بَيْعِ السِّلْعَةِ بِأَكْثَرِ مِمَّا جَرَتْ الْعَادَةُ أَنَّ النَّاسَ لَا يَتَّعَابَتُونَ بِمِثْلِهِ، أَوْ اشْتَرَاهَا كَذَلِكَ»⁽²⁾ أو: «أَنْ يَشْتَرِيَ بِأَكْثَرِ مِنَ الْقِيَمَةِ بِكَثِيرٍ فَيُغْبَنَ الْمُشْتَرِي، أَوْ يَبِيعَ بِأَقْلَ مِنَ الْقِيَمَةِ بِكَثِيرٍ فَيُغْبَنَ الْبَائِعُ»⁽³⁾ وقال الشافعية: «الغبن هو النقص الظاهر الذي يعدّ به حاطاً من ثمن المثل»⁽⁴⁾

ويلاحظ على هذه التعريفات أنّها تتكلم عن عقد البيع، وكأنّ الغبن محصور فيه، رغم أنه الغبن يدخل سائر عقود المعاوضة. كما أنّها تُعرّف الغبن بمعناه اللغوي، كتعريف الحنفية والحنابلة له بأنه الخديعة، وتعريف الشافعية له بأنه النقص. وهذا غير دقيق، فالغبن قد يكون مجرداً عن الخديعة، وقد يكون بالزيادة عن ثمن المثل فيغبن المشتري. وقد استدرك الفقهاء المعاصرون هذه الملاحظات فعرفوا الغبن بقولهم: «الغبن: أن يكون أحد البديلين في عقد المعاوضة غير مكافئ للآخر في القيمة، وقت التعاقد»⁽⁵⁾ وهذا تعريف يشمل سائر عقود المعاوضة، كما أنه عرف الغبن بالتفاوت الذي قد يحصل بالزيادة أو بالنقصان عن القيمة الحقيقية. وهذا التفاوت يكون وقت إنشاء العقد لا بعده.

ج- تعريف الغبن في القانون الوضعي

لم يرد تعريف الغبن في القوانين الوضعية محل الدراسة. أما فقهاء القانون فعرفوه بأنه: «عدم التعادل المادي بين ما يأخذه العاقد وما يعطيه»⁽⁶⁾ وقيل هو: «التفاوت وانتفاء التوازن بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه مقابل ما يعطيه في عقود المعاوضة»⁽⁷⁾

مما سبق يتبين أن المعنى اللغوي للغبن أعم من معناه الاصطلاحي، فهو يستعمل في معاني كثيرة منها النقص والخديعة؛ سواء كان ذلك في الأمور المادية أو المعنوية. أما المعنى الاصطلاحي فينصرف إلى النقص المادي فيما يأخذه أحد المتعاقدين في مقابل ما يعطيه، وهذا ينحصر فقط في عقود المعاوضات. كما أن المعنى الاصطلاحي هو محل اتفاق بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، حسب تعريف الفقهاء المعاصرين، وإن كان الفقهاء القدامى لم يضبطوا التعريف بالشكل الكافي.

(1) التعريفات الفقهية، م.س، ص.156. وينظر: كشاف القناع، م.س، 1441/4.

(2) مواهب الجليل، م.س، 468/4-469.

(3) شرح ميارة الفاسي: محمد بن أحمد المالكي المعروف بميارة الفاسي، دار المعرفة، بيروت، (د.ط، د.ت)، 39/2.

(4) نهاية المطلب في دراية المذهب، م.س، 43/7.

(5) أحكام المعاملات الشرعية، م.س، ص.356. وينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، م.س، 3072/4؛ مبدأ الرضا في العقود، م.س،

734/2؛ التراضي في عقود المبادلات المالية، م.س، ص.431.

(6) مصادر وأحكام الالتزام للجمال، م.س، ص.128؛ الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 291/1.

(7) نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، م.س، 125/1.

2- تعريف الاستغلال

أ- تعريف الاستغلال في اللغة

الاستغلال لغة مصدر، والفعل منه اسْتَغَلَّ، وأصله: غَلَّ يَغْلُ. ويأتي في اللغة بمعنى الغش والخيانة والسرقة⁽¹⁾. واستغلال الشيء أو الشخص: أي الانتفاع به ماديا أو معنويا بغير وجه حق. والمُستغَلُّ لغيره هو من يسعى للاستفادة من طيبة غيره، أو عجزه وجهله؛ لهضم حَقِّه، أو جَنِّي ربح غير عادل منه⁽²⁾.

ب - تعريف الاستغلال في الفقه الإسلامي

لم يرد تعريف الاستغلال في الفقه الإسلامي؛ لأنه لم يستخدم هذا المصطلح أصلا⁽³⁾.

ج- تعريف الاستغلال في القانون الوضعي

لم يرد تعريف الاستغلال في القوانين الوضعية محل الدراسة. أما فقهاء القانون فعرفوه بأنه: «قصد أحد المتعاقدين الاستفادة من ضعف الآخر، وحمله لإبرام عقد بغبن فاحش.»⁽⁴⁾ وقيل: «أن يستغل أحد المتعاقدين ضعف أو حاجة أو طيش المتعاقد الآخر، وَيَسْتَجِرُّه إلى عقد يغبنه فيه، بحيث لا تتوازن في هذا العقد التزامات المغبون وحقوقه.»⁽⁵⁾ وقيل هو: «أن يستغل شخص طيشا بيّنا، أو هوى جامحا في آخر؛ لكي يبرم تصرفا يؤدي إلى غبن فادح به.»⁽⁶⁾ فهذه التعريفات متفاوتة ضيقا واتساعا؛ فالتعريف الأول أطلق الضعف ولم يقيده بحالة معينة، فيعم جميع الحالات، كالطيش، والهوى، والحاجة، والاضطرار، وضعف الإدراك، ونقص الخبرة وغيرها⁽⁷⁾. والتعريف الثاني ذكر بعض حالات الضعف، وهي الحاجة والطيش؛ دون تحديد مستوى

(1) ينظر: لسان العرب، م.س، 499/11-500.

(2) ينظر: معجم اللغة العربية المعاصرة: أحمد مختار عبد الحميد عمر، بمساعدة فريق عمل، عالم الكتب، ط1، 2008م، 1637/2.

(3) لكن الفقه الإسلامي عالج حالات الاستغلال من خلال الغبن الناتج عن تغير، فمن ذلك ما جاء في غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر: أحمد بن محمد الحموي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1985م، 442/3: «وَفِي صُورَةِ تَغْرِيرِ الْبَائِعِ الْمُشْتَرِي بِأَنْ كَانَ الْمُشْتَرِي غَبِيًّا لَا يَعْرِفُ، فَقَالَ الْبَائِعُ: اشْتَرِهْ بِحَدِّ الثَّمَنِ فَإِنَّهُ يُسَاوِيهِ، فَاشْتَرَاهُ مُغْتَرًّا بِقَوْلِهِ، فَلَهُ خِيَارُ الْغَبْنِ.» وينظر: مواهب الجليل، م.س، 471/4؛ الشرح الكبير للدردير، م.س، 140/3؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 41/2.

(4) النظرية العامة للاستغلال، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي: هائل حزام مهيب العامري، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، (د.ط)، 2009م، ص.191.

(5) نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، م.س، 125/1.

(6) شرح القانون المدني الجزائري للسعدي، م.س، 203/1. وينظر: مصادر وأحكام الالتزام للجمال، م.س، ص.128.

(7) جاء في المادة 125 من القانون رقم: 40 لسنة 1951م، المؤرخ في: 4 حزيران (1951): «إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته، أو طيشه، أو هواه، أو عدم خبرته، أو ضعف إدراكه، فلحقه من تعاقدته غبن فاحش، جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول، فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه المدة أن ينقضه.»

الحاجة ودرجة الطيش. أما التعريف الثالث فكان أكثر تضييقاً، حيث قصر الاستغلال على حالتين مع تحديد مستواهما، وهما: الطيش البين، والهوى الجامح، فلا يكفي مجرد الطيش حتى يكون بيتاً، ولا مجرد الهوى حتى يكون جامحاً. وبهذا التعريف الأخير أخذ القانون المدني الجزائري (م90).

كما أن التعريف الأول والثاني يتكلمان عن الاستغلال في العقود عموماً؛ سواء كانت عقود معاوضة أم تبرع، بينما التعريف الثالث لا يقتصر على مجال العقود؛ بل يشمل سائر التصرفات ولو كانت بالإرادة المنفردة كالوصية⁽¹⁾.

والأقرب في نظري في تعريف الاستغلال هو مراعاة العموم من حيث حالات الضعف، ومن حيث التصرفات، فيقال في تعريفه: الاستغلال أن ينتهز شخص حالة الضعف الموجودة في شخص آخر ليحمله على إنشاء تصرف يتضمن تبرعاً بلا مقابل، أو معاوضة بغبن فاحش. وهذا المعنى الاصطلاحي القانوني قريب جداً من المعنى اللغوي؛ وإن كان المعنى اللغوي لا يقتصر على الجانب المادي؛ بل قد يكون الاستغلال في الأمور المعنوية، كاستغلال عواطف الشخص لكسب تأييده السياسي مثلاً.

وبعد تعريف الغبن والاستغلال في كل من اللغة والفقه والقانون يتبين ما يأتي:

- الغبن يقوم على فكرة التفاوت المادي وعدم التكافؤ بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه، وهذا لا يُتصور إلا في عقود المعاوضة. أما الاستغلال فيحصل في المعاوضات كما يحصل في التبرعات⁽²⁾. ومن هذه الناحية يكون مجال الاستغلال أوسع من مجال الغبن.

- الاستغلال معياره نفسي، يقوم على فكرة انتهاز حالة الضعف الموجودة في المتعاقد الآخر لإيقاعه في الغبن. أما الغبن فمعياره مادي، يُقاس بمدى التفاوت في القيمة المالية بين الأداءات المتبادلة، بغض النظر عن كون المعبون قد استغلَّ حالة ضعفه أم لا⁽³⁾. ومن هذه الناحية يكون الغبن أعم من الاستغلال، فكل استغلال غبن، وليس كل غبن استغلالاً.

- الاستغلال يُعدُّ عيباً في الرضا؛ لأن الشخص المستغل لم يكن على بينة من أمره بسبب حالة ضعفه المستغلَّة من الطرف الآخر. أما الغبن المجرد عن التغيرير والاستغلال فلا يعتبر عيباً في الرضا،

(1) يقول السنهوري في الوسيط، م.س، 298/1: «قد يجاوز الاستغلال العقود إلى التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد، كما لو أوصى شخص بجميع ما يملك الإيضاء به لشخص استغل فيه طيشاً أو هوى جامحاً. فالوصية هنا يعيها الاستغلال، وهي ليست عقداً؛ بل عملاً قانونياً صادراً من جانب واحد.»

(2) ينظر: التراضي في عقود المبادلات المالية، م.س، ص. 438؛ الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 291/1.

(3) ينظر: التراضي في عقود المبادلات المالية، م.س، ص. 438؛ الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 293/1.

وإنما هو عيب في محل العقد⁽¹⁾؛ ولذلك لا يثبت الخيار بالغبن المجرّد إلا استثناءً، في حالات محدودة تتمثل في التصرفات في أموال القصر وناقصي الأهلية، والأوقاف، وبيت المال، وتصرفات المريض مرض الموت. فمنع الغبن في هذه التصرفات لا يرجع في حقيقة الأمر إلى تعييب الرضا؛ وإنما إلى كون التصرف في تلك الأموال مشروط بمراعاة المصلحة، والغبن ينافيها. وهذا ما ذهب إليه الفقهاء⁽²⁾. ونص عليه قانون الالتزامات المغربي (م56)، والقانون المدني الأردني (م146، 149).

كما أنّ المشهور في المذاهب الأربعة هو أن الغبن لا يؤثر في صحة العقد ولزومه، ولا يثبت للمغبون خيار الفسخ؛ إلا إذا كان نتيجة تغيير. فهذا هو القول المفتى به عند الحنفية، وعليه أكثر متأخريهم⁽³⁾. وبه قال المالكية في المشهور، حيث شرطوا للردّ بالغبن كون المغبون جاهلاً بقيمة الشيء وسعره في السوق، وأعلّم المتعاقد معه بجهله، كما في بيع المسترسل، فإن كان عارفاً فلا خيار⁽⁴⁾. وقال الشافعية لا خيار بالغبن إلا في تلقي الركبان؛ لما في ذلك من استغلال لجهلهم بسعر السوق⁽⁵⁾. وعند الحنابلة لا خيار بالغبن إلا في ثلاث صور ترجع كلها إلى وجود التغير⁽⁶⁾، وهي: تلقي الركبان، والنجش، وبيع المسترسل⁽⁷⁾.

وقد أخذ قانون الالتزامات والعقود المغربي (م55)، والقانون المدني الأردني (م145، 149) بالمشهور لدى فقهاء المذاهب الأربعة من عدم الاعتداد بالغبن إلا إذا كان ناتجاً عن تغيير. أما القانون المدني الجزائري فلا يعتد بالغبن إلا إذا كان نتيجة استغلال (م90). والغبن التغيري والغبن الاستغلالي متقاربان في المعنى، ففي كليهما يكون المغيرّ والمستغلّ سيء النية، يقصد الإثراء على حساب الطرف المغبون.

(1) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 292/1-293؛ نظرية عيوب الإرادة، م.س، ص.93.

(2) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 247/7؛ البهجة في شرح التحفة، م.س، 176/2؛ تحفة المحتاج، م.س، 107/6.

(3) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 364-363/7؛ تحبير التحرير في إبطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تغيير: ابن عابدين، رسالة مطبوعة ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين، طبع على ذمة محمد هاشم الكتيبي، در سعادت، الأستانة، 1325هـ، 79/2-80.

(4) جاء في مواهب الجليل، م.س، 472/4: «فَتَحَصَّلَ مِنْ هَذَا أَنَّ الْقِيَامَ بِالْغَبْنِ فِي بَيْعِ الْأَسْتِثْمَانِ وَالْأَسْتِثْمَالِ هُوَ الْمُدْهَبُ، وَأَنَّهُ لَا قِيَامَ بِهِ فِي غَيْرِهِ إِذَا اتَّفَقَا، أَوْ عَلَى الْمَشْهُورِ». وجاء في البهجة في شرح التحفة، م.س، 176/2: «والاستثمان والاسترسال والاستسلام بمعنى واحد... أن يقول له: يعني كما تبيع الناس أو اشتر مني كما تشتري من الناس. فيقول: نشتر من الناس بكذا ونبيع منهم بكذا، ويظهر الأمر بخلاف ذلك». وينظر: مواهب الجليل، م.س، 472-468/4؛ البهجة في شرح التحفة، م.س، 176-175/2.

(5) ينظر: أسنى المطالب، م.س، 39/2، 63؛ تحفة المحتاج، م.س، 312/4.

(6) ينظر: كشاف القناع، م.س، 1442-1441/4؛ المبدع في شرح المقنع، م.س، 78-75/4.

(7) تلقى الركبان هو: الخروج لاستقبال المسافرين القادمين بسلعهم إلى البلد، وشراؤها منهم قبل دخولهم للبلد ومعرفة سعر السوق. والنجش: أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها. ينظر: تحفة المحتاج، م.س، 311/4؛ كشاف القناع، م.س، 1442-1441/4.

ثانياً- حكم الغبن والاستغلال في عقد الزواج

تبيّن مما سبق أن الغبن والاستغلال يرتبطان بالعقود المالية. أما عقد الزواج فهو من العقود الشخصية وليس من العقود المالية؛ ولكنه مع ذلك يتضمن شقاً مالياً يتمثل في المهر. وعليه يمكن أن يكون المهر محلاً للغبن؛ بأن تتزوج المرأة بأقل من مهر المثل⁽¹⁾ بغبن فاحش⁽²⁾، أو يتزوج الرجل بأكثر من مهر المثل بغبن فاحش. ولذلك سأتكلم هنا عن حكم الغبن في المهر، بغض النظر عن كون هذا الغبن قد حصل نتيجة تغير أو استغلال، أو كان مجرداً من ذلك.

ولبيان هذه المسألة أقول بأن الغبن في المهر يمكن تصوره في ثلاث حالات: الأولى هي تزويج الولي من تحت ولايته بمهر فيه غبن فاحش. والثانية أن يزوج الرجل نفسه بمهر فيه غبن فاحش. والثالثة أن تزوج المرأة نفسها بمهر فيه غبن فاحش. وسأتكلم عن حكم كل حالة على حدة.

1- تزويج الولي من تحت ولايته بمهر فيه غبن فاحش

ذهب فقهاء المذاهب الأربعة إلى أن المرأة المعتبر إذنتها ورضاها في الزواج، لا يجوز لوليها أن يزوّجها إلا بالمهر الذي رضيت به؛ لأن المهر حقها، ولها أن ترضى بما شاءت منه؛ فإذا رضيت بأكثر من مهر المثل فلا يجوز تزويجها بأقل منه، ولو كان هذا الأقل هو مهر المثل. فإذا زوّجها الولي بأقل مما رضيت به وأذنت فيه، فلا ينفذ الزواج إلا بإجازتها له، ولها أن ترده. وهذا قول الحنفية والمالكية. وقال الشافعية في الأظهر بصحة العقد ووجوب مهر المثل لفساد التسمية. وقال الحنابلة بصحة العقد، وأنه يلزم الولي تتميم المهر إلى القدر الذي رضيت به؛ لأنه هو المفرط في حقها⁽³⁾. وعدم جواز النكاح هنا سببه تخلف رضا المرأة بالمهر؛ وليس سببه الغبن أو الاستغلال؛ بدليل أنها إذا لم ترض إلا بما زاد عن مهر المثل، فلا يجوز تزويجها بمهر المثل، مع أنه مهر لا غبن فيه.

كما ذهب فقهاء المذاهب الأربعة أيضاً إلى منع الأولياء من تزويج من تحت ولايتهم ممن لا يُعتبر إذنتهم، كالصغار والمجانين وناقصي الأهلية، ذكورا كانوا أم إناثا، إذا كان تزويجهم بمهر فيه غبن فاحش. لكنهم اختلفوا في إطلاق الحكم على كل الأولياء، أو استثناء بعضهم، وذلك على رأيين:

(1) مهر المثل هو ما يعطى لمن تماثل المرأة، من قريباتها اللاتي يساوينها في السنّ، والجمال، والمال، والعقل، والدين، والبكارة، والثبوية، وغير ذلك من الصفات المرغوبة في المرأة. ينظر: البحر الرائق، م.س، 185/3؛ شرح حدود ابن عرفة: محمد بن قاسم الأنصاري الرضاعي، المكتبة العلمية، ط1، 1350هـ، ص.175؛ كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: محمد علي التهانوي، تحقيق: علي درجوج، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ط1، 1996م، 1664/2.

(2) الغبن الفاحش ضد اليسير، وهو القدر الذي لا يتسامح الناس فيه عادة. ينظر: التعريفات الفقهية، م.س، ص.156.

(3) ينظر: البحر الرائق، م.س، 120/3؛ شرح فتح القدير، م.س، 267/3؛ البهجة في شرح التحفة، م.س، 421/1؛ التاج والإكليل، م.س، 196/5؛ مغني المحتاج، م.س، 379/4؛ مطالب أولي النهي، م.س، 188/5.

أ- ذهب أبو حنيفة إلى استثناء الأب والجد غير المعروفين بسوء الاختيار، فيجوز لهما فقط التزويج بغير مهر المثل، ولو بغبن فاحش⁽¹⁾. واستثنى المالكية والحنابلة الأب الرشيد، فله دون سواه أن يزوّج ابنته بأقل من مهر المثل، ولو بغبن فاحش، إذا كان على وجه النّظر وترجيح المصالح⁽²⁾. وحثتهم في ذلك أن الأب لوفور شفقتة، وأنه يتحرى مصلحة أولاده أكثر مما يتحرى لنفسه، فالظاهر أنه لا ينقص من مهر ابنته؛ إلا لتحصيل مقاصد النكاح، التي هي أعظم من المال، كتحقيق السكنية والمودة، ووضع المرأة عند من يكفلها ويصونها، ويحسن عسرتها، فكان تصرفه في هذه الحال نظراً لا ضرراً⁽³⁾. ومن ذلك أيضاً تزويج المجنون بأكثر من مهر المثل، إذا تعذر تزويجه بمهر المثل؛ إذ الغالب أن المرأة لا ترضى أن تتزوج المجنون، إلا أن تُرغّب بزيادة على مهر مثلها⁽⁴⁾.

ب- وذهب أبو يوسف⁽⁵⁾ ومحمد⁽⁶⁾ من الحنفية، وهو مذهب الشافعية، وقول عند الحنابلة، إلى إطلاق الحكم بمنع التزويج بغبن في المهر، وأن المنع يسري على كل وليٍّ؛ مُجبراً كان أو غير مجبر⁽⁷⁾، أباً كان أو جَدّاً أو غيره⁽⁸⁾. واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثَىٰ وُتِلَتْ وَرَبَعٌ﴾ [النساء، 3]. فعن عُرْوَةَ بن الرُّبَيْرِ رضي الله عنه، أَنَّهُ سَأَلَ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا عَنْ تَفْسِيرِهَا، فَقَالَتْ: (هِيَ الْيَتِيمَةُ تَكُونُ فِي حَجَرٍ وَلِيَّهَا تُشَارِكُهُ فِي مَالِهِ، فَيُعْجِبُهُ مَالُهَا وَجَمَالُهَا، فَيُرِيدُ وَلِيَّهَا أَنْ يَتَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ أَنْ يُقْسِطَ فِي صَدَاقِهَا، فَيُعْطِيهَا مِثْلَ مَا يُعْطِيهَا غَيْرُهُ، فَتُنْهَوُ أَنْ يَنْكِحُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يُقْسِطُوا لَهُنَّ، وَيَبْلُغُوا يَهْنَ أَعْلَىٰ سُنْتِهِنَّ مِنَ الصَّدَاقِ، وَأَمْرُو أَنْ يَنْكِحُوا مَا طَابَ لَهُمْ مِنَ النِّسَاءِ سِوَاهُنَّ). قَالَ عُرْوَةُ: قَالَتْ عَائِشَةُ: (ثُمَّ إِنَّ النَّاسَ اسْتَفْتَوْا رَسُولَ اللَّهِ

(1) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 245/2-246؛ البحر الرائق، م.س، 145/3.

(2) ينظر: الذخيرة، م.س، 218/4؛ منح الجليل، م.س، 272/3؛ المغني، م.س، 413/9؛ كشاف القناع، م.س، 2396/7.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 245/2-246؛ المغني، م.س، 414/9.

(4) ينظر: المغني، م.س، 418/9؛ كشاف القناع، م.س، 2397-2396/7.

(5) أبو يوسف هو: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي، أبو يوسف، صاحب الإمام أبي حنيفة وتلميذه، وأول من نشر مذهبه. ولد بالكوفة سنة 113هـ، وتفقه بالحديث والرواية، ثم لزم أبا حنيفة، فغلب عليه الأخذ بالرأي. وولي القضاء ببغداد أيام المهدي والهادي والرشيد، وهو أول من دعي "قاضي القضاة". مات في خلافة الرشيد، ببغداد وهو على القضاء سنة 182هـ. له عدّة مؤلفات منها: "الخراج"، "أدب القاضي"، "الآثار". ينظر: الأعلام، م.س، 193/8.

(6) محمد هو: أبو عبد الله، محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، من موالي بني شيبان. صاحب الإمام أبي حنيفة وتلميذه، وناشر مذهبه. أصله من قرية حرسية، وولد بواسط سنة 131هـ، ونشأ بالكوفة، وانتقل إلى بغداد، فولاه الرشيد القضاء بالرقّة ثم عزله. مات في الري سنة 189هـ. له مؤلفات عديدة، منها: "المبسوط"، "الأصل" في الفقه، و"الآثار" في الحديث. ينظر: الأعلام، م.س، 80/6.

(7) الولي المجبر هو من له ولاية الإيجاب على الزواج، وسيأتي بيان من له هذه الولاية فيما يأتي من البحث، ص. 128 وما بعدها.

(8) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 245/2-246؛ حاشية ابن عابدين، م.س، 171/4؛ مغني المحتاج، م.س، 246/4؛ أسنى المطالب مع حاشية الرملي، م.س، 127-126/3؛ المبدع في شرح المقنع، م.س، 99/6؛ كشاف القناع، م.س، 2398/7.

﴿بَعْدَ هَذِهِ آيَةِ فِيهِنَّ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ: ﴿وَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ ۗ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتِمَى النِّسَاءِ الَّتِي لَا تُوْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ﴾ [النساء، 127]، وَالَّذِي ذَكَرَ اللَّهُ تَعَالَى، أَنَّهُ يُتْلَى عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ، الْآيَةُ الْأُولَى الَّتِي قَالَ اللَّهُ فِيهَا: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾. قَالَتْ عَائِشَةُ: وَقَوْلُ اللَّهِ فِي الْآيَةِ الْأُخْرَى: ﴿وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ﴾. يَعْنِي رَغْبَةً أَحَدِكُمْ عَنِ الْيَتِيمَةِ الَّتِي تَكُونُ فِي حَجْرِهِ، حِينَ تَكُونُ قَلِيلَةَ الْمَالِ وَالْجَمَالِ، فَهِيَ أَنْ يَنْكِحُوا مَا رَغِبُوا فِي مَالِهَا وَجَمَالِهَا مِنْ يَتَامَى النِّسَاءِ، إِلَّا بِالْقِسْطِ، مِنْ أَجْلِ رَغْبَتِهِمْ عَنْهُنَّ، إِذَا كُنَّ قَلِيلَاتِ الْمَالِ وَالْجَمَالِ(1).

فالآيتان، وما جاء في تفسيرهما عن عائشة رضي الله عنها، يدل على أن تزويج الولي لمن تحت ولايته مشروط بعدم البخس في مهر المثل(2).

كما احتجوا بأن «ولاية الإنكاح تثبت نظراً في حق المولى عليه، ولا نظراً في الخط على مهر المثل في إنكاح الصغيرة، ولا في الزيادة على مهر المثل في إنكاح الصغير؛ بل فيه ضررٌ بهما، والإضرار لا يدخل تحت ولاية الولي.»(3)

وإذا وقع التزويج بالغبن في المهر على القول بمنعه، فإن العقد لا يصح عند الحنفية، ويجب فسخه(4). وعند المالكية والشافعية والحنابلة يصح العقد وتبطل التسمية، ويجب مهر المثل. فإن كان المغبون هو الزوج سقط عنه ما زاد عن مهر المثل، وإن كانت المغبونة هي الزوجة، وجب على الزوج تكميل ما نقص عن مهر مثلها، وله أن يرجع به على الولي. فإن أبي التكميل فُسخ الزواج قبل البناء وبعده؛ إلا إن طال الأمر بعد البناء، وكان الفسخ مفسدة فينبغي إمضاء العقد استحساناً(5).

والراجح من الأقوال السابقة هو القول بمنع الأولياء مطلقاً من التزويج بالغبن في المهر، دون تفریق بين ولي وآخر؛ لقوة أدلته، إذ العبرة بالمصلحة الظاهرة وهي مراعاة مهر المثل، دون المصلحة

(1) صحيح البخاري، م.س، كتاب الشركة، باب شركة اليتيم وأهل الميراث، 139/3، حديث رقم: 2494؛ صحيح مسلم، م.س، كتاب التفسير، بلا باب، 2313/4، حديث رقم: 3018.

(2) ينظر: تفسير القرطبي، م.س، 14/5؛ أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن: محمد الأمين الشنقيطي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، (د.ط)، 1995م، 1/222؛ فتح الباري، م.س، 8/241.

(3) بدائع الصنائع، م.س، 2/245-246؛ وينظر: مغني المحتاج، م.س، 4/378؛ المغني، م.س، 9/413.

(4) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 4/173-174؛ شرح فتح القدير، م.س، 3/303-304.

(5) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 4/173-174؛ البيان والتحصيل، م.س، 4/487؛ النوادر والزيادات، م.س، 4/407-408؛ مغني المحتاج، م.س، 4/378؛ المبدع في شرح المقنع، 6/204؛ إغاثة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين: أبو بكر البكري، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1997م، 3/354-355.

الخفية المظنونة. أما استثناء الأب والجد من المنع فلا يصح؛ لوجود آباء لا يراعون مصلحة أبنائهم في التزويج. فإن وقع التزويج بالغبن في المهر، فالزواج صحيح ثابت بمهر المثل، وتبطل تسمية المهر بسبب الغبن، ولا يبطل الزواج؛ لأن فساد المهر لا يبطل العقد، كما لو لم تتم تسميته أصلاً⁽¹⁾.

وبغض النظر عن حكم هذه المسألة، فإن منع الأولياء من التزويج بالغبن في المهر ليس له علاقة بعيوب الرضا، وإنما هو مرتبط بشروط ممارسة ولاية التزويج. فتصرفات الأولياء منوطة بتحقيق مصلحة من تولوا أمرهم، فإذا انتفت المصلحة لم يجز التصرف.

وهذا المعنى متفق عليه بين الفقهاء⁽²⁾، وإنما اختلفوا في تقدير تلك المصلحة؛ فمن منع التزويج بغبن في المهر مطلقاً اعتبر الغبن منافياً للمصلحة منافاة تامة. أما من استثنى الأب والجد من المنع فاعتبر أن الغبن وإن كان مفسدة ظاهرة، فقد يكون طريقاً لجلب مصلحة راجحة، كما في الأمثلة التي ذكرها، خاصة وأن الأمر يتعلق بالزواج الذي يقوم على المودة والسكينة، بخلاف التصرفات المالية التي قوامها على الربح والخسارة.

أما في قوانين الأحوال الشخصية، فلم يصرّح القانون الجزائري والمغربي بحكم تزويج الأولياء لمن تحت ولايتهم بالغبن في المهر؛ لكن يمكن استنباط هذا الحكم من خلال ما جاء في المادة 7 أسرة جزائري، والمادة 20 أسرة مغربية من اشتراط توافر المصلحة في تزويج القصر، فاشتراط المصلحة يقتضي كون المهر لا يتضمن غبناً فاحشاً؛ إذ التزويج بالغبن الفاحش ليس من المصلحة في شيء.

وفي القانون الأردني صرحت المادة 20 بأن تزويج القاصرة مشروط بأن لا يقل المهر عن مهر المثل⁽³⁾. وهذه المادة وإن كانت تتعلق بتزويج القاصرة، فحكمها يسري كذلك على تزويج القاصر. وهذا ما يمكن استنباطه من تعليمات قاضي القضاة المتعلقة بمنح الإذن بزواج القصر⁽⁴⁾؛ حيث جاء فيها بأن للقاضي أن يمنح الإذن بزواج القاصر بعد التحقق من كون زواجه ضرورة تقتضيها المصلحة (م3، 3/4). فالمصلحة تقتضي عدم تزويج القاصر الذكر أيضاً بأكثر من مهر المثل.

(1) ينظر: فسخ الزواج، بحث مقارن: أحمد الحجي الكردي، البمامة للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، (د.ط، د.ت)، ص.409.

(2) اتفق الفقهاء على أن تصرف الولي في حق من تولّى أمره مشروط بالمصلحة في المال وغيره. ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 16/5؛ منح الجليل، م.س، 90/6؛ تحفة المحتاج، م.س، 152/3؛ مطالب أولي النهى، م.س، 10/3.

(3) جاء في المادة 20 أردني: «إذن القاضي بالتزويج بموجب المادة 18 من هذا القانون مشروط بأن لا يقل المهر عن مهر المثل». وفي معناها المادة: 3/40 أحوال شخصية سوداني. وينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، ص.102.

(4) تعليمات منح الإذن بالزواج، الصادرة عن قاضي القضاة: رقم 1 لسنة 2017م، المؤرخة في: 20/6/2017م، ج.ر: 5472، ص.4500، الصادرة في: 16/7/2017م. والصادرة بموجب المادة 10/ب أحوال شخصية (قانون رقم 36 لسنة 2010م).

ومن خلال ما سبق بيانه، يظهر جليا أن قوانين الأحوال الشخصية تتوافق مع الرأي الفقهي الذي يمنع الأولياء مطلقا من تزويج من تحت ولايتهم بمهر فيه غبن فاحش، حيث اشترطت كون التزويج بمهر المثل. لكن هذا الشرط لم يرد التصريح به في كل القوانين، والصريح منها كان خاصا بمهر الزوجة دون الزوج. خلافا لما في الفقه الإسلامي من التصريح بحكم كل هذه المسائل. كما أن تلك القوانين لم تُبين حكم عقد الزواج مع الغبن في المهر، وعليه يُرجع لأحكام الفقه الإسلامي. وقد بيّنت أن الراجح فيه هو صحة العقد وثبوته بمهر المثل.

2- تزويج الرجل نفسه بمهر فيه غبن فاحش

إذا زوّج الرجل نفسه، وسمى لزوجته مهرا أكثر من مهر مثلها بزيادة فاحشة، فإن كان سفيها محجورا عليه فإن الزيادة تكون باطلة؛ لأن السفيه لا يجوز له الزواج بأكثر من مهر المثل⁽¹⁾. وإبطال الزيادة هنا سببها الحجر للسفه، وليس تعيب الرضا. فلا علاقة للمسألة بعيوب الرضا. أما إذا كان الذي زوّج نفسه بأكثر من مهر المثل رشيدا، فإن العقد صحيح لازم، والمهر المسمى صحيح ثابت؛ ولا تؤثر فيه تلك الزيادة عن مهر المثل ولو كانت فاحشة، ولا يثبت لهذا الزوج خيار الفسخ للغبن في المهر. بل لا تُعدُّ المبالغة في المهر غبنا في حق الرشيد؛ لأن المهر ليس له حدٌ أعلى لا يجوز تجاوزه. وهذا ما اتفق عليه الفقهاء⁽²⁾.

يقول ابن عبد البر⁽³⁾: «أَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّهُ لَا تُحْدِدُ فِي أَكْثَرِ الصَّدَاقِ»⁽⁴⁾

واستدل الفقهاء على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ [النساء، 20]. ففي الآية «دليلٌ على جواز المُعَالَاةِ فِي الْمُهْورِ، لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَا يُمْتَلُ إِلَّا بِمَبَاحٍ»⁽⁵⁾ وهذا يقتضي صحة الزواج ولزوم المهر المسمى وإن زاد كثيرا عن مهر المثل، وأن ذلك لا يُعدُّ غُبْنًا مؤثرا في العقد⁽⁶⁾.

(1) ينظر في حكم زواج السفهاء، هذا البحث، ص. 145 وما بعدها.

(2) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 233/4؛ بداية المجتهد، م.س، 45/3؛ الحاوي الكبير، م.س، 396/9؛ المغني، م.س، 100/10.

(3) ابن عبد البر هو: يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي المالكي، أبو عمر. محدث ومؤرخ وأديب، لقب بحافظ المغرب. ولد بقرطبة سنة 368هـ، ورحل في غرب الأندلس وشرقها، وولي قضاء لشبونة وشتتين. توفي بشاطبة سنة 463هـ. له مؤلفات كثيرة منها: "الاستذكار" و"التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد". ينظر: الأعلام، م.س، 240/8.

(4) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، نشر وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، (د.ط)، 1387هـ، 186/2. وينظر: تفسير القرطبي، م.س، 101/5.

(5) تفسير القرطبي، م.س، 99/5؛ التحرير والتنوير: محمد الطاهر بن عاشور، الدار التونسية للنشر، تونس، (د.ط)، 1984م، 239/4.

(6) قال البهوتي في كشف القناع، م.س، 1442/4-1443: «عَبْرُ أَحَدِ الرَّوْحَيْنِ فِي مَهْرٍ مِثْلٍ، بِأَنَّ تَزْوِجَهَا بِأَقْلٍ مِنْهُ أَوْ أَكْثَرَ، لَا فَسْخَ فِيهِ لِلْمَعْبُورِ، فَلَيْسَ كَبَيْعٍ». وينظر: شرح منتهى الإرادات، م.س، 42/2؛ مطالب أولي النهى، م.س، 103/3.

كما أن الزواج مبني على المكارمة والمساحة، وليس على المساومة والمشاحة؛ إذ المهر ليس ثمنا للمرأة حتى يقال بأن الزوج قد عُبن في المهر؛ لأنه دفع أكثر من قيمة المرأة، أو يقال بأن المرأة عُبنت فأخذت أقل من قيمتها⁽¹⁾. كما أن المهر ليس عوضا عن الاستمتاع بالمرأة؛ لأن المرأة تستمتع أيضا بزوجها. وليس عوضا عن تحبيسها في بيت زوجها وخدمتها له؛ لأن ذلك في مقابل النفقة عليها.

يقول ابن رشد⁽²⁾: «الْفَرْقُ بَيْنَ النِّكَاحِ وَالْبَيْعِ أَنَّ الْبَيْعَ طَرِيقُهُ الْمُكَايَسَةُ، وَالنِّكَاحُ طَرِيقُهُ الْمُكَارَمَةُ، وَالْيَسَ الصَّدَاقُ فِيهِ ثَمَنًا لِلْمَرْأَةِ، وَلَا عَوْضًا مِنْ شَيْءٍ يَمْلِكُهُ الْوَلِيُّ، وَإِنَّمَا هِيَ نِخْلَةٌ مِنَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَرَضَهُ لِلزَّوْجَاتِ عَلَى أَرْوَاجِهِنَّ.»⁽³⁾

أما في قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة، فلم يرد النص على حكم تزويج الرجل نفسه بأكثر من مهر المثل بغبن فاحش. وهذا يقتضي الرجوع لأحكام الفقه الإسلامي، وقد بينت أن هذا الأخير لا يجعل لهذا الغبن أي تأثير في صحة العقد ولزومه، ما دام الزوج رشيدا.

3- تزويج المرأة نفسها بمهر فيه غبن فاحش

إذا زوّجت المرأة البالغة العاقلة نفسها بأقل من مهر المثل⁽⁴⁾، أو أذنت لأحد أوليائها بتزويجها بأقل من مهر المثل بغبن فاحش، فإن كانت سفيهة فلا يصح إذنها ولا رضاها بأقل من مهر المثل، ولوليها أن يعترض على هذا المهر، ويطلب تكميله إلى مهر المثل⁽⁵⁾. ولكن اعتراض الأولياء في هذه الحالة لا علاقة له بعيوب الرضا؛ وإنما هو بسبب الحجر للسفه.

أما إن كانت المرأة رشيدة ورضيت بأقل من مهر المثل، فهل يجوز لوليها، أو لبقية الأولياء أن يعترضوا على هذا الزواج بسبب الغبن في المهر؟

(1) - *Réflexions sur les Questions Epineuses du Code Algérien de la Famille*: Djilali Tchouar, Office des Publications Universitaires, Alger, 2004, pp. 12-14.

(2) ابن رشد هو: محمد بن أحمد ابن رشد، أبو الوليد. وهو جدّ ابن رُشد الفيلسوف (الحفيد). ولد بقرطبة سنة 450هـ، وبها نشأ وتعلم على يد أعلام علماء الأندلس حتى صار من أعيان المالكية، وقاضي الجماعة بقرطبة. توفي بقرطبة سنة 520هـ. له مؤلفات عديدة منها: "المقدمات الممهّدات"، "البيان والتحصيل". ينظر: الأعلام، م.س، 316/5-317.

(3) البيان والتحصيل، م.س، 263/4. وينظر: مواهب الجليل، م.س، 497/3؛ المعونة على مذهب عالم المدينة: القاضي عبد الوهاب البغدادي، تحقيق: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية/ مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، (د.ط، د.ت)، 752/2.

(4) هذا الاحتمال لا يُصوّر إلا على رأي الحنفية الذين يميزون للمرأة البالغة العاقلة أن تباشر نكاحها بنفسها، خلافا للجمهور.

(5) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 221/4؛ الاختيار لتعليل المختار: عبد الله بن مودود الموصلي، تعليق: محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي، القاهرة (وصورتها دار الكتب العلمية، بيروت)، (د.ط)، 1937م، 97/2؛ حاشية الجمل على شرح المنهج: سليمان بن منصور العجيلي، المعروف بالجمل، دار الفكر، (د.ط، د.ت)، 149/4.

الجواب هو أن المسألة فيها خلاف بين الفقهاء على رأيين:

أ- ذهب أبو حنيفة إلى أن للأولياء العصبية حق الاعتراض على تزويج المرأة العاقلة البالغة نفسها بأقل من مهر مثلها بغبن فاحش؛ فإما أن يكمل لها الزوج ما يبلغ به مهر المثل، أو يُفسخ العقد. فإن حصل الفسخ قبل البناء فلا شيء للزوجة، وإن حصل بعده فلها المسمى. واحتج أبو حنيفة بأن النقصان الفاحش عن مهر المثل عارٌ يلحق الأولياء، فأشبهه الكفاءة؛ لأن الناس يتفاخرون بغلاء المهور ويتعيرون بنقصانها⁽¹⁾.

ب- وذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية إلى أن المرأة البالغة العاقلة الرشيدة إذا زوجت نفسها بأقل من مهر المثل ولو بغبن فاحش فلا حق للأولياء في الاعتراض. وذهب المالكية والشافعية والحنابلة أيضا إلى أنها إذا رضيت بأقل من مهر المثل، وأذنت لوليها بأن يزوجه بها، فليس له أن يمتنع من ذلك بحجة نقصان المهر عن مهر المثل، وليس لغيره من الأولياء أن يعترض على هذا المهر⁽²⁾.

واحتجوا بأن نقصان المهر ليس في معنى الكفاءة، وليس كمال المهر من خصالها⁽³⁾. وكون بعض الناس يتفاخرون بغلاء المهور ويتعيرون بنقصانها ليس حجة لفسخ عقد الزواج. بل إن السنة النبوية جاءت بصد ذلك، وهو الترغيب في تيسير المهور وذم المغالاة فيها. ومن ذلك قول النبي ﷺ: (إِنَّ مِنْ يُنِّمِ الْمَرْأَةَ تَيْسِيرَ خِطْبَتِهَا، وَتَيْسِيرَ صَدَاقِهَا، وَتَيْسِيرَ رَحِمِهَا)⁽⁴⁾.

كما احتجوا بكون المهر حقا للمرأة وليس حقا للأولياء، وليس لأحد أن يعترض على المرأة البالغة العاقلة الرشيدة إذا تصرفت في مالها، فكذلك إذا رضيت بأقل من مهر المثل؛ لأنها تملك أصلا أن تتبرع به على زوجها بعد العقد كله أو بعضه، أو تُبرئه منه بعد تسميته⁽⁵⁾.

(1) ينظر: المبسوط، م.س، 13/5-14؛ البحر الرائق، م.س، 144/3.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 322/2؛ المبسوط، م.س، 13/5-14؛ حاشية الدسوقي، م.س، 315/2؛ مغني المحتاج، م.س، 253/4؛ المبدع في شرح المقنع، م.س، 204/6؛ مطالب أولي النهى، م.س، 188/5.

(3) ينظر: التلقين في الفقه المالكي: عبد الوهاب البغدادي، تحقيق: محمد بوخبزة الحسني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2004م، 114/1.

(4) مسند أحمد، م.س، مسند الصديقة عائشة، 27/41-28، حديث رقم: 24478؛ السنن الكبرى للبيهقي، م.س، كتاب الصداق، باب ما يستحب من القصد في الصداق، 385/7، حديث رقم: 14357؛ صحيح ابن حبان، م.س، كتاب النكاح، باب الصداق، 409/9، حديث رقم: 4095. والحديث قال عنه الحاكم في مستدركه، م.س، 197/2: «هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ مُسْلِمٍ، وَلَمْ يُجْرَجْ». وقد حسنه الألباني في إرواء الغليل، م.س، 350/6.

(5) ينظر: المبسوط، م.س، 14/5؛ حاشية الدسوقي، م.س، 315/2؛ مطالب أولي النهى، م.س، 188/5.

والراجح هو رأي جمهور الفقهاء القائل بأن تزويج المرأة بمهر فيه غبن فاحش لا يؤثر في صحة العقد ولزومه، وأنه ليس للأولياء حق الاعتراض عليه؛ لقوة أدلتهم من السنة والمعقول. خلافاً لأبي حنيفة فإن حجته ضعيفة؛ إذ لا يستقيم قياس نقصان المهر على الكفاءة، وإلا لاعتُبر مهر المثل من خصال الكفاءة، وهذا ما لم يقل به حتى الحنفية. ولذلك خالف أبو يوسف ومحمد شيخهما في هذه المسألة.

أما قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة، فلم تنص على حكم تزويج المرأة نفسها بأقل من مهر المثل بغبن فاحش⁽¹⁾. وهذا يقتضي الرجوع لأحكام الفقه الإسلامي، وقد بيّنت أن هذا الأخير لا يجعل لهذا الغبن أي تأثير في صحة العقد ولزومه، ما دامت الزوجة رشيدة.

وبعد بيان حكم الغبن في عقد الزواج في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، يتبين لي أن الغبن الذي هو عيب من عيوب الرضا في العقود المالية، ليس له أي تأثير في صحة عقد الزواج ولزومه، سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي. أما الحالات التي يكون فيها الغبن مؤثراً في الزواج، فلا يرجع سبب التأثير إلى تعيب الرضا، وإنما إلى سبب آخر، كانهدام أهلية المتزوج أو نقصانها، كما في تزويج الصغار والمجانين والسفهاء. وإذا كان الغبن لا يؤثر في الرضا في عقد الزواج، فكذلك لا يؤثر فيه الاستغلال؛ لأن هذا الأخير يقوم على الغبن كركن مادي، فإذا كان هذا الركن المادي لا يُعتد به في الزواج، فكذلك لا يُعتد بالاستغلال الذي يقوم عليه.

وهذا هو السبب الذي جعل قوانين الأحوال الشخصية لا تنص على الغبن والاستغلال كعيبين من عيوب الرضا في الزواج؛ لأن هذين العيبين لا يتناسبان وطبيعة عقد الزواج الذي يغلب عليه الطابع الشخصي، والجانب المعنوي المتمثل في السكنينة والمودة والرحمة، ويضعف فيه الجانب المادي والمالي⁽²⁾.

كما أن الزواج عقد لا يتم غالباً إلا بعد مشاورات واستفسارات، يشارك فيها الزوجان والأولياء والأقارب، فلا يُتصور فيه حصول الغبن والاستغلال؛ إلا إذا حصل تقصير من أحد الطرفين، والمقصر هو الذي يتحمل نتيجة تقصيره؛ ولذلك لا يثبت له الحق في طلب التفريق أو الفسخ.

(1) جاء في المادة 26 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي قولها: «ليس للولي طلب الفسخ لنقصان المهر عن مهر المثل». وهذا الحكم كان ينص عليه أيضاً قانون الأحوال الشخصية الأردني القديم رقم: 61 لسنة 1976م، في المادة 22 منه. ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية للسرطاوي، م.س، ص.79.

(2) ينظر: العلاقات بين الزوجين، م.س، ص.155؛ ما مدى إعمال عيوب الإرادة في مدونة الأسرة المغربية، م.س، الرابط: (www.marocdroit.com/%D9%85%D8%A7-%2016/3/8)، تاريخ الزيارة: 2016/3/8م.

الفصل الأول

الإكراه في عقد الزواج

الإكراه من أهم عيوب الرضا، وأشدّها تأثيراً على الإرادة، ولذلك نال أكبر قدر من اهتمام الفقهاء والباحثين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، قديماً وحديثاً، حتى ألفت فيه مؤلفات مستقلة، وأفردت له أبحاث خاصة.

وسأحاول في هذا الفصل الكلام عن حقيقته وصوره وأحكامه في مجال عقد الزواج؛ على أن يكون ذلك في ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول : حقيقة الإكراه في عقد الزواج

المبحث الثاني : صور الإكراه في عقد الزواج

المبحث الثالث: أحكام الإكراه في عقد الزواج

المبحث الأول

حقيقة الإكراه في عقد الزواج

سأتناول في هذا المبحث بيان حقيقة الإكراه في عقد الزواج، من حيث تعريفه، وبيان أركانه وشروطه، وتحديد أنواعه، وذلك في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وسيكون كلامي هنا عاما في أغلب الأحيان بحيث لا يقتصر على عقد الزواج؛ وذلك لسببين:

الأول: أن هذه المسائل المتعلقة بمهية الإكراه تشترك فيها جميع التصرفات؛ ولذلك جاء كلام فقهاء الشريعة الإسلامية، وفقهاء القانون الوضعي عنها بأسلوب عام مجرد دون تخصيصه بعقد معين⁽¹⁾. ومع ذلك سأحاول ربط الموضوع بعقد الزواج من خلال ذكر الأمثلة المتعلقة به.

الثاني: أن جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية خلافا للحنفية قد جعلوا عقد الزواج كالعقود المالية وسائر التصرفات القولية في تأثره بالإكراه، وإن اختلفوا في درجة التأثير، ولذلك جاء كلامهم عاما غير مخصوص بعقد الزواج⁽²⁾.

وسأقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب؛ أخصص الأول لتعريف الإكراه في كل من اللغة والفقه والقانون، وأخصص الثاني لبيان أركانه وشروطه، وأتناول في الثالث أنواعه.

المطلب الأول

تعريف الإكراه

سأتناول في هذا المطلب تعريف الإكراه في اللغة (الفرع الأول)، وفي الفقه الإسلامي (الفرع الثاني)، وفي القانون الوضعي (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف الإكراه في اللغة

الكَرْهُ (بالضم والفتح): المشقَّةُ، والمكْرَهُ: ما يَكْرَهُه الإنسان ويشقُّ عليه⁽³⁾.

(1) تكلم فقهاء الشريعة الإسلامية عن الإكراه في كتبهم الفقهية العامة، فخصص له الحنفية كتابا مستقلا، وتكلم عنه المالكية في باب طلاق المكره، وباب بيع المضغوط، وتكلم عنه الشافعية والحنابلة في باب طلاق المكره، أما القوانين الوضعية المدنية فتكلمت عنه في باب عيوب الرضا في العقد.

(2) يقول ابن تيمية في مجموع الفتاوى، م.س، 504/8: «وَإِذَا أُكْرِهَ عَلَى الْعُقُودِ، كَالْبَيْعِ وَالنِّكَاحِ، وَالطَّلَاقِ وَالظَّهَارِ، وَالْإِبْلَاءِ وَالْعَتَقِ، وَنَحْوِ ذَلِكَ، فَمَذْهَبُ الْجُمْهُورِ، كَمَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ وَأَحْمَدَ، أَنَّ كُلَّ قَوْلٍ أُكْرِهَ عَلَيْهِ يَغْيِرُ حَقَّيْهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، فَلَا يَقَعُ بِهِ طَلَاقٌ وَلَا عِتَاقٌ، وَلَا يَلْزِمُهُ نَذْرٌ وَلَا يَمِينٌ، وَلَا غَيْرُ ذَلِكَ.» وينظر: شرح ميارة الفاسي، م.س، 230/1؛ البهجة شرح التحفة، م.س، 569/1؛ حاشية الدسوقي، م.س، 369/2؛ روضة الطالبين، م.س، 53/6؛ مجموع الفتاوى، م.س، 196/29.

(3) ينظر: لسان العرب، م.س، 534/13، تاج العروس، م.س، 484/36، 487.

وقد ذهب كثير من أهل اللغة إلى أن الكَرْهَ (بالفتح) والكَرْهَ (بالضم) لُغَتَانِ، فبأيّ لغة وقع فجائز. وذهب بعضهم إلى أن بينهما فرقا في المعنى؛ فقيل بأن الكَرْهَ (بالضم) المَشْقُوءُ، وما أَكْرَهْتَ نَفْسَكَ عليه. والكَرْهَ (بالفتح) ما أَكْرَهَكَ غَيْرُكَ عليه. وقيل بأن الكَرْهَ (بالفتح) فعل المضطر، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَهُمْ أَسْلَمٌ مَنْ فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ طَوْعًا وَكَرْهًا﴾ [آل عمران، 83]. والكَرْهَ (بالضم) فعل المختار، ومنه قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كَرْهٌ لَكُمْ﴾ [البقرة، 216].

وقيل بأن الكَرْهَ (بالفتح) الإِبَاءُ والمَشْقُوءُ تُكَلِّفُهَا فَتَحْتَمِلُهَا، والكَرْهَ (بالضم) المشقَّةُ تَحْتَمِلُهَا من غير أن تُكَلِّفُهَا. وقيل بأن الكَرْهَ (بالفتح) المشقَّة التي تنال الإنسان من خارج، مما يُحْمَلُ عليه بإكراه، والكَرْهَ (بالضم) ما يناله من ذاته، وهي ما يعافه، وذلك إما من حيث العقل أو الشرع⁽¹⁾.

والإِكْرَاهُ يُقَالُ فِي حَمْلِ الْإِنْسَانِ عَلَى مَا يَكْرَهُهُ. يُقَالُ: أَكْرَهْتُ فَلَانًا عَلَى أَمْرٍ، أَي حَمَلْتُهُ عَلَيْهِ وَهُوَ كَارِهِ لَهُ، وَاسْتُكْرِهَتْ فَلَانَةٌ، إِذَا غُصِبَتْ نَفْسُهَا فَأَكْرَهَتْ عَلَى ذَلِكَ، فَهِيَ امْرَأَةٌ مُسْتَكْرِهَةٌ⁽²⁾.

ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرَهُوا فَتِيَّتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ﴾ [النور، 33]، فهذا نهي عن حملهنّ على ما فيه كَرْهٌ وَكَرْهٌ.

الفرع الثاني

تعريف الإكراه في الفقه الإسلامي

سأتناول في هذا الفرع تعريف الإكراه في كل مذهب على حدة.

أولاً - تعريف الحنفية للإكراه

لقد اهتم فقهاء الحنفية بموضوع الإكراه من حيث البحث والتأليف أكثر من غيرهم من الفقهاء؛ حتى جعلوا له باباً مستقلاً في كتبهم، وأسهبوا في تقرير مسائله وتفصيل أحكامه⁽³⁾. وقد وردت عنهم عدة تعريفات للإكراه؛ منها تعريف السرخسي⁽⁴⁾ له بأنه: «اسْمٌ لِفِعْلِ يَفْعَلُهُ الْمَرْءُ

(1) ينظر هذه الأقوال في: لسان العرب، م.س، 534/13-535؛ تاج العروس، م.س، 484/36-485؛ تهذيب اللغة: محمد بن أحمد الأزهرى، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربى، بيروت، ط4، 2001م، 10/6-11.

(2) ينظر: لسان العرب، م.س، 535/13؛ تاج العروس، م.س، 487/36؛ تهذيب اللغة، م.س، 11/6؛ المفردات في غريب القرآن: الراغب الأصفهاني، تحقيق: صفوان عدنان داودي، دار العلم، دمشق، (د.ط)، 1412هـ، ص.708.

(3) ينظر: أثر الإكراه على التصرفات، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني: حسني محمود عبد الصمد، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2011م، ص.10؛ الإكراه وأثره على إرادة المكره في الأفعال الجنائية والتصرفات الشرعية والعقود المالية: عبد الحسيب سند عطية، مكتبة ومطبعة الغد، (د.ط)، 2001م، ص.8.

(4) السرخسي هو: محمد بن أحمد بن سهل، أبو بكر السرخسي، من أهل سرخس (في خراسان): وهو فقيه مجتهد، وقاض من كبار الأحناف. من أشهر كتبه "المبسوط" في الفقه الحنفي، ثلاثون جزءاً، أملاها وهو سجين بالجُب في أوزجند (بفرغانة)، وكان سبب سجنه كلمة نصح بها الخاقان. ولما أطلق سكن فرغانة إلى أن توفي بها سنة: 483هـ. ينظر: الأعلام، م.س، 315/5.

بِعَيْرِهِ، فَيَنْتَفِي بِهِ رِضَاهُ، أَوْ يَفْسُدُ بِهِ اخْتِيَارُهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ تَنْعَدِمَ بِهِ الْأَهْلِيَّةُ فِي حَقِّ الْمُكْرَه، أَوْ يَسْقُطُ عَنْهُ الْخِطَابُ.»⁽¹⁾ وعرفه الخطيب التمرتاشي⁽²⁾ بأنه: «فَعْلٌ يُوجَدُ مِنَ الْمُكْرَهِ يُجَدِّثُ فِي الْمَحَلِّ مَعْنَى يَصِيرُ بِهِ مَدْفُوعًا إِلَى الْفِعْلِ الَّذِي طُلِبَ مِنْهُ.»⁽³⁾ ويؤخذ على هذا التعريف والذي قبله إطلاقهما الإكراه على المكره به، وحصرهما له في الفعل، مع أنه يكون بالقول أيضا. وقال عبد العزيز البخاري⁽⁴⁾ في تعريفه: «الإكراه حمل الغير على أمر يمتنع عنه، بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه، ويصير الغير خائفا به فائت الرضا بالمباشرة.»⁽⁵⁾

ثانيا- تعريف المالكية للإكراه

عرف ابن شاس⁽⁶⁾ الإكراه بأنه: «مَا فَعَلَ بِالْإِنْسَانِ مِمَّا يَصْرُهُ أَوْ يُؤْلِمُهُ مِنْ ضَرْبٍ أَوْ تَخْوِيفٍ، كَانَ ذَلِكَ مِنْ سُلْطَانٍ أَوْ غَيْرِهِ.»⁽⁷⁾ وهذا تعريف قاصر؛ لأنه اقتصر على ذكر وسيلة الإكراه والمكروه دون سائر الأركان. فقد يفعل بالإنسان ما ذكر في التعريف دون أن يطلب منه شيء. وعرفه محمد الطاهر بن عاشور⁽⁸⁾ بقوله: «ما يأتي على الإنسان من جهة غيره من الجبر على فعل ما بأذى أو مشقة.»⁽⁹⁾ وقال أيضا: «الإكراه: الإلجاء إلى فعل ما يُكْرَهُ فِعْلُهُ، وَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ بِفِعْلِ شَيْءٍ تَضِيقُ عَنْ تَحْمَلِهِ طَاقَةَ الْإِنْسَانِ مِنْ إِيْلَامٍ بِالْغِ، أَوْ سَجْنٍ، أَوْ قَيْدٍ، أَوْ نَحْوِهِ.»⁽¹⁰⁾

(1) المبسوط، م.س، 38/24.

(2) هو: محمد بن عبد الله بن أحمد، الخطيب العمري التمرتاشي الغزي الحنفي، شمس الدين: شيخ الحنفية في عصره. من أهل غزة، ولد بغزة سنة: 939هـ، وتوفي بها سنة: 1004هـ. من مؤلفاته: "تنوير الأبصار" في الفقه، و "منح الغفار شرح تنوير الأبصار". ينظر: الأعلام، م.س، 240-239/6.

(3) حاشية ابن عابدين، م.س، 177/9. (هي حاشية على الدر المختار للحصكفي الذي شرح فيه تنوير الأبصار للتمرتاشي).

(4) هو: عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري، من أهل بخارى. وهو فقيه حنفي من علماء الأصول. توفي سنة: 483هـ. له عدة تصانيف، منها: "كشف الأسرار شرح أصول البيزوي". ينظر: الأعلام، م.س، 13/4.

(5) كشف الأسرار، م.س، 538/4.

(6) هو: عبد الله بن محمد بن نجم بن شاس ابن نزار، الجذامي السعدي المصري، جلال الدين، أبو محمد: شيخ المالكية في عصره بمصر. كان مدرسا بها، ثم توجه إلى دمياط بنية الجهاد حين حاصرها الإفرنج، فتوفي فيها مجاهدا سنة: 616هـ. من كتبه: "عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة". ينظر: الأعلام، م.س، 125-124/4.

(7) عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة: عبد الله بن شاس، تحقيق: حميد بن محمد لحر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 2003م، 519/2. وينظر: التاج والإكليل لمختصر خليل، م.س، 312/5.

(8) هو: محمد الطاهر بن عاشور. ولد بتونس سنة: 1296هـ. ودرس بها حتى صار من كبار العلماء، ورئيس المفتين المالكيين بتونس، وشيخ جامع الزيتونة وفروعه، وعضو في الجمعيتين العربيين في دمشق والقاهرة. توفي بتونس سنة: 1393هـ. له مصنفات عديدة، منها: "مقاصد الشريعة الإسلامية"، و "التحرير والتنوير" في التفسير. ينظر: الأعلام، م.س، 175-174/6.

(9) التحرير والتنوير، م.س، 320/2.

(10) المرجع نفسه، 294/14.

وهذان التعريفان أقرب إلى المعنى اللغوي منهما إلى التعريف الاصطلاحي.

ثالثا- تعريف الشافعية للإكراه

عرّفه زكريا الأنصاري⁽¹⁾ بقوله: «حَدُّ الْإِكْرَاهِ أَنْ يُهَدَّدَ الْمُكْرَهُ قَادِرٌ عَلَيْهِ، أَيْ عَلَى الْإِكْرَاهِ، بِعَاجِلٍ مِنْ أَنْوَاعِ الْعِقَابِ، يُؤْثِرُ الْعَاقِلَ لِأَجْلِهِ الْإِقْدَامَ عَلَى مَا أُكْرَهُ عَلَيْهِ، وَغَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ يَفْعَلُ بِهِ مَا هَدَّدَهُ بِهِ إِنْ ائْتَنَعَ بِمَا أَكْرَهُهُ عَلَيْهِ، وَعَجَزَ عَنِ الْهَرَبِ وَالْمُقَاوَمَةِ، وَالِاسْتِعَاثَةِ بغيرِهِ، وَنَحْوَهَا مِنْ أَنْوَاعِ الدَّفْعِ.»⁽²⁾ وهذا تعريف طويل كثرت فيه التفاصيل التي لا يصلح إدخالها فيه.

رابعا- تعريف الحنابلة للإكراه

قال الحجاوي⁽³⁾: «وَإِنْ هَدَّدَهُ قَادِرٌ بِمَا يَضُرُّهُ ضُرًّا كَثِيرًا، كَقَتْلِ، وَقَطْعِ طَرْفٍ، وَضَرْبٍ شَدِيدٍ، وَحَبْسٍ وَقَيْدٍ طَوِيلَيْنِ، وَأَخْذِ مَالٍ كَثِيرٍ، وَإِخْرَاجٍ مِنْ دِيَارٍ وَنَحْوِهِ، أَوْ بِتَعْذِيبٍ وَلَدِهِ، بِسُلْطَانٍ أَوْ تَعْلُبٍ كَلِصٍّ وَنَحْوِهِ، يَغْلِبُ عَلَى ظَنِّهِ وَقُوعُ مَا هَدَّدَهُ بِهِ، وَعَجْزُهُ عَنِ دَفْعِهِ وَالْهَرَبِ مِنْهُ، وَالِاخْتِفَاءِ فَهُوَ إِكْرَاهٌ»⁽⁴⁾.

ويمكنني اختصار هذا الكلام، وصياغة تعريف مختصر منه، فأقول بأن الإكراه عند الحنابلة هو: تهدد القادر بسلطان أو تغلب غيره بما يضره ضررا كثيرا؛ في نفسه أو ماله أو ولده، ويغلب على ظن المهتد وقوع ما هُدد به، وعجزه عن التخلص منه.

والتعريف الذي أختاره من بين التعريفات السابقة هو تعريف عبد العزيز البخاري من الحنفية الذي قال: «الإكراه حمل الغير على أمر يمتنع عنه، بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه، ويصير الغير خائفا به فائت الرضا بالمباشرة.» فهذا التعريف على اختصاره قد تضمن جميع ما يتعلق بالإكراه من أركان وشروط وآثار، ثم هو لم يحصره في باب الأفعال أو العقود؛ بل جاء عاما في كل تصرف يمكن الإكراه عليه. فأركان الإكراه المتضمنة في هذا التعريف هي:

- المكره (بكسر الراء)، والمعبر عنه بالحامل، أي الذي يحمل غيره على أمر معين.

(1) هو: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري السنيكي المصري الشافعي. قاض ومفسر، من حفاظ الحديث. ولد في سنيكة (بشرقية مصر) سنة: 823هـ. نشأ فقيرا معدما، وطلب العلم في القاهرة. وولاه السلطان قايتباي الجركسي قضاء القضاة، ثم عزله. توفي سنة: 926هـ، له مصنفات كثيرة منها: "أسنى المطالب"، "الغرر البهية". ينظر: الأعلام، م.س، 45/3-46.

(2) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، م.س، 282/3.

(3) هو: موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا: فقيه حنبلي، من أهل دمشق. كان مفتي الحنابلة وشيخ الإسلام فيها. نسبته إلى (حجة) من قرى نابلس. توفي سنة: 968هـ. من مؤلفاته: "مختصر المقنع"، و"الإقناع في فقه الإمام أحمد"، وهو من أجل كتب الفقه عند الحنابلة. ينظر: الأعلام، م.س، 320/7.

(4) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت، (د.ط، د.ت)، 4/4، وينظر: كشاف القناع، م.س، 2594/8.

- المكره (بفتح الراء)، والمعبر عنه في التعريف بالغير، أي المحمول على الفعل أو القول جبراً.
 - المكره عليه، والمعبر عنه بالأمر، وهو الأمر الذي يُحمّل الغير على الإتيان به، ولفظة "الأمر" تشمل القول والفعل، كما تشمل الأمور الحسية والتصرفات الشرعية.
 - المكره به (وسيلة الإكراه)، والمعبر عنه بقوله: "بتخويف"، أي التخويف بإلحاق ما يُخاف منه من كل مُضر ومؤلم، كالتخويف بالقتل أو الضرب ونحوه، سواء كان التخويف بقول أو فعل أو إشارة. ولفظة "التهديد" هي الأكثر استعمالاً في كلام الفقهاء من التخويف، فلو استعملت لكان أفضل.

وأما شروط الإكراه التي جاءت في التعريف فهي:

- قدرة المكره على إيقاع تهديده، وهو مأخوذ من قوله: «يقدر الحامل على إيقاعه»، ولم يذكر في شرط المكره أن يكون ظالماً؛ لأن الإكراه بحق لا يدخل في المعنى الاصطلاحي للإكراه، وإن دخل في المعنى اللغوي؛ ولذلك كان من الأفضل إضافة ما يدل على هذا الشرط للتعريف، كقوله: «حمل الغير ظلماً».

- خوف المكره من وقوع ما هدد به، وهو مأخوذ من قوله: «ويصير الغير خائفاً». ولم يذكر في شرط المكره أن يكون عاجزاً عن دفع الإكراه، فيستحسن ذكر ما يدل عليه.

- كون المكره يمتنع من المكره عليه لولا الإكراه، ويؤخذ من قوله: «يمنتع عنه».

وأما ما يترتب على الإكراه من آثار فهي انعدام الرضا، أي أن المكره حين باشر الأمر المكره عليه لم يكن راضياً به، وهو مأخوذ من قوله: «فانت الرضا بالمباشرة». ولم يذكر التعريف فساد الاختيار، كما فعل السرخسي في تعريفه. فالحنفية يفرقون بين الرضا والاختيار، ورأي الجمهور في عدم التفريق هو الراجح، كما سبق بيانه⁽¹⁾. ولذلك أفضل أن يُقال في التعريف: فاسد الرضا.

وبناءً على ما ذكرته من ملاحظات حول تعريف عبد العزيز البخاري، يمكن تعريف الإكراه بعد تعديل بسيط في الصياغة على النحو الآتي: الإكراه حمل الغير ظلماً على أمر يمنتع عنه، بتهديد يقدر الحامل على تنفيذه، ويعجز الغير عن دفعه، فيصير خائفاً به فاسد الرضا بالمباشرة.

فهذا تعريف الإكراه عموماً، أما الإكراه في عقد الزواج فهو حمل الغير ظلماً على عقد زواج لا يرغب فيه، بتهديد يقدر الحامل على تنفيذه، ويعجز الغير عن دفعه، فيصير خائفاً به فاسد الرضا بالمباشرة.

(1) ينظر هذا البحث، ص. 3-4.

الفرع الثالث

تعريف الإكراه في القانون الوضعي

سأتكلم في هذا الفرع عن التعريف التشريعي والفقهي للإكراه.

أولاً- التعريف التشريعي للإكراه

لم يعرف المشرع الجزائري الإكراه لا في القانون المدني ولا في قانون الأسرة⁽¹⁾. أما المشرعان المغربي والأردني فقد عرفاه على النحو الآتي:

1- عرف الفصل 46 من قانون الالتزامات والعقود المغربي الإكراه بالقول: «الإكراه إجبار يباشر من غير أن يسمح به القانون، يحمل بواسطته شخص شخصاً آخر على أن يعمل عملاً بدون رضاه.»

2- عرفته المادة 135 من القانون المدني الأردني بقولها: «الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه، ويكون مادياً أو معنوياً.»⁽²⁾

ويلاحظ على هذين التعريفين أنهما متقاربان جداً. وأتقرب إلى المعنى اللغوي منهما إلى التعريف الاصطلاحي، حيث عرفا الإكراه بكلمة مرادفة، وهي الإجبار، ولم يذكر كل أركان الإكراه ولا أهم شروطه. كما أنهما قصرا المكروه عليه على الأعمال دون ذكر الأقوال، رغم أن التصرفات التي يدخلها الإكراه تشمل الأقوال والأعمال معاً؛ إلا إذا كان يُقصد بالعمل معناه الواسع الذي ينتظم تحته عمل اللسان (الأقوال)⁽³⁾. ولكن كان من الأولى النص على الأقوال مع الأعمال⁽⁴⁾، خاصة وأن نصوص الإكراه جاءت في باب العقود التي هي تصرفات قولية.

كما يظهر لي أنّ المشرعين المغربي والأردني قد أخذوا هذين التعريفين من مجلة الأحكام العدلية؛ لأنهما يطابقان تقريباً ما جاء فيها من تعريف للإكراه بقولها في المادة 948: «الإكراه هو إجبارٌ أَحَدٍ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ عَمَلًا بَعَيْرِ حَقِّ مِنْ دُونِ رِضَاهُ بِالْإِحَافَةِ.»⁽⁵⁾

(1) ما نصح به القانون الجزائري هو المنهج السليم، حيث ينتقد فقهاء القانون إيراد التعريفات في النصوص التشريعية؛ فالتعريفات مهمة الفقيه لا المشرع، وغالبا ما تكون التعريفات التشريعية غير دقيقة أو جامدة، فتكون سببا في تقييد القاضي عند تفسير النصوص وتطبيقها. ينظر: مبدأ الرضا في العقود، م.س، 495/1.

(2) نفس التعريف جاء أيضا في المادة 1/112 من القانون المدني العراقي؛ والمادة 176 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي (القانون الاتحادي رقم: 05 لسنة 1985م، المؤرخ في: 15/12/1985م، ج.ر. 158، الصادرة في: 29/12/1985م). وقربا منه ما جاء في المادة 98 من قانون المعاملات المدنية العماني رقم: 29/2013 المؤرخ في: 6/6/2013، ج.ر. 1012.

(3) ينظر: درر الأحكام شرح مجلة الأحكام: علي حيدر، تحقيق وتعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، ط1، 1991م، 659/2.

(4) جاء في المادة 175 مدني يعني: «الإكراه هو حمل القادر غيره على ما لا يرضاه قولاً أو فعلاً، بحيث لو خلى ونفسه لما باشره.»

(5) مجلة الأحكام العدلية: لجنة من العلماء، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، (د.ط، د.ت)، ص.185.

ثانيا- التعريف الفقهي للإكراه

عرّف فقهاء القانون الإكراه بعدة تعريفات منها ما يأتي:

- 1- عرّفه عبد الرزاق السنهوري بقوله: «الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد.»⁽¹⁾ هذا التعريف مختصر جدا، فهو لم يبين مصدر الإكراه (إرادة بشرية أم وقائع مادية)، كما أنه أغفل ذكر شرط عدم مشروعية الإكراه.
- 2- عرّفه توفيق حسن فرج بقوله: «الإكراه ضغط غير مشروع على إرادة الشخص، يولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد؛ لكي يتفادى نتائج التهديد الذي يقع عليه.»⁽²⁾
- 3- عرّفه محمد حسين منصور بأنه: «تهديد المتعاقد دون حق بخاطر يبعث في نفسه رهبة تحمله على التعاقد.»⁽³⁾

ويلاحظ على هذه التعريفات عموما أنها متفقة في المعنى، متقاربة في الألفاظ. كما أنها اقتصرت على تعريف الإكراه الذي يقع في مجال العقود، فقد أوردت كلها عبارة "التعاقد". وهذا الحصر غير مبرر؛ فإن الإكراه كما يقع في العقود يقع في سائر التصرفات المدنية الأخرى، كالتصرفات الصادرة عن الإرادة المنفردة، مثل الوقف والجمالة والطلاق....⁽⁴⁾

فكان الأحرى تعريف الإكراه بما يجعله مستوعبا لكل التصرفات، كأن يقال: الإكراه ضغط غير مشروع على إرادة الشخص، يولد في نفسه رهبة تحمله على مباشرة تصرف لا يرضاه.

وبعد تعريف الإكراه في كل من اللغة والفقهاء الإسلامي والقانون الوضعي يتبين لي ما يأتي:

- إنّ التعريف اللغوي للإكراه أعم من التعريف الاصطلاحي، فالإكراه بمعناه اللغوي يعم ما كان بحق أو بغير حق، أما بمعناه الاصطلاحي (الفقهي والقانوني) فيقتصر على الإكراه بغير حق.
- تعريف الفقهاء الإسلامي للإكراه جاء جامعا لكل ما يدخله الإكراه ويؤثر فيه، من الأقوال والأفعال، أما تعريف الفقهاء القانوني فجاء قاصرا على مجال العقود المدنية.

(1) نظرية العقد، م.س، 419/1؛ الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 274/1.

(2) النظرية العامة للالتزام: (مصادر الالتزام: توفيق حسن فرج/ أحكام الالتزام: جلال علي العدوي)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، (د.ط)، 2002م، ص.153.

(3) النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام: محمد حسين منصور، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (د.ط)، 2006م، ص.177.

(4) يقول السنهوري في نظرية العقد، م.س، 419/1-420، هامش 1: «على أن الإكراه خليق أن تكون له نظرية عامة، تبين أثره لا في تكوين العقود فحسب؛ بل أيضا في تعديلها وتنفيذها وانقضائها... وإذا اقتصرنا هنا على تكوين العقود، فكل ما يقال عن ذلك ينطبق على جميع الأعمال القانونية، سواء كانت عقودا أو أعمالا صادرة من جانب واحد، فقد يشوب الإكراه الوصية، والتنازل عن حق من الحقوق العينية، وغير ذلك من الأعمال القانونية.»

- تعريف الفقه الإسلامي للإكراه جاء مفصلاً ودقيقاً، بحيث بيّن أركان الإكراه وشروطه وآثاره، بينما جاء تعريف الفقه القانوني عاماً ومجماً، بحيث لم يبيّن كل أركانه وشروطه.

- التعريف التشريعي للإكراه الوارد في القانون المغربي والأردني كان أقرب إلى تعريفات الفقه الإسلامي منه إلى تعريفات الفقه القانوني، فقد جاء عاماً في سائر الأعمال والأقوال دون تخصيصه بالعقود.

المطلب الثاني

أركان الإكراه وشروطه

يقوم الإكراه على عدّة أركان وشروط، لا بدّ من توافرها جميعاً؛ ليكون مؤثراً في الإرادة، ومُعَيِّباً للرضا. وهذه الأركان أربعة، لا يُتصور وجود الإكراه دونها، وهي: المُكْرَه، والمُكْرَه، والمُكْرَه به، والمُكْرَه عليه. وقد ذكر فقهاء الحنفية هذه الأركان الأربعة⁽¹⁾. أما فقهاء المذاهب الثلاثة الأخرى فلم يتعرضوا لذكرها، واكتفوا بالكلام على شروط الإكراه؛ ولكن بالتأمل فيما ذكروه من شروط نجدتها ترجع جميعها إلى هذه الأركان الأربعة. فمثلاً اشتراطهم قدرة المُكْرَه على تنفيذ وعيده، يرجع إلى ركن المُكْرَه. وربما كان السبب في عدم التصريح بذكرها، هو وضوحها عندهم، وإمكانية معرفتها من خلال ذكر الشروط.

أما فقهاء القانون الوضعي فأكثرهم اقتصر على ذكر شروط الإكراه دون التطرق لأركانه، في حين أنهم ذكروا ما يسمى بعناصر الإكراه، وهي عنصران: موضوعي (مادي)، ونفسي (معنوي)⁽²⁾. ومصطلح "العناصر" يستعمل بمعنى "الأركان"، ولا مشاحة في الاصطلاح.

لكن يبقى الخلاف بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في عدد تلك الأركان أو العناصر؛ فهي في الفقه أربعة، بينما في القانون اثنان؛ وهي ركن المكروه به، والمصطلح عليه قانوناً بالعنصر المادي، والمتمثل في استعمال وسائل الإكراه. وركن المكروه، والمصطلح عليه قانوناً بالعنصر النفسي، والمتمثل في الرهبة الدافعة للتعاقد، التي تتولد في نفس الشخص المكروه.

والأقرب إلى الصواب في نظري هو اعتبار أركان الإكراه أربعة كما صرّح به الحنفية، وكما يُفهم من كلام سائر فقهاء المذاهب الأخرى من خلال ذكرهم للشروط. بل حتى فقهاء القانون الوضعي رغم عدم تصريحهم بذكر ركني: المكروه، والمكروه عليه، فقد تكلموا عن أحكام وشروط هذين الركنين.

(1) ينظر: المبسوط، م.س، 35/24؛ درر الحكام شرح مجلة الأحكام، م.س، 658/2.

(2) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 276/1؛ النظرية العامة للالتزام لعلي سليمان، م.س، ص. 64-65.

فمثلاً كلامهم عن مصدر الإكراه، وهل هو أحد المتعاقدين أو شخص أجنبي؟ هو كلام متعلق مباشرة بركن المكره. وكلامهم عن أحكام التصرف موضوع الإكراه (العقد) يتعلق بركن المكره عليه. وعليه يمكنني القول بأن أركان الإكراه الأربعة، موجودة كلها صراحة أو ضمناً في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. وسأتكلم عنها وعن شروطها في هذا المطلب، بحيث أخصص فرعاً لكل ركن وما يتعلق به من شروط.

الفرع الأول

المُكْرَه وشروطه

سأتكلم في هذا الفرع عن تعريف المُكْرَه (أولاً)، ثم عن شروطه (ثانياً).

أولاً- تعريف المُكْرَه

لم أجد من عرف ركن المُكْرَه، لا في الفقه الإسلامي ولا في القانون الوضعي، وذلك في نظري يرجع إلى وضوح معناه. ويمكنني أن أقول في تعريفه بأن المُكْرَه (بكسر الراء: اسم فاعل)، هو الشخص الذي صدر منه الإكراه، فقام بالتهديد وغيره من الوسائل؛ لحمل غيره على ما يريد من فعل أو قول. والمُكْرَه على عقد الزواج قد يكون أحد الخاطبين أو وليهما، أو وكيلهما، أو أي شخص آخر أجنبي عن العقد.

ثانياً- شروط المُكْرَه

يُشترط في المكره ليتحقق الإكراه منه عدّة شروط، هي كالآتي:

1- كون المُكْرَه من الأشخاص

والمقصود بهذا الشرط أن الإكراه لا يُتصور صدوره إلا من شخص ضد شخص آخر. فلا يُعتبر مكرهاً تلك الظروف والأحوال المحيطة بالشخص، والتي تدفعه إلى فعل ما لا يريده، خوفاً من الضرر الذي سيصيبه. كالمراة التي تقع في الزنا وتخشى أن يُفتضح أمرها، ويتبرأ منها أهلها أو يطردونها من البيت، فتقبل بالزواج بمن زنا بها تحت تأثير تلك الظروف دون أن يقع من خاطبها الزاني، ولا من أوليائها أي ضغط عليها. فلا تعتبر تلك الظروف الدافعة لها إلى الزواج إكراهاً.

وهذا الشرط لم يرد التصريح به في الفقه الإسلامي؛ ولكن يمكن استنباطه من تعريف الفقهاء للإكراه بأنه حمل الشخص غيره على ما لا يرضاه⁽¹⁾. فالشخص هو الذي يُكْرَه غيره وليس الظروف. ولذلك يُفَرِّق الفقهاء بين حالة الضرورة وحالة الإكراه. فمن اضطرت ظروف معينة،

(1) ينظر: المبسوط، م.س، 38/24؛ التحرير والتنوير، م.س، 320/2؛ أسنى المطالب، م.س، 282/3؛ كشاف القناع، م.س،

كالفاقة والمؤونة والدَّين، أو لفداء نفسه من الأسر والظلم، أو لإنقاذها من الهلاك، فأقدم على إنشاء تصرف معين، صحَّ ذلك منه ولو مع الغبن⁽¹⁾. وعند الحنفية إذا كان بغبن فاحش يكون فاسدا للغبن لا للإكراه⁽²⁾.

هذا في التصرفات المالية التي تتأثر بالغبن. أما الزواج فينبغي أن يصحَّ عند الجميع لعدم تأثره بالغبن. كأن تضطر امرأة للزواج من شخص لا تريده؛ بسبب الفاقة أو لأجل الحصول على مأوى، أو على مهر تسدد به الديون التي أثقلتها.

كما ذهب فقهاء المذاهب الأربعة في المشهور عندهم إلى تصحيح زواج التلجئة⁽³⁾، حين يلجأ شخص لإبرام زواج في الظاهر دون أن تكون له رغبة فيه في الباطل، وإنما ألجأته إلى إبرامه ظروف وأحوال جعلته يخاف من ضرر خطير سيصيبه إن لم يتزوج⁽⁴⁾.

أما من أكرهت على دفع مال ظلما، فاضطرت إلى الزواج لدفع ذلك المال من مهرها، فهذا الزواج الذي اضطرت إليه يكون صحيحا لازما، قياسا على ما ذكره الحنفية والحنابلة والأصح عند الشافعية في عقد البيع⁽⁵⁾؛ لأن الإكراه لم يكن على الزواج نفسه، وإنما على دفع المال. وحيث كان يمكن للمرأة الحصول على المال بطرق أخرى، كالمسؤول والاستقراض، فلا يكون إقدامها على الزواج إكراها. أما المالكية فاختلَفوا في حكم هذه المسألة المسماة عندهم ببيع المضغوط، فالمشهور عندهم أن البيع غير لازم للإكراه، وقيل بلزومه لعدم الإكراه⁽⁶⁾. وقياسا على كلامهم في البيع يجري نفس الخلاف بشأن زواج الاضطرار.

والراجح أن الإكراه هنا لا يتحقق؛ وأن هذه الحالة تدخل في الاضطرار وليس في الإكراه، وتعلُّمها بالغبن والاستغلال أكثر من تعلقها بالإكراه.

وبالنسبة للقانون الوضعي، لم يرد فيه التصريح باشتراط كون المُكْرَه شخصاً؛ لكن هذا الشرط تدل عليه قوانين الأحوال الشخصية، بنصها على منع الإكراه على الزواج، ومنع تزويج الصغار

(1) ينظر: مواهب الجليل، م.س، 249/4؛ شرح ميارة الفاسي، م.س، 12/2؛ المجموع، م.س، 161/9-162؛ الإنصاف، م.س، 265/4؛ المحلى بالآثار: ابن حزم الأندلسي، دار الفكر، بيروت، (د.ط، د.ت)، 22-23/9.

(2) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 247/7.

(3) ينظر في معنى التلجئة في الزواج وحكمها: هذا البحث، ص.28.

(4) ينظر: المبسوط، م.س، 122/24؛ الفتاوى الهندية، م.س، 206/4؛ النوادر والزيادات، م.س، 231/9؛ أسنى المطالب، م.س، 11/2؛ أعلام الموقعين، م.س، 77/3؛ المغني، م.س، 463/9.

(5) ينظر: الفتاوى الهندية، م.س، 36/5؛ حاشية ابن عابدين، م.س، 194/9؛ روضة الطالبين، م.س، 554/2؛ حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع: عبد الرحمن بن قاسم النجدي، ط1، 1397هـ (لم يذكر الناشر)، 332/4-333.

(6) ينظر: شرح ميارة الفاسي، م.س، 14-13/2؛ البهجة في شرح التحفة، م.س، 125-124/2؛ منح الجليل، م.س، 441/4.

والمجانين إلا بإذن من القضاء⁽¹⁾؛ فالإكراه على الزواج، أو التزويج بولاية الإكراه لا يُتصور إلا من الأشخاص. وهذا أيضا ما جاء في نصوص القوانين المدنية محل الدراسة الواردة بشأن الإكراه، وأنه يصدر من شخص تجاه شخص آخر، ومن ذلك ما جاء في المادة 1/88 مدني جزائري، والفصل 46 التزامات مغربي، والمادة 135 مدني أردني⁽²⁾.

إذن فالقوانين الوضعية محل الدراسة لا تعتبر حالة الضرورة إكراها؛ لأنه في حالة الضرورة تكون الأفعال الضاغطة على الإرادة، والمولدة للرهبنة الدافعة للتصرف، لا يد لأي شخص في إحداثها. وإنما هي وليدة ظروف تهيأت مصادفة؛ سواء كانت ظروفًا طبيعية، أو أفعال حيوانية، أو غير ذلك. أما الفقه القانوني فقد اختلف في مدى اعتبار حالة الضرورة إكراها أم لا؟ على ثلاثة آراء: رأي يقول بأنها من صور الإكراه مطلقا، ولو كان المتعاقد الآخر حسن النية⁽³⁾. والرأي الثاني يقول بأنها تعدُّ إكراها فقط إذا كان المتعاقد الآخر سيئ النية؛ بحيث علم بوجود هذه الحالة، وقام باستغلالها للحصول على ما لا يستحقه، أو على أكثر مما يستحقه. والرأي الثالث يقول بأنه في حالة استغلال حالة الضرورة يكون الأمر متعلقا بالاستغلال لا بالإكراه⁽⁴⁾.

ومما سبق يتبين لي بأن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي متوافقان على اشتراط كون المُكْرَه من الأشخاص. وأن الإكراه لا يُتصور من الظروف والأحوال. لأن هذه الظروف التي قد تدفع شخصا للزواج أو غيره من التصرفات دون رغبته، هي تمثل في الحقيقة حالة الضرورة لا حالة الإكراه. ونظرا لكون هذا الشرط لم يتم التصريح به لا في الفقه ولا في القانون، فقد وقع شيء من الاختلاف الفقهي في إلحاق حالة الضرورة بالإكراه؛ ولكن الراجح هو عدم إلحاقها به.

2- قدرة المُكْرَه على تنفيذ تهديده

اشترط فقهاء المذاهب الأربعة كون المُكْرَه ذا بطش وسطوة وقوة تمكنه من تنفيذ تهديده، فإن كان لا يقدر على إيقاع وعيده، كان تهديده هذيانا ولغوا لا يتحقق به الإكراه⁽⁵⁾.

(1) ينظر المواد: 7، 13 أسرة جزائري؛ 20، 21، 23 أسرة مغربية؛ 10، 12 أحوال شخصية أردني.

(2) جاء في المادة 1/88 مدني جزائري: «يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر...» وجاء في الفصل 46 التزامات مغربي: «الإكراه إجبار... يحمل بواسطته شخص شخصا آخر...»

(3) تنص المادة 210 موجبات لبناني على الآتي: «... ولا حاجة للتمييز بين أن يكون هذا الضغط صادرا عن أحد المتعاقدين، أو عن شخص ثالث، أو عن أحوال خارجة عن دائرة التعاقد...»

(4) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 1/289-290؛ المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، م.س، ج1، مج1، ص.395-398؛ النظرية العامة للالتزام: بلحاج العربي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، 2007م، 1/123.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 7/176؛ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: أحمد بن غنيم النفراوي، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1995م، 3/1031؛ روضة الطالبين، م.س، 6/55؛ المغني، م.س، 10/353.

وهذا الشرط وإن كان محل اتفاق بين الفقهاء؛ إلا أنهم اختلفوا في معيار هذه القدرة؛ فذهب أبو حنيفة إلى أن معيارها هو ما كان صاحبها ذا منعة وسلطة مطاعة، أي صاحب ولاية. فلا يتحقق الإكراه عنده إلا من السلطان دون سواه؛ إذ غير السلطان لا يقدر على تنفيذ تهديده؛ لأن المكره يستغيث بالسلطان فيغيثه، فإن كان المكره هو السلطان نفسه فلا يجد المكره غوثاً⁽¹⁾.

وذهب صاحباً أبي حنيفة، وهو المفتي به في المذهب الحنفي، وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة، إلى أن معيار القدرة هو ما كان صاحبها متمكناً من تنفيذ تهديده فعلاً؛ سواء كان ذا ولاية وسلطة مطاعة، كالسلطان، أو كان ذا قهر وتغلب، كاللص وقاطع الطريق⁽²⁾.

والراجح ما ذهب إليه الجمهور؛ لأن الإكراه هو الإيعاد بإلحاق المكره بالغير، وهذا يقدر عليه كل متسلط متغلب، سلطاناً كان أو غيره. والاستغاثة بالسلطان لا تمكن في كل حال؛ ولذلك اعتذر الحنفية لإمامهم فيما ذهب إليه، بأن خلافه للجمهور خلاف زمان لا خلاف حجة وبرهان. ففي زمانه لم يكن لغير السلطان قدرة على الإكراه، ثم تغير الحال بعده⁽³⁾.

وبخصوص القانون الوضعي، لم يرد النص على هذا الشرط في كل من القانون الجزائري والمغربي. أما القانون المدني الأردني فقد نص على هذا الشرط بقوله في المادة 140: «يُشترط أن يكون المكره قادراً على إيقاع ما هدد به...»⁽⁴⁾ إذن فلا يتحقق الإكراه إلا إذا كان المكره قادراً على تنفيذ وعيده، وإيقاع تهديده؛ سواء كان ذلك بنفسه أو بواسطة غيره، مثل زعيم عصابة إجرامية مسجون يهدد غيره بالقتل، فهو لا يستطيع تنفيذ القتل بنفسه؛ لكنه يستطيع ذلك بواسطة أحد أفراد العصابة الطلقاء. أما إذا كان المكره عاجزاً عن تنفيذ تهديده، بأن كان مثلاً مقعداً ولا نفوذ له على غيره، وهدد شخصاً بالضرب، فلا يتحقق الإكراه⁽⁵⁾.

والعبرة في تقدير قدرة المكره هي ما يتصوره المكره ويعتقده، أو يغلب على ظنه، وليس ما يكون في الواقع المادي؛ فقد يكون المكره غير قادر واقعياً على إيقاع وعيده؛ لكن المكره يعتقد

(1) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 176/7.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 176/7؛ المدونة الكبرى: مالك بن أنس، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994م، 44/2؛ شرح ميارة الفاسي، م.س، 231/1؛ روضة الطالبين، م.س، 55/6؛ المغني، م.س، 353/10.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 176/7؛ حاشية ابن عابدين، م.س، 178/9.

(4) جاء هذا الشرط أيضاً في المواد: 113 مدني عراقي؛ 181 معاملات إماراتي؛ 99 معاملات عماني؛ 175 مدني يمني؛ 2/69 من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م، والصادر بتاريخ: 14/02/1984م.

(5) ينظر: المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، م.س، ج1، ص1، ص402-404؛ مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دراسة مقارنة: عدنان إبراهيم السرحان/ نوري حمد خاطر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2008م، ص128.

قدرته على ذلك⁽¹⁾. مثل الشخص الذي يهدد آخر بقتله إن لم يبرم عقد الزواج على ابنته، ويستخدم في تهديده مسدسا غير مُدخَّر، ولكن المكره يظن أن المسدس مُدخَّر.

ومن خلال ما سبق، يتبين بأن القانون الأردني يتفق مع الفقه الإسلامي في اشتراط قدرة المكره على تنفيذ تهديده. أما القانون الجزائري والمغربي فأغفلا النص على هذا الشرط؛ ورغم ذلك يمكن القول بأن شرط القدرة يمكن الاستغناء عنه من الناحية العملية؛ وذلك باشتراط شرط آخر سيأتي بيانه، وهو تولد الرهبة في نفس المكره؛ إذ لا يُتصور أن تتولد هذه الرهبة لولا غلبة الظن بوجود تلك القدرة؛ لأن معيار القدرة هو معيار نفسي، يتوقف على ما يغلب على ظن المكره⁽²⁾.

3- كون المكره ظلما معتديا بإكراهه

اشترط فقهاء المذاهب الأربعة في المكره كونه ظلما معتديا بإكراهه، غير محقِّ في فعله، أما إن كان محقا في ذلك، كإكراه الولي المجبر لمن تحت ولايته على الزواج وفقا لولاية الإجماع، فهذا مشروع عندهم، وهو في حكم الطوع⁽³⁾.

ولكن حتى يكون الإكراه مشروعا لا بدَّ أن يكون كل من المكره به (الوسيلة) والمكره عليه (الغاية) مشروعان. فإذا كانت الوسيلة أو الغاية غير مشروعتين كلاهما أو إحداها، فإن الإكراه غير مشروع، ويسمى جبرا حراما، أو إكراها بالباطل، أو بغير حق، وعليه يكون المكره ظلما.

فالإجماع على الزواج وفقا لولاية الإجماع، وإن كان جائزا في الفقه الإسلامي⁽⁴⁾؛ إلا أن ممارسته لا تكون مشروعة إلا إذا كانت وسيلته مشروعة، وغايته كذلك. فالإجماع على الزواج لا يجوز إلا من الولي المجبر دون سواه، ولا يُجبر إلا من يجوز إجباره من الصغار والمجانين. وأن يتم ذلك بمباشرة العقد لهم دون استئذانهم. أما ضربهم أو حبسهم أو تجويعهم حتى يوافقوا على الزواج فلا يجوز. كما يجب أن تكون الغاية من تزويجهم جبرا مشروعة أيضا، وذلك بأن يكون الزواج محققا لمصلحتهم هم وليس مصلحة الولي، فلا يجوز تزويج القاصرة مثلا من غير الكفاءة، ولا من المعيب، ولا بأقل من مهر المثل.

(1) تنص المادة 2/69 سوداني على أنه: «تكون الرهبة قائمة على أساس معقول، إذا كانت ظروف الحال وقت التعاقد تصور للطرف الذي يدعيها أن المكره قادر على إيقاع ما يهدد به...»

(2) ينظر: مصادر الحقوق الشخصية، م.س، ص.128، 130.

(3) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 177/9؛ منح الجليل، م.س، 52/4؛ الحاوي الكبير، م.س، 232/10؛ أسنى المطالب، م.س، 282/3؛ المغني، م.س، 351/10؛ كشف القناع، م.س، 2593/8.

(4) سيأتي الكلام بالتفصيل عن ولاية الإجماع وما يتعلق بها من أحكام وضوابط، ص.125 وما بعدها.

وقد نصت القوانين المدنية على أن الإكراه المؤثر هو ما كان بغير وجه حق، أي غير مشروع ولا يسمح به القانون، بحيث يكون المُكْرَه متعديا على المُكْرِه. وهذا ما جاء صراحة في المادة 1/88 مدني جزائري، والفصل 46 التزامات مغربي، والمادة 135 مدني أردني⁽¹⁾.

وعدم مشروعية الإكراه تُعرف بالنظر إلى وسيلته والغرض منه، فقد تكون الوسيلة مشروعة، والغرض كذلك، وقد يكون كلاهما غير مشروع، وقد يكون أحدهما مشروعاً، والآخر غير مشروع، فمجموع الحالات إذن أربع هي:

أ- استعمال وسيلة مشروعة للوصول إلى غرض مشروع: ومثال ذلك: تهديد الدائن لمدينه بمقاضاته، لحمله على دفع الدين الذي عليه دون زيادة. فلا يتحقق الإكراه في هذه الحال⁽²⁾. ومثال ذلك أيضا تزويج المجنون دون استئذانه؛ إذا كان ذلك يحقق مصلحته⁽³⁾.

ب- استعمال وسيلة مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع: ومثاله استعمال الدائن للوسائل المذكورة سابقاً؛ للحصول على أكثر من حقه، فالإكراه هنا متحقق؛ لعدم مشروعية الغرض⁽⁴⁾، وهذا ما صرح به الفصل 48 من قانون الالتزامات المغربي⁽⁵⁾.

ومثاله في الزواج أن تهدد امرأة رجلاً بالتبليغ عن جريمته إذا لم يقبل الزواج بها. فالتبليغ عن الجريمة مشروع؛ لكن إجبار شخص بالغ على الزواج دون رضاه غير مشروع. أما إذا كانت الجريمة هي اغتصابه لتلك المرأة، فيظهر لي بأن الإكراه هنا مشروع؛ لأن المرأة لم تطلب سوى التعويض عن الضرر الذي لحقها بالاغتصاب، وخير تعويض عن ذلك هو الزواج بها⁽⁶⁾.

ج- استعمال وسيلة غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع: ومثاله أن تهدد زوجة زوجها بكشف أسراره والتشهير به، إذا لم ينفق عليها، فقد ذهب بعض الفقه القانوني إلى تحقق الإكراه

(1) جاء في المادة 1/88 مدني جزائري: «... إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.» وجاء في

المادة 135 مدني أردني: «الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق...»

(2) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 1/280؛ النظرية العامة للالتزام بللحاج العربي، م.س، 1/119.

(3) ينظر المواد: 23 أسرة مغربية؛ 12 أحوال شخصية أردني.

(4) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 1/281-282؛ المسبوط في شرح القانون المدني الأردني، م.س، ج1، مع1، ص.401؛ نظرية العقد في قوانين البلاد العربية: عبد المنعم الصدّة، دار النهضة العربية، بيروت، (د.ط)، 1974م، ص.278.

(5) جاء في الفصل 48 أن: «الخوف الناتج عن التهديد بالمطالبة القضائية، أو عن الإجراءات القانونية الأخرى، لا يخول الإبطال، إلا إذا استغلّت حالة المتعاقد المهدد، بحيث تنتزع منه فوائد مفرطة، أو غير مستحقة.» وفي معناه المواد: 212 موجبات لبناني؛ 52 مجلة الالتزامات التونسية؛ 68 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني، رقم: 89-126 الصادر في: 14/9/1989م، المعدل.

(6) هذا ما يبرر -ربما- ما نص عليه قانون العقوبات الجزائري (الأمر رقم: 66-156، المؤرخ في: 8/6/1966، ج.ر: 49، صادرة بتاريخ: 11 يونيو 1966، المعدل والمتمم.) في المادة 2/326 من إعفاء المختطف من المتابعة الجزائية إذا تزوج بضحيته.

نظرا إلى الوسيلة المخالفة للقانون. وذهب آخرون إلى عدم تحققه مراعاة للغرض المشروع؛ ولكن عدم تحقق الإكراه مشروط بأن لا تشكل الوسيلة جريمة في حد ذاتها⁽¹⁾.

ومثال ذلك في موضوع الزواج أن يمتنع الأب من تزويج ابنته الراشدة دون مبرر شرعي، فتهدده بالفرار مع خاطبها إذا لم يتم بتزويجها. ويظهر لي أن الإكراه هنا لا يتحقق؛ لكن بشرط ثبوت تعسف الولي في امتناعه من التزويج، وأن يتعسر عليها رفع الأمر للقضاء.

د- استعمال وسيلة غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع: ومثاله: أن يهدد شخصاً شخصاً آخر بقتله أو ضربه، إذا لم يبرم معه عقداً معيناً. فالإكراه هنا متحقق بلا خلاف⁽²⁾. ومثال ذلك في الزواج أن يهدد الخاطب مخطوبته باغتصابها إن لم تقبل الزواج به.

ومما سبق يتبين لي أن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي متوافقان على اشتراط كون المَكْرَه ظالماً متعدياً، بحيث يكون إكراهه غير مشروع؛ سواء كان ذلك بسبب عدم مشروعية الوسيلة المستعملة، أو عدم مشروعية الغاية المقصودة. وهذا يسري على الزواج وغيره من العقود؛ ولذلك فلا حرج من تطبيق النصوص المدنية على عقد الزواج؛ لأنها لا تخالف ما جاء في الفقه الإسلامي.

4- كون المَكْرَه طرفاً في العقد أو أجنبياً عنه

لم يشترط الفقه الإسلامي في المَكْرَه أن يكون طرفاً في التصرف المَكْرَه عليه، أو مستفيداً منه، فالإكراه يتحقق ولو كان المَكْرَه أجنبياً عن ذلك التصرف، وسواء علم به الطرف الآخر أو لم يعلم به. وهذا ما يفهم من كلام الحنفية حين قالوا بأن السلطان إذا أكره غيره على البيع كان البيع فاسداً يجوز للمكروه فسخه، سواء كان المكروه هو البائع والمشتري معاً، أو أحدهما فقط دون الآخر، ولم يشترطوا علم الآخر بالإكراه الواقع من السلطان الذي لا يُعد طرفاً في العقد⁽³⁾.

وصرح المالكية بأن المَكْرَه على البيع يكون بيعه غير لازم، سواء علم المشتري بالإكراه الواقع من الغير أم لا. وإنما يختلف الأمر في أن العالم بالإكراه آثم، ويقع عليه الضمان مطلقاً، والغلة ليست له، أما غير العالم، فلا يضمن إلا ما انتفع به بأكل ولبس، والغلة تكون له⁽⁴⁾.

(1) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 1/280-282، هامش 2؛ نظرية العقد للصدّة، م.س، ص.279؛ المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، م.س، ج1، ص.401-402؛ النظرية العامة للالتزام لتوفيق فرج، م.س، ص.161؛ مصادر الحقوق الشخصية، م.س، ص.126.

(2) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 1/280؛ نظرية العقد للصدّة، م.س، ص.278؛ المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، م.س، ج1، ص.399؛ شرح القانون المدني الجزائري للسعدّي، م.س، 1/195.

(3) ينظر: الفتاوى الهندية، م.س، 5/36.

(4) ينظر: مواهب الجليل، م.س، 4/248-249؛ البهجة في شرح التحفة، م.س، 2/124-125.

وما ذكره الحنفية والمالكية بشأن البيع ينطبق على عقد الزواج، بمعنى أن الإكراه على الزواج يتحقق، ويكون مؤثراً؛ سواء صدر من أحد أطراف العقد، كالخاطب والمخطوبة، أو ممن ينوب عنهما، كالولي والوكيل، أو ممن له علاقة بهما، كالأهل والأقارب؛ بل حتى لو صدر من شخص لا علاقة له بهما أصلاً. وهذا ما يستفاد أيضاً من إطلاق المالكية والشافعية والحنابلة الحكم ببطان زواج المُكره دون تحديد منهم لمن صدر منه الإكراه، هل هو أحد المتعاقدين أو غيرهما⁽¹⁾.

أما في القانون الوضعي، فقد اتفقت القوانين المدنية على أن الإكراه الصادر من أحد المتعاقدين مؤثر في العقد، وهذا ما جاء صريحاً في المادة 1/88 مدني جزائري، وهو ما تقتضيه النصوص العامة في القانونين المغربي والأردني⁽²⁾. وهذا الحكم أمر منطقي؛ لأن المتعاقد الآخر قام بعمل غير مشروع (الإكراه)، وبالتالي بتحمل ما يترتب عن ذلك من مسؤولية مدنية بتعويض المتعاقد الآخر، أو إبطال العقد، أو عدم إجازته، بحسب ما يقرره كل قانون⁽³⁾.

لكن هذه القوانين اختلفت مواقفها بشأن الإكراه الصادر من الغير. فالقانون الجزائري (م89)⁽⁴⁾ لا يعتد بالإكراه الصادر من الغير؛ إلا إذا كان المتعاقد الآخر عالماً بأمر الإكراه الصادر من الغير وقت إبرام العقد، أو يفترض أن يكون عالماً به، ويكون عالماً به إذا تم بطلبه، أو كان هو المحرض عليه مثلاً. ويفترض علمه به إذا كانت له صلة بهذا الغير، كأن يكون نائباً عنه، أو وسيطاً له، أو أحد أتباعه، أو من يُبرم العقد لمصلحته.

ففي هذه الأحوال يكون المتعاقد الآخر سعيء النية؛ ولذلك يستحق المؤاخذة على الإكراه، فإن لم يعلم به فهو حسن النية، فلا سبيل لمؤاخذته مراعاة لحسن النية، وحفاظاً على استقرار المعاملات. فإذا لم يؤثر الإكراه هنا كعيب في الرضا، فإنه يؤثر كعمل غير مشروع، فيكون للمكره حق مطالبة المكره بالتعويض عن الضرر⁽⁵⁾.

(1) ينظر: حاشية الدسوقي، م.س، 370/2؛ الحاوي الكبير، م.س، 54/9؛ المغني، م.س، 406/9.

(2) ينظر الفصل 46 التزامات مغربي؛ والمادة 141 مدني أردني.

(3) ينظر: النظرية العامة للالتزام لتوفيق فرج، م.س، ص. 157-158؛ شرح القانون المدني الجزائري للسعدي، م.س، 197/1.

(4) تنص المادة 89 على أنه: «إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد، إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه.» وتطابقها المادة 128 من القانون المدني المصري، رقم: 131 لسنة 1948، الصادر في: 1948/7/16؛ والمادة 129 من القانون المدني السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم: 84 بتاريخ: 1949/05/18 م. والمادة 71 معاملات سوداني؛ والمادة 184 معاملات إماراتي؛ والمادة 2/157 مدني كويتي.

(5) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 288/1؛ نظرية العقد للصدّة، م.س، ص. 281؛ عيوب الرضا في القانون المدني: أنور العمروسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 2003 م، ص. 216.

أما القانون المغربي (ف49)⁽¹⁾ فيعتد بالإكراه الصادر من الغير حتى لو كان المتعاقد الآخر حسن النية. وهذا ما تدل عليه أيضا نصوص القانون المدني الأردني (م135، 141)، والتي جاءت مطلقة ودون ذكر مصدر الإكراه.

وأساس هذا الموقف هو أن الإكراه بوصفه عيبا في الرضا، لا فرق فيه بين أن يصدر من أحد المتعاقدين أو من الغير؛ ولكن إذا تمسك المكره بحقه في الإبطال أو عدم النفاذ، فإن للمتعاقد الآخر حسن النية الحق في مطالبته بالتعويض، ويرجع المكره بالتعويض على المكره⁽²⁾. وهذا ما تقتضيه قواعد المسؤولية المدنية⁽³⁾.

هذا كله في القوانين المدنية، أما قوانين الأحوال الشخصية فلم يرد فيها ما يدل صراحة على حكم هذه المسألة؛ لكن النصوص الدالة على منع الإكراه على الزواج، كالمادة 13 جزائري، أو الدالة على تأثيره على صحة الزواج ولزومه، كالمادة 63 مغربي، والمادة 31/ز أردني؛ قد جاءت مطلقة عن تحديد مصدر الإكراه، مما يقتضي الاعتداد به وإن صدر من الغير⁽⁴⁾.

ومما سبق بيانه بشأن مصدر الإكراه في الفقه والقانون، يظهر لي أن قوانين الأحوال الشخصية، والقانون المدني المغربي والأردني تتوافق مع الفقه الإسلامي في اعتبار الإكراه مؤثرا بغض النظر عن مصدره، وأنه لا يشترط في المكره كونه طرفا في العقد؛ بل قد يكون أجنبيا عنه. أما القانون المدني الجزائري فلا يعتد بالإكراه الصادر من الغير إلا إذا اتصل بعلم المتعاقد الآخر.

وبعد ذكر شروط المكره، أنه إلى أنه لا يشترط فيه كونه بالغا أو عاقلا أو مميزا، فيمكن أن يتحقق الإكراه من الصبي أو المجنون أو المعتوه، ما دام متسلطا متغلبا متمكنا من إيقاع تهديده.

(1) ينص الفصل 49 مغربي على أن: «الإكراه يحول إبطال الالتزام، وإن لم يباشره المتعاقد الذي وقع الاتفاق لمنفعته». ومثله الفصل 53 مجلة الالتزامات التونسية؛ والمادة 69 التزامات موريتاني؛ في المعنى نفسه المادة 176 مدني بمبي؛ والمادة 210 موجبات لبناني والتي جاء فيها: «... ولا حاجة للتمييز بين أن يكون هذا الضغط صادرا عن أحد المتعاقدين، أو عن شخص ثالث...»

(2) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 288/1؛ نظرية العقد للصدرة، م.س، ص.282.

(3) تنص المادة 178 مدني بمبي على أنه: «إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين بدون علم المتعاقد الآخر، كان للمتعاقد الآخر إذا رجع عليه المكره لإرجاع ما أكره عليه أن يطالبه بتعويض ما غرمه وما أصابه من ضرر، والمكره يرجع على من أكرهه». وفي معناها المادة 2/210 موجبات لبناني.

(4) تنص المادة 1/9 من قانون الأحوال الشخصية العراقي (رقم: 188 لسنة 1959م، المؤرخ في: 19/12/1959م، ج.ر: 280، الصادرة في: 30/12/1959، المعدل) على أنه: «لا يحق لأي من الأقارب أو الأغباء إكراه أي شخص، ذكرا كان أم أنثى على الزواج دون رضاه، ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلا إذا لم يتم الدخول، كما لا يحق لأي من الأقارب أو الأغباء منع من كان أهلا للزواج، بموجب أحكام هذا القانون من الزواج.» فهذه الفقرة صريحة في منع الإكراه على الزواج، وأن ذلك يطله؛ سواء صدر الإكراه من الأقارب أو الأغباء، أي غير الأقارب.

وهذا ما صرح به الحنفية⁽¹⁾. ولم أجد من ذكر هذا المعنى، لا في بقية المذاهب الفقهية، ولا في القوانين الوضعية. ولكن ما ذكره الحنفية أمر معقول؛ لأن العبرة في الإكراه هو قدرة المكره على تنفيذ تهديده، وهذا لا علاقة له بالعقل أو البلوغ؛ بل قد يكون المجنون والمعتهو أقدر على أذية غيره والإضرار به، وقد يبعث الرهبة في نفس المكره أكثر مما يبعثها الشخص العاقل.

وبناءً عليه، فلو أكره شخص معتهو غيره على الزواج بامرأة معينة فتزوجها تحقق الإكراه. أما إن أكره امرأة على أن تتزوجه فتزوجته، فلا ينعقد الزواج أصلاً؛ لأن المعتهو ليس أهلاً لإبرام عقد الزواج.

الفرع الثاني

المُكْرَه وشروطه

سأتكلم في هذا الفرع عن تعريف المُكْرَه (أولاً)، ثم عن شروطه (ثانياً).

أولاً- تعريف المُكْرَه

لم أجد من عرف المُكْرَه، لا في الفقه الإسلامي ولا في القانون الوضعي، وغاية ما وجدته هو ما قاله ابن العربي⁽²⁾ بأن: «المُكْرَه: هُوَ الَّذِي لَمْ يُحَلَّ وَتَصْرِيْفَ إِرَادَتِهِ فِي مُتَعَلِّقَاتِهَا الْمُحْتَمَلَةِ لَهَا، فَهُوَ مُحْتَارٌ، بِمَعْنَى أَنَّهُ بَقِيَ لَهُ فِي مَجَالِ إِرَادَتِهِ مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ عَلَى الْبَدَلِ، وَهُوَ مُكْرَهٌ بِمَعْنَى أَنَّهُ حُذِفَ لَهُ مِنْ مُتَعَلِّقَاتِ الْإِرَادَةِ مَا كَانَ تَصْرُفُهَا يَجْرِي عَلَيْهِ قَبْلَ الْإِكْرَاهِ، وَسَبَبُ حَذْفِهَا قَوْلٌ أَوْ فِعْلٌ؛ فَالْقَوْلُ هُوَ التَّهْدِيدُ، وَالْفِعْلُ هُوَ أَخْذُ الْمَالِ، أَوْ الضَّرْبُ، أَوْ السَّجْنُ.»⁽³⁾

ومعنى هذا الكلام الطويل لابن العربي هو أن المُكْرَه شخص قُيدت حريته في اختيار ما يريد، وفُرض عليه فعل ما يريد المُكْرَه. ويمكنني أن أقول في تعريفه: المُكْرَه (بفتح الراء: اسم مفعول): هو الشخص الذي وقع عليه الإكراه، بحيث تم إجباره على فعل أو قول ما لا يرضى به، ولا يختار الإقدام عليه لولا الإكراه. وهو في الزواج إما خاطب أو مخطوبة أو ولي.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 176/7؛ تكملة البحر الرائق، محمد الطوري، دار الكتاب الإسلامي، ط2، (د.ت)، 80/8.

(2) هو: محمد بن عبد الله بن محمد المعافري، أبو بكر ابن العربي. إمام من أئمة المالكية. وهو فقيه وأصولي، ومحدِّث ومفسر، وأديب ومتكلم، بلغ رتبة الاجتهاد. ولد بإشبيلية سنة: 468هـ، وأخذ العلم عن علماء الأندلس. ثم رحل إلى المشرق فأخذ العلم عن علمائها، ثم رجع إلى إشبيلية وتولى القضاء فيها. توفي بمراكش سنة: 543هـ، ودفن بفاس. له مؤلفات كثيرة منها: "المحصل في أصول الفقه"، "عارضة الأحوذ في شرح الترمذي"، "أحكام القرآن". ينظر: الأعلام، م.س، 230/6.

(3) أحكام القرآن: أبو بكر ابن العربي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2003م، 160/3.

ثانيا- شروط المُكْرَه

يشترط في المُكْرَه عدّة شروط، وهي كالآتي:

1- غلبة ظن المُكْرَه بوقوع ما هُدِّدَ به

اشترط فقهاء المذاهب الأربعة في المكروه أن يغلب على ظنه من خلال قرائن الأحوال، أنه إذا امتنع من الإتيان بما طُلب منه، فسيوقع المكروه ما هدد به. وغلبة الظن حجة معتبرة، خاصة إذا تعذر الوصول إلى اليقين. فإن غلب على ظنه عدم وقوع ما هُدد به فلا إكراه⁽¹⁾، وإن شك في ذلك فهو مكروه عند الحنابلة، وليس مكروها عند الحنفية⁽²⁾. والعبرة هنا بما يغلب على ظن المكروه، لا ما يغلب على ظن غيره، ولا بما يكون عليه واقع الأمر.

ولم يرد النص على هذا الشرط لا في قوانين الأحوال الشخصية ولا القوانين المدنية؛ باستثناء القانون المدني الأردني، الذي نص في المادة 140 على أنه: «يشترط أن يكون المكروه قادرا على إيقاع ما هدد به، وأن يغلب على ظن المكروه وقوع الإكراه عاجلا إن لم يفعل ما أكره عليه.»⁽³⁾

وعليه يمكنني القول بأن القانون المدني الأردني قد وافق الفقه الإسلامي في اشتراطه في المكروه أن يغلب على ظنه وقوع ما هُدِّدَ به. أما القانون الجزائري والمغربي فلم يذكر هذا الشرط. لكن في نظري يمكن الاستغناء عنه باشتراطهما حصول الرهبة والخوف في المكروه؛ لأن الخوف لا يُتصور إذا لم يغلب الظن بوقوع التهديد.

2- كون المُكْرَه عاجزا عن دفع الإكراه

يُشترط في المذاهب الأربعة في المُكْرَه كونه عاجزا عن دفع المكروه عن نفسه، والتخلص من إكراهه؛ سواء بالهرب، أو الاختفاء، أو الاستغاثة بمن يخلصه، أو المقاومة والمدافعة. فإن كان قادرا على التخلص منه فلا يكون مكروها⁽⁴⁾.

ومن طرق الخلاص استعمال التورية والمعاريض؛ ففي قول عند المالكية، ووجه عند الشافعية، وقول عند الحنابلة، أن المكروه على النكاح والطلاق واليمين ونحو ذلك من الأقوال، يلزمه

(1) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 176/7؛ منح الجليل، م.س، 52/4؛ روضة الطالبين، م.س، 55/6؛ المغني، م.س، 353/10.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 176/7؛ الفتاوى الكبرى: أحمد بن تيمية، تحقيق: محمد عبد القادر عطا/ مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1987م، 490/5.

(3) هذه المادة تطابقها المادة 181 معاملات إماراتي. وفي معناها المواد: 2/69 معاملات سوداني؛ 113 مدني عراقي.

(4) ينظر: المبسوط، م.س، 49/24؛ تكملة البحر الرائق، م.س، 80/8؛ أحكام القرآن لابن العربي، م.س، 160/3؛ روضة الطالبين، م.س، 55/6؛ كشاف القناع، م.س، 2594/4.

التأويل والأخذ بالتورية، ما دام عالماً مستحضراً، غير جاهل ولا ذاهل؛ وإلا كان مختاراً غير مكروه، والمعتمد عند المالكية، والوجه الصحيح عند الشافعية، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة، أنه لا يلزم المكروه الأخذ بالتورية حتى مع العلم بها واستحضارها. فإذا أخذ بها، وتأول في كلامه، كأن يُكروه على تطليق زوجته، فيقول: زوجتي طالق، يقصد من وثاق، أو من وجع الطلق الذي يكون قبل الولادة؛ فإن تأويله في مثل هذه الحالات يكون مقبولاً، وقوله في نيته مصدقاً⁽¹⁾.

وينتج عن تحقق هذا الشرط والذي سبقه أن يكون المكروه في خوف ورهبة تدفعه إلى الإتيان بما أكره عليه من قول أو فعل دون رضاه؛ ولذلك عبّر بعض الفقهاء عن الشرطين السابقين بشرط واحد هو خوف المكروه من وقوع ما هُدد به. يقول السرخسي: «في المكروه المعتبر أن يصير خائفاً على نفسه من جهة المكروه في إيقاع ما هدد به.»⁽²⁾ ويقول عليش⁽³⁾: «وَالْإِكْرَاهُ يَتَحَقَّقُ بِخَوْفٍ، أَيْ غَلْبَةِ ظَنِّ حُصُولِ شَيْءٍ مُؤَلِمٍ.»⁽⁴⁾

أما القانون الوضعي فلم يرد فيه النص على هذا الشرط، لا في قوانين الأحوال الشخصية ولا في القوانين المدنية. ولكن هذه الأخيرة اشترطت شرطا يتضمن هذا المعنى. فقد اشترط القانون المدني الجزائري (م88)، وقانون الالتزامات والعقود المغربي (ف2/47) لتحقيق الإكراه أن يتولد في نفس المُكْرَه خوف ورهبة تدفعه لفعل ما طُلب منه، ولا شك أن المُكْرَه لن يملكه الخوف والرهبة إلا إذا كان عاجزاً عن دفع الإكراه والتخلص منه، وأن يغلب على ظنه أن المُكْرَه قادر على تنفيذ تهديده. وعليه فاشتراط حصول الرهبة يُغني عن اشتراط الشرطين السابقين.

وبهذا يكون القانون الوضعي متفقاً مع الفقه الإسلامي في مضمون ما يُشترط في المُكْرَه، وإن اختلفت صياغة الشروط في الفقه الإسلامي عنها في القانون الوضعي. لكن العبرة بالمعاني لا بالألفاظ. مع الإشارة إلى أن القانون المدني الأردني قد أخذ بالصياغة الواردة في الفقه الإسلامي.

(1) ينظر: التاج والإكليل، م.س، 311/5-312؛ منح الجليل، م.س، 51/4؛ روضة الطالبين، م.س، 55/6؛ أسنى المطالب، م.س، 282/3؛ المغني، م.س، 354/10؛ كشف القناع، م.س، 2594/4؛ الإنصاف، م.س، 441/8.

(2) المبسوط، م.س، 39/24.

(3) هو: محمد بن أحمد بن محمد عُليش، أبو عبد الله: فقيه من أعيان المالكية. مغربي الأصل، من أهل طرابلس الغرب. ولد بالقاهرة سنة: 1217هـ. وتعلم في الأزهر، وولي مشيخة المالكية فيه. اتهم في آخر حياته بموالاته ثورة عرابي باشا، فأخذ وهو مريض، وألقي في سجن المستشفى بالقاهرة، فتوفي فيه سنة: 1299هـ. من تصانيفه: "فتح العليّ المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك"، وهو مجموع فتاويه، و"منح الجليل على مختصر خليل". ينظر: الأعلام، م.س، 19/6-20.

(4) منح الجليل، م.س، 52/4. وينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، م.س، 101/6.

الفرع الثالث

المُكْرَه به وشروطه

سأتكلم في هذا الفرع عن المُكْرَه به (أولاً)، وشروطه (ثانياً).

أولاً - المُكْرَه به (وسيلة الإكراه)

لم أجد من عرف المُكْرَه به لا في الفقه الإسلامي ولا في القانون الوضعي. ويمكنني تعريفه بأنه: الوسيلة التي اعتمدها المُكْرَه لحمل المُكْرَه على أمر معين من قول أو فعل. وهذه الوسيلة في الفقه الإسلامي قد تكون فعلاً أو قولاً، أو نفوذاً أدبياً. وكلها وسائل تصلح للإكراه على الزواج.

1- الإكراه بالفعل: ويتمثل الفعل هنا فيما يفعله المُكْرَه بالمُكْرَه، مما يسبب له الضرر من أصناف العذاب وألوان العقاب، كالضرب والحبس ونحوه. وقد يكون الفعل مما لا يلحق ضرراً حالاً بالمُكْرَه؛ ولكنه يتضمن التهديد بإلحاقه قريباً، كمن يضع خنجراً على رقبة شخص، أو يوجه مسدساً نحو رأسه ليحمله على أمر معين.

والضرر المترتب عن هذا الفعل قد يكون مادياً أو معنوياً؛ والضرر المادي قد يصيب نفس المُكْرَه بقتله، وقد يصيب بدنه، كإتلاف العضو بقطعه أو تعطيل وظيفته، أو الضرب المؤلم. وقد يكون مالياً يصيب الذمة المالية للمُكْرَه، كأخذ ماله أو إتلافه. والضرر المعنوي ما يصيب نفس المُكْرَه من همٍّ وغمٍّ وضيق، كالحبس، وكالسب لذوي الهيئات والمروءات في ملائمة من الناس، وقد يصيب المُكْرَه ألم نفسي بسبب إلحاق الضرر بأحد أقاربه، كالآباء والآباء وغيرهم⁽¹⁾.

2- الإكراه بالقول: ويتمثل في التهديد والوعيد بفعل شيء مما سبق ذكره، مما فيه إلحاق الضرر بالمُكْرَه، فالتهديد والوعيد المجرد عن الفعل كافٍ لتحقيق الإكراه، ولا يشترط أن ينال المُكْرَه شيء من العذاب. وهذا هو مذهب الحنفية والمالكية والشافعية ورواية عن أحمد، وذهب أحمد في الرواية الثانية عنه إلى أن الإكراه لا يتحقق بمجرد التهديد⁽²⁾. والراجح هو مذهب الجمهور؛ لأن الإكراه حقيقة لا يكون إلا بالوعيد، فالخوف يكون مما يُتوعد به مستقبلاً، مما يمكن دفعه بفعل المُكْرَه عليه، أما الماضي من العقاب فلا يندفع بذلك، فقد وقع وانتهى⁽³⁾.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 175/7؛ منح الجليل، م.س، 52/4؛ مغني المحتاج، م.س، 471/4-472؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 75/3.

(2) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 177/9؛ شرح مختصر خليل للخرشي، م.س، 34/4؛ منح الجليل، م.س، 52/4؛ روضة الطالبين، م.س، 55/6؛ المغني، م.س، 352/10.

(3) ينظر: أحكام القرآن لابن العربي، م.س، 160/3؛ المغني، م.س، 352/10.

ولا يتحقق الإكراه بمجرد الأمر دون تهديد، إلا إذا علم المأمور أو غلب على ظنه من قرائن الأحوال، أن هذا الأمر (سلطاناً أو غيره) يعاقب من عصاه؛ لما عُرف عنه من بطش وشدّة⁽¹⁾.

3- النفوذ الأدبي: قد يكون للشخص نفوذ أدبي على غيره، بحيث يُكِنُّ له هذا الأخير مشاعر الاحترام والتقدير، أو المهابة والإجلال، أو الاستحياء، كما هو حال الحاكم مع رعيته، والعالم مع طلبته، والأب مع أبنائه. فإذا أمر هذا الشخص غيره ممن له عليه نفوذ أدبي، فهل يُعد هذا الأمر المجرد عن التهديد إكراهاً؟ ذهب الحنفية إلى أن أمر السلطان المجرد يُعدّ إكراهاً؛ لأن الغالب في حاله التنكيل والمعاقبة عند المخالفة⁽²⁾. وذهب المالكية والشافعية إلى أن أمر السلطان لا يُعدّ إكراهاً؛ إلا إذا صحبه تهديد ووعيد، أو إذا علم المأمور أو غلب على ظنه أن هذا السلطان يعاقب من عصاه وينكل به، فيكفي مجرد الأمر منه لتحقيق الإكراه⁽³⁾.

ومن صور النفوذ الأدبي في موضوع الزواج ما يسمى بالجاهية والزورة، وهي عادة موجودة في بعض القبائل العربية، ومعناها أن يرغب شخص مثلاً في الزواج من امرأة، فترفض المرأة ووليها، فيذهب إلى من له جاه ومكانة عند الولي، كأمر القبيلة مثلاً، فيقول له: اذهب معي إلى فلان ولي فلانة. فيذهبون معه إليه لزيارته، فيقوم ولي الفتاة بإكرام ضيوفه، ويذبح لهم، ويقدم لهم الطعام. فيقول الأمير: لا آكل من طعامك إلا أن تلي طلبتي الذي جئتك من أجله. ويحاول صاحب الدار إقناعهم بتناول الطعام فيرفضون إلا بعد تلبية الطلب. فيضطر ولي أمر المرأة أن يقبل وجاهتهم، ويزوج موليته مكرهاً، وموليته غير راضية. وربما يكون الزوج غير مرضي ديناً وخلقاً. وقد يفعل مثل هذا مع الرجل ليطلق زوجته فيطلقها، وهو متعلق بها، وهي كذلك، ولكن إرضاء لولي أمر هذه المرأة⁽⁴⁾. فالأمر من أهل الوجاهة في هذه الحالة يُعدّ إكراهاً؛ بسبب خوف المأمور من عداوتهم ومضرتهم إن رفض شفاعتهم. وبهذا أفتى المالكية⁽⁵⁾.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 176/7؛ تكملة البحر الرائق، م.س، 80/8؛ التاج والإكليل، م.س، 312/5؛ الأشباه والنظائر: جلال الدين السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1990م، ص.210؛ الفتاوى الكبرى، م.س، 489/5.

(2) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 182/9.

(3) ينظر: التاج والإكليل، م.س، 312/5؛ روضة الطالبين، م.س، 20/7؛ الأشباه والنظائر للسيوطي، م.س، ص.210.

(4) ينظر: فتاوى اللجنة الدائمة، المجموعة الأولى، م.س، 390/25-391.

(5) جاء في النوازل الجديدة الكبرى، م.س، 298-296/3: أن رجلاً خطب من آخر ابنته، فامتنع من تزويجها له، فوجه إليه بعض المرابطين ممن له جاه، ويُخاف من دعوتهم، مع طائفة من الطلبة بذبيحتهم، فنزلوا عليه وذبحوا الذبيحة، وأحوا عليه في تزويج بنته للرجل المذكور حتى فعل مكرهاً، والبنت كارهة نافرة، ثم أراد بعد ذلك فسخ النكاح المذكور بدعوى حصوله بالإكراه. فأجاب الوزاني بأنه إذا ثبت أن هؤلاء المرابطين والطلبة الذين جاؤوا بالذبيحة، ممن يُخاف من دعوتهم، وأن الشر يلحق المخالف لطلبهم، وأن الأب إنما زوجته ابنته خوفاً منهم، فله فسخ النكاح. ونقل عن الناودي وغيره: أن الخوف من دعوة المرابطين إكراه.

وفي قوانين الأحوال الشخصية لم يرد النص على الوسائل التي يتحقق بها الإكراه، والأمر نفسه في القانون المدني الجزائري. أما قانون الالتزامات والعقود المغربي، والقانون المدني الأردني، فذكرا بعض هذه الوسائل على سبيل الإجمال⁽¹⁾.

وقد فصل فقهاء القانون هذا الإجمال، فقالوا بأن الإكراه لا يُتصور إلا باستعمال وسائل تُؤلّد في نفس المكره الخوف والرهبة. وهذه الوسائل قد تكون حسيّة تقع علي جسم المكره، كالضرب والجرح والخنق، وقد تكون نفسية تقع على الشرف والعرض، كالسب والإهانة والتشهير. وقد تكون واقعة بالفعل، كجلد شخص لحمله على توقيع عقد الزواج، وقد لا تكون واقعة حالا، وإنما يُهدّد بإيقاعها مستقبلا إن لم يستجب المكره لما طُلب منه. وقد تكون أفعالا إيجابية، كالضرب أو التهديد به، وقد تكون أفعالا سلبية، كالامتناع عن عمل معين، أو التهديد بالامتناع عنه، كالإضراب عن العمل لحمل رب العمل للاستجابة لمطالب غير شرعية⁽²⁾، أو امتناع الأب عن الإنفاق على ابنته لحملها على قبول الزواج.

أما النفوذ الأدبي الذي يتمتع به شخص نحو شخص آخر يُكن له مشاعر ممزوجة بالاحترام والهيبية والحياء، بسبب خصوصية العلاقة التي تربطهما، كعلاقة النسب بين الأصول والفروع، وعلاقة الزوجية بين الأزواج، وعلاقة الطالب بأستاذه، والمرؤوس برئيسه في العمل، ورجل الدين بالمتدين، والوصي بالقاصر وغير ذلك. فالأصل أن مجرد الشوكة والنفوذ الأدبي لا يتحقق بها إكراه، وأن الشخص الخاضع لهذا النفوذ إذا اندفع لتنفيذ رغبة صاحب النفوذ لا يعد مُكرها؛ ولكن إذا اقترن بهذا النفوذ وسائل إكراه أخرى، فعندها يتحقق الإكراه. وهذا ما نص عليه قانون الالتزامات المغربي (ف51)، والقانون المدني الأردني (م142)⁽³⁾.

ومما سبق بيانه حول وسيلة الإكراه في الفقه والقانون، يتبين لي بأن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي متوافقان عموما حول وسائل الإكراه، وأنها متنوعة، فقد تكون أقوالا (تهديدات) أو أفعالا مادية، بغض النظر عن نوعها وطبيعتها. أما النفوذ الأدبي فقد وقع بشأنه الاختلاف في الفقه

(1) ينظر الفصل 2/47 التزامات مغربي؛ والمادتان: 136، 137 مدني أردني.

(2) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 277/1؛ نظرية العقد للصدّة، م.س، ص.269؛ النظرية العامة للالتزام لتوفيق فرج، م.س، ص.155؛ النظرية العامة للالتزام لمحمد حسين منصور، م.س، ص.179.

(3) ينص الفصل 51 مغربي على أن: «الخوف الناشئ عن الاعتبار لا يخول الإبطال؛ إلا إذا انضمت إليه تهديدات جسمية، أو أفعال مادية.» وهذا المعنى هو ما يفهم من المادة 142 مدني أردني، والمتعلقة بالنفوذ الأدبي للزوج على زوجته.

- تنبيه: نص القانون المدني الفرنسي (م180) على أن النفوذ الأدبي للأولياء على الأبناء يؤثر في صحة الزواج، فيجعله قابلا للإبطال ولو لم تستعمل وسائل إكراه أخرى. ينظر:

الإسلامي حول مدى الاعتداد به مجرداً أو مصحوباً بوسائل أخرى، واختار القانون المغربي والأردني عدم الاعتداد به إلا إذا صحبته وسائل أخرى. ولم يذكر القانون الجزائري هذا الحكم.

ثانياً- شروط المُكْرَه به (وسيلة الإكراه)

يشترط في المُكْرَه به أو الوسيلة التي يتحقق بها الإكراه ما يأتي:

1- كون الوسيلة مما يتضرر بها المُكْرَه ضرراً معتبراً

ذهب الفقه الإسلامي إلى أن وسيلة الإكراه لا يُعتدُّ بها إلا إذا تضمنت ضرراً معتبراً يصيب المُكْرَه أو يتهدهده. والضرر المعتبر هو ما كان كبيراً ومؤملاً، بحيث يكون أشدَّ في نظر المُكْرَه من ضرر إتيان ما أكره عليه، فيختار ويُؤثر بالتالي تحمل الضرر الأخف دفعا للضرر الأشدَّ⁽¹⁾.

والمعيار في كون هذا الضرر معتبراً (جسيماً)، هو أن يُؤلِّد التهديد به خوفاً ورهبة في نفس المُكْرَه، تدفعه إلى إتيان ما أكره عليه، وهو غير راضٍ به. وهذا يختلف باختلاف حال المُكْرَه، وحال المُكْرَه، والأمر المُكْرَه عليه، وظروف الإكراه⁽²⁾.

أما المُكْرَه فيختلف حاله من حيث الجنس والسن، والقوة والضعف، والصحة والمرض، والعلم والجهل، والفقر والغنى وغير ذلك. وعليه فما يكون إكراها في حق زيد قد لا يكون إكراها في حق عمرو. يقول الطوري⁽³⁾: «إِذَا كَانَ الرَّجُلُ صَاحِبَ مَنْصِبٍ يُعْلَمُ أَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِضَرْبِ سَوْطٍ أَوْ حَبْسِ يَوْمٍ، فَإِنَّهُ يَكُونُ إِكْرَاهًا... وَمَنْ الضَّرْبِ مَا يَجِدُ بِهِ الأَمَّ الشَّدِيدَ، وَلَيْسَ فِي ذَلِكَ حَدٌّ لَا يُزَادُ عَلَيْهِ وَلَا يُنْقَصُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ أَحْوَالِ النَّاسِ، فَمِنْهُمْ مَنْ لَا يَتَضَرَّرُ إِلَّا بِضَرْبٍ شَدِيدٍ وَحَبْسٍ مَدِيدٍ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَتَضَرَّرُ بِأَدْنَى شَيْءٍ، كَالشُّرْفَاءِ وَالرُّؤَسَاءِ يَتَضَرَّرُونَ بِضَرْبِ سَوْطٍ أَوْ بِفَرْكِ أُذُنِهِ، لَا سِيَّمَا فِي مَلَأٍ مِنَ النَّاسِ، أَوْ بِحَضْرَةِ السُّلْطَانِ.»⁽⁴⁾

والمكروه يختلف حاله أيضاً، فقد يكون سلطاناً جائراً، أو قاطع طريقاً متمرداً، أو لصاً محتالاً... فليس هؤلاء على درجة واحدة من القوة والبغي.

(1) ينظر: المبسوط، م.س، 68/24؛ بلغة السالك، م.س، 548/2؛ الأشباه والنظائر: تاج الدين السبكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1991م، 11/2-12؛ البحر المحیط في أصول الفقه: بدر الدين الزركشي، دار الكتبي، ط1، 1994م، 82/2.

(2) أسنى المطالب، م.س، 283/3. وينظر: روضة الطالبين، م.س، 56/6؛ الأشباه والنظائر للسيوطي، م.س، ص.209؛ الإنصاف، م.س، 441/8.

(3) هو: محمد بن حسين بن علي [وقيل اسمه: عبد القادر بن عثمان القاهري]، الشهير بالطوري: مفتي الحنفية بمصر. كان فاضلاً، له علم بالأدب، يفتي ويدرس في الأزهر. توفي في القاهرة نحو سنة: 1030هـ، وقيل: 1138هـ. من كتبه "تكملة البحر الرائق في شرح كنز الدقائق لابن نجيم"، "الفواكه الطورية في الحوادث المصرية" في الأدب. ينظر: الأعلام، م.س، 41/4، 103/6.

(4) تكملة البحر الرائق، م.س، 80/8-81.

والأمر المكره عليه يختلف كذلك، فقد يكون فعلاً أو قولاً، وقد يكون مباحاً أو محرماً، والمحرّم قد يتعلق به حق الله، وقد يتعلق به حق العبد. فالإكراه على الزنا ليس كالإكراه على الزواج، وليس كالإكراه على البيع. فوسيلة الإكراه ينبغي أن تتناسب مع ما يراد الإكراه عليه. فالإكراه لا يتحقق إلا إذا كان ما يدفعه المكره عن نفسه من ضرر أعظم وأشق مما يُقدم عليه. يقول الزركشي⁽¹⁾: «يُشْتَرَطُ لِكَوْنِ الْإِكْرَاهِ مَرْفُوعِ الْحُكْمِ شُرُوطٌ: أَوَّلُهَا: أَنْ يَكُونَ الْمُتَوَعَّدُ بِهِ فِي نَظَرِ الْعُقَلَاءِ أَشَقَّ مِنَ الْمُكْرَهِ عَلَيْهِ.»⁽²⁾

وأما ظروف الزمان والمكان فتؤثر في مقدار الخوف ودرجته، فالتهديد ليلاً ليس كالتهديد نهاراً، والتهديد في الصحراء، أو في مكان خالٍ، أو في بيت مغلق، أشد من التهديد في حضرة الناس أو على مقربة منهم، وإهانة الشخص في خلوة، ليست كإهانتته أمام الملاء⁽³⁾.

ولأن موضوع البحث هو الإكراه في عقد الزواج، فسأكتفي هنا ببيان ما يعدُّ إكراهاً في هذا الباب. حيث ذكر الفقهاء أمثلة كثيرة للوسائل التي يتحقق بها الإكراه على الزواج، ومنها:

أ- التهديد بالقتل، وإتلاف العضو أو تعطيله ولو أملة، والضرب الشديد، والقيود والحبس الطويلين؛ يتحقق به الإكراه على الزواج باتفاق الفقهاء⁽⁴⁾.

ب- الضرب أو القيد أو الحبس اليسير: إذا كان في حق من لا يبالي به فليس التهديد به إكراهاً، أما في حق ذوي الهيئات والمروءات، على سبيل الإذلال والإهانة، كأن يفعل به ذلك في ملائمة من الناس، فهو إكراه، ولو كان صفة، أو ضربة بسوط، أو حبس يوم واحد، أو تسويد وجهه، أو طَوْافاً به في السوق⁽⁵⁾. ومن ذلك خطف المرأة وحبسها حتى تقبل الزواج من خاطفها.

ج- أخذ المال أو إتلافه يعتبر التهديد به إكراهاً مطلقاً. وقيل: لا يعتبر إكراهاً مطلقاً. وقيل: إن كثر كان إكراهاً وإلا فلا. فهذه أقوال ثلاثة في المذهب المالكي، وبالقول الثالث قال الحنابلة.

(1) هو: محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، أبو عبد الله، بدر الدين: عالم بفقهِ الشافعية والأصول. تركي الأصل، مصري المولد والوفاء. ولد سنة: 745هـ، وتوفي سنة: 794هـ. له تصانيف كثيرة في عدة فنون، منها: "البحر المحيط في أصول الفقه"، "المثثور في القواعد الفقهية". ينظر: الأعلام، م.س، 6/60-61.

(2) البحر المحيط في أصول الفقه، م.س، 1/292؛ وينظر: المبسوط، م.س، 24/68؛ بلغة السالك، م.س، 2/548؛ روضة الطالبين، م.س، 6/56-57؛ الأشباه والنظائر للسبكي، م.س، 2/11؛ الفتاوى الكبرى، م.س، 5/490.

(3) ينظر: حاشية الدسوقي، م.س، 2/368؛ الأم، م.س، 7/119.

(4) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 9/177، 179؛ التاج والإكليل، م.س، 5/312؛ روضة الطالبين، م.س، 6/56؛ أسنى المطالب، م.س، 3/282؛ فتح الباري، م.س، 12/312؛ المغني، م.س، 10/353.

(5) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 9/179؛ شرح مختصر خليل للخرشي، م.س، 4/35؛ منح الجليل، م.س، 4/52؛ روضة الطالبين، م.س، 6/56؛ أسنى المطالب، م.س، 3/283؛ المغني، م.س، 10/353.

وعند الحنفية يكون إكراهها إن هُدد بأخذ جميع ماله أو أكثره، إذا لم يترك له ما يكفيه. وعند الشافعية يختلف الأمر حسب حال المكره عسرا ويسرا⁽¹⁾. والقول الأخير هو أعدل الأقوال وأرجحها؛ لمراعاته لحال المكره، فالغني لا يتأثر عادة بفقد بعض المال بخلاف الفقير.

د- التهديد بإلحاق الضرر بأقارب المكره: فالمشهور في المذاهب الأربعة أن ذلك يُعدُّ إكراهًا؛ لأن المكره يتألم من ذلك ويغتم غمًّا شديدًا. ولكن الفقهاء اختلفوا في تحديد هؤلاء الأقارب؛ فاستحسن الحنفية تحقق الإكراه بحبس كل ذي رحم محرم. وقصّر المالكية ذلك على الوالدين والأولاد والأحفاد، والأخ في بعض الأحوال. وقصر الشافعية ذلك على الأولاد والوالدين. أما الحنابلة فضيقوا الأمر جدا، وحصروه على الأولاد فقط⁽²⁾.

هـ- التهديد بإلحاق الضرر بشخص أجنبي عن المكره: المشهور في المذاهب الأربعة أن ذلك لا يتحقق به الإكراه⁽³⁾. وذهب بعض الفقهاء من داخل هذه المذاهب وخارجها⁽⁴⁾، إلى أن ذلك يعد إكراهًا، إذا كان المهْدُّ بإلحاق الضرر به مسلما؛ فالمسلم يسعه أن يأتي بما أكره عليه دفعا للضرر عن أخيه المسلم، وإن لم يكن من ذوي رحمه؛ لقوله ﷺ: (الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ لَا يَظْلِمُهُ، وَلَا يُسْلِمُهُ، وَمَنْ كَانَ فِي حَاجَةِ أَخِيهِ كَانَ اللَّهُ فِي حَاجَتِهِ)⁽⁵⁾.

والراجح أن العبرة تكون بالخوف والرهبة المتولدة في نفس المكره، فيتحقق الإكراه بالتهديد بإلحاق الضرر بكل شخص يهتّم المكره لشأنه، ويشق عليه تضرره، ويصيبه الغمّ والهَمُّ الشديد بسببه؛ لما بينهما من المحبة والصلة؛ سواء كان قريبا أو بعيدا، مسلما أو غيره، كصديق أو زوجة وإن كانت نصرانية، أو أي شخص آخر في بعض الأحوال، كالتهديد بقتله. فإن كل ذي مروءة

(1) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 196/9؛ منح الجليل، م.س، 53/4؛ روضة الطالبين، م.س، 56/6؛ أسنى المطالب، م.س، 283/3؛ الإنصاف، م.س، 441-440/8.

(2) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 179/9؛ منح الجليل، م.س، 53-52/4؛ روضة الطالبين، م.س، 56/6؛ أسنى المطالب، م.س، 283/3؛ المغني، م.س، 353/10.

(3) ينظر: المصادر السابقة إضافة إلى: شرح مختصر خليل للخرشي، م.س، 35/4؛ حاشية الدسوقي، م.س، 368/2.

(4) ومن هؤلاء الفقهاء: ابن بشير، وابن فرحون، والتسولي من المالكية؛ وابن اللحام من الحنابلة؛ والبخاري؛ وابن حزم الظاهري. ينظر: التاج والإكليل، م.س، 312/5؛ البهجة في شرح التحفة، م.س، 124/2؛ القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية: علي بن محمد بن اللحام، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، (د.ط)، 1999م، ص.74؛ صحيح البخاري، م.س، 22/9؛ فتح الباري، م.س، 324/12؛ المحلى بالآثار، م.س، 204-203/7.

(5) صحيح البخاري، م.س، كتاب الإكراه، باب بلا عنوان، 22/9، حديث رقم: 6951؛ صحيح مسلم، م.س، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظلم، 1996/4، حديث رقم: 2580. وقد ردّ البخاري في صحيحه على من فرق بين ذي رحم محرم وغيره، بأنه تفريق بلا دليل من كتاب ولا سنة. وينظر: فتح الباري، م.س، 324/12.

سيختار فعل ما أكره عليه من نكاح أو طلاق ونحوه، من أجل إنقاذ شخص أجنبي عنه من القتل ظلماً⁽¹⁾.

و- تهديد المكره بقتل نفسه (الانتحار)، لا يكون إكراهًا، إلا إذا كان ممن يهتم المكره لأمره جداً، كنحو الوالد والولد، يهدد أحدهما الآخر بقتل نفسه إن لم يُستجَب لطلبه⁽²⁾. كالبنات تهدد بقتل نفسها إن لم يزوجها أبوها بمن تريد هي، ولا يريد أبوها.

ز- السبُّ والإهانة والمعرة يكون التهديد بها إكراهًا في حق من يتألم من ذلك من ذوي المكانة⁽³⁾. كتهديد المرأة الشريفة بالتشهير بها، ونشر صورها على الانترنت؛ لحملها على الزواج.

ح- التجويع والتعطيش لا يكون إكراهًا، حتى يبلغ بصاحبه حدَّ المخمصة وخوف الهلاك⁽⁴⁾. كمن يجوع ابنته حتى ترضخ له، وتقبل الزواج بمن يريد.

ط- السحر يتحقق به الإكراه، إذا بلغ بالمسحور أن لا يدري ما يقول أو يفعل⁽⁵⁾. كأن تسحر المرأة رجلاً لتحمله على الزواج بها، فيفعل ذلك تحت تأثير السحر.

ك- التهديد بالنفي عن البلد إكراه، لأن مفارقة الوطن شديدة على النفس⁽⁶⁾. كتهديد المرأة المقيمة في المهجر مع أقاربها بتهجيرها إلى بلدها الأصلي إن لم تقبل الزواج.

ل- التهديد بانتهاك العرض إكراه، كتهديد المرأة بالزنا بها، والرجل باللواط به، كنحو قوله: طلق زوجتك وإلا فجرت بها⁽⁷⁾. أو قوله: إن لم تقبلي الزواج بي، وإلا اغتصبتك.

م- التهديد بمنع الشخص من حق من حقوقه المشروعة التي يتضرر من حرمانه منها. كتهديد الزوج زوجته بمنعها حقَّها في النفقة لِتَحْتَلِّعَ مِنْهُ⁽⁸⁾. أو منعها من زيارة أهلها حتى تهب له صداقها،

(1) قال التسولي المالكي في البهجة شرح التحفة، م.س، 124/2: «بل صرح ابن فرحون بأن المعرة إكراه، ولا يخفى أن قتل الأجنبي عند المؤمن أعظم من صفع قفاه.» وقال ابن اللحام الحنبلي في القواعد الفقهية والأصولية، م.س، ص.74: «وإن أكرهه بتعذيب ولده، فقال طائفة أنه لا يكون إكراهًا، والصحيح في المذهب أنه يكون إكراهًا، ويتوجه بتعذيبه [هكذا في الأصل، والصحيح: بتعذيبه] إلى كل من يشق عليه تعذيبه مشقة عظيمة، من والد وزوجة وصديق.» وينظر: حاشية الشيراملسي على نهاية المحتاج، (مطبوعة بمامش نهاية المحتاج، م.س)، 447/6؛ الإنصاف، م.س، 441/8؛ مبدأ الرضا في العقود، م.س، 417/1-418؛ الإكراه وأثره في التصرفات، م.س، ص.55.

(2) ينظر: حاشية الرملي على أسنى المطالب، (مطبوعة بمامش أسنى المطالب، م.س)، 283/3؛ نهاية المحتاج، م.س، 447/6.

(3) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 179/9؛ البهجة في شرح التحفة، م.س، 124/2؛ الإنصاف، م.س، 441/8.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 176/7؛ الفتاوى الهندية، م.س، 38/5.

(5) ينظر: كشاف القناع، م.س، 2594/8؛ الإنصاف، م.س، 441/8.

(6) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، م.س، ص.209؛ كشاف القناع، م.س، 2594/8.

(7) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، م.س، ص.209؛ نهاية المحتاج، م.س، 447/6.

(8) ينظر: الفتاوى الكبرى، م.س، 490/5.

أو تهديد الأب ابنته بمنعها من أن تُزف لزوجها حتى تسقط ميراثها⁽¹⁾. أو تهديدها بعضلها ومنعها من الزواج حتى تهب أو تبيع له⁽²⁾، أو تقبل الزواج بمن لا ترغب فيه. أو تهديدها من قبل رئيسها في العمل بعزلها من عملها إن لم تقبل الزواج به.

وخلاصة القول أنّ الحكم بتحقيق حالة الإكراه على الزواج من عدمها مسألة اجتهادية قد تختلف فيها أقوال الفقهاء، ويصعب ضبط الوسائل التي يتحقق بها الإكراه بدقة. ولذلك فإنّ الراجح هو ترك تقدير كل حالة إلى اجتهاد القاضي؛ بالنظر لحال المكره والمكره، ووسيلة الإكراه، والظروف والقرائن المحيطة بكل واقعة، أي مراعاة العوامل الشخصية والموضوعية معا⁽³⁾.

وفي قوانين الأحوال الشخصية لم يرد النص على أي شرط من شروط وسيلة الإكراه بما في ذلك شرط الضرر المعتبر. أما القوانين المدنية فنصت على هذا الشرط. فقد جاء في القانون الجزائري (م2/88) اشتراط كون وسيلة الإكراه (المكره به) تتضمن التهديد بخطر جسيم سيصيب المكره أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال.

وجاء في القانون المغربي (ف2/47، ف50) اشتراط كون الضرر المهّد به كبيراً؛ سواء كان جسمياً أو نفسياً، يصيب المكره في نفسه أو شرفه أو ماله، أو يصيب أحد أقاربه برابطة الدم. وجاء في القانون الأردني (م136، 137) اشتراط كون الخطر المهّد به جسيماً في حالة الإكراه الملجئ، أما الإكراه غير الملجئ فيتحقق ولو كان الخطر أقل قليلاً من الخطر الجسيم؛ سواء كان الخطر سيلحق بالمكره أو بأحد أقاربه المحارم، وسواء تعلق الضرر بالجسم أو المال أو الشرف⁽⁴⁾.

إذن فالقوانين المدنية محل الدراسة متفقة على اشتراط أن يكون الخطر المهّد به في وسيلة الإكراه يشكل خطراً جسيماً، يستهدف مصالح حساسة، وأشخاصاً مهمين عند المكره.

(1) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 194/9.

(2) ينظر: فتح العلي المالك، م.س، 275/2؛ حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج، م.س، 447/6.

(3) يقول السرخسي في المبسوط، م.س، 51/24-52: «والحد في الحبس الذي هو إكراه في هذا، ما يجيء منه الاعتصام البين، وفي الصّرب الذي هو إكراه ما يجد منه الألم الشديد، وليس في ذلك حد لا يزد على ذلك، ولا يُنقص منه؛ لأنّ نصب المقادير بالرأي لا يكون، ولكن ذلك على قدر ما يرى الحاكم إذا رفع ذلك إليه... لأنّ ذلك يتّلف باختلاف أحوال الناس، فالوجه الذي يضع الحبس من جأه تأثير الحبس، والقيّد يوماً في حقه، فوق تأثير حبس شهر في حق غيره، فلهذا لم تُقدّر فيه بشيء، وجعلناه مؤكولاً إلى رأي القاضي ليبيّن ذلك على حال من أثبت به.» وينظر: المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز: عبد الحق بن عطية، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2001م، 424/3.

(4) ونفس المعاني تقريباً جاءت في المواد المدنية الآتية: 2/127 مصري؛ 2/128 سوري؛ 210 لبناني؛ 2/69 سوداني؛ 2/112 عراقي؛ 177 إماراتي؛ 2/156 كويتي؛ 157 يمني؛ 98 عماني؛ 2/56 تونسي؛ 2/67 موريتاني؛ 2/137 قطري (القانون المدني رقم: 22 لسنة 2004م)

ويُقصد بالخطر هنا الضرر والأذى والألم الذي يُهدد به المكره إن امتنع من تنفيذ ما طُلب منه. وكونه جسيما يعني أنه بلغ درجة كبيرة من الشدة والفداحة؛ بحيث يؤثر تأثيرا كبيرا على المكره، فيؤلّد في نفسه رهبة تدفعه لإنشاء التصرف المكره عليه، دفعا لهذا الضرر. فإن كان الخطر بسيطا يسيرا، فلا يتحقق به إكراه؛ لأنه لا يؤثر في النفس عادة، ولا يؤلّد رهبة، ولا يفسد إرادة. ولا يكون الخطر مؤثرا حتى يكون محمدا؛ بأن يُبيّن المكره في تهديده نوع الخطر، كالقتل والضرب. ويُبيّن المصالح المستهدفة به، كالنفس، والجسم، والمال، والشرف. ويُبيّن الشخص المستهدف به، هل هو المُكره نفسه أم أحد أقاربه أم غيرهم؟ فإذا كان الخطر المهّد به مُبهما غير محدد، كمن يهدد غيره بإلحاق الأذى بأحد أقاربه دون تحديد نوع الخطر، فلا يتحقق الإكراه؛ لعدم تحديد نوع الأذى، ولا الفرد المستهدف به. فالخطر المبهم لا يتصور عادة أن يوقع الرهبة في النفس؛ ولكن إن أمكن تحديد الخطر من الظروف والملابسات تحقق الإكراه⁽¹⁾.

والمصالح التي يستهدفها الخطر قد تتمثل في النفس، وذلك بقتلها، بغض النظر عن الطريقة؛ حنقا أو إغراقا، أو إحراقا، أو رميا بالرصاص. وقد يستهدف الجسم دون أن يؤدي إلى الموت، كالضرب والجرح والقطع، وإتلاف الأعضاء. وقد يستهدف العرض والشرف، كالسب والشتم والإهانة التي تحط من قدر الشخص ومكانته بين أفراد مجتمعه، وكالتشهير به ونشر أسرارهِ المفضية إلى فضيحتهِ، وتشويه سمعته، وإذهاب هيئته، وإفقاد ثقة الناس فيه. وقد يقع الخطر على المال، كإتلاف الممتلكات العينية، والتسبب في الخسائر المالية⁽²⁾.

والشخص المستهدف بالخطر قد يكون المكره نفسه، وهذا هو الغالب، ولا شك في تحقق الإكراه بذلك. وقد يكون المستهدف شخصا آخر، وهنا لا يتحقق الإكراه إلا إذا كان هذا الغير عزيزا على نفس المكره؛ بحيث يُؤلّد تهديده رهبة في نفسه؛ لأنه يُنزله منزلة نفسه، فيُسر بمسرتهِ، ويتأذى بأذيتهِ، بسبب ما يربطهما من قرابة أو زوجية أو صداقة.

وقد سلكت القوانين محل الدراسة في النص على هذا الغير مسالك عدة بين موسع ومضيق. فالقانون الجزائري (م/88) توسّع فنص على الأقارب مطلقا، والقانون المغربي (ف/50) توسط فنص على الأقارب من الدم، والقانون الأردني ضيق فنص على الأقارب المحارم (م/137)⁽³⁾.

(1) ينظر: مصادر الحقوق الشخصية، م.س، ص.129؛ المبسوط في شرح القانون المدني، م.س، ج1، ص.1، ص.409-410؛ أبحاث ومذكرات في القانون والفقهِ الإسلامي: بلحاج العربي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د.ط)، 1996م، 1/98.

(2) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، ج1، ص.279؛ المبسوط في شرح القانون المدني، م.س، ج1، ص.409-410.

(3) توسعت بعض القوانين المدنية العربية، فنصت على الغير بإطلاق دون تقييده بكونه قريبا أم لا. ينظر المواد الآتية: 2/127 مصري؛ 2/128 سوري؛ 2/137 قطري؛ 2/156 كويتي.

وأقرب هذه المسالك إلى تحقيق العدالة هو الإطلاق، وعدم تقييد هذا الغير إلا بكونه عزيزاً على المكره. أما تحديد الغير بكونه قريباً أو ما شابهه، فهو مسلك غير دقيق، فقد يكون الشخص قريباً ولا يكون عزيزاً، وقد يكون عزيزاً ولا يكون قريباً⁽¹⁾. بل قد يكون الغير المستهدف بالخطر هو الشخص المكره نفسه، إذا كان عزيزاً على نفس المكره، كما لو هدد ابن والده بالانتحار إذا لم يبرم عقداً معيناً⁽²⁾. ومن ذلك أن تهدد الفتاة وليها بالانتحار إن لم يزوجها بمن ترغب فيه.

أما المعيار في تقدير جسامة الخطر فهو إما موضوعي، وإما شخصي. فالمعيار الموضوعي (المادي) ينظر إلى وسائل الإكراه، وما يمكن أن تحدثه من رهبة في نفس الشخص العادي. والمعيار الشخصي (الذاتي) ينظر إلى حال الشخص المكره، وما يتصوره في ذهنه من خطر، بناءً على مستواه الثقافي والاجتماعي، وحالته الصحية والنفسية، وجنسه وسنه، وما يحيط به من ظروف. والمعيار الشخصي هو الأخرى بتحقيق العدالة؛ لأن الناس يختلفون في درجة تأثرهم بوسائل الإكراه، وليس من العدل معاملتهم بنفس المستوى. فالرجل عادة أشجع من المرأة، والشاب أجراً من الشيخ، والصحيح أكثر تحملاً من المريض، وما يؤثر في الجاهل قد لا يؤثر في العالم، والبدوي الساذج غير الحضري المثقف، فلو هدد هذا الأخير بالسحر مثلاً لما ألقى لهذا الأمر بالاً، بينما يعده البدوي الساذج خطراً عظيماً. بل إن الشخص الواحد قد يختلف تأثره باختلاف الظروف والأحوال؛ فتهديد شخص بقتله ليلاً، وفي مكان خالٍ، وهو بمفرده، ليس كتهديده نهاراً، وفي مكان مكتظ، وعلى مقربة من الشرطة، والتهديد الصادر عن مجرم خطير أوقع في النفس من التهديد الصادر عن شخص ليست له سوابق إجرامية⁽³⁾.

وبهذا المعيار الشخصي أخذ القانون الجزائري (م3/88)، والمغربي (ف2/47)، والأردني (م139)⁽⁴⁾. ولكن هذا لا يعني إهمال الجوانب الموضوعية؛ إذ لا بد أن تكون الرهبة أيضاً جديّة،

(1) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 279/1-280؛ نظرية العقد للصدّة، م.س، ص.275-277؛ النظرية العامة للالتزام لتوفيق فرج، م.س، ص.155-156؛ المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، م.س، ج1، ص.416؛ القانون المدني، الجزء الأول: العقد: مصطفى العوجي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط4، 2007م، 405/1-406.

(2) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 280/1، هامش 1؛ نظرية العقد للصدّة، م.س، ص.277.

(3) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 285/1-287؛ نظرية العقد للصدّة، م.س، ص.274؛ النظرية العامة للالتزام لتوفيق فرج، م.س، ص.156-157؛ شرح القانون المدني الجزائري للسعدي، م.س، 194/1-195.

(4) تنص المادة 3/88 من القانون المدني الجزائري على أنه: «يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه.» ومثلها المواد: 2/47 مغربي؛ 139 أردني؛ 3/127 مصري؛ 3/128 سوري؛ 211 لبناني؛ 70 سوداني؛ 114 عراقي؛ 180 إماراتي؛ 100 عماني؛ 2/51 تونسي؛ 2/67 موريتاني؛ 3/137 قطري؛ 3/156 كويتي؛ 176 بحيني.

أي قائمة على أساس معقول، بحيث يكون لها مبرراتها الموضوعية المقبولة، وليست مجرد وساوس وأوهام، وتخيلات وتصورات شخصية لا صلة لها بالواقع⁽¹⁾. وهذا لا يعني اعتماد المعيار الموضوعي؛ بل يُعتمد المعيار الشخصي؛ ولكن ينبغي أن تكون الرهبة لها ما يبررها بالنظر إلى مواصفات ذلك الشخص نفسه. فإذا ادعى مثلا شخص على مستوى عالي من الثقافة والتعليم، أنه أكره باستعمال وسائل لا يُعقل أن ترهّب أو تؤثر في مثله، كالتهديد بالشعوذة والسحر، فلا تقبل دعواه. أما إن كان أمياً ساذجا فيقبل منه ذلك⁽²⁾.

وبعد استعراض ما قيل في شرط الخطر المهْدَدُ به في كل من الفقه والقانون، يتبين لي أن هناك توافقا عاما بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. فكلاهما يشترط في وسيلة الإكراه كونها تتضمن خطرا مضرا وجسيما؛ سواء لحق الخطر المُكْرَه نفسه أو شخصا آخر قريبا له؛ وسواء انصب الخطر على النفس أو الجسم أو العرض أو المال. والمعيار في ذلك متفق عليه أيضا، وهو معيار شخصي في الأساس؛ لكن دون إغفال الجوانب الموضوعية. وهذا يقتضي مراعاة مختلف العناصر المؤثرة في تحقيق الخوف والرهبة، سواء تعلقت بالمُكْرَه أو المُكْرَه، أو الوسيلة المستعملة، أو الظروف المحيطة بالواقعة. لكن هناك بعض التفاصيل كانت محل خلاف بين المذاهب الفقهية، وكذا القوانين الوضعية، كتحديد الغير الذي يتحقق الإكراه بمضرتة.

كما أن الفقه الإسلامي فصّل في الكلام عن وسائل الإكراه، بينما لم يفصل فيها القانون الوضعي كثيرا؛ لأن العبرة في الإكراه هي بالرهبة المتولدة بالنفس، فهي التي تعيب الرضا وتفسد الإرادة، وليس بالوسائل المادية بحدّ ذاتها؛ ولذلك لو وجدت وسائل الإكراه المادية؛ ولكنها لم تفلح في توليد الرهبة في نفس من استعملت ضده، فلا يتحقق الإكراه؛ لتخلف عنصره النفسي.

2- كون الضّرر المُهْدَدُ به عاجلا

التعجيل هنا لا يعني الشروع في تنفيذ الوعيد في الحال؛ وإنما المقصود أن تكون صيغة الوعيد دالة على التعجيل في تنفيذ الوعيد بمجرد امتناع المُكْرَه عن الاستجابة، كقوله: تزوج فلانة وإلا قتلتك، أي الآن. فإن كان المُكْرَه به مؤجلا، نحو قوله: زوجني ابنتك وإلا قتلتك غدا، أو بعد شهر، فلا يتحقق به الإكراه عند الشافعية، ورواية عن أحمد اشترط فيها تعجيل العذاب⁽³⁾.

(1) ينظر: النظرية العامة للالتزام لمحمد حسين منصور، م.س، ص183؛ المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، م.س، ج1، مع1، ص.408؛ أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، م.س، 104/1.

(2) ينظر: المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، م.س، ج1، مع1، ص.404، 414.

(3) ينظر: روضة الطالبين، م.س، 57/6؛ أسنى المطالب، م.س، 282/3-283؛ المغني، م.س، 352/10.

وعند الحنفية يتحقق الإكراه ولو مع تأجيل تنفيذ الوعيد ما دام المكره حاضرا عند المكره⁽¹⁾.

أما المالكية فلم يشترطوا التعجيل، فيتحقق الإكراه عندهم مع تأجيل تنفيذ الوعيد ولو شهرا، إذا حصل الخوف في الحال. يقول الزرقاني⁽²⁾: «بخوف مؤلم حالا أو مآلا، فالخوف حالا، والمتخوف من وقوعه إما حالا أو مآلا»⁽³⁾ وهذا مقتضى مذهب الحنابلة، حيث لم يذكروا شرط التعجيل.

أما قوانين الأحوال الشخصية فلم يرد فيها ذكر شروط الإكراه أصلا، ومنها شرط تعجيل الخطر، كما لم ينص قانون الالتزامات والعقود المغربي على هذا الشرط أيضا. أما القانون المدني الجزائري (م2/88) فقد اشترط كون الخطر المهدد به مُحدِّقا، أي وشيك الوقوع. كما اشترط القانون المدني الأردني (م136، 140)، كون الخطر محققا عاجلا الوقوع⁽⁴⁾.

وقد فسّر الخطر المحقق بالوشيك الوقوع، أي يكون معجلا، وليس مؤجلا يتراخى وقوعه إلى زمن في المستقبل⁽⁵⁾. فلا يتحقق الإكراه إذا كان الخطر مؤجلا؛ لأن المكره يتمكن عندها من اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الإكراه والتخلص منه، كالهرب وطلب المساعدة، والاتصال بالشرطة. ولكن هذا الافتراض غير لازم؛ فقد يكون الخطر مؤجلا، ولا يتمكن المكره من التخلص منه. ففي هذه الحالة يتحقق الإكراه؛ لأن العبرة في الحقيقة ليست بكون الخطر حالا، أو عاجلا وشيكا، أو مؤجلا متراخيا. بل العبرة بكونه متحققا الوقوع عاجلا أم آجلا؛ لعدم إمكانية التخلص منه، فيما يغلب على ظن المكره، مما يولد في نفسه رهبة حالة تدفعه لمباشرة التصرف. إذن فالعبرة بحلول الرهبة لا بحلول الخطر⁽⁶⁾.

(1) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 178/9.

(2) هو: عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزُّرقاني: فقيه مالكي، نسبته إلى زُرْقَان، وهي قرية من قرى المنوفية بمصر، ولد بمصر سنة: 1020هـ، ومات بها سنة: 1099هـ. من كتبه: "شرح مختصر سيدي خليل"، و "شرح العزية". ينظر: الأعلام، م.س، 272/3.

(3) شرح الزرقاني على خليل، تحقيق: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2002م، 153/4؛ وينظر: منح الجليل، م.س، 52/4؛ شرح مختصر خليل للخرشي، م.س، 34/4-35؛ المغني، م.س، 352/10.

(4) جاء في المادة 2/88 جزائري: «وتعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده...» وجاء في المادة 136 أردني: «يكون الإكراه ملجئا إذا كان تهديدا بخطر جسيم محقق...» وجاء في المادة 140 أردني أيضا: «يشترط... وأن يغلب على ظن المكره وقوع الإكراه عاجلا إن لم يفعل ما أكره عليه.»

(5) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 278/1؛ نظرية العقد للصدّة، م.س، ص.275؛ المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، م.س، ج1، ص.413.

(6) المصادر السابقة نفسها. وينظر أيضا النظرية العامة للالتزام لعلي علي سليمان، م.س، ص.65. وقد أحسن المشرع العماني بنصه في المادة 99 مدني على أنه: «يجب لاعتبار الإكراه أن يكون المكره قادرا على إيقاع ما هدد به، وأن يغلب على ظن المكره وقوع ما هدد به عاجلا أو آجلا، إن لم يفعل ما أكره عليه.»

ولذلك فتفسير الخطر المحدق بالوشيك غير دقيق؛ إذ ينبغي تفسيره بالخطر المتحقق الوقوع، والذي لا يمكن التخلص منه حقيقة، أو بحسب ما يغلب على ظن المكروه⁽¹⁾. وبالرجوع للمعنى اللغوي نجد أن المحدق من حَدَقَ، يقال: «حَدَقَ به الشيءُ، وأَحَدَقَ: استَدَارَ... وكل شيء استدار بشيء، وأحاطَ به، فقد أَحَدَقَ به.»⁽²⁾ فالخطر المحدق هو المحيط بصاحبه من كل جانب، فلا مفر له منه ولا خلاص، فهو واقع به لا مناص، عاجلا أم آجلا.

وبناءً على ما سبق بيانه، يظهر لي أن القانون المدني الجزائري والأردني يتفقان في الظاهر مع مذهب الشافعية في اشتراط كون الخطر المهْدَدُ به عاجلا، على وشك الوقوع؛ ولكن على التفسير الراجح لكلمة "محدق" يتبين أنهما يوافقان مذهب الجمهور في عدم اشتراط تعجيل الخطر، وإنما تعجيل حصول الرهبة، والتي لا تحصل إلا مع الاعتقاد بتحقق وقوع الضرر عاجلا أم آجلا.

وأما اشتراط كون وسيلة الإكراه غير مشروعة، فقد سبق الكلام عن ذلك في شرط كون المُكْرَه ظالما متعديا، فلا حاجة لإعادته هنا⁽³⁾.

الفرع الرابع

المُكْرَه عليه وشروطه

سأتكلم في هذا الفرع عن المُكْرَه عليه (أولا)، وعن شروطه (ثانيا).

أولا- المُكْرَه عليه

لم أجد من عرف المُكْرَه عليه في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي؛ لوضوح معناه. ويمكنني تعريفه بأنه: التصرف الذي حُمِلَ المكروه على القيام به دون رضاه، قولا كان أو فعلا. فالقول كالزواج والطلاق، والفعل كالقتل والزنا. والذي يهمني في هذا البحث هو الزواج.

ثانيا- شروط المُكْرَه عليه

يشترط في المكروه عليه عدة شروط، هي كالاتي:

1- كون المكروه عليه مما يمتنع المكروه من فعله لولا الإكراه

لا يتحقق الإكراه في الفقه الإسلامي إلا إذا كان المُكْرَه عليه أمرا لا رغبة للمُكْرَه في القيام به؛ بحيث لولا الإكراه لما أقدم عليه. أما إذا أقدم عليه وهو قاصد له لا لدفع الإكراه، كمن أكره على الزواج ظاهرا، فتزوج راضيا مختارا في الباطن. وكمن أكره على الطلاق فطلق قاصدا الطلاق لا دفع

(1) ينظر: مصادر الالتزام لمصطفى الجمال، م.س، ص.201.

(2) لسان العرب، م.س، 806-805/10.

(3) يراجع هذا البحث، ص.89-91.

الإكراه، فهنا يصح النكاح ويقع الطلاق؛ لأن المتزوج أو المطلق لم يكن مكرها في حقيقة الأمر، فهو راضٍ بما أقدم عليه باطنا، وإن وُجدت صورة الإكراه ظاهرا⁽¹⁾.

أما في القانون الوضعي فلم يُعبّر عن هذا الشرط بهذه الصيغة، وإنما عبّر عنه بكون الإكراه هو الدافع لإنشاء التصرف (الزواج)، أي لولاه لما أقدم المكره على إبرامه. وهذا ما يسمى بالعنصر النفسي للإكراه، بمعنى أن تتولد عن وسائل الإكراه رهبة في نفس المكره، فتدفعه إلى مباشرة التصرف دون رضاه.

وقد جاء النص على ذلك في القانون المدني الجزائري بقوله في المادة 1/88: «يجوز إبطال العقد إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة...» ومعنى ذلك ضرورة تسلط رهبة على إرادة المكره حتى تدفعه للتعاقد. كما أشار قانون الالتزامات المغربي (ف46)، والقانون المدني الأردني (م135) إلى هذا الشرط من خلال نصهما على أن الإكراه إجبار الشخص على أن يعمل عملا دون رضاه، فعبارة "دون رضاه" تدل على أن المكره غير راضٍ بما قام به، وإنما دفعته إلى ذلك، وحملته عليه رهبة التي ولّدها الإكراه في نفسه⁽²⁾.

أما قوانين الأحوال الشخصية فلم تنص على هذا الشرط على غرار سائر الشروط؛ إلا ما قد يُفهم من المادة 63 أسرة مغربية التي جاء فيها: «يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج...» فالعبارة الأخيرة تفيد بظاهاها أن التدليس هو الذي يشترط كونه دافعا للزواج. لكن المقصد الحقيقي للمشرع هو اشتراط ذلك في الإكراه والتدليس معا، وإنما لم يحسن صياغة المادة، فأسقط كلمة الإكراه، وكان يُفترض أن تكون المادة على النحو الآتي: «يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان [الإكراه أو] التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج...»⁽³⁾

فلا يتحقق الإكراه إذن بمجرد تولد رهبة في نفس المكره؛ بل لا بد أن تكون هذه رهبة هي الدافع الأساسي له لمباشرة التصرف، بحيث لولاها لما أقدم عليه، أو لما رضيه بتلك الشروط.

(1) ينظر: المبسوط، م.س، 39/24؛ حاشية ابن عابدين، م.س، 178/9؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير: أحمد بن محمد الصاوي، دار المعارف، القاهرة، (د.ط، د.ت)، 353/2؛ روضة الطالبين، م.س، 55/6؛ أسنى المطالب، م.س، 282/3؛ المغني، م.س، 353/10-354؛ كشاف القناع، م.س، 2594/8؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، م.س، 102/6.

(2) نصت بعض القوانين المدنية العربية على هذا الشرط صراحة، كالمادة 1/156 كويتي التي تقول: «يجوز طلب إبطال العقد على أساس الإكراه لمن ارتضى العقد تحت سلطان رهبة قائمة في نفسه... إذا كانت هذه رهبة قد دفعته إلى التعاقد، بحيث أنه لولاها ما كان يجريه، على نحو ما ارتضاه عليه.» وفي معناها المواد الآتية: 211 لبناني؛ 1/51 تونسي؛ 1/67 موريتاني.

(3) الزواج المشوب بالإكراه أو التدليس: الملكي الحسين، مقال منشور بجريدة العلم، المغرب، العدد 19595، بتاريخ: 14 يناير 2004م. وينظر: الإكراه والتدليس بين مدونة الأسرة وقانون الالتزامات والعقود، م.س، ص.30.

فإذا ثبت أن المكره كان سيباشر التصرف لمصلحة يريد تحقيقها، أو لحاجة في نفسه، حتى لو لم تمارس ضده وسائل الإكراه، فهنا يكون التصرف صحيحا لا يجوز الطعن فيه؛ لأنه تم برضا صحيح لا عيب فيه، وأن الإكراه كان مجرد مظهر خارجي⁽¹⁾.

ومثال ذلك أن يُكره شخص على الزواج من امرأة كان يرغب أصلا في الزواج بها من قبل، أو تولدت رغبته فيها لحظة الإكراه حين رآها فأعجبته. ولا يتحقق الإكراه أيضا إذا زالت الرهبة قبل مباشرة التصرف، فإذا تمت مباشرته رغم زوالها، فلا يمكن الطعن فيه بالإكراه؛ لأنه تصرف صدر عن إرادة سليمة، ورضا صحيح. فالرضا من الأركان الفورية التي يستلزم وجودها حين إنشاء التصرف، ولا يهم وجوده أو عدمه قبل ذلك أو بعده. والرهبة المؤثرة في تحقق الإكراه هي ما كانت موجودة وقائمة عند مباشرة التصرف، وليس قبل ذلك الوقت أو بعده⁽²⁾.

ومن خلال ما سبق ذكره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، يظهر لي أن شرط كون المكره عليه مما يمتنع المكره من فعله لولا الإكراه، هو شرط متفق على مضمونه في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، غير أن صياغة الشرط في القانون جاءت مختلفة عن صياغته في الفقه؛ بل ومتباينة من قانون لآخر؛ لكن الصياغة الأكثر دلالة على المعنى المقصود هي تلك المستعملة في الفقه القانوني، والمعبر عنها بكون الإكراه هو الدافع لإنشاء التصرف (الزواج).

2- كون المكره عليه متعيّنا

ذهب الفقه الإسلامي إلى أنّ المكره إذا حدّد وعيّن للمكره ما هو المطلوب منه، كأن يقول له: تزوج فلانة، أو طلق فلانة، فهنا يتحقق الإكراه بفعل ذلك الأمر المعيّن بلا خلاف. أما إذا حُيّر المكره بين أمرين أو أكثر، كأن يقال له: تزوج فلانة أو طلق امرأتك، ففعل أحد الأمرين، فهل يكون مكرها أم لا؟ هنا اختلف الفقهاء.

فذهب الحنفية إلى التفصيل حسب نوع تلك الأمور المكره عليها، فقد جعلوها على ثلاثة مراتب هي: المباح، كالبيع والنكاح. والحرام المرخص فيه عند الضرورة، كأكل الميتة، والنطق بكلمة الكفر. والحرام غير المرخص فيه: كالقتل والزنا. فإن حُيّر المكره بين أمرين من نفس المرتبة، فأيهما فعل كان مكرها، كأن يُحَيّر بين البيع والنكاح، أو بين نكاح فاطمة ونكاح عائشة. أما إن حُيّر بين

(1) ينظر: نظرية العقد للصدّة، م.س، ص.280؛ النظرية العامة للالتزام لمحمد حسين منصور، م.س، ص.183؛ عيوب الرضا في القانون المدني، م.س، ص.216، 220؛ شرح القانون المدني الجزائري للسعدي، م.س، 1/197.

(2) ينظر: المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، م.س، ج.1، ص.1، 407؛ مصادر الحقوق الشخصية، م.س، ص.128؛ عيوب الرضا في القانون المدني، م.س، ص.220.

أمريين من مرتبتين مختلفتين كمباح وحرام، فإنه يكون مكرها في فعل المباح، ومختارا في فعل الحرام. وفي التخيير بين الحرام المرخص فيه وغير المرخص فيه، يكون مكرها في فعله للحرام المرخص فيه، ولا يكون مكرها في فعله لغير المرخص فيه⁽¹⁾. فلو أُكْرِهَ شخص مثلا وُحِّرَ بين الزواج بامرأة أو الزنا بها، تعين عليه الزواج بها، وكان مكرها في ذلك، ولا يجوز له الزنا بها لحرمة الزنا، فإن اختار الزنا بدل الزواج لم يعتبر مكرها، ووجب عليه الحدّ.

وذهب الشافعية إلى أن المخيّر بين أمرين أو أكثر لا يكون مكرها؛ لأنه فعل أحد الأمرين باختياره⁽²⁾. أما الحنابلة فجعلوا التخيير بين أمرين على سبيل الإبهام إكراها، فلو أُكْرِهَ شخص على الزواج بإحدى امرأتين، أو تطليق إحدى زوجاته، ففعل كان مكرها؛ لأن المهمة التي أُكْرِهَ على الزواج بها أو طلاقها متحقق في المعينة، فلا قرينة تدل على اختياره⁽³⁾. ولم أجد عند المالكية نصا في المسألة، والظاهر أن عدم التطرق لها يقتضي عدم اعتدادهم بشرط التعيين.

والراجح عندي هو رأي الجمهور خلافا للشافعية. فتعيين المُكْرِهَ عليه ليس شرطا لتحقيق الإكراه؛ فمتى حُيِّرَ المُكْرِهَ بين أمرين مستويين في الإباحة، كما في سائر العقود، لم يعتبر تنفيذه لأحدهما اختيارا منه؛ لأن غاية ما في الأمر أنه مُكْرِهَ على فعل أحدهما، فأيهما فعل تحقق الإكراه. واختياره لأحدهما على الآخر ليس دليلا ولا قرينة على الرضا؛ لأنه مضطر لذلك.

ولم يرد في القانون الوضعي النص على اشتراط كون المُكْرِهَ عليه معينا؛ سواء في قوانين الأحوال الشخصية أو القوانين المدنية. وهذا يتفق مع رأي جمهور فقهاء الشريعة، خلافا للرأي الشافعية.

3- تنفيذ المُكْرِهَ عليه دون مخالفة

معنى هذا الشرط أنّ الإكراه لا يتحقق إلا إذا التزم المُكْرِهَ بتنفيذ ما أُكْرِهَ عليه دون مخالفة؛ إذ لا إكراه إلا حيث يأتي المُكْرِهَ بما قُهرَ عليه امتثالا لأمر المُكْرِهَ، فإن خالفه كان طائعا مختارا فيما أتى به؛ إذ المخالفة دليل الاختيار. والمخالفة قد تكون بفعل أمر آخر غير ما أُكْرِهَ عليه، ومثال ذلك أن يُكْرِهَ على زواج عائشة فيتزوج فاطمة. وقد تكون المخالفة بالزيادة على ما طُلبَ منه، كأن يُكْرِهَ على الزواج بفاطمة بمهر قدره ألف، فيتزوجها بمهر قدره ألفان. وقد تكون المخالفة بالنقصان، كأن يُكْرِهَ على الزواج بمهر قدره ألفان، فيتزوج بألف.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 181/7.

(2) ينظر: روضة الطالبين، م.س، 54/6؛ الأشباه والنظائر للسيوطي، م.س، ص.210.

(3) ينظر: كشاف القناع، م.س، 2594/8؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، م.س، 102/6.

فبعد الحنفية والحنابلة لا يتحقق الإكراه في حالتي مخالفة الأمر المكروه عليه أو الزيادة عليه، أما النقصان فلا يمنع من تحقق الإكراه؛ لأنه إنما أقدم على ذلك رجاء التخلص من الإكراه بأقل ضرر ممكن، ولم تكن مخالفته قرينة على رضاه. وعند المالكية يتحقق الإكراه في كل هذه الأحوال؛ إذ لا يشترط عندهم هذا الشرط أصلاً؛ فحتى لو حدثت المخالفة، بأن أكره مثلاً على الزواج بامرأة فتزوج أختها، لا يصح نكاحه؛ لأنه كالمجنون. أما الشافعية فهم على نقيض المالكية، فعندهم لا يتحقق الإكراه في الحالات الثلاثة كلها، أي سواء حصلت المخالفة بفعل أمر آخر، أو بالزيادة أو النقصان من الأمر المطلوب؛ لأن المخالفة قرينة على الرضا في كل الأحوال⁽¹⁾.

إذن فالشافعية يعتقدون بهذا الشرط مطلقاً، والمالكية لا يعتقدون به مطلقاً، أما الحنفية والحنابلة فيتوسطون في الأمر، فيعتقدون به في حالة المخالفة والزيادة دون حالة النقصان.

والحقيقة أن هذا الشرط والذي قبله يرجع معناهما إلى شرط واحد، يمكن التعبير عنه بالقول أنه يشترط لتحقيق الإكراه أن يفعل المكروه ما أكره عليه دون رضاه، وألا يوجد منه ما يدل على الرضا، فإن وُجد لم يكن مكرهاً. وهذا أمر واضح ولا خلاف فيه؛ وإنما وقع الخلاف بين الفقهاء في الشرطين السابقين بسبب اختلافهم في تفسير مخالفة المكروه لما أكره عليه، وفعله لأحد الأمرين المكروه على أحدهما، فمن فسّر ذلك بأنه قرينة على الرضا أخذ بالشرطين، وهم الشافعية. ومن لم يعتبرها قرينة على الرضا لم يأخذ بالشرطين، وهم المالكية. أما الحنفية والحنابلة فاختلّفوا في تفسير كل حالة فاختلّف موقفهم من كل شرط.

والراجع في نظري هو أن مخالفة المكروه لما أكره عليه، وفعله لأحد الأمرين المكروه على أحدهما، لا تفيد قطعاً كون المكروه راضٍ بما فعل؛ بل الأمر يختلف من شخص إلى آخر، ومن حالة إلى أخرى. فينبغي تجنب إطلاق الحكم، وتوكيل الأمر إلى القاضي ليفصل في كل حالة على حدة، بالنظر إلى مختلف الأدلة والقرائن.

أما القانون الوضعي فلم يرد فيه النص على اشتراط عدم المخالفة في تنفيذ المكروه عليه؛ لا في قوانين الأحوال الشخصية ولا في القوانين المدنية. وهذا يتفق مع رأي المالكية خلافاً للجمهور. ويظهر لي أن عدم نص القانون الوضعي على هذا الشرط والذي قبله، يعود إلى اكتفائه باشتراط عدم رضا المكروه بفعل ما أكره عليه، وأنه إنما فعل ذلك مدفوعاً تحت ضغط الإكراه⁽²⁾.

(1) ينظر: المسبوط، م.س، 132/24؛ تكملة البحر الرائق، م.س، 81/8؛ النوادر والزيادات، م.س، 290/10-296؛ منح الجليل، م.س، 52/4؛ روضة الطالبين، م.س، 54/6؛ المغني، م.س، 353/10.

(2) تراجع المواد الآتية من القوانين المدنية: 1/88 جزائري؛ 46 مغربي؛ 135 أردني.

فهذا الشرط يُعني عن الشرطين السابقين؛ لأن العبرة في الإكراه هي بعدم رضا المُكْرَه، فإذا ثبت رضاه بما أُكْرِه عليه فلا إكراه؛ سواء ثبت ذلك بتصريحه بالرضا أو من خلال القرائن والأدلة الأخرى، ويمكن أن يكون من تلك القرائن، مخالفته لما أُكْرِه عليه، أو اختياره بين أحد الأمرين المُكْرَه عليهما؛ ولكن هذه القرائن ليست قاطعة، فيترك الفصل فيها للقاضي.

وبعد دراسة أركان الإكراه وشروطه في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يتبين لي أن هناك توافقا عاما بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية محل الدراسة حول أركان الإكراه، وحول أغلب شروطه، مع وجود بعض الاختلافات المحدودة في بعض الشروط، كالاختلاف في الإكراه الصادر من الغير، وفي اشتراط تعيين المُكْرَه عليه، وعدم مخالفته من قبل المُكْرَه.

كما تبين لي أن قوانين الأحوال الشخصية جاءت شبه خالية من ذكر شروط الإكراه على الزواج. وعليه يتم الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي، وهي نفسها تقريبا الأحكام الواردة في القوانين المدنية؛ وعليه فلا بأس أيضا من تطبيق تلك القواعد المدنية؛ إلا فيما خالفت فيه الفقه الإسلامي، فيتحتّم حينها الأخذ بأحكام هذا الأخير؛ لأنها هي الواجبة التطبيق عند عدم النص⁽¹⁾.

المطلب الثالث

أنواع الإكراه

تتعدد أنواع الإكراه بتعدد الاعتبارات المعتمدة في تقسيمه. فباعتبار مشروعيته ينقسم إلى مشروع وغير مشروع، وباعتبار قوته ينقسم إلى ملجئ وغير ملجئ، وباعتبار وسيلته ينقسم إلى مادي ومعنوي.

وسأحاول في هذا المطلب بيان هذه الأنواع في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وذلك في ثلاثة فروع؛ بحث أخصص لكل تقسم فرعا مستقلا.

الفرع الأول

الإكراه المشروع وغير المشروع

هذا التقسيم ذكره جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، ولم يذكره الحنفية ولا القانون الوضعي؛ إلا أن كلا من الحنفية والفقه القانوني قد تكلموا عن مشروعية وعدم مشروعية الإكراه. لكن كلامهم ذلك كان في شروط الإكراه لا في أنواعه.

(1) عملا بالمواد الآتية من قوانين الأحوال الشخصية: 222 جزائري؛ 400 مغربي؛ 325 أردني.

أولاً - الإكراه المشروع

الإكراه المشروع أو الشرعي، أو بحق، يقصد به ذلك الإكراه الذي لا ظلم فيه ولا إثم. أو هو الإكراه على الفعل الذي تعلق به حق لله أو حق لمخلوق⁽¹⁾، أي إكراه الشخص على أداء حق الله أو حق العبد، إذا امتنع من أدائه، أو قصر فيه بغير عذر شرعي.

وليكون الإكراه مشروعاً وبحق لا بدّ من توافر شرطين هما:⁽²⁾

- 1- كون وسيلة الإكراه مشروعاً؛ بحيث يحق للمكروه التهديد بها.
- 2- كون المكروه عليه أمراً مشروعاً؛ بحيث يحق للمكروه الإلزام به؛ بأن يكون مما يجب على المكروه أن يفعله، فلما امتنع من فعله باختياره جاز إكراهه عليه.

يقول ابن حجر الهيتمي⁽³⁾: «مَعْنَى قَوْلِنَا الْإِكْرَاهُ بِحَقٍّ؛ أَنَّ الْإِكْرَاهَ نَفْسُهُ حَقٌّ، وَلَا يَكُونُ حَقًّا إِلَّا إِذَا كَانَ كُلُّ مَنْ لَزِمِيهِ؛ الْمُكْرَهُ بِهِ، وَعَلَيْهِ حَقًّا.»⁽⁴⁾

وعليه فإن إكراه المرتد على الإسلام وإلا قُتِلَ إكراه بحق، حيث توافر فيه الشرطان. وكذلك إكراه المدِين القادر على وفاء الدين، ومن عليه النفقة على الإنفاق، والمحتكر على البيع بثمن المثل، وإكراه المولي على الرجوع إلى زوجته أو طلاقها، إذا مضت مدة الإيلاء، وإكراه العنين على الفرقة إذا لم يصل إلى زوجته بعد انتهاء الأجل، وإكراه الولي المجبر لمن تحت ولايته على الزواج⁽⁵⁾.

فالتصرفات المكروه عليها بحق صحيحة لازمة؛ لأن الإكراه بحق لا ينافي الطوع الشرعي؛ إذ ما أذن الشرع في هذا الإكراه إلا ليصح التصرف وينفذ؛ وإلا لم تكن له فائدة. يقول ابن العربي: «فَإِنْ كَانَ الْإِكْرَاهُ بِحَقٍّ عِنْدَ الْإِبَائَةِ مِنَ الْإِنْقِيَادِ إِلَيْهِ، فَإِنَّهُ جَائِزٌ شَرْعًا تَنْفُذُ مَعَهُ الْأَحْكَامَ، وَلَا يُؤَثِّرُ فِي رَدِّ شَيْءٍ مِنْهَا، وَلَا خِلَافَ فِيهِ.»⁽⁶⁾

(1) ينظر: حاشية الدسوقي، م.س، 367/2.

(2) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، م.س، 103/6-104.

(3) هو: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين، شيخ الإسلام، أبو العباس: فقيه شافعي. ولد سنة: 909هـ، في محلة أبي الهيثم (من إقليم الغربية بمصر) وإليها نسبته. تلقى العلم في الأزهر. ومات بمكة سنة: 974هـ. له تصانيف كثيرة، منها: "تحفة المحتاج لشرح المنهاج" في فقه الشافعية، و"الفتاوى الكبرى الفقهية". ينظر: الأعلام، م.س، 234/1.

(4) الفتاوى الكبرى الفقهية، م.س، 173/4.

(5) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 177/9؛ شرح مختصر خليل للخرشي، م.س، 9/5؛ مواهب الجليل، م.س، 248/4؛ أسنى المطالب، م.س، 282/3؛ المغني، م.س، 351/10.

(6) أحكام القرآن لابن العربي، م.س، 165/3. وينظر: شرح مختصر خليل للخرشي، م.س، 34/4؛ حاشية الدسوقي، م.س، 367/2؛ الأشباه والنظائر للسيوطي، م.س، ص. 206؛ روضة الطالبين، م.س، 53/6-54؛ المغني، م.س، 351/10.

ثانيا- الإكراه غير المشروع

الإكراه غير المشروع أو غير الشرعي، أو بغير حق، أو بالباطل. يقصد به إكراه الشخص ظلما بتهديد ووعيد يجرم تنفيذه؛ لحمله على إتيان محرم، أو مباح لا يحق للمكروه إلزامه به. ويكون الإكراه غير مشروع إذا انتفى فيه أحد شرطي الإكراه المشروع أو كلاهما؛ بحيث تكون وسيلته غير مشروعة، أو الأمر المكروه عليه غير مشروع. فتهديد الذمي الملتزم بعقد الذمة بقتله إن لم يدخل في الإسلام، إكراه غير مشروع؛ لأنه لا يجوز قتله مع التزامه بعقد الذمة، حتى لو كان المكروه عليه مطلوباً شرعاً وهو الإسلام؛ ولذلك لا يكون إسلامه إسلاماً يُعتد به، فلا يقتل ردة إن رجع عنه وادعى أنه كان للإكراه⁽¹⁾.

ومثال الإكراه غير المشروع في الزواج: أن يُكْرَه الأخ أخته على الزواج بمن لا تحبه؛ لأن الأخ ليس له ولاية الإكراه على الزواج؛ وإنما تثبت هذه الولاية للأب، ومع ذلك فلا يُشرع للأب إكراه ابنته الثيب البالغة؛ لأن ولاية الإكراه لا تثبت عليها، وإنما تثبت على الصغيرة، ومع ذلك لا يُشرع للأب أيضاً إكراه هذه الأخيرة على الزواج من زوج معيب؛ لانتفاء المصلحة⁽²⁾.

وقد عدَّ بعض الفقهاء من الإكراه المشروع، إكراه الشخص بوسيلة مشروعة لفعل أمر غير مستحق للمكروه، ومثاله ما ذكره الحنفية من أن الزوج لو هدد زوجته بالطلاق أو التزوج عليها أو التسري إذا لم تهب له صداقها، فلو وهبته لا تكون مكرهة وتصح الهبة؛ لأن الأمور المُهدد بها مما يحل للزوج فعلها⁽³⁾. ومثاله أيضاً ما ذكره الشافعية من أن ولي الدم لو هدد القاتل بالاعتصام منه إذا لم يطلق زوجته فطلقها وقع الطلاق؛ لأن تهديده بالاعتصام منه جائز⁽⁴⁾.

والصحيح هو عدُّ هذه الأمثلة من الإكراه غير المشروع؛ لأن المكروه عليه ليس مُستحقاً شرعاً؛ فالزوج لا يستحق صداق زوجته حتى يكرهها على هبته، وولي الدم ليس من حقه تطليق زوجة القاتل حتى يكرهه عليه. وهذا ما قرره ورجحه ابن حجر الهيتمي في رسالته: "الانتباه لتحقيق عويص مسائل الإكراه"⁽⁵⁾.

(1) ينظر: منح الجليل، م.س، 80/7؛ الحاوي الكبير، م.س، 229/10. واستحسن الحنفية صحة إسلامه مكرهاً خلافاً للقياس؛ لكنه لا يقتل ردة لو رجع عنه؛ لأن في إكراهه شبهة دائرة للقتل؛ بل يجس حتى يرجع إلى الإسلام. ينظر: الاختيار لتعليل المختار: عبد الله بن مودود الموصلي، تحقيق: عبد اللطيف محمد عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2005م، 2/116.

(2) سيأتي تفصيل الكلام عن هذه الأمثلة عند الكلام عن ولاية الإكراه في هذا البحث، ص.125 وما بعدها.

(3) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 9/194؛ درر الحكام شرح مجلة الأحكام، م.س، 727/2.

(4) ينظر: أسنى المطالب، م.س، 3/283؛ نهاية المحتاج، م.س، 6/447.

(5) الرسالة مطبوعة ضمن كتابه الفتاوى الكبرى الفقهية، م.س، 4/173.

هذا ما ذكره جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة في تقسيم الإكراه إلى مشروع وغير مشروع. أما الحنفية والقوانين الوضعية محل الدراسة فلم تذكر هذا التقسيم، رغم اتفاق الجميع على أن الإكراه المؤثر في التصرف هو الإكراه غير المشروع، وقد سبق بيان ذلك في شروط الإكراه. ويرجع سبب عدم ذكرهم لهذا التقسيم إلى أنه تقسيم لا يصح من الناحية النظرية؛ لأن الإكراه اصطلاحاً يكون دائماً غير مشروع؛ فعدم المشروعية شرط فيه. أما الإكراه المشروع فهو إكراه بالمعنى اللغوي دون المعنى الاصطلاحي⁽¹⁾.

والحقيقة أن هذا المبرر الاصطلاحي قوي ودقيق. فلا يصح نظرياً واصطلاحياً تقسيم الإكراه إلى مشروع وغير مشروع. ومع ذلك يبقى لهذا التقسيم أهميته العملية؛ إذ به يُميّز بين الإكراه المؤثر في صحة التصرف، والإكراه غير المؤثر فيه، خاصة وأن التمييز بين النوعين أمر صعب حتى على المتخصصين، فكيف بغيرهم؟⁽²⁾.

وعقد الزواج من التصرفات التي تظهر فيه أهمية هذا التقسيم، خاصة مع اختلاف الفقهاء في ولاية الإكراه في الزواج، وحدودها وضوابط ممارستها، كما سيأتي في هذا البحث.

الفرع الثاني

الإكراه الملجئ وغير الملجئ

ذكر هذا التقسيم فقهاء الحنفية، وذكره أيضاً فقهاء الشافعية والحنابلة؛ إلا أن مفهوم الإكراه الملجئ وغير الملجئ عند الحنفية يختلف عنه عند الشافعية والحنابلة⁽³⁾. أما المالكية فلم يذكروا هذا التقسيم. ولم تذكره كذلك قوانين الأحوال الشخصية ولا القوانين المدنية محل الدراسة؛ باستثناء القانون المدني الأردني. ولذلك سأتكلم عن هذا التقسيم عند كل من الحنفية (أولاً) والشافعية والحنابلة (ثانياً) والقانون المدني الأردني (ثالثاً).

أولاً - الإكراه الملجئ وغير الملجئ عند الحنفية

1- الإكراه الملجئ

يسميه الحنفية أيضاً بالإكراه الكامل أو التام. وهو ما كان التهديد فيه بمتلفٍ للنفس أو العضو، كالتهديد بالقتل والقطع والضرب المتلف. فهنا يضطر المكره إلى إتيان ما أكره عليه خوفاً

(1) ينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، م.س، 659/2؛ مبدأ الرضا في العقود، م.س، 497/1.

(2) ينظر: الانتباه لتحقيق عويص مسائل الإكراه، رسالة مطبوعة ضمن الفتاوى الفقهية الكبرى، م.س، 171/4 وما بعدها.

(3) تنبيه: ذكر فخري أبو صفية هذا التقسيم في كتابه الإكراه في الشريعة الإسلامية، شركة الشهاب، الجزائر، (د.ط)، 1982م، ص. 41 وما بعدها. لكنه خلط بين مذهب الحنفية والشافعية، حيث ذكر الإكراه الملجئ وغير الملجئ بمعناها عند الحنفية، ونسبه أيضاً للشافعية، رغم أن الشافعية لا يعنون بالملجئ وغير الملجئ ما يعنيه الحنفية.

على نفسه أو على عضو من أعضائه. وهذا النوع مُعَدَم للرضا ومفسد للاختيار، وهو مؤثر في كل التصرفات، بحيث يضاف الفعل إلى المكره فيصير كأنه فعَلَه بنفسه، والمكره مجرد آلة له فيما يصلح أن يكون آلة له، كإتلاف النفس والمال. وإن لم يصلح كونه آلة له، نُسب الفعل إلى المكره، فيكون كأنه فعله باختياره دون إكراه. وذلك مثل الأقوال (التصرفات القولية كالعقود)؛ لأن الإنسان لا يتكلم بلسان غيره، فلا ينسب لغير المتكلم؛ إلا إذا كان فيه إتلاف، فيضاف إليه من حيث الإتلاف لصلاحيته آلة له فيه، ومثاله أن يكرهه على النكاح فيصح عندهم، ويرجع على المكره إن كان فيه إتلاف بأن كان بأكثر من مهر المثل⁽¹⁾.

2- الإكراه غير الملجئ

يسميه الحنفية أيضا بالإكراه الناقص أو القاصر. وهو ما كان التهديد فيه بغير متلفٍ للنفس ولا للعضو، كالتهديد بالقيود والحبس والضرب غير المتلف. فهو لا يكون ملجئاً؛ لأن المكره لا يضطر إلى إتيان ما أكره عليه، فقد يختار الصبر وتحمل الضرب والحبس... وهذا النوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار، ولا يؤثر إلا في التصرفات التي تحتاج إلى الرضا، كالبيع والإجارة والإقرار، دون التصرفات التي لا تحتاج للرضا كالزواج والطلاق⁽²⁾.

ثانياً- الإكراه الملجئ وغير الملجئ عند الشافعية والحنابلة

1- الإكراه الملجئ

هو الإكراه الذي لا يبقى للمكره معه قدرة ولا اختيار، وهذا لا يُتصور إلا في الأفعال، كالإلقاء بشخص من شاهق على آخر فيقتله أو يتلف ماله. فالمكره بهذا المعنى غير مكلف، ولا ينسب إليه الفعل؛ بل ينسب إلى من أكرهه؛ لأن المكره أصبح كالآلة في يد مُكْرِهه⁽³⁾. ومثاله أيضاً: أن يحلف شخص لا يدخل داراً، أو يعلق طلاقه لزوجته بدخول دار معينة، فيُحْمَل عنوة ويُدخَل إليها دون أن يقدر على الامتناع، فهذا لا ينسب إليه الدخول؛ ولذلك لا يحث في يمينه، ولا يقع طلاقه⁽⁴⁾.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 175/7؛ تبيين الحقائق، م.س، 181/5؛ تكملة البحر الرائق، م.س، 8/79-80.

(2) المصادر والصفحات نفسها.

(3) ينظر: التمهيد في تخرج الفروع على الأصول: عبد الرحيم الأسنوي، تحقيق: محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1400هـ، ص.120؛ قواطع الأدلة في الأصول: منصور بن محمد السمعاني، تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1999م، 118/1؛ شرح مختصر الروضة: نجم الدين الطوفي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1987م، 194/1.

(4) ينظر: المغني، م.س، 13/447-448؛ الإنصاف، م.س، 24/11؛ منح الجليل، م.س، 4/50؛ روضة الطالبين، م.س، 8/69.

2- الإكراه غير الملجئ

هو الإكراه الذي يبقى للشخص المكره معه قدرة واختيار، كتهديده بالقتل أو الضرب أو الحبس إذا لم ينفذ ما طُلب منه⁽¹⁾. فالمكره هنا له قدرة على الإقدام والإحجام، وله اختيار بين أن يفعل المطلوب دفعا للمرهوب، أو يمتنع عن فعله، ويصبر على تحمل الضرر المرهوب، فهو إذن مختار غير مُلجأ؛ ولذلك لا يسقط عنه التكليف. لكن الله رحمة به ورفعاً للمشقة، أسقط عنه أثر التصرفات الصادرة عنه في هذه الحالة، ولم يوجب عليه الصبر على تحمل أشد الضررين⁽²⁾.

ويلاحظ على تقسيم الشافعية والحنابلة للإكراه إلى ملجئ وغير ملجئ ما يأتي:

أ- الإكراه غير الملجئ عندهم يشمل كلا من الملجئ وغير الملجئ عند الحنفية، وهو بذلك يطابق المعنى الاصطلاحي للإكراه عموماً، أي أن غير الملجئ عند الشافعية والحنابلة هو نفسه الإكراه اصطلاحاً عند الحنفية.

ب- الإكراه الملجئ عندهم لا يدخل في المعنى الاصطلاحي للإكراه، فهو بمعنى الإلجاء. والإلجاء غير الإكراه، والمُلجأ غير المُكْرَه، والفرق بينهما أنّ المُلجأ لا يَجِدُ مَنْدُوحَةً عن الفعل، كمن يُلقَى من شَاهِقٍ، فهو لا بُدَّ له من الوُقُوعِ، ولا اختيَارَ له فيه، ولا قدرة له على الامتناع، وإِنَّمَا هو آلةٌ مَحْضَةٌ كالحجر في يدِ مُلقِيه، وحَرَكَته كحركة المُرْتَعِشِ.

أما المُكْرَهُ فله قدرة واختيار، فهو يَجِدُ مَنْدُوحَةً عن الفِعْلِ المُكْرَه عليه، وذلك بالصَّبْرِ على إيقاع ما أُكْرَه به، كمن قيل له: أُقْتَلْ زَيْدًا وَإِلَّا قَتَلْتُكَ، فهو يَجِدُ مَنْدُوحَةً عن قَتْلِهِ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ للقتل، فَأَقْدَامُهُ على قتل زَيْدٍ إِنَّمَا هو باختياره؛ ولكنه ليس حراً مستقلاً في اختياره⁽³⁾.

والتمييز بين الإلجاء والإكراه هو ما رجحه علماء الأصول المحققون من الشافعية والحنابلة. يقول الجويني: «الإكراه لا يَتَحَقَّقُ على مذاهب المحققين، إلاَّ مع تَصَوُّرِ اقْتِدَارِ المُكْرَه، فالذي به رَعَشَةٌ ضَرُورِيَّةٌ لا يُوصَفُ بِكَوْنِهِ مُكْرَهًا في رعدته ورعشته، وَإِنَّمَا المُكْرَهُ من يُخَوِّفُ وَيَضْطَرُّ إلى أن يجرى يده على اقتدار واختيار.»⁽⁴⁾

(1) ينظر: التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، م.س، ص.120؛ قواطع الأدلة، م.س، 118/1؛ شرح مختصر الروضة، م.س، 196/1؛ جامع العلوم والحكم: ابن رجب، تحقيق: محمد محمد تامر، دار البيان العربي، القاهرة، (د.ط)، 2005م، ص.497.

(2) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، م.س، ص.203؛ الأشباه والنظائر للسبكي، م.س، 11/2؛ البحر المحيط، م.س، 83/2.

(3) ينظر: البحر المحيط، م.س، 73/2-74؛ الأشباه والنظائر للسبكي، م.س، 11/2؛ مبدأ الرضا في العقود، م.س، 418/1-423.

(4) التلخيص في أصول الفقه: أبو المعالي الجويني، تحقيق: عبد الله جولم النبالي/ بشير أحمد العمري، دار البشائر الإسلامية، بيروت، (د.ط)، 1996م، 140/1.

ثالثاً- الإكراه الملجئ وغير الملجئ في القانون المدني الأردني⁽¹⁾

1- الإكراه الملجئ

نصت عليه المادة 136 بقولها: «يكون الإكراه ملجئاً إذا كان تهديداً بخطر جسيم محقق، يلحق بالجسم أو المال....» وبينت المادة 138 تأثيره على الإرادة بقولها: «الإكراه الملجئ يعدم الرضا ويفسد الاختيار.»

2- الإكراه غير الملجئ

نصت عليه المادة 136 بقولها: «... ويكون غير ملجئ إذا كان تهديداً بما دون ذلك.» أي دون الخطر المهدد به في الإكراه الملجئ. وقد بينت المادة 138 تأثيره على الإرادة بقولها: «وغير الملجئ يُعدم الرضا ولا يفسد الاختيار.»

أما تأثير هذين النوعين على العقود عامة فهو جعلها غير نافذة، أي موقوفة على إجازة المكره. وبهذا صرحت المادة 141 حيث جاء فيها: «من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده؛ ولكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحاً.» ولذلك انتقد فقهاء القانون إيراد هذا التقسيم في القانون المدني؛ لأنه لا يترتب عليه أي أثر؛ لأن كلا النوعين يؤدي إلى نتيجة واحدة في مجال العقود، وهي عدم النفاذ⁽²⁾.

وبعد عرض الإكراه الملجئ وغير الملجئ في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، يتبين ما يأتي:

- الإكراه الملجئ بمعناه عند الشافعية والحنابلة تنعدم فيه القدرة والاختيار، وهو في الحقيقة لا يدخل في المعنى الاصطلاحي للإكراه؛ بل هو ما يسمى بالإلجاء؛ إذ الإكراه هو ما يبقى فيه للمكره قدرة على الإقدام والإحجام، واختيار بين فعل ما أكره عليه أو الامتناع منه⁽³⁾.

- تقسيم الحنفية للإكراه إلى ملجئ وغير ملجئ له أهمية في مجال الأفعال، حيث تتأثر بالإكراه الملجئ دون الإكراه غير الملجئ. أما في التصرفات القولية كالعقود، فلا أهمية لهذا التقسيم. ولكن هذا النقد يبقى نسبياً؛ لأن العقود وإن كانت تصرفات قولية؛ إلا أنها تقترب عادة بأفعال ذات صلة بمضمونها، وذات تأثير في لزومها واستمرارها. فمثلاً الإكراه على البيع هو غير الإكراه على تسليم المبيع، والإكراه على الزواج هو غير الإكراه على الدخول والوطء.

(1) نص القانون المدني الأردني (م136) على أن الإكراه نوعان ملجئ وغير ملجئ. وأخذ بهذا التقسيم أيضاً كل من القانون المدني العراقي (م2/112)؛ وقانون المعاملات المدنية الإماراتي (م177).

(2) ينظر: المبسوط في شرح القانون المدني، م.س، ج1، ص1، ص393؛ مصادر الحقوق الشخصية، م.س، ص123؛ مصادر الالتزام لمصطفى الجمال، م.س، ص202، هامش 2.

(3) ينظر: مبدأ الرضا في العقود، م.س، ص496/1.

- القانون الأردني أخذ بالمذهب الحنفي في تقسيم الإكراه إلى ملجئ وغير ملجئ. ولذلك جاءت أحكامه مطابقة للمذهب الحنفي؛ بل حتى نصوصه جاءت شبه مطابقة لما جاء في مجلة الأحكام العدلية، ومرشد الحيران⁽¹⁾.

الفرع الثالث

الإكراه المادي والمعنوي

يُقسم الإكراه باعتبار الوسائل المستخدمة فيه إلى مادي ومعنوي. وهذا التقسيم مذكور في القانون الوضعي، حيث جاء في المادة 135 مدني أردني أن الإكراه: «يكون ماديا أو معنوياً.»⁽²⁾ أما الفقه الإسلامي فلم يرد فيه هذا التقسيم، رغم أن الفقهاء تكلموا عن وسائل الإكراه وأنواعها، وأن منها المادية، كالقتل والضرب، ومنها المعنوية، كالإهانة والإذلال⁽³⁾.

أولاً - الإكراه المادي

الإكراه المادي، أو المطلق هو الذي تُنتزع فيه الإرادة عنوة لا رهبة؛ بحيث يُجرّد المكره من كامل حريته، فلا يبقى له أي مجال للاختيار، ويكون كالألة في يد المكره، كما لو أمسك المكره القلم بيد المكره، وأجراها بالتوقيع على عقد معين (الزواج مثلاً). أو أخذ بأصبعه عنوة وبصم بها على العقد، أو قام بإسكاره، أو تنويمه مغناطيسياً، أو سحره، ثم جعله يبرم عقداً معيناً دون وعي أو إدراك منه.

وهذا النوع من الإكراه نادر الحدوث، وإن حدث فإن التصرف المترتب عنه يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً؛ لأنه منعدم من الناحية القانونية؛ لانعدام إرادة ورضا المكره فيه. فالذي يبصم على العقد عنوة، لم يصدر منه أي تعبير عن إرادته. وتلك الحركة التي أحدثت البصمة هي حركة لا إرادية.

وكذلك تعبير السكران والنائم والمسحور لا يعتد به، فهو كالعدم، مثله مثل كلام المجنون والمعته؛ ولذلك لا يعتبر هذا النوع من الإكراه داخلياً في المعنى الاصطلاحي للإكراه كأحد عيوب الرضا⁽⁴⁾.

(1) ينظر المادة: 949 من مجلة الأحكام العدلية، م.س، ص.185؛ والمادة: 192 من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان: محمد قدرى باشا، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، ط2، 1891م، ص.31.

(2) هذه العبارة جاءت أيضاً في المادة 176 معاملات إماراتي.

(3) قد سبق بيان وسائل الإكراه في الفقه الإسلامي بالتفصيل في فرع المكره به، ص.97-100.

(4) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 1/274؛ نظرية العقد للصدّة، م.س، ص.267؛ مبدأ الرضا في العقود، م.س، 1/466؛ المبسوط في شرح القانون المدني، م.س، ج1، ص.393-394؛ النظرية العامة للالتزام لمحمد حسين منصور، م.س، ص.178.

ثانيا- الإكراه المعنوي

الإكراه المعنوي هو الذي تُنتزع فيه الإرادة رهبة لا عنوة، باستخدام وسائل حسية أو نفسية، تولد في نفس المكره رهبة تدفعه للاستجابة لما طُلب منه دون رضاه. وهذا الإكراه بحسب وسائله إما حسي وإما نفسي.

1- الإكراه الحسي

هو الذي يتم باستخدام وسائل مادية تُسلط مباشرة على جسم المكره، أو جسم شخص عزيز عليه، كالضرب والتعذيب، أو تسلط مباشرة على ماله ما يتلافاه. فهذه الأفعال الحسية تسبب ضررا ماديا وألما محسوسا، يدفع المكره لتنفيذ ما طُلب منه خوفا من استمرار ذلك الألم، وتكرره وتفاقمه⁽¹⁾. وهذا النوع يسمى أيضا بالإكراه المادي، أو الإكراه المادي المفسد للإرادة، وهو غير المذكور سابقا، والذي يعدم الإرادة. والخلاف في هذه التسمية خلاف لفظي اصطلاحى، ولا مشاحة في الاصطلاح.

2- الإكراه النفسي

هو الذي يتم عن طريق التهديد بإلحاق الأذى دون إلحاقه بالفعل، كتهديد المكره بالقتل أو الضرب أو إتلاف المال، أو إفشاء الأسرار، أو التهديد بإيذاء شخص عزيز على المكره بمثل ذلك، فالذي يحمل المكره على الاستجابة لما طلب منه هو خوف وقوع ما تم التهديد به⁽²⁾.

والإكراه المعنوي، سواء كان حسيا أو نفسيا يُفسد الإرادة ولا يعدمها. فالإرادة موجودة ولكنها إرادة معيبة أصيبت في عنصر الحرية. فالمكره كان مخيرا بين تحمل الضرر، وبين إنشاء التصرف المطلوب منه، فاختر الثاني دفعا للأول؛ لكنه لم يكن حرا في اختياره هذا، فلو كان حرا لما اختار أيّ واحد من الأمرين؛ لكنه حُصر بين أمرين كلاهما ضُرٌّ، وأحلاهما مرّ.

ولذلك يكون التصرف المشوب بهذا الإكراه قابلا للإبطال في القانون المدني الجزائري (م1/88)، وقانون الالتزامات المغربي (ف47)، ويكون موقوفا في القانون المدني الأردني (م141).

(1) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 277/1؛ نظرية العقد للصدّة، م.س، ص.270؛ المبسوط في شرح القانون المدني، م.س، ج1، مج1، ص.394.

(2) المراجع والصفحات نفسها. وينظر أيضا: النظرية العامة للالتزام لمحمد حسين منصور، م.س، ص.178؛ النظرية العامة للالتزام لبلحاج العربي، م.س، 117/1.

وهذا الحكم خاص بالعقود المدنية⁽¹⁾، أما عقد الزواج فسيأتي بيان حكمه في حينه.

وبعد بيان الإكراه المادي والمعنوي، والحسي والنفسي في القانون الوضعي، يتبين لي ما يأتي:

- إنَّ الإكراه المادي المُعَدَم للإرادة، يُقابله في الفقه الإسلامي الإكراه الملجئ بمعناه عند الشافعية والحنابلة، وهو الذي تنعدم فيه القدرة والاختيار. وهو في الحقيقة لا يدخل في المعنى الاصطلاحي للإكراه؛ بل هو ما يسمى بالإلجاء؛ إذ الإكراه هو ما يبقى فيه للمكروه قدرة على الإقدام والإحجام، واختيار بين فعل ما أكره عليه أو الامتناع منه⁽²⁾.

- إنَّ تقسيم الفقه القانوني للإكراه إلى حسي ونفسي ليس له فائدة عملية في القانون المدني؛ لأن كلا النوعين يعيب الرضا ويؤثر في صحة التصرف⁽³⁾. وإن كان الإكراه الحسي أسهل في الإثبات من النفسي؛ ولهذا السبب -ربما- لم يذكر الفقه الإسلامي هذا التقسيم، مع أنه ذكر تطبيقات وأمثلة كل نوع عند كلامه عن المكروه به (وسيلة الإكراه).

(1) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 277/1؛ نظرية العقد للصدّة، م.س، ص.270؛ المبسوط في شرح القانون المدني،

م.س، ج1، مج1، ص.394؛ النظرية العامة للالتزام بللحاج العربي، م.س، 117/1.

(2) ينظر: مبدأ الرضا في العقود، م.س، 496/1.

(3) يرى بعض الباحثين أنه لا فائدة من التفريق بين الإكراه الحسي والنفسي في القانون المدني؛ لأنه لا فرق بينهما في الأثر، بينما يكون لذلك أهمية في القانون الجنائي من حيث تكييف الإكراه كواقعة جنائية. ينظر: مبدأ الرضا في العقود، م.س، 470/1-471.

المبحث الثاني

صُورُ الإكراه على الزواج

سبق في أنواع الإكراه بيان كون الإكراه على نوعين من حيث المشروعية وعدمها، وهما: الإكراه المشروع وغير المشروع، ولكلٍ منهما في الزواج صور مختلفة، بالنظر إلى الشخص الذي وقع عليه الإكراه؛ فقد يقع على المرأة (الزوجة)، وقد يقع على الرجل (الزوج)، وقد يقع على الولي؛ وسواء كان المكروه واحداً من هؤلاء، أو كان شخصاً أجنبياً عن عقد الزواج؛ بل قد يقع الإكراه على هؤلاء الثلاثة من قبل شخص أجنبي.

وسأتكلم في هذا المبحث عن نوعي الإكراه (المشروع وغير المشروع) في عقد الزواج، وصور كل نوع، مع بيان حكم كل صورة من حيث الجواز أو المنع، والإباحة أو التحريم، في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بحيث أخصص مطلباً مستقلاً لكل نوع من نوعي الإكراه وصوره.

المطلب الأول

الإكراه المشروع على الزواج وصوره

الأصل العام في الزواج أنه لا ينعقد ولا يصح إلا بالتراضي؛ ولذلك لا يُشرع الإكراه على الزواج كقاعدة عامة. لكن هذا الأصل قد ترد عليه بعض الاستثناءات التي يكون فيها الإكراه على الزواج مشروعاً؛ لما فيه من المصلحة الراجحة على مفسدة الإكراه⁽¹⁾. وهذه الاستثناءات هي مسائل اجتهادية كانت ولا زالت محل اختلاف بين الفقهاء في اعتبارها أو منعها، سواء في الفقه الإسلامي، أو في قوانين الأحوال الشخصية.

والإكراه المشروع على الزواج هو ما يسمى بولاية الإيجاب، أو ولاية الحتم والإيجاب. وسمي بذلك لأنه لا يمارس إلا من قبل الولي، أي بمقتضى الولاية الشرعية. وسميت هذه الولاية بولاية الإيجاب وليس ولاية الإكراه، من باب التمييز الذي درج عليه الفقهاء بين الإكراه المشروع وغير المشروع؛ فسموا الأول بالإيجاب، والثاني بالإكراه⁽²⁾، رغم أن معناهما في اللغة واحد.

(1) قال العز بن عبد السلام في كتابه قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مراجعة وتعليق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، طبعة جديدة مضبوطة ومنقحة، 1991م، 1/104: «إجبارُ النِّسَاءِ عَلَى النِّكَاحِ مَفْسُدَةٌ، لِأَنَّهُ أَخَذَ الرَّقِيبَ، لَكِنَّهُ جَازٍ فِي حَقِّ الْأَبْنَاءِ الْأَصَاغِرِ، لِمَا فِيهِ مِنَ الْمُبَادَرَةِ إِلَى تَحْصِيلِ الْأَكْفَاءِ؛ إِذْ لَا يَتَّفِقُ حُصُولُ الْأَكْفَاءِ فِي جَمِيعِ الْأَوْقَاتِ.» وقال في موضع آخر من الكتاب نفسه، 2/193: «إجبارُ الأبِّ الْبِكْرَ الْمُسْتَقَلَّةَ [أي البالغة الراشدة] مُخَالِفٌ لِقَاعِدَةِ التَّصَرُّفِ فِي مَنَافِعِ الْحُرِّ يَعْرِضُ اجْتِنَاباً، لَكِنَّهُ جَازٌ لِلْأَبْنَاءِ وَالْأَجْدَادِ، لِمَا فِيهِمْ مِنَ الْإِسْتِصْلَاحِ، وَتَحْصِيلِ مَقَاصِدِ النِّكَاحِ.»

(2) ينظر: الإكراه وأثره في التصرفات، م.س، ص.58.

وسأتكلم في هذا المطلب عن الإكراه المشروع في الزواج، أي عن تعريف ولاية الإكراه وللمن تثبت (الفرع الأول)، ومن تثبت عليهم (الفرع الثاني)، وضوابط ممارستها (الفرع الثالث).
وغرضي من ذلك هو التمهيد للكلام عن الإكراه غير المشروع؛ إذ لا يمكن تصور الثاني على الكمال إلا بمعرفة الأول، فبضدها تتبين الأشياء، خاصة وأن أكثر الناس يخلطون بينهما؛ فيظنون خطأً أن كل ولي له الحق في الإكراه، سواء كان أباً أو غيره، أو أن الأب له أن يجبر سائر بناته صغاراً وكباراً، ثيبات وأبكاراً.

الفرع الأول

تعريف ولاية الإكراه ومن تثبت لهم

سأتكلم هنا عن تعريف ولاية الإكراه (أولاً) والأولياء الذين تثبت لهم (ثانياً).

أولاً- تعريف ولاية الإكراه

1- تعريف ولاية الإكراه في اللغة

الولاية لغة من الوَلَّى بمعنى القرب والدين. والولاية: النصرة، والمحبة، والنسب. يُقال: هم على ولاية، أي متناصرين. وقيل: الولاية (بفتح الواو): المصدر، والولاية (بالكسر): الاسم، مثل الإمارة، أي اسم لما توليته وقمت به⁽¹⁾. والوَلِيُّ: القريب والناصر والمحِب، ضد العدو. ووَلَّى الأمر أي قام به. ووَلَّى فلانٍ: الذي يقوم على شؤونه. يُقال: «وَلِيُّ الْيَتِيمِ، الَّذِي يَلِي أَمْرَهُ وَيَقُومُ بِكِفَايَتِهِ. ووَلِيُّ الْمَرْأَةِ: الَّذِي يَلِي عَقْدَ النِّكَاحِ عَلَيْهَا، وَلَا يَدْعُهَا تَسْتَبْدُّ بِعَقْدِ النِّكَاحِ دُونَهُ.»⁽²⁾
والإكراه لغة من أجبِر يُجْبِر، بمعنى الإكراه والقهر، يُقال: أجبِره على الأمر، أي أكرهه وقهره عليه⁽³⁾. فولاية الإكراه إذن هي القيام بشؤون الغير قهراً عليه، ودون إذنه أو مشورته.

2- تعريف ولاية الإكراه في الفقه الإسلامي

الولاية في النكاح عموماً هي: «سلطة شرعية، لعصبة نسب، أو من يقوم مقامهم، يتوقَّف عليها تزويج من لم يكن أهلاً لعقده.»⁽⁴⁾ وهي تنقسم إلى ولاية إجبار، وولاية اختيار، وما يهمني في هذا البحث هو ولاية الإكراه.

(1) ينظر: القاموس المحيط، م.س، ص.1344؛ الصحاح، م.س، 6/2528-2530؛ لسان العرب، م.س، 15/407.

(2) تهذيب اللغة، م.س، 15/323؛ لسان العرب، م.س، 15/407.

(3) ينظر: القاموس المحيط، م.س، ص.360؛ الصحاح، م.س، 2/608؛ لسان العرب، م.س، 4/113.

(4) الولاية في النكاح: عوض بن رجاء العوفي، نشر عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ط1، 2002م، 1/29.

وينظر: الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية: نضال محمد أبو سنينة، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2011م، ص.34-38.

وولاية الإيجابار في النكاح لم أجد من عرفها من الفقهاء؛ إلا ما ورد عن الحنفية من تعريفهم للولاية عموماً بقولهم: «الْوَلَايَةُ فِي الْفِقْهِ: تَنْفِيذُ الْقَوْلِ عَلَى الْغَيْرِ شَاءً أَوْ أَبِي.»⁽¹⁾

فقولهم: «تنفيذ القول» يشمل كل التصرفات القولية، ومنها الزواج. وقولهم: «شاء أو أبي» يفيد معنى الإيجابار؛ فهذا التعريف إذن لا ينطبق إلا على ولاية الإيجابار، كما قال ابن عابدين⁽²⁾.

وقال ابن الهمام⁽³⁾ في معنى الإيجابار على النكاح: «مَعْنَى الْإِجْبَارِ: أَنْ يُبَاشِرَ الْعَقْدَ، فَيَنْفُذَ عَلَيْهَا شَاءَتْ أَوْ أَبَتْ.»⁽⁴⁾ أي أن يباشر الولي المجرِّ عقد الزواج لمن تحت ولايته، دون الحاجة لاستئذانه وأخذ رأيه، فينعقد الزواج صحيحاً، وينفذ على المُوَلَّى عليه رضي به أو لم يرض.

فالولي في ولاية الإيجابار يكون مستبداً برأيه، منفرداً بقراره في تزويج المُوَلَّى عليه دون مشاركة هذا الأخير بالإذن أو الرضا؛ ولذلك تسمى أيضاً بولاية الاستبداد⁽⁵⁾.

وبناءً على ما سبق يمكن تعريف ولاية الإيجابار في الزواج بأنها: سلطة شرعية تُخَوَّلُ لعصبة نسب أو من يقوم مقامهم إبرام عقد الزواج صحيحاً نافذاً للغير ممن ليس أهلاً لتزويج نفسه، وبغير إذنه ولا رضاه.

ومن هذا التعريف يتبين أن ولاية الإيجابار لا تستلزم بالضرورة حصول الإكراه من الولي المجرِّ على المُوَلَّى عليه المُجْبَر؛ لأن هذا الأخير قد يرضى بتزويج وليه له، وقد يكره ذلك ويأباه. فلا يُتصور حصول الإكراه بمعنى التهديد والوعيد إلا في الحالة الثانية، حين ينفر المُوَلَّى عليه من الزواج، ويعترض على وليه. وحتى في هذه الحالة لا يحتاج الولي لإكراهه على إبرام العقد أو الرضا به؛ لأن إبرام العقد من اختصاص الولي، وهو عقد نافذ لا يتوقف على رضا المُوَلَّى عليه، ومع ذلك فقد

(1) ينظر: البحر الرائق، م.س، 117/3؛ حاشية ابن عابدين، م.س، 154/4؛ كشف الأسرار، م.س، 350/2.

(2) حاشية ابن عابدين، م.س، 154/4.

(3) هو: محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد ابن مسعود، السيواسي ثم الإسكندري، كمال الدين، المعروف بابن الهمام: إمام من أئمة الحنفية. عارف بالفقه وأصوله، والتفسير، والفرائض، والحساب واللغة. أصله من سيواس. ولد بالإسكندرية سنة: 790هـ، ونبغ في القاهرة، وأقام بحلب مدة، وجاور بالحرمين. ثم كان شيخ الشيوخ بالخانقاه الشيخونية بمصر. توفي بالقاهرة سنة: 861هـ. من كتبه: "شرح فتح القدير" في شرح الهداية في فقه الحنفية، و "التحرير في أصول الفقه". ينظر: الأعلام، م.س، 255/6.

(4) شرح فتح القدير، م.س، 260/3. وينظر: شرح مسند أبي حنيفة: علي بن محمد الملا الهروي القاري، تحقيق: الشيخ خليل محيي الدين الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1985م، ص.513.

- تنبيه: عند الحنفية لا تثبت ولاية الإيجابار إلا على الصغار والمجانين، ولا تثبت على البكر البالغة العاقلة. وقد ذكر بعض الفقهاء أن الإيجابار لا يُتصور إلا في حق من له إذن واختار، كالبكر البالغة العاقلة؛ ولذلك لا يعتبر تزويج الصغار إجباراً إلا بالمعنى اللغوي. قال المرادوي في الإنصاف، م.س، 53/8: «قال القاضي في الجامع الكبير: إن تزويج الطفل والمعتوه ليس بإيجابار، إنما الإيجابار في حق من له إذن واختيار.»

(5) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 241/2.

يحصل الإكراه من أجل حمله على إظهار الرضا؛ تطبيقاً لخاطر الزوج الآخر، أو لحمله على تنفيذ العقد في حال الامتناع من ذلك. أما المعنى اللغوي لولاية الإكراه فيقتضي تولى أمر المُوَلَّى عليه مع رفضه ونفوره، بحيث لا تُتصور هذه الولاية إلا مع حصول الإكراه والقهر.

3- تعريف ولاية الإكراه في القانون الوضعي

ولاية الإكراه مصطلح استخدمه فقهاء الشريعة الإسلامية، ولم أجد له ذكراً في قوانين الأحوال الشخصية العربية الحالية، رغم تناولها لموضوع الولاية في الزواج، فهذه القوانين الوضعية تأخذ بولاية الاختيار، ولا تُقَرُّ ولاية الإكراه⁽¹⁾. فقد نصت القوانين محل الدراسة صراحة على منع الولي من الإكراه، وضرورة أن يتم الزواج عن رضا واختيار، ومن ذلك ما يأتي:

أ- نص قانون الأسرة الجزائري على أن الزواج عقد رضائي (م4)، وأن الرضا هو ركنه الوحيد (م9)، واختلاله يربط بطلان العقد (م1/33). كما نص في المادة 13 على أنه: «لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها.»⁽²⁾

ب- نصت مدونة الأسرة المغربية على أن الزواج ميثاق تراضٍ (م4)، وأن الولاية حق للمرأة (م24)، وأن الإكراه على الزواج يجعله قابلاً للفسخ (م63).

3- نص قانون الأحوال الشخصية الأردني على فساد عقد الزواج بالإكراه (م31/ز). وجاء في المادة 2/4 من تعليمات قاضي القضاة (رقم 1 لسنة 2017) المتعلقة بمنح الإذن بزواج القصر، أن على القاضي قبل منح الإذن أن يتحقق من الرضا التام للقاصر. كما جاء في المادة 15/ب من التعليمات (رقم 1 لسنة 1990) المتعلقة بتنظيم أعمال المأذونين الشرعيين، أن عليهم التحقق من رضا الخاطبين قبل إجراء العقد وتوثيقه.

ولذلك يمكنني القول بأن مصطلح "ولاية الإكراه" ليس له ذكر ولا تعريف في القانون الوضعي، وما ورد من ذكر أو تعريف له في المؤلفات القانونية في الأحوال الشخصية، إنما جاء

(1) ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي، م.س، 1/137؛ الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 1/237، 246؛ العلاقات بين الزوجين، م.س، ص.154؛ حدود سلطة الولي في التزويج في ضوء الشريعة والقانون: علي بودفع، مقال منشور بمجلة البحوث والدراسات الإنسانية، جامعة سكيكدة، العدد 4، ماي 2009، ص.258.

(2) جاء في المادة 1/9 أحوال شخصية عراقي أنه: «لا يحق لأي من الأقارب أو الأغباء إكراه أي شخص، ذكراً كان أم أنثى على الزواج دون رضاه.» وجاء في المادة 8/أ من القانون الليبي بشأن أحكام الزواج والطلاق وآثارهما، أنه: «لا يجوز للولي أن يجبر الفتى أو الفتاة على الزواج رغم إرادتهما.» وجاء في المادة 15/د أحكام الأسرة البحريني أنه: «لا يجوز للولي تزويج من له الولاية عليها جبراً، ثيباً كانت أو بكرًا، صغيرة كانت أو كبيرة.»

منسوبا إلى الفقه الإسلامي؛ بل إن أكثر مَنْ ذُكر تعريفها لها، قد اقتصر على إيراد تعريف الحنفية المذكور سابقا⁽¹⁾.

ولكن ينبغي التنبيه هنا إلى أن إلغاء ولاية الإجماع في القوانين الوضعية لا يعني أن هذه الأخيرة تمنع تزويج الصغار والمجانين بالكلية؛ بل هي تجيز تزويجهم؛ ولكن على سبيل الاستثناء، وبقيد وضوابط مشددة، كتقييد سلطة الولي في تزويجهم بضرورة موافقة القاصر، ووجود المصلحة، واستئذان القاضي، وحتى القاضي ملزم أحيانا باستشارة المختصين في شؤون الصغار والمجانين. ولذلك لم يعد الولي مستبدا بالرأي في التزويج، إذ يشاركه القاصر والقاضي وأهل الاختصاص. بل أقول إن الولي هنا وظيفته شكلية، تقتصر على تقديم طلب الإذن، والقاضي هو الذي يقرر. وعليه فلا وجه لاعتبار تزويجهم من باب ولاية الإجماع⁽²⁾؛ لانتفاء معنى الإجماع والاستبداد بالرأي، فهي إذا صورة من صور ولاية الاختيار.

وسياتي تفصيل الكلام عن تزويج الصغار والمجانين في القانون الوضعي فيما يأتي من البحث.

ثانيا- الأولياء الذين تثبت لهم ولاية الإجماع

1- الأولياء الذين تثبت لهم ولاية الإجماع في الفقه الإسلامي

الشخص الذي تثبت له الولاية يسمى وليا، والولي في الزواج هو الذكر المكلف (البالغ العاقل) الذي أنابه الشرع لمباشرة عقد الزواج على الغير؛ لعدم أهلية هذا الأخير لمباشرة العقد بنفسه؛ إما لصغره أو جنونه أو أنوثته⁽³⁾. وتثبت ولاية التزويج عموما للقريب العاصب، وهو من ليس في نسبه إلى المولى عليه واسطة أنثى، ولا ولاية للقريب غير العاصب؛ إلا عند الحنفية الذين يجعلون الولاية لسائر الأقارب وذوي الأرحام بعد العصبات. فإن لم يوجد العاصب فالسلطان، وهو الإمام أو الحاكم، أو من أسندا إليه أمر التزويج من القضاة وغيرهم، فإن لم يوجدوا، فأى رجل مسلم عدل. وأضاف المالكية إلى الأولياء: الوصي والكافل⁽⁴⁾.

(1) ينظر: الأحوال الشخصية، م.س، ص.107؛ شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي، م.س، 1/136؛ شرح قانون الأحوال الشخصية للسرطاوي، م.س، ص.47؛ الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 1/238؛ أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية: عبد الوهاب خلاف، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ط2، 1990م، ص.59.

(2) ينظر: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي: فاروق عبد الله كريم، طبع على نفقة جامعة السليمانية، إقليم كردستان العراق، (د.ط)، 2004م، ص.88.

(3) ينظر: الولاية في النكاح للعوي، م.س، 1/30.

(4) ينظر: كنز الدقائق: حافظ الدين النسفي، تحقيق: سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية/ دار السراج، ط1، 2011م، ص.255؛ مختصر خليل: خليل بن إسحاق، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ط1، 2005م، ص.97؛ المهذب في فقه الإمام الشافعي، م.س، 2/427؛ الإقناع في فقه الإمام أحمد، م.س، 3/172.

ولا تثبت ولاية الإجماع لكل هؤلاء الأولياء؛ بل لعدد منهم، مع اختلاف بين الفقهاء، وهم:
أ- الأب: تثبت للأب ولاية الإجماع باتفاق الفقهاء؛ لأنه كامل الرأي، وافر الشفقة يسعى لمصلحة أبنائه وبناته فوق ما يسعى لمصلحة نفسه⁽¹⁾. ويدل على ذلك تزويج أبي بكر لابنته عائشة من النبي ﷺ، فعن عائشة رضي الله عنها قالت: (تَزَوَّجَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِسِتِّ سِنِينَ، وَبَنَى بِي وَأَنَا بِنْتُ تِسْعِ سِنِينَ)⁽²⁾.

ب- الجد: أي أب الأب وإن علا، وهذا عند الحنفية والشافعية. وذلك قياساً للجد على الأب في كمال الرأي، ووفور الشفقة؛ ولأنه يسمى أباً أيضاً، كما في قوله تعالى: ﴿مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾ [الحج، 78]، فسماه أباً، إجراءً لحكم الأب عليه، وإن خالفه في الاسم⁽³⁾.
 والصحيح أن الجد ليس كالأب، فالأب ثبت له الإجماع بنص شرعي، استثناءً من أصل مراعاة الرضا في النكاح، فلا يتوسع في الاستثناء بالقياس.

ج- وصي الأب: فلوصي الأب أن يجبر كالأب عند المالكية والحنابلة. وذلك إذا أوصى إليه بالتزويج؛ لأنه يقوم مقامه كالوكيل؛ ولكن لا يثبت للوصي عندهم ما يثبت للأب، كتزويج الصغيرة بغير كفاءة، أو بأقل من مهر المثل، أو جبر بكر بالغة، فهذا يكون للأب دون الوصي⁽⁴⁾.
 والصحيح أن الوصي ليس له التزويج أصلاً؛ لأنه ليس ولياً؛ إذ الولاية تثبت بالنص لا بالإيصال، وليس الوصي وكيلًا للولي الميت؛ إذ الوكالة تنقطع بالموت⁽⁵⁾. وعلى القول بأن له التزويج فليس له الإجماع.

د- القاضي: للقاضي أو الحاكم أو السلطان ولاية الإجماع في تزويج الصغار والمجانين في بعض الأحوال بشروط مختلف فيها بين الفقهاء⁽⁶⁾. وستأتي الإشارة إليها في موضعها من البحث.

(1) ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 274/3، 277؛ الشرح الصغير للدردير، م.س، 353/2؛ الأم، م.س، 18/5-19؛ المبدع في شرح المقنع، م.س، 98/6.

(2) صحيح البخاري، م.س، كتاب النكاح، باب إنكاح الرجل ولده الصغار، 17/7، حديث رقم: 5133؛ صحيح مسلم، م.س، كتاب النكاح، باب تزويج الأب البكر الصغيرة، 1039/2، حديث رقم: 1422. واللفظ لمسلم.

(3) ينظر: المبسوط، م.س، 213/4؛ شرح فتح القدير، م.س، 274/3، 277؛ الأم، م.س، 21/5، 23؛ روضة الطالبين، م.س، 401/5؛ الحاوي الكبير، م.س، 53/9.

(4) ينظر: الشرح الصغير للدردير، م.س، 355/2؛ التاج والإكليل، م.س، 55/5؛ المغني، م.س، 366/9؛ كشف القناع، م.س، 2400/7.

(5) ينظر: الأم، م.س، 21/5؛ الحاوي الكبير، م.س، 51/9.

(6) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 169/4؛ الشرح الصغير للدردير، م.س، 396/2؛ الأم، م.س، 21/5-22؛ المبدع في شرح المقنع، م.س، 98/6.

هـ- بقية الأولياء: ليس لبقية الأولياء جبر في تزويج بالغة رشيدة، بكرة كانت أو ثيبا، باتفاق الفقهاء⁽¹⁾. لكن لهم عند الحنفية دون سائر الفقهاء ولاية الإجماع في حق الصغار والمجانين؛ غير أن بين إجبارهم وإجماع الأب والجد فرقا من حيث ثبوت خيار البلوغ والإفاقة؛ فلا يثبت الخيار عند تزويج الأب والجد، ويثبت عند تزويج سائر الأولياء⁽²⁾.

والراجح منع بقية الأولياء من التزويج ابتداءً؛ لأن إثبات الخيار يُناقض معنى الإجماع، ثم إن سائر الأولياء ليس عندهم من الشفقة ما للأب فلا يقاسون عليه. وخلاصة القول بعد عرض آراء الفقهاء فيمن تثبت له ولاية الإجماع، والراجح من أقوالهم، أن هذه الولاية لا تثبت إلا للأب لوفور شفقتة، وورود النص بذلك، على أن يقتصر فيها على أضيق الحدود، وأن يراعى في ممارستها جملة من الضوابط التي سيأتي بيانها في حينها.

2- الأولياء الذين تثبت لهم ولاية تزويج القصر والمعاقين عقليا في القانون الوضعي

سبق القول بأنه لا وجود لولاية الإجماع في القوانين الوضعية؛ حتى في تزويج ناقصي الأهلية، كالقصر والمجانين؛ ولذلك فلا أحد من الأولياء يملك حق تزويج المولى عليهم جبرا؛ ولكن رغم ذلك فإن تزويج ناقصي الأهلية متوقف على موافقة الولي أو مباشرته للعقد. ولذلك سأتكلم هنا عن الأولياء الذين لهم حق تزويج هؤلاء، وإن لم يتمتعوا بسلطة الإجماع. وهم كالآتي:

أ- الأب: نص قانون الأسرة الجزائري صراحة على ولاية الأب في تزويج القصر، وأولويته في الترتيب على سائر الأولياء. فجاء في المادة 2/11 أنه: «يتولى زواج القصر أولياؤهم، وهم الأب فأحد الأقارب الأولين...»⁽³⁾ أما القانون المغربي والأردني فلم يصرحا بذكر الأب.

ب- بقية الأولياء: نص قانون الأسرة الجزائري على حق بقية الأولياء بتزويج القصر، بقوله في المادة 2/11: «... فأحد الأقارب الأولين.» ولكن هذه العبارة مبهمّة؛ إذ لم يحدد المقصود من الأقارب الأولين، وهل يقتصر الأمر على العصبية؟ أم يشمل أيضا ذوي الأرحام؟ وهل الأولوية بحسب ترتيب الميراث، فيتقدم الابن على الجد أو العكس؟ وهذه التساؤلات ليس من السهل الإجابة عنها حتى بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي؛ نظرا لاختلاف الفقهاء.

(1) ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 260/3؛ الشرح الصغير، م.س، 356/2؛ الأم، م.س، 182/5؛ المغني، م.س، 402/9؛

الاستنكار: ابن عبد البر، تحقيق: سالم محمد عطا/ محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2000م، 468/5.

(2) ينظر: تبين الحقائق، م.س، 122/2؛ الاختيار لتعليل المختار، م.س، 107/3.

(3) نفس الحكم جاء في المواد الآتية من قوانين الأحوال الشخصية: 8 تونسي؛ 2/18 سوري؛ 32 إماراتي؛ 16 يمني؛ 26 قطري؛

ولذلك يجب على المشرع الجزائري أن يحسم الأمر ببيان الأولياء وترتيبهم. وقد جاء في قضاء المحكمة العليا أن: «ولي الزوجة لا يشترط أن يكون أباه شخصياً؛ بل قد يكون أخاها أو عمها في حالة وجود مانع لوالدها، أو بتكليف منه.»⁽¹⁾ لكن هذا القرار ليس فيه ما يشير إلى ترتيب الأولياء بعد الأب، كما أنه لم يذكر بقية العصابة، كأبناء الإخوة، وأبناء الأعمام.

أما مدونة الأسرة المغربية فلم تصرح بذكر أصناف الأولياء وترتيبهم، وإنما أشارت إلى ذلك إشارة عابرة في المادة 25 التي جاء فيها: «للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو أحد أقاربها.» وهذه المادة فيها من الغموض أكثر مما في المادة 2/11 أسرة جزائري. غير أن المدونة المغربية قد أحالت إلى أحكام الفقه المالكي (م400) مما يزول معه الإشكال.

أما قانون الأحوال الشخصية الأردني فقد نص في المادة 14 على أن: «الولي في الزواج هو العاصب بنفسه على الترتيب المنصوص عليه في القول الراجح من مذهب أبي حنيفة.»⁽²⁾ وهذا النص يشمل الأب والجد لأب، والأبناء، والإخوة الأشقاء ولأب، وأبنائهم، والأعمام الأشقاء ولأب، وأبنائهم. فكل هؤلاء لهم حق تزويج ناقصي الأهلية⁽³⁾.

ج- القاضي: اتفقت قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة على جواز أن يتولى القاضي تزويج القصر. وهذا ما صرحت به المادة 2/11 أسرة جزائري التي جاء في آخرها: «والقاضي ولي من لا ولي له.»⁽⁴⁾ وهذا ما أشارت إليه المادة 18 مغربي، والمادة 17 أردني. فهذه المواد تدل على أن ناقص الأهلية إذا لم يكن له ولي من أب أو عصابة نسب، أو وُجد ولكن لا تتوفر فيه شروط الولاية، فإن الولاية تنتقل إلى القاضي الذي يتولى التزويج بمقتضى الولاية العامة⁽⁵⁾.

وينبغي التنبيه هنا إلى أن القانون المغربي (م18) قيد سلطة القاضي في التزويج، بألا يزوج المولى عليه من نفسه، أو لأحد أصوله أو أحد فروع⁽⁶⁾. وذلك لإبعاده عن التهمة⁽⁷⁾؛ لاحتمال أن يقع منه التزويج على وجه المحاباة دون مراعاة مصلحة ناقصي الأهلية، خاصة وأنه يفقد للشفقة التي عند الولي العاصب.

(1) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، رقم: 381880، بتاريخ: 2007/20/14، مجلة المحكمة العليا، ع 2، سنة 2007، ص.483.

(2) ينظر المواد الآتية من قوانين الأحوال الشخصية: 8 تونسي؛ 21 سوري؛ 32 إماراتي؛ 12/أ بحريني؛ 29/أ كويتي؛ 7/أ لبيبي؛ 1/32 سوداني؛ 11/أ عماني.

(3) ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، ص.96.

(4) ينظر المواد الآتية من قوانين الأحوال الشخصية: 24 سوري؛ 35 إماراتي؛ 30 قطري؛ 38 سوداني؛ 17 بحيني؛ 13 عماني.

(5) ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، ص.101.

(6) ينظر في المعنى نفسه المواد: 39 سوداني؛ 25 سوري؛ 36 إماراتي؛ 15/أ بحريني؛ 14 عماني.

(7) ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي، م.س، 143/1-144.

ومن خلال ما سبق بيانه يظهر لي ما يأتي:

- اتفاق القوانين الوضعية مع الفقه الإسلامي في منح الأب ولاية تزويج ناقصي الأهلية.
- القوانين الوضعية وافقت جمهور الفقهاء في حصر ولاية التزويج في العصبات دون ذوي الأرحام، خلافا للحنفية. لكنها وافقت الحنفية في تجويز تزويج سائر الأولياء العصبية لناقصي الأهلية، خلافا لمذهب الجمهور الذين قصرُوا هذا الحق على الأب، واختلفوا في الجد ووصي الأب. ولذلك يمكن القول بأن القوانين الوضعية مزجت بين المذاهب الفقهية وخرجت بموقف وسط، فجعلت عدد الأولياء الذين يزوجون ناقصي الأهلية أكثر مما عند الجمهور، وأقل مما عند الحنفية.
- وافقت القوانين الوضعية الفقه الإسلامي في انتقال الولاية إلى القاضي في تزويج ناقصي الأهلية، إذا لم يوجد الولي، أو كان فاقدا لشروط الولاية.
- أخذت القوانين الوضعية برأي الحنفية والشافعية في عدم اعتبار الوصي من الأولياء في الزواج، خلافا لرأي المالكية والحنابلة؛ حيث أن هذه القوانين قصرت الولاية على الأقارب.

الفرع الثاني

الأشخاص الذين تثبت عليهم ولاية الإجماع

الأشخاص الذين قد تمارس عليهم ولاية الإجماع في الزواج إما أن يكونوا صغارا، أو معاقين عقليا (مجانين أو معاتيه)، أو سفهاء أو راشدين. وسأتكلم عن كل صنف من هؤلاء على حده.

أولا- إجماع الصغار على الزواج

1- إجماع الصغار على الزواج في الفقه الإسلامي

يختلف حكم إجماع الصغار على الزواج في الفقه الإسلامي، بحسب الجنس (ذكر أو أنثى)، والبراءة (بكر أو ثيب)، واليتم (يتيمة أم لا). وسأفصل الكلام عن كل صنف كالاتي.

أ- إجماع البكر الصغيرة على الزواج

الصغيرة هي التي لم تصل إلى سن البلوغ، والبكر هي التي لم تفقد بكارتها (عذريتها) بسبب الوطء، أي لم تجامع لا في نكاح صحيح، ولا في نكاح فاسد، ولا في نكاح شبهة. فإن فقدت عذريتها بغير وطء (بوثة، أو جراحة....) فهي بكر حكما، وإن لم تكن عذراء حقيقة. واختلف الفقهاء فيمن زالت عذريتها بوطء محرم، كالغصب والزنا، فالجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة) خلافا للمالكية على أن الوطء المحرم كالمباح يزيل وصف البكر⁽¹⁾.

(1) ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 3/270-271؛ الشرح الصغير للددير، م.س، 2/354؛ نهایة المحتاج، م.س، 6/229-230؛ المبدع في شرح المقنع، م.س، 6/102-103.

وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على جواز تزويج البكر الصغيرة جبراً من قبل أبيها؛ ولكن بشروط وضوابط⁽¹⁾ سيأتي ذكرها في ضوابط الإجماع. ثم اختلفوا فيما لو كان مجبرها غير الأب؛ فأجازته الحنفية لكل ولي، وأجازته المالكية والحنابلة لوصي الأب دون غيره، وأجازته الشافعية للجد أب الأب دون سواه. وسيأتي بيان ذلك في تزويج اليتيمة.

واستدل الفقهاء على جواز تزويج الأب لابنته البكر الصغيرة جبراً بما يأتي:

أ.أ- قوله تعالى: ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ تَحِضْ﴾ [الطلاق، 4]. فاللأبي لم يحضن هن الصغيرات، يُزَوَّجْنَ ولم يبلغن المحيض، ثم يُطَلَّقْنَ بعد الدخول وقبل بلوغهن، فعدتهن ثلاثة أشهر، فدل ذلك على جواز تزويج الصغيرة قبل البلوغ، وإذا جاز تزويجها جاز إجبارها؛ إذ لا إذن لها يعتبر لصغرها⁽²⁾.

أ.ب- تزويج أبي بكر رضي الله عنه ابنته عائشة رضي الله عنها من النبي صلى الله عليه وسلم وهي بنت ست سنين، فعن عائشة رضي الله عنها قالت: (تَزَوَّجَنِي رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم لِسِتِّ سِنِينَ، وَبَنَى بِي وَأَنَا بِنْتُ تِسْعِ سِنِينَ)⁽³⁾. فهذا الحديث صريح في جواز تزويج الأب ابنته الصغيرة بغير إذنها؛ لأن عائشة لم تكن حينها ممن يعتبر إذنها لصغرها، ولم يرد أن أباه استأذنها⁽⁴⁾.

أ.ج- آثار الصحابة رضي الله عنهم في تزويجهم بناتهم الصغيرات دون مشاورتهن. فقد قال الشافعي: «زَوَّجَ غَيْرُ وَاحِدٍ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم ابْنَتَهُ صَغِيرَةً»⁽⁵⁾. ومن ذلك تزويج علي بن أبي طالب ابنته أم كلثوم وهي صغيرة من عمر ابن الخطاب⁽⁶⁾. وتزويج الزبير ابنته يوم وُلدت من قدامة بن مظعون⁽⁷⁾. وتزويج عروة بن الزبير ابنته ولها خمس سنين

(1) انظر: المبسوط، م.س، 212/4؛ بداية المجتهد، م.س، 34/3؛ روضة الطالبين، م.س، 401/5؛ المغني، م.س، 398/9.

(2) ينظر: أحكام القرآن لابن العربي، م.س، 185/4؛ أحكام القرآن: أبو بكر الجصاص، تحقيق: محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط)، 1405هـ، 346/2؛ تفسير الطبري: محمد بن جرير الطبري، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2000م، 452/23؛ المغني، م.س، 398/9؛ المبسوط، م.س، 212/4.

(3) سبق تخريجه، ص.129.

(4) ينظر: المغني، م.س، 398/9؛ شرح صحيح مسلم: يحيى بن شرف النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، 1392هـ، 206/9؛ إكمال المعلم بفوائد مسلم: عياض بن موسى، تحقيق: يحيى إسماعيل، دار الوفاء، مصر، ط1، 1998م، 572/4.

(5) الأم، م.س، 163/7.

(6) مصنف ابن أبي شيبة، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409هـ، 17/4، الأثر رقم: 17341؛ مصنف عبد الرزاق، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي، الهند، ط2، 1403هـ، 163/6، الأثر رقم: 10352.

(7) مصنف ابن أبي شيبة، م.س، 17/4، الأثر رقم: 17339؛ سنن سعيد بن منصور، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية، الهند، ط1، 1982م، 204/1، الأثر رقم: 639.

من ولد صغير له ست سنين⁽¹⁾. وشهرة هذه الآثار، وعدم وجود معارض لها من الصحابة يدل على أن الصحابة مجمعون على جواز تزويج الأب ابنته البكر الصغيرة دون استئذانها⁽²⁾.

أ.د- الإجماع: فقد «أجمع أهل العلم على أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفاء»⁽³⁾ ولم يخالف ذلك إلا عُثْمَانُ الْبَيْتِيُّ⁽⁴⁾، وإِبْنُ شُبْرُمَةَ⁽⁵⁾، وَأَبُو بَكْرٍ الْأَصَمُّ⁽⁶⁾. حيث ذهبوا إلى أنه لا يجوز للأب إنكاح ابنته الصغيرة حتى تبلغ وتأذن⁽⁷⁾. واستدلوا بما يأتي:

- قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ [النساء، 6]. فلو جاز التزويج قبل البلوغ لم يكن لهذا التقييد فائدة⁽⁸⁾. والصحيح أن المقصود ببلوغ النكاح هو بلوغ سن الاحتلام⁽⁹⁾. فهو كقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَعِذُوا كَمَا اسْتَعِذَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ﴾ [النور، 59]. ثم إن الآية تتكلم عن الأموال وليس عن النكاح.

- تأويل حديث الزواج من عائشة بأنه خاص بالنبي ﷺ. وردّ عليه بأن دعوى الخصوصية ليس عليها دليل؛ بل آثار الصحابة في تزويج بناتهم الصغيرات دليل على عدم الخصوصية⁽¹⁰⁾.

- إن تصرفات الولي تقتصر على ما يحتاجه المولى عليه، والصغيرة لا حاجة لها إلى النكاح، فلا يجوز تزويجها؛ لأن مقصود النكاح طبعاً هو قضاء الشهوة، وشرعاً النسل، والصغير ينافيهما.

(1) مصنف عبد الرزاق، م.س، 164/6، الأثر رقم: 10359.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 240/2.

(3) الإجماع: أبو بكر بن المنذر، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع، ط1، 2004م، ص78؛ وينظر: التمهيد، م.س، 98/19؛ الإقناع في مسائل الإجماع: أبو الحسن ابن القطان، تحقيق: حسن فوزي الصعيدي، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، ط1، 2004م، 6/2؛ ويراجع: الدعوة لتحديد سن الزواج، تاريخها وحكمها: عبد الرحمان بن سعد الشثري، نشر مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط1، 1435هـ، ص44-51، حيث أورد كلام أكثر من ثلاثين عالماً نقلوا هذا الإجماع.

(4) هو: أَبُو عَمْرٍو عُثْمَانُ الْبَيْتِيُّ (ت 131هـ): فقيه البصرة، روى عدة أحاديث، وكان صاحب رأي وفقه. ينظر: سير أعلام النبلاء: شمس الدين الذهبي، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط3، 1985م، 148/1-149.

(5) هو: عَبْدُ اللَّهِ بْنُ شُبْرُمَةَ بْنِ طُقَيْلِ بْنِ حَسَّانِ الصَّبَّيِّ (144-72هـ): فقيه العراق، وقاضي الكوفة. كان من أئمة الفروع، وأما الحديث فما هو بالكثر منه. وكان عفيفاً، صارماً، عاقلاً، خيراً، يشبه النُساك. ينظر: سير أعلام النبلاء، م.س، 347/6-348.

(6) هو: أَبُو بَكْرٍ الْأَصَمُّ (ت 201هـ): شيخ المعتزلة بالعراق. له عدة مؤلفات، منها كتاب في التفسير، وآخر في خلق القرآن. ينظر: سير أعلام النبلاء، م.س، 402/9.

(7) ينظر: المحلى بالآثار، م.س، 38/9-39؛ الإقناع في مسائل الإجماع، م.س، 6/2؛ المبسوط، م.س، 212/4؛ بدائع الصنائع، م.س، 240/2.

(8) ينظر: المبسوط، م.س، 212/4.

(9) ينظر: تفسير الطبري، م.س، 574/7؛ تفسير القرطبي، م.س، 34/5؛ أحكام القرآن لابن العربي، م.س، 418/1.

(10) ينظر: المحلى بالآثار، م.س، 40/9؛ شرح فتح القدير، م.س، 274/3.

ورّد على ذلك بأن النكاح من جملة المصالح، فهو يشتمل على أغراض ومقاصد كثيرة غير الاستمتاع والنسل، فقد يتوفر الخاطب الكفاء للصغيرة، بحث لو انتُظِر بلوغها لفات⁽¹⁾.

ويظهر لي أن القول بجواز تزويج الأب لابنته البكر الصغيرة قبل البلوغ له وجهة؛ لقوة أدلته؛ ولكنه مبني على توافر المصلحة الراجحة؛ إلا أن تصوّر تحقق تلك المصلحة أمر مستبعد جدا. فالمصلحة التي يدندن حولها الفقهاء هي تحصيل الكفاء. وهي في نظري ليست مبررا كافيا للتزويج؛ لأن كفاءة الشخص تتغير، فمن يضمن بقاء كفاءته حتى تبلغ الفتاة، وخاصة كفاءة الدين؛ إلا إذا كان معصوما كالنبي ﷺ.

ولذلك فالأقرب إلى تحقيق مصلحة الصغيرة هو منع تزويجها حتى تبلغ وتُستأذن فترضى⁽²⁾، حتى لو كان مُزوّجها هو أبوها؛ لأننا في زمان ضعف فيه دين الناس وأخلاقهم، فلا يُستبعد أن يزوج الأب ابنته لأغراض خاصة به، ولو على حساب مصلحة ابنته. ولهذا السبب ذهب الفقهاء القائلون بجواز تزويج الصغيرة إلى استحباب عدم تزويجها حتى تبلغ وتأذن⁽³⁾.

ب- إيجاب الثيب الصغيرة على الزواج

الفتاة الصغيرة إذا زالت بكارتها قبل البلوغ؛ سواء بوطء مباح، في نكاح صحيح أو فاسد أو وطء شبهة، أو وطء محرم كالزنا والغصب. قد اختلف الفقهاء في تزويجها جبرا على قولين:

ب.أ- القول بجواز إيجاب الثيب الصغيرة: وهو قول الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة⁽⁴⁾، فهي عندهم كالبكر الصغيرة، يجوز لأبيها إجبارها. واختلفوا في غير الأب، كما في البكر الصغيرة. واستدلوا على جواز إجبارها بعموم مفهوم المخالفة في قوله ﷺ: (تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا)⁽⁵⁾. فمفهومه أن ذات الأب لا تستأمر، ولأبيها إجبارها⁽⁶⁾.

(1) ينظر: المسبوط، م.س، 212/4؛ الذخيرة، م.س، 127/1؛ شرح صحيح مسلم، م.س، 206/9.

(2) ومن قال بهذا الرأي محمد بن صالح العثيمين في كتابه: الشرح الممتع على زاد المستقنع، طبع بإشراف مؤسسة الشيخ محمد بن صالح العثيمين الخيرية، دار ابن الجوزي، ط 1، 1422-1428هـ، 57/12-59.

(3) يقول النووي في شرح صحيح مسلم، م.س، 206/9: «يستحب أن لا يزوج الأب والجد البكر حتى تبلغ ويستأذنها؛ لئلا يوقعها في أسر الزوج وهي كارهة، وهذا الذي قالوه لا يخالف حديث عائشة، لأن مرادهم أنه لا يزوجها قبل البلوغ إذا لم تكن مصلحة ظاهرة، يخاف فوتها بالتأخير، كحديث عائشة، فيستحب تحصيل ذلك الزوج؛ لأن الأب مأمور بمصلحة ولده فلا يفوتها.» وينظر: الأم، م.س، 19/5، روضة الطالبين، م.س، 402/5، النوادر والزيادات، م.س، 395/4.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 241/2؛ شرح فتح القدير، م.س، 274/3؛ منح الجليل، م.س، 273/3؛ الشرح الكبير للدردير، م.س، 223/2؛ كشاف القناع، م.س، 2397/7.

(5) سبق تخريجه، ص.20.

(6) ينظر: بداية المجتهد، م.س، 34/3.

ب.ب- القول بعدم جواز إجبار الثيب الصغيرة: وهو قول الشافعية أنه لا يجوز إجبارها على النكاح، لا من الأب ولا من غيره، ولا تُزَوَّج حتى تبلغ وتأذن⁽¹⁾. واستدلوا على منع إجبارها بعموم قوله ﷺ: (الثَّيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا)⁽²⁾. فلفظ الثيب يعم الصغيرة والكبيرة⁽³⁾.
وسبب الخلاف بين القولين هو الاختلاف في علة الإجبار، هل هي الصغر؟ وبالتالي تجبر الثيب الصغيرة، أم أنها البكارة؟ فلا تجبر الثيب ولو كانت صغيرة⁽⁴⁾.
والأقرب للصواب هو منع تزويج الصغيرة؛ سواء كانت بكرا أم ثيبا، وقد سبق بيان ترجيح منع تزويج البكر، فالثيب أولى. وعليه فلا حاجة للبحث عن علة الإجبار، لأنه ممنوع أصلا.

ج- إجبار اليتيمة على الزواج

اليتيمة هي الصغيرة التي مات أبوها قبل بلوغها⁽⁵⁾؛ لقوله ﷺ: (لَا يُتَمَّ بَعْدَ اِخْتِلَامٍ)⁽⁶⁾. وفي حكمها من فُتِدَ أبوها أو غاب عنها، أو كان فاقدا لشروط الولاية، ككونه مجنوناً أو معتوها.
وقد اختلف الفقهاء في حكم تزويجها وإجبارها على ثلاثة أقوال:

ج.أ- القول بعدم جواز تزويج اليتيمة: وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة. فلا يجوز عندهم أن تُزَوَّج اليتيمة حتى تبلغ وتأذن؛ لأنه لا بدّ من إذنها؛ إذ لا يملك إجبارها إلا الأب، ولا أب لها، واستئذناها قبل البلوغ متعذر؛ إذ لا عبرة بالإذن قبله⁽⁷⁾.
إلا أن المالكية والحنابلة أجازوا لوصي الأب دون سواه تزويجها جبرا؛ لأنه كالوكيل عن الأب، وأجاز الشافعية للجد (أب الأب) إجبارها دون غيره؛ لأن الجَد عندهم كالأب.
واستدل أصحاب هذا القول بالأحاديث التي توجب استثمار اليتيمة، كقوله ﷺ: (تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا، فَإِنْ سَكَتَتْ فَهِيَ إِذْنُهَا، وَإِنْ أَبَتْ فَلَا جَوَازَ عَلَيْهَا)⁽⁸⁾.

(1) ينظر: الأم، م.س، 20/5؛ نهاية المحتاج، م.س، 229/6-230.

- تنبيه: هذا القول قال به الظاهرية أيضا فيمن ثبت من زواج صحيح. ينظر: المحلى بالآثار، م.س، 38/9.

(2) سبق تحريجه، ص.19.

(3) الحاوي الكبير، م.س، 67/9.

(4) ينظر: بداية المجتهد، م.س، 34/3.

(5) ينظر: الحاوي الكبير، م.س، 54/9؛ المغني، م.س، 402/9؛ فتح الباري، م.س، 197/9؛ تحفة الأحوذى، م.س، 207/4.

(6) سنن أبي داود، م.س، كتاب الوصايا، باب متى ينقطع اليتم، 496/4، حديث رقم: 2873؛ السنن الكبرى للبيهقي، م.س، كتاب

الحجر، باب البلوغ بالاحتلام، 94/6، حديث رقم: 11309. وصححه الألباني في إرواء الغليل، م.س، 83-79/5.

(7) ينظر: منح الجليل، م.س، 277/3، الحاوي الكبير، م.س، 54/9، المغني، م.س، 402/9.

- تنبيه: قال بهذا القول الظاهرية أيضا. ينظر: المحلى بالآثار، م.س، 38/9.

(8) سبق تحريجه، ص.20.

وقوله أيضا: (تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا، فَإِنْ سَكَتَتْ فَقَدْ أَذِنَتْ، وَإِنْ أَبَتْ لَمْ تُكْرَهُ)⁽¹⁾. فمعنى الحديثين أن اليتيمة لا تنكح حتى تبلغ فُتُستأمر؛ إذ قبل البلوغ لا معنى لإذنها أو إباحتها⁽²⁾.

ج.ب- القول بجواز تزويج اليتيمة جبرا: وهذا مذهب الحنفية؛ فيجوز عندهم تزويج اليتيمة قبل البلوغ جبرا دون استئذان، وذلك لكل ولي سواء كان جدا أو غيره. والفرق بين الجد وغيره، أنه لا يكون لها الخيار عند البلوغ إن زوجها الجد، وإن زوجها غيره فلها الخيار⁽³⁾. واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْلَىٰ مَا كُنْتُمْ تَكُونُونَ﴾ [النساء، 3]. فعن عُرْوَةَ بن الزُّبَيْرِ رضي الله عنه، أَنَّهُ سَأَلَ عَائِشَةَ عَنْ تَفْسِيرِهَا، فَقَالَتْ: (هِيَ الْيَتِيمَةُ تَكُونُ فِي حَجْرٍ وَلِيَّهَا تُشَارِكُهُ فِي مَالِهِ، فَيُعْجِبُهُ مَالُهَا وَجَمَالُهَا، فَيُرِيدُ وَلِيَّهَا أَنْ يَتَزَوَّجَهَا بغيرِ أَنْ يُقْسِطَ فِي صَدَاقِهَا، فَيُعْطِيهَا مِثْلَ مَا يُعْطِيهَا غَيْرُهُ، فَهِيَ أَنْ يَنْكِحُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يُقْسِطُوا لَهُنَّ، وَيَبْلُغُوا بِهِنَّ أَعْلَىٰ سُنَّتِهِنَّ مِنَ الصَّدَاقِ، وَأَمْرُوا أَنْ يَنْكِحُوا مَا طَابَ لَهُمْ مِنَ النِّسَاءِ سِوَاهُنَّ). قَالَ عُرْوَةُ: قَالَتْ عَائِشَةُ: (ثُمَّ إِنَّ النَّاسَ اسْتَفْتَوْا رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم بَعْدَ هَذِهِ الْآيَةِ فِيهِنَّ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ: ﴿وَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتِمَىٰ النِّسَاءِ الَّتِي لَا تُوْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ﴾ [النساء، 127]، وَالَّذِي ذَكَرَ اللَّهُ تَعَالَىٰ، أَنَّهُ يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ، الْآيَةُ الْأُولَىٰ الَّتِي قَالَ اللَّهُ فِيهَا: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾. قَالَتْ عَائِشَةُ: وَقَوْلُ اللَّهِ فِي الْآيَةِ الْأُخْرَىٰ: ﴿وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ﴾. يَعْنِي رَغْبَةً أَحَدِكُمْ عَنِ الْيَتِيمَةِ الَّتِي تَكُونُ فِي حَجْرِهِ، حِينَ تَكُونُ قَلِيلَةَ الْمَالِ وَالْجَمَالَ، فَهِيَ أَنْ يَنْكِحُوا مَا رَغِبُوا فِي مَالِهَا وَجَمَالِهَا مِنْ يَتَامَىٰ النِّسَاءِ، إِلَّا بِالْقِسْطِ، مِنْ أَجْلِ رَغْبَتِهِمْ عَنْهُنَّ، إِذَا كُنَّ قَلِيلَاتِ الْمَالِ وَالْجَمَالَ⁽⁴⁾.

ففي الآيتين، وما جاء في تفسيرهما عن عائشة، دليل على جواز تزويج غير الأب لليتيمة التي لم تبلغ، سواء كانت بكرة أم ثيبا؛ لأن الله أذن في ذلك، بشرط ألا تُبخس حقها في الصداق⁽⁵⁾.

ج.ج- القول بجواز تزويج اليتيمة بإذنها: وهو رواية عن أحمد بن حنبل شَهِرَهَا وَرَجَحَهَا ابن تيمية. فيجوز عنده لسائر الأولياء تزويج اليتيمة ولكن بإذنها، ولا خيار لها إذا بلغت، أي تستأذن فإن أذنت زوجت، وإن امتنعت لم تجبر. ولا يتصور استئذانها إلا إذا كانت مميزة، بأن تبلغ تسع

(1) سبق تخريجه، ص.20.

(2) ينظر: فتح الباري، م.س، 197/9؛ تحفة الأحمدي، م.س، 207/4.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 245/2، شرح فتح القدير، م.س، 275/3-278.

(4) سبق تخريجه، ص.69-70.

(5) ينظر: أحكام القرآن للجصاص، م.س، 342/2-343؛ فتح الباري، م.س، 197/9؛ المبسوط، م.س، 214/4.

سنين، فيصح إذنها حينئذ⁽¹⁾. وللمالكية نحوه في اليتيمة التي خيف فسادها أو ضيعتها، فتزوج برضاها إذا بلغت عشر سنين. بشرط كفاءة الزوج، ومهر المثل، ومشاورة القاضي⁽²⁾.

وأدلة هذا القول هي أدلة القولين السابقين؛ إذ به يتم الجمع بين النصوص الدالة على جواز تزويج اليتيمة، والنصوص التي توجب استئمارها، فيقال بأن اليتيمة تستأمر وتزوج برضاها.

ومما يؤيد هذا الجمع حديث ابن عمَرَ قَالَ: «تُوِّفِي عُمَانَ بْنَ مَطْعُونٍ، وَتَرَكَ ابْنَةً لَهُ مِنْ حَوَلَةِ بِنْتِ حَكِيمِ بْنِ أُمَيَّةَ بْنِ حَارِثَةَ بْنِ الْأَوْقَصِ، وَأَوْصَى إِلَى أَخِيهِ قُدَامَةَ بْنِ مَطْعُونٍ، قَالَ عَبْدُ اللَّهِ: وَهِيَ خَالِي، فَحَطَبْتُ إِلَى قُدَامَةَ بْنِ مَطْعُونٍ ابْنَةَ عُمَانَ بْنِ مَطْعُونٍ فَرَوَّحِيهَا، وَدَخَلَ الْمُغِيرَةُ بْنِ شُعْبَةَ، يَعْنِي إِلَى أُمِّهَا، فَأَرْغَبَهَا فِي الْمَالِ، فَحَطَبْتُ إِلَيْهِ، وَحَطَّتِ الْجَارِيَةُ إِلَى هَوَى أُمِّهَا، فَأَبْتَا حَتَّى ارْتَفَعَ أَمْرُهُمَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ قُدَامَةُ بْنُ مَطْعُونٍ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ابْنَةُ أَخِي أَوْصَى بِهَا إِلَيَّ، فَرَوَّحْتُهَا ابْنَ عَمَّتَيْهَا، فَلَمْ أَقْصِرْ بِهَا فِي الصَّلَاحِ وَلَا فِي الْكِفَاءَةِ، وَلَكِنَّهَا امْرَأَةٌ، وَإِنَّمَا حَطَّتْ إِلَى هَوَى أُمِّهَا. قَالَ: فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: هِيَ يَتِيمَةٌ، وَلَا تُنْكَحُ إِلَّا بِإِذْنِهَا، قَالَ: فَانْتَرَعْتُ وَاللَّهِ مِنِّي بَعْدَ أَنْ مَلَكَتُهَا، فَرَوَّحُوهَا الْمُغِيرَةَ بْنَ شُعْبَةَ.»⁽³⁾

فالحديث صريح في أَنَّ الْيَتِيمَةَ تُزَوِّجُ قَبْلَ الْبُلُوغِ بِرِضَاهَا، وَلَا يُجْبِرُهَا وَصِيٌّ وَلَا وَلِيٌّ⁽⁴⁾.

وهذا القول هو أعدل الأقوال الثلاثة وأرجحها، وبه يُجمع بين النصوص، فيعمل بها جميعا، وبه يُجمع بين مصلحة اليتيمة في الزواج، ومصلحتها في الاستئذان وعدم الإكراه. ولكن ينبغي قصر التزويج على حالة الضرورة، كالخوف من ضياعها وفسادها؛ لعدم وجود من يكفلها. فتزويجها في هذه الحالة خير من تركها للشارع، ولكن مع مراعاة مصلحتها أيضا في كفاءة الزوج ومهر المثل، وعدم الدخول بها حتى تبلغ، وأن يتم مشاورة القاضي في ذلك.

د- إجبار الغلام الصغير على الزواج

ذهب فقهاء المذاهب الأربعة إلى جواز تزويج الغلام الصغير قبل البلوغ، دون استئذانه؛ إذ لا إذن له يُعتبر؛ بل يجوز تزويجه ولو مع كراهيته.

(1) ينظر: مجموع الفتاوى، م.س، 32/43-50؛ المغني، م.س، 9/404؛ زاد المعاد في هدي خير العباد: ابن قيم الجوزية، مؤسسة الرسالة، بيروت/ مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، ط27، 1994م، 5/91-92.

(2) ينظر: الشرح الكبير للدردير، م.س، 2/224؛ منح الجليل، م.س، 3/276-277.

(3) مسند أحمد، م.س، مسند عبد الله بن عمر، 10/284-285، حديث رقم: 6136؛ سنن الدارقطني، م.س، كتاب النكاح، 4/330، حديث رقم: 3547؛ السنن الكبرى للبيهقي، م.س، كتاب النكاح، باب لا ولاية لوصي في نكاح، 7/183، حديث رقم: 13656. وقال عنه الحاكم في المستدرک، م.س، 2/181: «صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ». وقال عنه الألباني في إرواء الغليل،

م.س، 6/234: «هذا إسناد حسن، رجاله كلهم ثقات رجال مسلم.»

(4) ينظر: نيل الأوطار، م.س، 6/145.

يقول ابن المنذر⁽¹⁾: «أجمعوا أن نكاح الأب ابنه الصغير جائز.»⁽²⁾ ولم يخالف هذا الاتفاق إلا ابنُ شُبْرَمَةَ، وأبو بكرِ الأصمِّ. فقد رُوي عنهما المنع من تزويج الصغار مطلقاً، ذكورا وإناثاً⁽³⁾. ووافقهما ابن حزم⁽⁴⁾ في الصغير دون الصغيرة⁽⁵⁾. ودليلهم ما سبق ذكره في تزويج البكر الصغيرة.

واستدل الفقهاء على جواز تزويج الصغير بأدلة تزويج الصغيرة؛ إذ يشترك كلاهما في علة الإيجاب، وهي الصِّغَر⁽⁶⁾. واستدلوا أيضاً بالأثار الواردة عن الصحابة رضي الله عنهم في تزويج أبنائهم الصغار. ومن ذلك ما رُوي عن عُرْوَةَ بِنْتِ الزُّبَيْرِ رضي الله عنها أنه: (أَنْكَحَ ابْنَهُ صَغِيرًا ابْنَةً لِمَصْعَبِ صَغِيرَةٍ)⁽⁷⁾. ورُوي كذلك أَنَّ ابْنَ عُمَرَ رضي الله عنه: (زَوَّجَ ابْنًا لَهُ ابْنَةً أَخِيهِ، وَابْنَهُ صَغِيرًا يَوْمَئِذٍ)⁽⁸⁾.

واختلف الفقهاء فيمن يزوج الصغير؟ فالحنفية أجازوا ذلك لكل ولي، أبا كان أو غيره؛ لكن إذا زوجه الأب والجد فلا خيار له في فسخ النكاح عند البلوغ، وله الخيار إن زوجه سائر الأولياء⁽⁹⁾. فلا فرق عند الحنفية بين تزويج الصغيرة والصغير. وذهب المالكية إلى أن للأب ووصيه والقاضي دون غيرهم من الأولياء، تزويج الصغير، إذا كان على وجه النظر، بأن يكون في تزويجه مصلحة له، كتزويجه شريفة أو غنية، أو بنت عمه، وإنما أجازوا للقاضي ذلك؛ لأنه يلي على ماله، فجاز أن

(1) هو: محمد بن إبراهيم بن المُنْذِرِ النيسابوري، أبو بكر: فقيه مجتهد، من الحفاظ. كان شيخ الحرم بمكة. ولد سنة: 242هـ، ومات بمكة سنة: 319هـ. قال الذهبي: ابن المنذر صاحب الكتب التي لم يصنف مثلها. ومنها: "الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف"، و"الإشراف على مذاهب أهل العلم"، و"الإجماع". ينظر: الأعلام، م.س، 294/5.

(2) الإجماع، م.س، ص. 78؛ وينظر: الإقناع في مسائل الإجماع، م.س، 06/2؛ المبسوط، م.س، 213/4؛ المعونة على مذهب عالم المدينة، م.س، 733/1؛ الأم، م.س، 22/5؛ المغني، م.س، 415/9-416.

(3) ينظر: المبسوط، م.س، 212/4.

(4) هو: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، أبو محمد: عالم الأندلس في عصره، وأحد أئمة الإسلام. ولد بقرطبة سنة: 384هـ. وكانت له ولأبيه من قبله رئاسة الوزارة، فزهد فيها وانصرف إلى العلم والتأليف. كان صارما في قول ما يراه حقا، ولا يصانع أحدا؛ وكثر انتقاده للعلماء، فكثير أعداؤه، واستعدوا عليه السلاطين فطاردوه، فرحل إلى بادية ليلة (في الأندلس) فتوفي فيها سنة: 456هـ. من مصنفاته: "المحلى بالآثار"، "الفصل في الملل والأهواء والنحل". ينظر: الأعلام، م.س، 254/4-255.

(5) يقول ابن حزم في المحلى، م.س، 44/9: «وَلَا يَجُوزُ لِلأَبِ وَلَا لِغَيْرِهِ، إِتْكَاحُ الصَّغِيرِ الذَّكَرِ، حَتَّى يَبْلُغَ، فَإِنْ فَعَلَ فَهُوَ مَفْسُوحٌ أَبَدًا.»

(6) ينظر: تبين الحقائق، م.س، 122/2؛ البحر الرائق، م.س، 127/3.

(7) مصنف عبد الرزاق، م.س، 164/6، الأثر رقم: 10358؛ سنن سعيد بن منصور، م.س، 236/1، الأثر رقم: 775.

(8) سنن سعيد بن منصور، م.س، 266/1، الأثر رقم: 925؛ السنن الكبرى للبيهقي، م.س، 231/7، الأثر رقم: 13817. وقال

البيهقي عقبه: «وَهَذَا تَحْمُولٌ عَلَى أَنَّ أَحَاهُ أَوْجَبَ الْعُقْدَ، وَإِنَّ عُمَرَ قَبْلَهُ لَا يَبْنِي الصَّغِيرَ.» وقال الألباني في إرواء الغليل، م.س،

228/6: «إسناده صحيح.»

(9) ينظر: تبين الحقائق، م.س، 122/2؛ شرح فتح القدير، م.س، 277/3-278؛ البحر الرائق، م.س، 128/3.

يجبره على النكاح كالأب⁽¹⁾. وقال الشافعية يزوّج الصغيرَ العاقلَ الأبَّ والجد، ولا يصح تزويج الوصي والقاضي، لعدم الحاجة، وانتفاء كمال الشفقة⁽²⁾. وعند الحنابلة، لا يزوّج الصغيرَ إلا الأب أو وصيه، أما بقية الأولياء فلا يملكون تزويج الصغيرة، فالصغير أولى⁽³⁾.

ويظهر لي أن القول بجواز تزويج الأب لابنه الصغير إذا وُجدت المصلحة الراجحة، هو قول قوي من الناحية النظرية؛ ولكن من الناحية الواقعية يصعب جدا تصوّر توافر تلك المصلحة؛ لأن الزواج يكلف مهرا ونفقة؛ إلا إذا كان الأب قد تبرع بالمهر والنفقة على زوجة ابنه، وكان الابن في حاجة لمن يريعه لموت أمه، وعدم وجود قريبات محارم يقمن بشؤونه، فيمكن القول عندها بجواز تزويجه⁽⁴⁾. وما عدا ذلك فالأقرب هو عدم جواز تزويجه حتى يبلغ.

2- تزويج الصغار في القانون الوضعي

المقصود بالصغار أو القُصّر هنا كل من لم يبلغ سن الزواج. وهذه السن هي 19 سنة في قانون الأسرة الجزائري (م7)، وهي 18 سنة في كل من مدونة الأسرة المغربية (م19)، وقانون الأحوال الشخصية الأردني (م10/أ)⁽⁵⁾.

وهذا يعني أن القاصر قد يكون بالغاً بلوغاً طبيعياً، ومع ذلك يبقى في نظر القانون قاصراً؛ لأنه لم يبلغ تلك السن القانونية للزواج.

وقد تكلمت قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة عن حكم تزويج القُصّر دون تفريق بين الذكر والأنثى، أو البكر والثيب، أو اليتيم وغيره. فقررت أن أهلية الزواج لا تكتمل إلا ببلوغ تلك السن المحددة قانوناً، وأنه لا يجوز كقاعدة عامة لمن لم يبلغها أن يتزوج بنفسه، ولا أن يُزوّج من قبل وليه. ولكن استثناءً من تلك القاعدة يجوز تزويج القصر عند توافر شروط معينة.

(1) ينظر: منح الجليل، م.س، 315/3؛ الشرح الكبير، م.س، 245/2؛ المعونة على مذهب عالم المدينة، م.س، 733/1-734.

(2) ينظر: الأم، م.س، 22/5؛ روضة الطالبين، م.س، 436/5؛ نهاية المحتاج، م.س، 263/6.

(3) ينظر: المغني، م.س، 415/9؛ كشاف القناع، م.س، 2396/7.

(4) ينظر: الشرح الممتع، م.س، 53/12.

(5) سن الزواج في أغلب التشريعات العربية الأخرى هو 18 سنة للجنسن، كما هو الحال في العراق (م1/7)؛ الإمارات (م1/30)؛ موريتانيا (م6)؛ عمان (م7)؛ تونس (م5 المعدلة في 2007)؛ ليبيا (م6 المعدلة في 2015)؛ مصر (م31 مكرر من قانون الأحوال المدنية المعدل بالقانون رقم 126 لسنة 2008). وفتقت بعض التشريعات بين الفتى والفتاة، فهو على التوالي 17/18 في سوريا (م16)؛ و16/18 في قطر (م17)؛ و15/17 في الكويت (م26، م92). في حين اختارت بعض التشريعات عدم تحديد سن معينة للزواج، كما في اليمن والسودان والبحرين.

وهذه القاعدة والاستثناء الوارد عليها جاء النص عليهما في المادة 1/7 أسرة جزائري، والتي تقول: «تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.» والمعنى نفسه جاء في المواد من 19 إلى 21 مدونة الأسرة المغربية، والمادة 10 أحوال شخصية أردني. ولكن جواز التزويج في هذه الحالة الاستثنائية ليس من باب ولاية الإجمار؛ لأن التزويج هنا مشروط برضا القاصر من جهة، وإذن القاضي من جهة ثانية، فلا يستبد الولي إذن بالتزويج. كما أن القاضي لا يأذن بالتزويج إلا إذا توفرت جملة من الشروط والضوابط التي تتمحور حول تحقيق المصلحة. وسيأتي بيان ذلك قريباً⁽¹⁾.

وبعد بيان حكم تزويج الصغار وإجمارهم في كل من الفقه والقانون يتبين لي ما يأتي:

- الصغار الذين تكلم الفقهاء عن تزويجهم هم من لم يصل إلى البلوغ الطبيعي، أما في القانون الوضعي فهم من لم يكمل السن القانونية المطلوبة لأهلية الزواج، أي 18 أو 19 سنة. وبالتالي فقد يكون الشخص بالغاً طبيعياً قبل هذه السن، كمن بلغ أو بلغت في سن 15 سنة. فهذا الشخص لا يُعدُّ صغيراً قاصراً في الفقه الإسلامي، بينما يعتبر كذلك في القانون الوضعي.

- جمهور المذاهب الفقهية خلافاً للحنفية، فرّقوا بين الصغير والصغيرة، والبكر والثيب، واليتيمة وغيرها، في بعض أحكام ولاية الإجمار عليهم، وخاصة في تحديد من يمارس تلك الولاية وضوابطها. أما القانون الوضعي فهو كالحنفية لم يفرق بين هؤلاء الأصناف.

- أجازت مذاهب الفقه الإسلامي الأربعة تزويج الصغار عموماً، ولو جبراً؛ ولكن بضوابط تتمحور حول مراعاة المصلحة. ولم يخالف في ذلك إلا قلة من الفقهاء منعوا التزويج مطلقاً كعثمان البتي وابن شرملة وأبو بكر الأصبم، أو منعه في اليتيمة خاصة كالمالكية والشافعية ورواية عن الحنابلة، أو منعه في الثيب كالشافعية. أما القانون الوضعي فمنع تزويج القصر كقاعدة عامة، وأجاز تزويجهم استثناءً بمراعاة عدة ضوابط، كموافقة القاصر، وإذن القاضي، ووجود المصلحة. وهذا الموقف القانوني قريب من الرأي الذي رجحته فقهياً.

- المذاهب الفقهية التي أجازت تزويج الصغار، أجازت إجمارهم، أي يزوجون دون استئذانهم ولو مع كراهيتهم. أما القانون الوضعي فأجاز تزويجهم استثناءً؛ ولم يُجوّز إجمارهم؛ بل يزوجون بموافقتهم. إذا فالقانون الوضعي لا يأخذ بولاية الإجمار خلافاً لجمهور الفقهاء.

- الحنفية أجازوا تزويج الصغار لسائر الأولياء، وبهذا أخذ القانون الوضعي، أما جمهور الفقهاء فلم يجوّزوا ذلك إلا للأب خاصة، واختلفوا في وصي الأب، والجد والقاضي.

(1) يُراجع هذا البحث، ص. 160-162.

ثانيا- إجبار المعاقين عقليا على الزواج

أقصد بالمعاقين عقليا هنا كل من يعاني من خلل في عقله، سواء كان مجنونا أو معتوها. وسأتكلم في هذا العنصر عن حكم إجبارهم على الزواج في كل من الفقه والقانون.

1- إجبار المعاقين عقليا على الزواج في الفقه الإسلامي

أ- إجبار المجنونة والمعتوهة على الزواج

ذهب فقهاء المذاهب الأربعة إلى القول بجواز تزويج المجنونة والمعتوهة مطلقا، سواء كانت صغيرة أم كبيرة، بكرا أم ثيبا، بشرط أن يكون جنونها مطبقا، سواء كان أصليا أم عارضا، فإن كان جنونها متقطعا، فلا تنكح حتى تفيق وتأذن، إذا كانت ممن يعتبر إذنها⁽¹⁾. ولا يُتصور تزويج المجنونة والمعتوهة إلا جبرا؛ إذ يتعذر استئذانهما، لانعدام الإدراك عندهما.

وخالف ابن حزم فقال ليس لأحد أن ينكح مجنونة حتى تفيق وتأذن؛ إلا الأب في المجنونة الصغيرة فقط⁽²⁾. وقال زفر⁽³⁾ إذا طرأ الجنون، لم يجز للولي التزويج⁽⁴⁾.

ولكن الفقهاء القائلين بجواز التزويج قد اختلفوا فيمن يزوج المجنونة أو المعتوهة. فعند الحنفية يزوجها الأب والجد، ولا خيار لها إذا أفاقت، ويزوجها أيضا سائر الأولياء مع ثبوت الخيار⁽⁵⁾. وعند الجمهور يزوجها الأب ومن يقوم مقامه (وصيه عند المالكية والحنابلة، والجد عند الشافعية)⁽⁶⁾. فإن لم يكن للمجنونة أب ولا وصي ولا جد، فمن يزوجها؟

قال المالكية: يزوجها القاضي دون سائر الأولياء، بشرط أن تكون بالغة، وهل بشرط احتياجها؟ قولان في المذهب⁽⁷⁾. والأصح عند الشافعية أنه يزوجها السلطان، بشرط بلوغها واحتياجها، بأن تظهر علامات غلبة الشهوة عليها، أو يقول أهل الطب: يرجى بتزويجها الشفاء، ويشاور السلطان أقاربها؛ تطيبا لخواطهم، ولأنهم أعرف بمصلحتها⁽⁸⁾، مع ضرورة إعلام الزوج

(1) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 241/2؛ منح الجليل، م.س، 272/3؛ روضة الطالبين، م.س، 436/5-437؛ المغني، م.س، 412/9-413.

(2) ينظر: المحلى بالآثار، م.س، 38/9.

(3) هو: زُفر بن الهذيل بن قيس العنبري، من تميم، أبو الهذيل: فقيه كبير، من أصحاب الإمام أبي حنيفة. أصله من أصبهان. ولد سنة: 110هـ. أقام بالبصرة وولي قضاءها، وتوفي بها سنة: 158هـ. ينظر: الأعلام، م.س، 45/3.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 241/2.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 241/2؛ البحر الرائق، م.س، 127/3؛ شرح فتح القدير، م.س، 290/3-291.

(6) ينظر: منح الجليل، م.س، 272/3؛ روضة الطالبين، م.س، 436/5-437؛ المغني، م.س، 412/9-413.

(7) ينظر: حاشية العدوي، أبو الحسن العدوي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1994م، 44/2.

(8) ينظر: روضة الطالبين، م.س، 436/5-437؛ أسنى المطالب، م.س، 143/3-144؛ نهاية المحتاج، م.س، 263/6.

بجنونها، ورضاه بذلك⁽¹⁾. أما الحنابلة فقالوا: يزوجه القاضي دون سائر الأولياء، صغيرة كانت أو كبيرة، بشرط ظهور المصلحة، كرجبتها في الرجال، أو لتحصيل المهر والنفقة، أو طلبا للشفاء، إذا أشار أهل الطب بذلك⁽²⁾.

ب- إجبار المجنون والمعتوه على الزواج

ذهب فقهاء المذاهب الأربعة إلى جواز تزويج المجنون والمعتوه جبرا دون استئذانه؛ لأنه لا إذن له؛ لكنهم اختلفوا في شروط التزويج ومن يتولاه. فمذهب الحنفية أن لكل ولي أن يزوجه، صغيرا كان المجنون أم كبيرا، بشرط كون جنونه مطبقا، سواء كان أصليا أم عارضا، فإن كان متقطعا فلا يزوج حتى يفيق ويأذن. وليس للمجنون خيار إذا زوجه أبوه أو جده، فإن زوجه غيرهما من الأولياء ثبت له الخيار عند الإفاقة⁽³⁾.

وعند المالكية يُزوجه الأب أو وصيه أو القاضي، سواء كان المجنون صغيرا أم كبيرا، إذا كان جنونه مطبقا، وكان قبل رشده، فإن جُنَّ بعد رشده فلا يزوجه إلا القاضي؛ إذ ليس لغيره ولاية عليه حينئذ، ولا يُزوّج إلا إن احتاج لذلك، بأن يتعين الزواج طريقا لصيانته من الزنا أو الضياع⁽⁴⁾. أما الشافعية فأجازوا للأب والجد والقاضي تزويج المجنون والمعتوه الكبير دون الصغير، إن احتاج للزواج، وليس له الخيار إذا أفاق⁽⁵⁾.

وذهب الحنابلة إلى أنه يجوز للأب ووصيه تزويج المجنون والمعتوه جبرا، سواء كان صغيرا أم كبيرا، إذا كان جنونه مطبقا، وفي قول عندهم يجوز كذلك للقاضي تزويجه إن احتاج لذلك؛ لأجل قضاء الشهوة أو للخدمة، أو رجاء الشفاء⁽⁶⁾.

والراجح في نظري هو منع تزويج المعاقين عقليا مطلقا إن كانوا صغارا، سواء كانوا ذكورا أم إناثا؛ لأنه إذا مُنِع تزويج الصغار العاقلين والمعاقين عقليا أولى. أما الكبار البالغين فلا يجوز تزويجهم أيضا كقاعدة عامة؛ لأن تزويجهم مع وجود الإعاقة يمنع تحقق مقاصد الزواج غالبا. ولكن يجوز تزويجهم استثناء عند وجود الحاجة الملحة كتحقيق الشفاء، مع ضرورة أمن الضرر، بالألّا يكون المعاق مؤذيا لزوجته، وألّا ينتقل مرضه إلى ذريته، وألّا يُزوّج بمعاق مثله.

(1) ينظر: الأم، م.س، 21/5.

(2) ينظر: المغني، م.س، 412/9-413؛ الشرح الكبير على متن المقنع، م.س، 397/7-398.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 241/2؛ المبسوط، م.س، 228/4؛ البحر الرائق، م.س، 127/3.

(4) ينظر: منح الجليل، م.س، 315/3؛ الشرح الكبير للدردير، م.س، 245/2.

(5) ينظر: الأم، م.س، 22/5؛ روضة الطالبين، م.س، 435/5-436؛ نهاية المحتاج، م.س، 262/6.

(6) ينظر: المغني، م.س، 415/9-417؛ كشاف القناع، م.س، 2396/7-2398.

2- تزويج المعاقين عقليا في القانون الوضعي

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على حكم تزويج المعاقين عقليا، ولم ينص أيضا على اشتراط العقل في أهلية الزواج. وعليه يتوجب الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي بمقتضى المادة 222. وقد بيّنتُ أن الرأي الراجح في الفقه هو منع التزويج كقاعدة عامة، وإجازته كاستثناء بشروط تتعلق بتحقيق المصلحة وانتفاء المضرة. وهذا الرأي لا يتعارض مع أحكام قانون الأسرة.

أما مدونة الأسرة المغربية وقانون الأحوال الشخصية الأردني، فنصا على اشتراط العقل لاكتمال أهلية الزواج، وهذا ما جاء في المادة 19 مغربي، والمادة 10/أ أردني⁽¹⁾. وهذا يقتضي كون المعاق عقليا ليس أهلا لِيَتَزَوَّجَ أو يُزَوَّجَ. وقد أخذ القانونان بمنع تزويج المعاقين عقليا كقاعدة عامة؛ سواء كانوا ذكورا أم إناثا. واستثناءً من هذه القاعدة، أجازا تزويجهم بإذن من القاضي عند توافر شروط معينة؛ فقد نصت المادة 12 أردني على أن: «للقاضي أن يأذن بزواج من به جنون أو عته أو إعاقة عقلية، إذا ثبت بتقرير طبي رسمي أن في زواجه مصلحة له، وأن ما به غير قابل للانتقال إلى نسله، وأنه لا يُشكل خطورة على الطرف الآخر، وبعد اطلاعه على حالته تفصيلا والتحقق من رضاه.» وتمائلها في المعنى المادة 23 أسرة مغربية.

ومما سبق بيانه في حكم تزويج المعاقين عقليا في كل من الفقه والقانون يتبين لي ما يأتي:

- المذاهب الفقهية الأربعة قد أجازت تزويج المعاقين عقليا بضوابط محددة؛ سواء كانوا صغارا أم كبارا، ذكورا أم إناثا، رغم أنهم يفرقون بين هؤلاء الأصناف في بعض الأحكام التفضيلية المتعلقة بتحديد من يملك تزويجهم وشروط التزويج. أما القانون الوضعي فلا يجيز تزويجهم كقاعدة عامة، وإنما يجيز ذلك استثناء وبضوابط محددة، ولا يفرق بين الذكر والأنثى في الأحكام. وموقف القانون الوضعي يتفق مع الرأي الفقهي الذي رجحته.

- كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي عند إجازتهم لتزويج المعاقين عقليا، يُقيدون ذلك بجملة من الشروط والضوابط قد تختلف من مذهب لآخر ومن قانون لآخر؛ لكنها تتمحور كلها حول تحقيق المصلحة وانتفاء المضرة.

- الحنفية أجازوا تزويج المعاقين عقليا لسائر الأولياء، وبهذا أخذ القانون الوضعي، أما جمهور الفقهاء فلم يجيزوا ذلك إلا للأب خاصة، واختلفوا في وصي الأب، والجد والقاضي.

- المذاهب الفقهية الأربعة أجازت للولي تزويج المعاق عقليا وفقا لولاية الإيجاب دون الحاجة لاستئذان القاضي. أما القانون الوضعي فاشتراط استئذانه، ومنع الولي من الاستبداد برأيه.

(1) هذا ما جاء أيضا في المواد: 1/7 عراقي؛ 1/15 سوري؛ 1/30 إماراتي؛ 7 عماني؛ 8 موريتاني؛ 14 قطري؛ 24 كويتي.

ثالثاً- إجبار السفهاء على الزواج

1- إجبار السفهاء على الزواج في الفقه الإسلامي

أ- إجبار السفهية على الزواج

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن البالغة السفهية التي لا تحسن التصرف في المال، لا تثبت عليها ولاية الإجبار في النكاح كالرشيدة. فعند الحنفية لا يزوجهما أيُّ وليٍّ إلا بإذنها، سواء كانت بكراً أم ثيباً⁽¹⁾. والمشهور عند المالكية، وهو مذهب الشافعية، أن الثيب السفهية ليس للأب ولا غيره تزويجها إلا بإذنها، وكذلك البكر السفهية ليس لسائر الأولياء غير الأب ومن في حكمه (وصي الأب، والجد) تزويجها إلا بإذنها⁽²⁾. وفي قول عند المالكية، وهو مذهب الحنابلة أنه يجوز للولي إجبار السفهية على النكاح، إن كان في ذلك مصلحتها⁽³⁾.

والراجح ما ذهب إليه الجمهور؛ وذلك أن السفه لا تأثير له على الزواج؛ لأن من لا تحسن التصرف في المال، لا يعني بالضرورة أنها لا تحسن الاختيار في الزواج؛ ولذلك لا يلزم من ولاية المال ولاية النكاح، أي أن الحجر على مال السفهية لا يستلزم جواز جبرها على النكاح. وقد روي أن رجلاً سأل الإمام مالكاً، فقال له: «إِنَّ لِي ابْنَةً أَحْ، وَهِيَ بَكْرٌ، وَهِيَ سَفِيهَةٌ، وَقَدْ أَرَدْتُ أَنْ أُزَوِّجَهَا مَنْ يُحْصِنُهَا وَيَكْفُلُهَا، فَأَبْتُ؟ قَالَ مَالِكٌ: لَا تُزَوِّجُ إِلَّا بِرِضَاهَا، قَالَ: إِنَّهَا سَفِيهَةٌ فِي حَالِهَا، قَالَ مَالِكٌ: وَإِنْ كَانَتْ سَفِيهَةً، فَلَيْسَ لَكَ أَنْ تُزَوِّجَهَا إِلَّا بِرِضَاهَا.»⁽⁴⁾

ولكن إذا أذنت السفهية للولي بتزويجها بأقل من مهر المثل، فليس لها ذلك، وينعقد الزواج بمهر المثل، وكذلك إذا زوجت نفسها (على رأي الحنفية) بأقل من مهر المثل، فللأولياء حق الاعتراض، للمطالبة بتكميل المهر، أو التفريق؛ لأن السفه هنا أثر على حق مالي، وهو المهر⁽⁵⁾.

(1) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 220/4-221؛ الاختيار لتعليل المختار، م.س، 97/2.

(2) ينظر: التاج والإكليل، م.س، 55/5، 63؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، م.س، 223/2؛ شرح مختصر خليل للخرشي، م.س، 177/3. حاشية الجمل على شرح المنهج: سليمان العجيلي المعروف بالجمل، دار الفكر، (د.ط، د.ت)، 149/4؛ حاشية قليوبي: أحمد سلامة القليوبي، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1995م، 224/3.

(3) ينظر: شرح منتهى الإرادات، م.س، 178/2؛ مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحلِّ مُشكلاتها: أبو الحسن الرجراجي، تحقيق: أبو الفضل الدميّاطي/ أحمد بن عليّ، دار ابن حزم، بيروت/ مركز التراث الثقافي المغربي، الدار البيضاء، ط1، 2007م، 298-299/3، 305.

(4) المدونة، م.س، 100/2.

(5) يقول ابن مودود الموصلي الحنفي في الاختيار لتعليل المختار، م.س، 97/2: «إِنْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ سَفِيهَةً فَزَوَّجَتْ نَفْسَهَا مِنْ كُفٍّ بِأَقَلِّ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ جَازٌ، فَإِنْ كَانَ أَقَلَّ بِمَا لَا يَتَعَابُنُ فِيهِ النَّاسُ وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا يُقَالُ لِلزَّوْجِ: إِنَّمَا أَنْ تُبَيِّنَ لَهَا أَوْ تُفَارِقَهَا؛ لِأَنَّ رِضَاهَا بِالنَّفْصَانِ لَمْ يَصِحَّ، وَخَيْرُ الزَّوْجِ لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِالزِّيَادَةِ، وَإِنْ دَخَلَ بِهَا لَمْ يُخَيَّرْ، وَوَجِبَ مَهْرُ الْمِثْلِ، فَلَا فَائِدَةَ فِي التَّخْيِيرِ.» ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 221/4؛ حاشية الجمل على شرح المنهج، م.س، 149/4.

ب- إجبار السفية على الزواج

ب.أ- ذهب الحنفية، والمشهور عند المالكية، والأصح عند الشافعية، وقول عند الحنابلة، إلى أن الرجل البالغ السفية لا يجبر على الزواج⁽¹⁾.

أما وجه عدم إجباره عند الحنفية؛ فلأن حكم السفية في التصرفات التي لا تقبل الفسخ عندهم (كالزواج والطلاق)، كحكم البالغ العاقل الرشيد سواءً، فيجوز نكاحه وطلاقه، وينفق على زوجاته وأقاربه، ولا ولاية عليه لأبيه أو غيره، فلا يجبره أحد على الزواج. وإذا زوّج نفسه، فزواجه صحيح لازم؛ لأنه من حوائجه الأصلية؛ إلا أنه إذا تزوج امرأة بأكثر من مهر مثلها، فالزيادة باطلة، ولا تستحق الزوجة إلا مهر المثل.

ووجه عدم جبره عند غير الحنفية هو أن السفية يملك الطلاق كالرشيد، وإجباره على النكاح مع ملك الطلاق مجرد إضرار؛ فإنه يطلق فيلزمه الصداق مع فوات النكاح. ولأنه قد يكون له غرض في امرأة معينة دون غيرها، فإذا أجبر على من يكرهها لم تتحقق المصلحة. ثم إن السفية له رأي وإذن بخلاف الصغير والمجنون؛ ولذلك تصح عبارته في النكاح، فيصح زواجه بإذن وليه اتفاقاً، فكذلك لا يجوز لوليه تزويجه إلا بإذنه، وإنما جاز ذلك في حق المجنون والصغير، لتعذر الوصول لرأيهما⁽²⁾.

ب.ب- وذهب المالكية في قول، والشافعية في وجه، وهو القول الصحيح من مذهب الحنابلة، إلى أنه يجوز للولي تزويج السفية بغير إذنه إن احتاج إلى الزواج، ولم يكن معتاداً على التطليق، ووليه هنا هو الأب ومن يقوم مقامه (الوصي / الجد)، فإن عُدّوا فالقاضي. هذا إذا بلغ سفيهاً، فإن بلغ رشيداً ثم طرأ عليه السفه، فلا يزوجه إلا القاضي⁽³⁾.

وحجة هذا القول أن الولي فوّض إليه رعاية مصلحة السفية، وذلك لا يخص بعض مصالحه دون بعض؛ بل يشمل جميع مصالحه، في ماله أو نفسه، فإذا عرف حاجته للزواج وزوجه، كما يكسوه ويطعمه، والحاجة بأن تغلب عليه شهوته، فيخشى عليه الزنا، أو احتاج لمن يخدمه، ولا يوجد من يخدمه من محارمه.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 171/7؛ حاشية ابن عابدين، م.س، 215/9-216؛ التاج والإكليل، م.س، 102/5؛ منح الجليل، م.س، 316/3؛ الروضة، م.س، 441-437/5؛ نهاية المحتاج، م.س، 266-264/6؛ المغني، م.س، 420-419/9.

(2) المصادر والصفحات نفسها.

(3) ينظر: منح الجليل، م.س، 316/3؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، م.س، 245/2؛ الروضة، م.س، 441-437/5؛ نهاية المحتاج، م.س، 266-264/6؛ الإنصاف، م.س، 335-334/5؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 178/2.

والراجح أن السفية المحجور عليه لا يجبر على الزواج؛ لأن الحجر للسفيه يتعلق بحفظ المال لا بالزواج؛ فللسفيه أن يزوج نفسه بغير إذن وليه؛ ولكن لا يجوز له الزواج بأكثر من مهر المثل إلا بإذن الولي. فإذا كان السفية مطلقاً، أي معتاداً على الطلاق⁽¹⁾، فلوليه منعه من الزواج حينئذ؛ لأنه بذلك يتلف ماله؛ ولا يصح زواج السفية في هذه الحال إلا بإذن وليه أو إجازته.

2- تزويج السفهاء في القانون الوضعي

السفيه المحجور عليه ذكراً كان أم أنثى يعتبر ناقص الأهلية فيما يتعلق بالتصرفات المالية، أما بخصوص الزواج فلم تنص قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة على حكم تزويجه، وهل يزوج نفسه أم يزوجه وليه؟ وعدم وجود النص الخاص يقتضي العمل بالنصوص العامة التي تقتضي اعتبار الشخص أهلاً للتعاقد ما لم تُسلب أهليته أو يُجَدَّ منها بحكم القانون.

وهذه القاعدة نصت عليها المادة 78 مدي جزائري، والفصل 2/3 التزامات مغربي؛ والمادة 208 أحوال شخصية أردني⁽²⁾. فحيث لم يرد نص يمنع السفية من إبرام عقد الزواج، فالأصل أنه يتمتع بالأهلية الكاملة لإبرامه، وبالتالي لا يحتاج لأن ينوب عنه الولي أو يأذن له، وإن كان السفية امرأة فلا تُزوّج إلا بإذنها، ولها أن تباشر العقد بنفسها.

هذا ما يتعلق بعقد الزواج من حيث الرضا به، واختيار كل طرف لصاحبه، ومباشرة إبرامه. أما الجانب المالي المتمثل في المهر فيتأثر بالسفيه؛ فلا يجوز للسفيه تزويج نفسه بأكثر من مهر المثل، ولا يجوز للسفيه تزويج نفسها بأقل من مهر المثل؛ وإلا كان لنائبه (المحجور له) حق الاعتراض؛ لأن تصرفات السفية المالية تكون موقوفة على إجازة نائبه إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، وفقاً لما جاء في المواد: 85 أسرة جزائري، 228 أسرة مغربية، 213/أ أحوال شخصية أردني.

ويظهر لي من خلال ما سبق تفصيله، أن الفقه الإسلامي تكلم عن تزويج السفهاء بصراحة، واختلف في إجبارهم على رأيين، والرأي الذي رجحته هو عدم جواز جبرهم، وأن لهم الزواج دون حاجة لإذن الولي، بشرط أن يتم بمهر المثل. وهذا الرأي هو الذي تدل عليه القواعد العامة في القوانين الوضعية محل الدراسة، وإن لم تصرح بهذا الحكم في نصوص خاصة، وكان الأولى بها أن

(1) قال المواق في التاج والإكليل، م.س، 102/5: «يُرْوَى عَنِ اللَّيْثِ أَنَّهُ قَالَ: دَخَلْتُ مَكَّةَ فَوَجَدْتُ النَّاسَ مُزْدَجِّحِينَ عَلَى رَجُلٍ، فَقُلْتُ: مَنْ هَذَا؟ قِيلَ لِي: أَبُو حَنِيفَةَ، فَدَنَوْتُ مِنْهُ وَرَجُلٌ يَسْأَلُهُ عَنْ وَلَدٍ لَهُ، لَا يُرَوِّجُهُ امْرَأَةً إِلَّا طَلَّقَهَا، وَلَا سُرِّيَّةً إِلَّا أَعْتَقَهَا؟ فَقَالَ لَهُ أَبُو حَنِيفَةَ: اشْتَرِ جَارِيَةً وَرَوِّجْهَا مِنْهُ، إِنْ أَعْتَقَهَا لَمْ يَلْزِمَكَ عَقْبُهَا؛ لِأَنَّهَا مَالِكٌ، وَإِنْ طَلَّقَهَا يَبْتِمُّ فِي مَلِكِكَ، وَمَنْ يَدْخُلْ عَلَيْكَ فَسَادٌ فِي مَالِكَ. فَقَالَ اللَّيْثُ: فَعَجِبْتُ مِنْ فَهْمِهِ، وَسُرِعَ جَوَابِهِ.»

(2) جاء في 208 أردني: «كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يجد منها بحكم القانون.»

تصرّح بهذا الحكم دفعا لأي لبس، على غرار ما فعلته قوانين أخرى⁽¹⁾. كما يظهر أن القوانين محل الدراسة تأخذ برأي الحنفية في عدم الحجر في الزواج، وإنما يختص ذلك بالمهر لتعلقه بالمال⁽²⁾.

رابعا- إجبار البالغين الراشدين على الزواج

1- إجبار البالغين الراشدين على الزواج في الفقه الإسلامي

ذهب فقهاء المذاهب الأربعة إلى أن الرجل البالغ العاقل الرشيد، ليس لأحد عليه ولاية في ماله أو نفسه، فلا يجبره أب ولا غيره على الزواج⁽³⁾. ولكنهم اختلفوا في إجبار المرأة البالغة العاقلة؛ سواء كانت بكرا أم ثيبا.

أ- إجبار البكر البالغة على الزواج

ذهب فقهاء المذاهب الأربعة إلى أن سائر الأولياء غير الأب، ليس لهم تزويج البكر البالغة إلا برضاها؛ إذ ليس لهم عليها ولاية الإجماع، واختلفوا في الأب، ومن في حكمه (وصي الأب، الجد)، هل له إجبارها أم لا؟ على قولين:

أ.أ- القول بجواز إجبار البكر البالغة: فيجوز للأب، إجبار ابنته البكر البالغة على الزواج؛ ولكن مع جواز إجبارها، فإنه يستحب له أن يستأذنها تطييبا لخاطرها⁽⁴⁾. وهذا القول هو مذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة⁽⁵⁾؛ إلا أن المالكية استثنوا من جواز الإجماع ثلاثة من الأبقار، وهن المرشدة، والمعنسة، والبكر المتأيم⁽⁶⁾.

(1) تناولت عدة تشريعات عربية للأحوال الشخصية حكم زواج السفية، وانقسمت فيه على موقفين: الأول: يمنع السفية المحجور عليه من تزويج نفسه إلا بإذن من القاضي، وبعد موافقة نائبه، وبشرط ملاءمة المهر لحالته المادية، فإن رغب في الزواج، ورفض الولي بدون مبرر، جاز للقاضي أن يزوجه أو يأذن له بالزواج. وبهذا أخذ القانون التونسي (م7)؛ والليبي (م10/ب)؛ والقطري (م16)؛ والعماني (م9). أما الموقف الثاني فيجوز له تزويج نفسه دون الحاجة إلى إذن الولي أو القاضي؛ ولكن لولي المال الحق في الاعتراض على المهر، إذا كان لا يلائم وضعيته المالية. وبهذا أخذ المشرع الكويتي (م33)؛ والإماراتي (م29)؛ والسوداني (م41).

(2) ينظر: المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي، مجموعة التشريعات الكويتية، ج8، وزارة العدل، ط1، 2011م، ص.117.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 241/2؛ بداية المجتهد، م.س، 32/3-33؛ منح الجليل، م.س، 315/3؛ التوضيح شرح الجامع الصحيح، م.س، 409/24؛ كشف القناع، م.س، 2398/7؛ الإنصاف، م.س، 54/8؛ المحلى بالآثار، م.س، 44/9.

(4) قال الشافعي في الأم، م.س، 19/5: «تُمُّ يُكْرَهُ لِأَبِيهَا أَنْ يُزَوِّجَهَا، إِنْ عَلِمَ مِنْهَا كِرَاهَةً لِمَنْ يُزَوِّجُهَا». وجاء في النوادر والزيادات، م.س، 395/4: «قال ابن حبيب: يستحب للأب مؤامرة البكر، ويذكر لها الزوج، ويختبر من أمها ومن غيرها رضاها أو كراهيتها، وأحبُّ إلينا أن لا يكرهها.»

(5) ينظر: بداية المجتهد، م.س، 33/3؛ الشرح الصغير، م.س، 353/2؛ الحاوي الكبير، م.س، 52/9؛ مغني المحتاج، م.س، 246/4؛ المغني، م.س، 399/9.

(6) ينظر: الشرح الصغير، م.س، 353/2-354؛ التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب: خليل بن إسحاق، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، نشر مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط1، 2008م، 517/3-518.

واستدلوا على جواز إجبارها بما يأتي:

- قول النبي ﷺ: (تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا، فَإِنْ سَكَتَتْ فَهُوَ إِذْنُهَا، وَإِنْ أَبَتْ فَلَا جَوَازَ عَلَيْهَا)⁽¹⁾. فهو يفيد بمفهوم المخالفة أن ذات الأب يجبرها أبوها ولا تُستأمر⁽²⁾.

- قول النبي ﷺ: (الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا)⁽³⁾. وفي رواية: (الثَّيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ، وَإِذْنُهَا سُكُوتُهَا)⁽⁴⁾.

فالحديث يفيد بمفهوم المخالفة أن البكر ليست أحق بنفسها؛ بل أبوها أحق بها، فله جبرها. أما الأمر باستئذنها فهو محمول على الاستحباب، أو على غير الأب من الأولياء⁽⁵⁾.

- كما أن علة جبر البكر البالغة هي البكارة؛ فالبكر جاهلة بمصالح الزواج؛ لعدم التجربة⁽⁶⁾.

أ.ب- القول بعدم جواز إجبار البكر البالغة: فلا يجوز للولي أبا كان أو غيره إجبارها على

الزواج، فلا بدّ من إذنها ورضاها. وهذا قول الحنفية، ورواية عن أحمد⁽⁷⁾. واستدلوا بما يأتي:

- حديث ابن عباس رضي الله عنهما عند مسلم في بعض رواياته أن النبي ﷺ قال: (الثَّيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ يَسْتَأْذِنُهَا أَبُوها فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا)⁽⁸⁾. فهذا اللفظ: (وَالْبِكْرُ يَسْتَأْذِنُهَا أَبُوها)⁽⁹⁾، صريح في أن البكر يستأمرها كل ولي حتى الأب.

(1) سبق تخريجه، ص.20.

(2) ينظر: فتح الباري، م.س، 193/9.

(3) سبق تخريجه، ص.19.

(4) سبق تخريجه، ص.19.

(5) ينظر: التمهيد لابن عبد البر، م.س، 80-78/19؛ فتح الباري، م.س، 193/9؛ معالم السنن: أبو سليمان الخطابي، المطبعة العلمية، حلب، ط1، 1932م، 205/3.

(6) ينظر: بداية المجتهد، م.س، 34/3؛ الإشراف على نكت مسائل الخلاف: القاضي عبد الوهاب، تحقيق: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، ط1، 1999م، 687/2.

(7) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 241/2؛ شرح فتح القدير، م.س، 260/3؛ المبدع شرح المنع، م.س، 99/6؛ المغني، م.س، 399/9. وقال بهذا الرأي أيضا الظاهرية. ينظر: المحلى بالآثار، م.س، 44/9.

(8) سبق تخريجه، ص.19.

(9) أنكر البعض لفظة "الأب". قال أبو داود في سننه، م.س، 232/2: «أَبُوها لَيْسَ بِمَحْفُوظٍ». قال ابن حجر في الفتح، م.س، 193/9: «قَالَ الْبَيْهَقِيُّ [السنن الكبرى، م.س، 186/7]: زِيَادَةُ ذِكْرِ الْأَبِ فِي حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ غَيْرَ مُحْفُوظَةٍ... قُلْتُ [ابن حجر]: وَهَذَا لَا يَدْفَعُ زِيَادَةَ الثَّقَةِ الْحَافِظِ بِلَفْظِ الْأَبِ... وَتُسْتَأْمَرُ بِصَمِّ أَوْلَاهِ، يَدْخُلُ فِيهِ الْأَبُ وَغَيْرُهُ، فَلَا تَعَاوُضَ بَيْنَ الرِّوَايَاتِ.»

- تنبيه: تَدْرُكُ بعض كتب الفقه حديث ابن عباس بلفظ: (وَالْبِكْرُ يُزَوِّجُهَا أَبُوها). وهذا اللفظ ذكره الشافعي دون إسناد، فيما نقله عنه البيهقي في السنن الكبرى، م.س، 186/7، حيث قال: «قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: قَدْ زَادَ ابْنُ عُيَيْنَةَ فِي حَدِيثِهِ: وَالْبِكْرُ يُزَوِّجُهَا أَبُوها.» قال ابن الترمذاني في الجوهر النقي على سنن البيهقي، دار الفكر، (د.ط، د.ت)، 115-116/7: «قوله: "يُزَوِّجُهَا أَبُوها"، لم أجد في شيء من الكتب المتداولة، ولم يذكر الشافعي سنده لِيُنْظَرَ فِيهِ.»

والاستثمار ينافي الإجبار، وهذا نص في موضع الخلاف، وحتى لو لم ترد لفظة الأب في الحديث، فإن قوله: (وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ) عام في كل ولي، والعموم أقوى من المفهوم⁽¹⁾.

ثم إن قوله عن الثيب أنها أحق من وليها، لا يفيد أن البكر لا حق لها؛ بل لها أيضا الحق في أن تستأمر، فمعنى الحديث أن الثيب أحق بنفسها، والبكر كذلك أحق بنفسها، وإنما اختلفت العبارة؛ بسبب «أَنَّ الْبِكْرَ لَا تُحْطَبُ إِلَى نَفْسِهَا عَادَةً؛ بَلْ إِلَى وَلِيِّهَا، بِخِلَافِ الثَّيِّبِ، فَلَمَّا كَانَ الْحَالُ أَنَّهَا أَحَقُّ بِنَفْسِهَا، وَحُطْبَتْهَا تَقَعُ لِلْوَلِيِّ، صَرَّحَ بِإِجَابِ اسْتِئْمارِهِ إِيَّاهَا، فَلَا يَفْتَأَنَّ عَلَيْهَا بِتَزْوِيجِهَا، قَبْلَ أَنْ يَظْهَرَ رِضَاهَا بِالْحَاطِبِ.»⁽²⁾

- قول النبي ﷺ: (لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ، وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ. قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَكَيْفَ إِذْنُهَا؟ قَالَ: أَنْ تَسْكُتَ)⁽³⁾. فهذا الحديث صريح في النهي عن تزويج الولي البكر إلا برضاها، وهو عام في كل ولي أبا كان أو غيره⁽⁴⁾.

- حديث ابن عباس رضي الله عنهما: (أَنَّ جَارِيَةَ بَكْرًا أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ، فَذَكَرَتْ أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَهِيَ كَارِهَةٌ، فَخَيَّرَهَا النَّبِيُّ ﷺ)⁽⁵⁾. فهو صريح في أن الأب ليس له إجبار ابنته البكر، فإن فعل كان لها الخيار في إمضائه أو رده⁽⁶⁾.

- إن العلة في الإجبار على النكاح عند أصحاب هذا القول هي الصغر، وليست البكارة؛ فالصغر هو مظنة الجهل بالمصالح، فإذا بلغت المرأة عاقلة راشدة جاز تصرفها في مالها، ولا سبيل لأبيها أو غيره على مالها إلا برضاها. فإذا لم يكن لهم التصرف في مالها، فكذلك ليس لهم التصرف في نفسها إلا برضاها. فلا تأثير للبكارة والثبوبة في شيء من أحكام الحجر والإجبار⁽⁷⁾.

والراجع هو القول الثاني، وبه جزم المحققون من العلماء، كابن حزم، وابن المنذر، وابن رشد، وابن تيمية، وابن القيم، والشوكاني وغيرهم⁽⁸⁾. وهو الرأي الذي يتفق مع نصوص الشريعة ومقاصدها.

(1) ينظر: بداية المجتهد، م.س، 33/3؛ الجوهر النقي على سنن البيهقي، م.س، 115/7.

(2) مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، م.س، 2060/5.

(3) سبق تخريجه، ص.20.

(4) بؤب البخاري في صحيحه، م.س، 17/7 على الحديث بقوله: «باب لا يُنْكَحُ الْأَبُ وَغَيْرُهُ الْبِكْرَ وَلَا الثَّيِّبَ إِلَّا بِرِضَاهَا.»

(5) سبق تخريجه، ص.20.

(6) ينظر: سبل السلام، م.س، 179/2.

(7) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 241/2-242؛ شرح فتح القدير، م.س، 260/3-261؛ مجموع الفتاوى، م.س، 22/32-23.

(8) ينظر: المحلى بالآثار، م.س، 44/9؛ الإشراف على مذاهب العلماء، م.س، 16/5؛ بداية المجتهد، م.س، 33/3؛ مجموع الفتاوى، م.س، 22/32-25؛ زاد المعاد، م.س، 96/5-98؛ السيل الجرار، م.س، 364/1.

يقول ابن القيم: «لا تُجبر البكر البالغ على النكاح، ولا تُزوج إلا برضاها... وهو القول الذي ندين الله به، ولا نعتقد سواه، وهو الموافق لحكم رسول الله ﷺ وأمره ونهيه، وقواعد شريعته، ومصالح أمته؛ أما موافقته لحكمه، فإنه حكم بتخيير البكر الكارهة... وأما موافقته لنهيه، فلقوله: (لَا تُنكحُ البكرَ حتى تُستأذنَ)... وأما موافقته لقواعد شرعه، فإنَّ البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أقلِّ شيء من مالها إلا برضاها، ولا يُجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها، فكيف يجوز أن يُرَقَّها، ويُخرج بُضعها منها بغير رضاها إلى من يُريد هو، وهي من أكره الناس فيه، وهو من أبغض شيء إليها؟ ... ويجعلها أسيرةً عنده... ومعلومٌ أن إخراج مالها كُله بغير رضاها، أسهلُّ عليها من تزويجها بمن لا تختاره بغير رضاها... وأما موافقته لمصالح الأمة، فلا يخفى مصلحة البنت في تزويجها بمن تختاره وترضاه، وحصول مقاصد النكاح لها به، وحصول ضد ذلك بمن تُبغضه وتنفر عنه، فلو لم تأت السنة الصريحة بهذا القول، لكان القياس الصحيح، وقواعد الشريعة لا تقتضي غيره.»⁽¹⁾

ب- إجبار الثيب البالغة

ذهب فقهاء المذاهب الأربعة إلى أن الثيب البالغة لا تجبر على النكاح، فلا يجوز للأب ولا لغيره تزويجها إلا بإذنها⁽²⁾. واستدلوا على ذلك بما يأتي:

ب.أ- الأحاديث التي تنص على أحقية الثيب بنفسها من وليها، كحديث ابن عباس رضي الله عنهما: (الثيبُ أحقُّ بنفسِها من وليِّها)⁽³⁾. وكذا الأحاديث التي تنهى عن تزويج الثيب إلا بأمرها، كحديث أبي هريرة رضي الله عنه: (لَا تُنكحُ الأيمَ حتى تُستأمرَ)⁽⁴⁾.

ب.ب- حديث حنساء بنت خديم الأنصارية رضي الله عنها: (أنَّ أباهَا زَوَّجَهَا وَهِيَ ثَيْبٌ، فَكَرِهَتْ ذَلِكَ، فَأَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ فَرَدَّ نِكَاحَهَا)⁽⁵⁾.

فلما ردَّ النبي ﷺ نكاحها، تبين قطعاً أنه ليس لأبيها إجبارها؛ وإلا كان النكاح مردوداً؛ وعلّة ذلك أن الثيب صارت عاملة بمقاصد الزواج، مختبرة له، فتسقط عنها ولاية الإيجاب⁽⁶⁾.

(1) زاد المعاد، م.س، 96/5-98 (بتصرف بسير).

(2) ينظر: المبسوط، م.س، 09/5؛ بداية المجتهد، م.س، 33/3؛ الأم، م.س، 19/5؛ مغني المحتاج، م.س، 247/4؛ المغني، م.س، 406/9. وذهب إلى هذا القول أيضاً الظاهرية. ينظر: المحلى بالآثار، م.س، 38/9-39.

(3) سبق تخريجه، ص.19.

(4) سبق تخريجه، ص.20.

(5) سبق تخريجه، ص.20.

(6) ينظر: المغني، م.س، 406/9.

ب.ج- الإجماع: فقد أجمع العلماء على أن الثيب لا يجبرها أب ولا غيره. يقول ابن المنذر: «أجمع عوام أهل العلم⁽¹⁾ أن نكاح الأب ابنته الثيب بغير رضاها لا يجوز.»⁽²⁾ لكن المالكية استثنوا الثيب البالغة التي ظهر فسادها، وعجز وليها عن صيانتها، فلابيها ولسائر الأولياء جبرها على الزواج، ويستحب لغير الأب مراجعة القاضي فيها، فإن زوجها دون مراجعته مضى النكاح⁽³⁾.

والراجع عدم جواز إجبار الثيب مطلقا؛ لصراحة الأدلة في ذلك، حتى لو خيف فسادها.

2- تزويج العقلاء الراشدين في القانون الوضعي

ذهبت قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة إلى منع ولاية الإجماع؛ فلا يجوز إجبار رجل ولا امرأة على الزواج؛ سواء كانت المرأة بكرا أم ثيبا، فبمجرد بلوغ الشخص لسن الأهلية (18 أو 19 سنة) يكون أهلا لمباشرة عقد الزواج لنفسه، ولو كانت امرأة بكرا. وهذا ما نصت عليه المادة 1/11 أسرة جزائري بقولها: «تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أي شخص آخر تختاره.»⁽⁴⁾ فالراشدة سواء كانت بكرا أم ثيبا، تستطيع تزويج نفسها، وحضور الولي للعقد هو مجرد حضور شكلي؛ حيث تستطيع أن تستغني عنه باختيار أي شخص آخر يحل محله.

وهذا أيضا ما ذهبت إليه مدونة الأسرة المغربية، والتي أعطت للمرأة الراشدة؛ سواء كانت بكرا أم ثيبا حق تزويج نفسها، حيث تقول المادة 25: «للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض

(1) لم يخالف هذا الإجماع إلا الحسن البصري، وإبراهيم النخعي من التابعين؛ فقال الحسن: للأب تزويج ابنته بكرا أو ثيبا وإن كرهت. وقال النخعي: يزوج الأب ابنته جبرا إذا كانت في عياله، فإن كانت بائنة في بيتها مع عيالها استأمرها. وقد أنكر العلماء قولهما، واعتبروهما شذوذا عن الإجماع، وخروجاً عن الاتفاق، ومخالفة للسنة الصحيحة. ينظر: التمهيد، م.س، 318/19-319؛ المغني، م.س، 406/9؛ فتح الباري، م.س، 194/9؛ المحلى بالآثار، م.س، 39/9؛ زاد المعاد، م.س، 91/5.

(2) الإشراف على مذاهب العلماء، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، ط1، 2005م، 18/5؛ وينظر: المبسوط، م.س، 09/5؛ مجموع الفتاوى، م.س، 32/39-40؛ فتح الباري، م.س، 194/9.

(3) ينظر: الفواكه الدواني، م.س، 06/2؛ منح الجليل، م.س، 273/3-274.

(4) العبارة الأخيرة من المادة 1/11: "أو أي شخص آخر تختاره." غريبة جدا؛ لأن الولاية تثبت بنص القانون؛ وليس باختيار من المولى عليها، ثم حرف التخيير "أو" يفيد أن المرأة تستطيع أن تبرم الزواج، ولو رفض جميع أوليائها الشرعيين، وذلك بأن تحضر أي شخص من غير أوليائها ليكون وليا في عقد زواجها، دون أن يكون لأوليائها الشرعيين حق الاعتراض، وهذا يخالف جميع المذاهب الفقهية. وبهذا يكون موقف المشرع الجزائري أقرب من موقف المشرع المغربي الذي ألغى الولاية على المرأة البالغة الراشدة بكل صراحة. ينظر: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، م.س، ص.66؛ قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد: عبد العزيز سعد، دار هومة، الجزائر، ط2، 2009م، ص. 42-43؛ موقع الولي من قانون الأسرة الجزائري ومدى مطابقته لمقتضى أحكام السياسة الشرعية: فاتح ربيعي، مقال منشور بمجلة دراسات قانونية، عدد 5، نوفمبر 2009م، ص.73-74.

ذلك لأبيها، أو لأحد أقاربها.» فالراشدة لا تحتاج لولي يزوجه؛ لأن الولاية حق لها. فقد جاء في المادة 24 قولها: «الولاية حق للمرأة تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصحتها.» أما قانون الأحوال الشخصية الأردني فأجاز أيضا للمرأة مباشرة الزواج بمقتضى المادة 6؛ لكنه فرّق بين البكر والثيب في مدى الحاجة لموافقة الولي؛ فالثيب البالغة 18 سنة لا تلزم موافقة الولي على زواجها (م19)، وبمفهوم المخالفة تلزم موافقته في زواج البكر وإن بلغت 18 سنة، وكذلك تلزم موافقته على زواج الثيب التي لم تبلغ هذه السن⁽¹⁾. ومع ذلك فإن موافقة الولي لا تعني الإجماع؛ وإنما يتم الزواج باجتماع رأيه مع رأيها. فإن زوجت نفسها بغير إذنه فهذا الأخير حق الاعتراض بسبب عدم كفاءة الزوج (م16، 22).

ومن خلال ما سبق بيانه بشأن من تمارس عليه ولاية الإجماع، يتبين لي ما يأتي:

- توافق الفقه الإسلامي مع القانون الوضعي على أن الرجال الراشدين لا يحتاجون إلى ولاية أحد في الزواج أو غيره.

- جمهور الفقهاء يفرقون بين الثيب والبكر في الإجماع وعدمه، فيجيزون إجماع البكر دون الثيب. أما الحنفية فلا يجيزون إجماع البالغة الراشدة؛ سواء كانت بكرا أم ثيبا، وأن لها أن تبشر العقد بنفسها. وبمذهب الحنفية أخذت القوانين محل الدراسة؛ لكن الحنفية يعطون الولي حق الاعتراض على كفاءة الزوج، وبه أخذ القانون الأردني خلافا للقانونين الجزائري والمغربي⁽²⁾. وبالتالي فالقانون الأردني أقرب إلى موافقة المذهب الحنفي من القانونين الآخرين.

الفرع الثالث

ضوابط ممارسة ولاية الإجماع وحكم مخالفتها

سأتكلم في هذا الفرع عن ضوابط ممارسة ولاية الإجماع (أولا)، وحكم مخالفتها (ثانيا).

أولا- ضوابط ممارسة ولاية الإجماع

1- ضوابط ممارسة ولاية الإجماع في الفقه الإسلامي

كما سبق بيانه بشأن ولاية الإجماع تبين لي أن فقهاء المذاهب الأربعة وإن أجازوا هذه الولاية كاستثناء، فإنهم أيضا قد قرروا أن ممارستها على الوجه المشروع يقتضي مراعاة جملة من الضوابط؛ وإلا أصبحت إجبارا غير مشروع على الزواج. وهذه الضوابط محل اختلاف بين الفقهاء، ولذلك سأتكلم عن كل ضابط على حده، مع بيان أقوال الفقهاء فيه.

(1) ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، ص.102.

(2) ينظر: شرح مدونة الأسرة، م.س، ص.131، 133.

أ- رُشد الولي المَجْبِر

فالولي المَجْبِر يجب أن يكون رشيدا عارفا بالكفاءة، مدركا لمصالح النكاح⁽¹⁾. فإن كان فاسقا، أو شيخا كبيرا قد اختلط عقله، وضعف إدراكه، أو كان أحمقا جاهلا بمصالح النكاح، أو سفيها محجورا عليه، فلا يكون رشيدا في أمر الزواج. وهل يصح أن يزوج غيره؟

الجواب أن مذهب الحنفية والمالكية عدم اشتراط الرشد في الولي عموما؛ لكنهم تشددوا نوعا ما مع الولي المَجْبِر. فعند الحنفية إذا كان الولي المَجْبِر معروفا بسوء الاختيار، بسبب مجونه أو فسقه أو طمعه، وزوج ابنته الصغيرة بأقل من مهر المثل بغبن فاحش، أو زوجها من غير كفاء، فالنكاح باطل⁽²⁾.

أما المالكية فاختلّفوا في الأب السفيه المحجور عليه، هل له جبر ابنته أم لا؟ على أقوال، أظهرها أنه إن كان ذا رأي في أمر الزواج، وإنما سفيه مقتصر على حفظ المال، فله الجبر، وإلا مُنِع. فإن عَقِد فلوليه الذي حجر عليه، النظر في إمضاء ذلك العقد أو رَدّه⁽³⁾.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى اشتراط الرشد في الولي عموما⁽⁴⁾. واستدلوا بحديث ابن عباس موقوفا ومرفوعا: (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّ مُرْشِدٍ، أَوْ سُلْطَانٍ)⁽⁵⁾. وبحديثه أيضا موقوفا ومرفوعا: (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ، فَإِنْ أَنْكَحَهَا وِلِيُّ مَسْخُوطٍ عَلَيْهِ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ)⁽⁶⁾.

والراجح هو اشتراط الرشد في الولي المَجْبِر؛ بدلالة الحديثين؛ ولأن هذه الولاية تقوم على النظر لتحصيل مصالح المولى عليهم؛ فالولي المَجْبِر يختار لمن تحت ولايته ما يحقق مصلحته، فلا بد أن يكون رشيدا يحسن الاختيار في التزويج، حتى لا يُضَيِّع مصلحة من يُرَوِّجهم⁽⁷⁾.

(1) جاء في كشف القناع، م.س، 2409/7 أن الرشد في باب النكاح هو: «مَعْرِفَةُ الْكُفِّءِ، وَمَصَالِحِ النِّكَاحِ، وَلَيْسَ هُوَ حِفْظُ الْمَالِ، فَإِنَّ رُشْدَ كُلِّ مَقَامٍ بِحَسَبِهِ.» وينظر: بداية المجتهد، م.س، 39/3.

(2) ينظر: البحر الرائق، م.س، 144/3.

(3) ينظر: التاج والإكليل، م.س، 72/5؛ منح الجليل، م.س، 272/3، 292.

(4) ينظر: روضة الطالبين، م.س، 409/5-411؛ الحاوي الكبير، م.س، 61/9-62؛ مغني المحتاج، م.س، 246/4؛ المبدع في شرح المقنع، م.س، 99/6؛ كشف القناع، م.س، 2398/7، 2409.

(5) السنن الكبرى للبيهقي، م.س، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي مرشد، 201/7، حديث رقم: 13713. وقال البيهقي عقبه: «تَفَرَّدَ بِهِ الْقَوَارِيرِيُّ مَرْفُوعًا، وَالْقَوَارِيرِيُّ ثِقَّةٌ، إِلَّا أَنَّ الْمَشْهُورَ بِهَذَا الْإِسْنَادِ مَوْقُوفٌ عَلَى ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.» وقال الألباني في إرواء الغليل، م.س، 251/6: «صحيح موقوفًا.»

(6) سنن الدارقطني، م.س، كتاب النكاح، 315/4، حديث رقم: 3521؛ السنن الكبرى للبيهقي، م.س، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي مرشد، 201/7، حديث رقم: 13716. وقال البيهقي عقبه: «كَذَا زَوَّاهُ عَبْدِ بَنِي الْقُضَلِ وَهُوَ ضَعِيفٌ، وَالصَّحِيحُ مَوْقُوفٌ.» وقال الألباني في إرواء الغليل، م.س، 251/6: «ضعيف مرفوعا، والصحيح موقوف.»

(7) ينظر: الشرح الممتع، م.س، 75-74/12.

ب- انتفاء العداوة بين الولي والمُجْبَر

هذا الضابط لم يرد عند الحنفية والمالكية. وإنما قال به الشافعية والحنابلة، فيشترط للإجبار عندهم انتفاء العداوة الظاهرة بين الولي والمولى عليه؛ لأن العداوة تنافي الشفقة، فإذا زالت الشفقة بسبب العداوة، لم يؤمن من الولي الإضرار في التزويج، فيمنع من ذلك ابتداءً. وقد زاد بعضهم إلى هذا الشرط أيضاً، انتفاء العداوة بين المولى عليه والزوج؛ لأن العداوة بين الزوجين تنافي المودة المقصودة من الزواج⁽¹⁾.

ج- قصر الإجبار على من تعذر في حقه الاستثمار

الاستثمار إنما يتعذر بالنسبة للمجانين والصغار دون العاقلين والكبار. ومع ذلك ينبغي الانتظار إلى وقت إمكان الاستثمار، إن لم يكن في الانتظار ضرر يلحقهم. ولأجل هذا قرر فقهاء المذاهب الأربعة منع إجبار المجنون والمجنونة المتقطع جنونهما؛ لإمكان استئذانهما عند الإفاقة⁽²⁾، فإن يئس الولي من الإفاقة، واشتدت الحاجة والفاقة، جاز تزويجه⁽³⁾.

وقال الشافعية باستحباب تأخير تزويج الصغار إلى وقت إمكان الاستئذان، وهو البلوغ⁽⁴⁾.

بل ذهب أحمد في رواية إلى صحة استئذان بنت تسع سنين، فلا يجوز تزويجها إلا بإذنها؛ لأن إذنها في هذه السن صحيحة معتبرة؛ لوجود التمييز⁽⁵⁾. واحتج بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «إِذَا بَلَغَتِ الْجَارِيَةُ تِسْعَ سِنِينَ فَهِيَ امْرَأَةٌ»⁽⁶⁾ فمراد عائشة أن الجارية إذا بلغت تسع سنين فهي في حكم المرأة البالغة؛ لأنه يحصل لها حينئذ من الإدراك والتمييز، ما تعرف به ما ينفعها وما يضرها⁽⁷⁾. وقد قاس عليها بعض الحنابلة المراهق الذي بلغ تسعا فصصح إذنه⁽⁸⁾.

(1) ينظر: مغني المحتاج، م.س، 4/246؛ أسنى المطالب مع حاشية الرملي، م.س، 3/126-127؛ المبدع في شرح المقنع، م.س، 6/99؛ كشف القناع، م.س، 7/2398.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 2/241؛ منح الجليل، م.س، 3/315، 272؛ روضة الطالبين، م.س، 5/435-437؛ المغني، م.س، 9/412-415.

(3) عند الحنفية إذا استمر الجنون شهراً عُدَّ مطبقاً. ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 3/285؛ البحر الرائق، م.س، 3/132.

(4) ينظر: الأم، م.س، 5/19؛ روضة الطالبين، م.س، 5/402؛ شرح صحيح مسلم، م.س، 9/206.

(5) ينظر: المغني، م.س، 9/404؛ مجموع الفتاوى، م.س، 32/44.

(6) هذا الأثر لم أجد من رواه بالإسناد، وإنما زوّي تعليقا في: سنن الترمذي، م.س، أبواب النكاح، باب ما جاء في إكراه البتيمة على التزويج، 3/409؛ السنن الكبرى للبيهقي، م.س، كتاب الحيض، باب السن التي وُجِدَت المرأة حاضت فيها، 1/476.

(7) ينظر: تحفة الأحوذوي، م.س، 4/208. وقال البيهقي في السنن الكبرى، م.س، 1/476 عن أثر عائشة: «تَغْيِي - وَاللَّهِ أَغْلَمُ - فَحَاضَتْ فَهِيَ امْرَأَةٌ.»

(8) يقول المرادوي في الإنصاف، م.س، 8/52: «وذكر القاضي في إجبار مراهقٍ عاقلٍ نظرًا. قلت: الصواب عدم إجباره. وقيل: له تزويج الصغير إن احتاج إليه... وقال في الانتصار: يحتمل في ابن تسع يزوج بإذنه، سواء كان أبوه أو ولي غيره.»

وصحح المالكية استئذان اليتيمة المحتاجة للزواج إذا بلغت عشر سنين، لحصول التمييز⁽¹⁾.

د- الاحتياج للزواج

فمن كان محتاجا للزواج من ذكر أو أنثى، فلوليه أن يزوجه؛ وإلا فلا. وهذا ما اشترطه الفقهاء في تزويج الصغار والمجانين، كما سبق بيانه⁽²⁾.

والحاجة للزواج لها صور عديدة؛ فمنها الحاجة للاستمتاع، كمن اشتدت بها أو به الرغبة الجنسية، وحُشي عليه أن تغلبه الشهوة، فيقع في الحرام. ويُعرف ذلك من قرائن الأحوال، كتتابع النساء، والدوران عليهن. ويُتصور هذا في المجنون والمجنونة البالغين، فيزوجان إعفافا لهما. ومنها الحاجة للنفقة والحفظ والرعاية، كاليتيمة الفقيرة، فتزوج بمن يحفظها وينفق عليها. ومنها الحاجة للخدمة، كالمجنون الذي لا يجد من يخدمه ويرعاه من محارمه، فيزوج بمن تخدمه وتعتني به. ومنها الحاجة للمداواة، كالمجانين والمعاتيه ذكورا وإناثا يزوجون استشفاءً؛ إذا نصح الأطباء بذلك⁽³⁾.

فإن لم يكن في التزويج حاجة مما سبق ذكره فلا يجوز للولي أن يزوجه؛ لأن في تزويجه مع عدم حاجته إضرارا به، بإلزامه حقوقا لا مصلحة له في التزامها، كالمهر والنفقة⁽⁴⁾.

والتزويج للحاجة يقتضي الاقتصار عليها، فلا يزوج مثلا الصغير والمجنون بأكثر من واحدة؛ لأن الحاجة تندفع بواحدة، فينبغي عدم الزيادة عليها⁽⁵⁾.

ه- تحقق المصلحة وانتفاء الضرر من الزواج

لا يجوز للولي المجرى تزويج المُوَلَّى عليه تزويجا لا مصلحة له فيه، أو تزويجا يكون ضرره عليه أكبر من نفعه⁽⁶⁾. وإذا كان تزويج الأنثى يحقق لها المصلحة غالبا؛ بسبب ما تُحصِّله من مهر ونفقة وزوج كفء، فإنه ينبغي منع تزويجها إذا ترتب عن ذلك ضرر أكبر من المصلحة، كتزويجها بالمعيب بعيد بمنع أو ينفر من الاستمتاع، فلا يحصل لها العفاف. أو تزويجها بفقير معسر مع احتياجها

(1) ينظر: الشرح الكبير للدردير، م.س، 224/2؛ منح الجليل، م.س، 276/3-277.

(2) يراجع المصادر المذكورة في تزويج الصغير والمجنون والمجنونة، ومنها: منح الجليل، م.س، 315/3؛ نهایة المحتاج، م.س، 262/6-263؛ المغني، م.س، 417-412/9.

(3) ينظر: منح الجليل، م.س، 315/3؛ الشرح الكبير للدردير، م.س، 245/2؛ الأم، م.س، 22/5؛ نهایة المحتاج، م.س، 264/6-266؛ المغني، م.س، 417-415/9؛ كشف القناع، م.س، 2398-2396/7.

(4) يقول ابن قدامة في المغني، م.س، 417-416/9: «فَأَمَّا اعْتِبَاؤُ الْحَاجَةِ، فَلَا بُدَّ مِنْهَا، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لَوْلِيِهِ تَزْوِيجُهَا، إِلَّا إِذَا رَأَى الْمَصْلِحَةَ فِيهِ، غَيْرَ أَنَّ الْحَاجَةَ لَا تَنْحَصِرُ فِي قَضَاءِ الشَّهْوَةِ، فَقَدْ تَكُونُ حَاجَتُهُ إِلَى الْإِيوَاءِ وَالْحِفْظِ، وَرُبَّمَا كَانَ دَوَاءً لَهُ، وَيَتَرَجَّى بِهِ شِفَاؤُهُ، فَجَازَ التَّزْوِيجُ لَهُ، كَقَضَاءِ الشَّهْوَةِ.» وينظر: الأم، م.س، 22/5.

(5) ينظر: المغني، م.س، 418/9؛ كشف القناع، م.س، 2397/7.

(6) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 245/2.

للإنفاق، فلا يحصل لها الكفاف. أو تزويجها بمجنون، أو فاسق شارب للخمر، فلا يحصل لها الأمان على دينها ونفسها.

وعلى كل حال فلا يحل للولي تزويج الأنثى بمن تتضرر من معاشرته⁽¹⁾، ولو كان ذلك على وجه النظر؛ فمع تحقق الضرر لا وجه للنظر⁽²⁾؛ لقول النبي ﷺ: (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ)⁽³⁾.

ومثال الضرر في تزويج الذكر (الصغير والمجنون)، أن يُزَوَّج مع عدم احتياجه للزواج؛ فذلك ضرر محض عليه؛ حيث يلزمه بالزواج المهر والنفقة، دون أن يعود عليه ذلك بفائدة؛ إلا أن يتطوع وليه بالمهر والنفقة، فلا ضرر عليه⁽⁴⁾. ومثال الضرر أيضا تزويج الذكر المحتاج للاستمتاع أو الخدمة، بمن لا تلي له هذه الحاجة، كتزويجه بمعبية بعيب جنسي يمنع أو يُنَقِّر من الاستمتاع بها، أو تزويجه بمن تعجز عن خدمته، لمرض أو هرم أو عاهة، فهذا أيضا ضرر محض؛ لأنه بذل مال فيما لا نفع فيه أصلا⁽⁵⁾.

و- الاقتصار في تزويج الصغيرة على مجرد العقد دون الدخول

لا يجوز الدخول بالصغيرة حتى تكون صالحة للوطء، مطيقة له دون ضرر عليها. والصلاحية للوطء غير محددة بسن معينة، فهي تختلف باختلاف خلقة النساء، فيرجع فيها إلى حال المرأة طولاً وقصرًا، وسمنة وهزالًا ونحوه.

(1) ينظر: منح الجليل، م.س، 272/3-273؛ الأم، م.س، 20/5؛ مغني المحتاج، م.س، 246/4؛ شرح الزركشي على مختصر الخرق، م.س، 85/5.

(2) فقهاء المالكية، ورغم إجازتهم للأب الرشيد تزويج ابنته لغير الكفاء، ولو كان معيبا، إذا كان على سبيل النظر؛ إلا أنهم منعه من الإيجاب، إذا كان الزوج معيبا بعيب يثبت الخيار، كالمجنون والجدام، أو كان فاسقا شرعياً؛ لتحقق الضرر هنا. ينظر: النوادر والزيادات، م.س، 395/4؛ منح الجليل، م.س، 272/3-273؛ الشرح الصغير مع حاشية الصاوي، م.س، 353/2، 355.

(3) موطأ مالك: مالك بن أنس، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط)، 1985م، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرافق، 745/2، حديث رقم: 31؛ مسند أحمد، م.س، مسند عبد الله بن عباس، 55/5، حديث رقم: 2865؛ سنن ابن ماجه، م.س، أبواب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، 432/3، حديث رقم: 2341. وقال الألباني في الإرواء، م.س، 413/3 بعد تخريج طرقه: «فهذه طرق كثيرة لهذا الحديث، قد تجاوزت العشر، وهي وإن كانت ضعيفة مفرداتها، فإن كثيرا منها لم يشتد ضعفها، فإذا ضم بعضها إلى بعض تقوى الحديث بها، وارتقى إلى درجة الصحيح.»

(4) ينظر: منح الجليل، م.س، 315/3؛ المغني، م.س، 416/9-417.

(5) يقول الشافعي في الأم، م.س، 20/5 (بتصرف يسير): «يَجُوزُ أَمْرُ الْأَبِ عَلَى الْبِكْرِ فِي التَّكَاحِ، إِذَا كَانَ التَّكَاحُ حَطًّا لَهَا، أَوْ غَيْرِ نَقْصٍ عَلَيْهَا، وَلَا يَجُوزُ إِذَا كَانَ نَقْصًا لَهَا، أَوْ ضَرَرًا عَلَيْهَا... وَكَذَلِكَ ابْنَةُ الصَّغِيرِ... وَلَوْ زَوَّجَ رَجُلٌ ابْنَتَهُ... غَيْرَ كُفٍّ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ عَلَيْهَا نَقْصًا، وَلَوْ زَوَّجَهَا كُفًّا أَجْدَمَ، أَوْ أَبْرَصَ، أَوْ مَجْنُونًا، أَوْ حَصِيًّا مَجْبُوبًا، أَوْ غَيْرَ مَجْبُوبٍ، لَمْ يَجُزْ عَلَيْهَا... وَلَوْ زَوَّجَ ابْنَهُ صَغِيرًا أَوْ مَحْبُولًا... جَذْمًا، أَوْ بَرَصًا، أَوْ مَجْثُونَةً، أَوْ ثَقَلَاءَ، لَمْ يَجُزْ عَلَيْهِ التَّكَاحُ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ زَوْجُهُ امْرَأَةً فِي نِكَاحِهَا ضَرَرًا عَلَيْهَا، أَوْ لَيْسَ لَهُ فِيهَا وَطْرٌ، مِثْلَ عَجُوزٍ فَانِيَةٍ، أَوْ عَمِيَاءَ، أَوْ قَطْعَاءَ، أَوْ مَا أَشْبَهَ هَذَا.» وينظر: الشرح الصغير مع حاشية الصاوي، م.س، 355/2؛ روضة الطالبين، م.س، 429/5؛ نهاية المحتاج، م.س، 261/6؛ المغني، م.س، 418/9.

قال ابن بطال⁽¹⁾: «أجمع العلماء على أنه يجوز للآباء تزويج الصغار من بناتهم... إلا أنه لا يجوز لأزواجهن البناء بهن إلا إذا صلحن للوطء، واحتملن الرجال، وأحوالهن تختلف في ذلك على قدر خلقهن وطاقتهن.»⁽²⁾

ز- إعلام الزوج الآخر بحالة الإعاقة الموجودة فيمن يُراد تزويجه جبراً

إذا أراد الولي تزويج المعاق عقلياً، فعليه إعلام الزوج الآخر بحالته، حتى يكون على بينة من أمره، فيقدم على الزواج بكامل إرادته دون تغيير أو تدليس. يقول الشافعي: «لَا يُزَوِّجُ الْمَغْلُوبَةَ عَلَى عَقْلِهَا أَحَدٌ غَيْرَ الْآبَاءِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ آبَاءٌ رُفِعَتْ إِلَى السُّلْطَانِ، وَعَلَيْهِ أَنْ يُعْلِمَ الزَّوْجَ مَا أُشْهِرَ عِنْدَهُ أَنَّهَا مَغْلُوبَةٌ عَلَى عَقْلِهَا، فَإِنْ يُقَدِّمُ عَلَى ذَلِكَ زَوَّجَهَا إِيَّاهُ.» وقال أيضاً عن المجنون: «وَلَيْسَ لِأَحَدٍ غَيْرِ الْآبَاءِ أَنْ يُزَوِّجُوا الْمَغْلُوبَ عَلَى عَقْلِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا أَمْرَ لَهُ فِي نَفْسِهِ، وَيُرْفَعُ إِلَى الْحَاكِمِ فَيَسْأَلُ عَنْهُ، فَإِنْ كَانَ يَحْتَاجُ إِلَى التَّزْوِيجِ، ذَكَرَ لِلْمُزَوَّجَةِ، فَإِنْ رَضِيَتْ زَوْجَهُ.»⁽³⁾

ح- مراعاة الكفاءة في المَرْوَج

ذهب أبو حنيفة إلى أن للأب والجد غير المعروفين بسوء الاختيار، تزويج المُوَلَّى عليها لغير الكفاءة على سبيل النظر، وليس ذلك لسائر الأولياء⁽⁴⁾. وذهب المالكية إلى أن للأب الرشيد تزويج ابنته لغير الكفاءة، على وجه النظر؛ وذلك لأن الأب كامل الشفقة، وللنكاح مقاصد عديدة، قد يقصدها الأب، وتكون أعظم من مراعاة الكفاءة⁽⁵⁾.

وذهب أصحاب أبي حنيفة، والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يجوز للولي أن يزوج المُوَلَّى عليها إلا بمن يكافئها؛ إذ لا مصلحة لها في الزواج بغير الكفاءة؛ بل هو نقص وضرر عليها⁽⁶⁾.

(1) هو: علي بن خلف بن عبد الملك ابن بَطَّال البكري القرطبي، أبو الحسن: عالم بالحديث، من أهل قرطبة. توفي سنة: 449هـ. من مؤلفاته: "شرح صحيح البخاري". ينظر: الأعلام، م.س، 4/285.

(2) شرح صحيح البخاري: ابن بطال، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، ط2، 2003م، 173-172/7؛ وينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: برهان الدين بن مَازَةَ، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2004م، 48/3؛ حاشية ابن عابدين، م.س، 4/381؛ البيان والتحصيل، م.س، 5/100؛ فتح العلي الملك، م.س، 1/422-423؛ إكمال المعلم، م.س، 4/573؛ شرح صحيح مسلم، م.س، 9/206.

(3) الأم، م.س، 21/5، 22.

(4) ينظر: البحر الرائق، م.س، 3/144-145؛ شرح فتح القدير، م.س، 3/303؛ حاشية ابن عابدين، م.س، 4/171.

(5) ينظر: منح الجليل، م.س، 3/272-273؛ الشرح الصغير مع حاشية الصاوي، م.س، 2/353، 355.

(6) قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الْأَمِّ، م.س، 5/20: «يَجُوزُ أَمْرُ الْأَبِ عَلَى الْبِكْرِ فِي النِّكَاحِ، إِذَا كَانَ النِّكَاحُ حَطًّا لَهَا، أَوْ غَيْرَ نَقْصٍ عَلَيْهَا، وَلَا يَجُوزُ إِذَا كَانَ نَقْصًا لَهَا، أَوْ ضَرَرًا عَلَيْهَا... وَلَوْ زَوَّجَهَا غَيْرَ كُفٍّ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ عَلَيْهَا نَقْصًا.» ينظر: البحر الرائق، م.س، 3/144-145؛ شرح فتح القدير، م.س، 3/303؛ الحاوي الكبير، م.س، 9/135-136؛ المغني، م.س، 9/400-401؛ كشاف القناع، م.س، 7/2397.

وإضافة إلى شرط الكفاءة، اشترط الشافعية والحنابلة لجواز الإكراه، كون الزوج موسراً بالمهر⁽¹⁾. وهذا الشرط عند الحنفية يدخل في الكفاءة؛ لأن من خصاها عندهم اليسار بالمهر والنفقة⁽²⁾.

ط- مراعاة مهر المثل في التزويج

ذهب أبو حنيفة إلى أنه يجوز للأب والجد غير المعروفين بسوء الاختيار، التزويج بغير مهر المثل، ولو بغبن فاحش⁽³⁾. وذهب المالكية والحنابلة إلى أنه يجوز للأب الرشيد أن يزوج ابنته بأقل من مهر المثل، ولو بغبن فاحش، إذا كان على وجه النظر.

وحجتهم في ذلك أن الأب لو فور شفقتة، وأنه يتحرى مصلحة أولاده أكثر مما يتحرى لنفسه، فالظاهر أنه لا ينقص من مهر ابنته؛ إلا لتحصيل مقاصد النكاح، التي هي أعظم من المال⁽⁴⁾. ومن ذلك مثلاً تزويج المجنون بأكثر من مهر المثل، إذا تعذر تزويجه بمهر المثل؛ إذ الغالب أن المرأة لا ترضى أن تتزوج المجنون، إلا أن تُرغب بزيادة على مهر مثلها⁽⁵⁾.

وذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية، وهو مذهب الشافعية، وقول عند الحنابلة، إلى أنه لا يجوز للولي المجر أن يُزوج الأنثى بأقل من مهر المثل، ولا أن يزوج الذكر بأكثر من مهر المثل⁽⁶⁾. وزاد الشافعية والحنابلة على اشتراط التزويج بمهر المثل، أن يكون المهر من نقد البلد، أي من جنس ما تعارفه أهل البلد، فإذا تعارفوا على إعطاء النقود، لم يجز التزويج بالعرض⁽⁷⁾.

وبعد عرض ضوابط الإكراه في الفقه الإسلامي، يمكنني القول بأن هذه الضوابط تدل بوضوح على استثنائية الإكراه على الزواج عند الفقهاء، وأنه لا يجوز إلا في أضيق الحدود. كما يظهر بجلاء أن الفقهاء لم يجزوا الإكراه إلا لتحقيق مصلحة المُوَلَّى عليهم ودفع المفسدة عنهم؛ ولكن يبقى تقدير تلك المصلحة، ومدى كفاية تلك الضوابط لتحقيقها، وترجيحها على مفسدة الإكراه، يبقى أمراً اجتهادياً، وقد لا يحسن كثير من الأولياء تقديرها؛ بل قد لا يكون لهم أي علم بهذه الضوابط.

(1) ينظر: مغني المحتاج، م.س، 246/4؛ أسنى المطالب مع حاشية الرملي، م.س، 126/3-127؛ المبدع في شرح المقنع، م.س، 99/6؛ كشف القناع، م.س، 2398/7.

(2) ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 300/3.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 245/2-246؛ البحر الرائق، م.س، 145/3.

(4) ينظر: الذخيرة، م.س، 218/4؛ منح الجليل، م.س، 272/3؛ المغني، م.س، 413/9-414.

(5) ينظر: المغني، م.س، 418/9؛ كشف القناع، م.س، 2396/7-2397.

(6) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 245/2-246؛ حاشية ابن عابدين، م.س، 171/4؛ مغني المحتاج، م.س، 246/4؛ أسنى المطالب مع حاشية الرملي، م.س، 126/3-127؛ المبدع في شرح المقنع، م.س، 99/6؛ كشف القناع، م.س، 2398/7.

(7) ينظر: مغني المحتاج، م.س، 246/4؛ أسنى المطالب مع حاشية الرملي، م.س، 126/3-127؛ المبدع في شرح المقنع، م.س، 99/6؛ كشف القناع، م.س، 2398/7.

ولذلك ينبغي في نظري سدُّ باب الإكراه وعدم فتحه أصلاً؛ إلا في أضيق الحدود، وبإشراف من القاضي وإذنه، مع التشديد في تلك الضوابط، وأن يقتصر التزويج على حالة الضرورة التي يترتب عن ترك التزويج فيها حقوق الضرر بالقصر أو المعاقين عقلياً، مع مراعاة ألا يكون التزويج مضراً بالطرف الآخر أو بالذرية؛ لأن دفع الضرر لا يكون بمثله.

2- ضوابط تزويج القصر والمعاقين عقلياً في القانون الوضعي

سبق القول بأن القانون الوضعي لم يأخذ بفكرة ولاية الإكراه، ولذلك منع تزويج القصر والمعاقين عقلياً كقاعدة عامة، وأجاز ذلك في حالات استثنائية، مع ضرورة مراعاة جملة من الضوابط، وهي تختلف في حالة القصر عنها في حالة المعاقين عقلياً.

أ- ضوابط تزويج القصر

اشترطت قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة لجواز تزويج القصر جملة من الضوابط الواجب توافرها، وهي كالآتي:

أ.أ- موافقة القاصر ذكراً كان أو أنثى على الزواج؛ إذ لا يجوز تزويجه دون موافقته ورضاه⁽¹⁾. وبهذا صرحت المادة 13 أسرة جزائري بقولها: «لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها.»⁽²⁾ وهذا ما تشير إليه المادة 21 أسرة مغربية. وجاء في المادة 2/4 من تعليمات قاضي القضاة الأردني بشأن تزويج القصر: «أن يتحقق القاضي من الرضا والاختيار التامين.» أي رضا القصر واختيارهم⁽³⁾. ومن هنا يتبين أنه لا إكراه في تزويج القصر؛ وإنما يُزَوَّجون بولاية الاختيار.

أ.ب- موافقة الولي، فلا بدّ من اجتماع رأيه مع رأي القاصر. وهذا ما تدل على المادة 2/11 أسرة جزائري بقولها: «يتولى زواج القصر أولياؤهم.» وبهذا صرحت المادة 1/21 أسرة مغربية بقولها: «زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي.» وألزمت المادة 5 من تعليمات قاضي القضاة الأردني بشأن تزويج القصر، المحكمة بضرورة التحقق من موافقة الولي على منح الإذن بزواج القاصر. ولكن من الذي يباشر العقد، هل هو الولي أم القاصر؟ والجواب أن الولي هو من يباشره في حالة القاصرة؛ لأن المرأة لا تباشر تزويج نفسها إلا إذا كانت راشدة.

(1) ينظر: ضوابط تزويج الصغار في قانون الأسرة الجزائري: بخوش رزيق (الباحث)، مقال منشور بمجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 9، جوان 2016م، ص. 355-358.

(2) تماثلها في المعنى المواد الآتية من قوانين الأحوال الشخصية: 8/أ لبي؛ 15/د بحري؛ 17 فطري.

(3) ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، م.س، ص. 72؛ الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية، م.س، ص. 59.

أما في حالة القاصر، فيحتمل أن يباشر العقد وليه كالقاصرة تماما، وهذا ما تقتضيه المادة 2/11 أسرة جزائري، ويحتمل أن يتولاه القاصر بنفسه، وهو ما تشير إليه المادة 2/21 أسرة مغربية بقولها: «تتم موافقة النائب الشرعي بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج، وحضوره إبرام العقد.» فالولي لا يبرم العقد وإنما يحضره فقط.

فإذا رغب القاصر في الزواج، ورفض الولي تزويجه، أو الموافقة على زواجه، فللقاصر أن يرفع الأمر للقاضي؛ ليفصل في الأمر؛ إما بتزويجه أو الإذن له بالزواج. وإما برفض الإذن، وإقرار الولي على موقفه. وهذا بعد الاستماع لرأي كل طرف، وما استند إليه من مبررات. وهذا ما نصت عليه المادة 3/21 أسرة مغربية، والمادة 18 أحوال شخصية أردني⁽¹⁾.

أ.ج- وجود ضرورة أو مصلحة راجحة تستدعي إبرام هذا الزواج. وهذا ما جاء في المادة 7 أسرة جزائري، والمادة 1/20 أسرة مغربية، والمادة 10/ب أحوال شخصية أردني. وهذه النصوص لم تحدد نوع المصلحة المقصودة؛ لكن فقهاء القانون ذكروا عدة أمثلة عنها، كحاجة القاصرة للنفقة والرعاية بسبب يئسها أو فقرها، أو تحصين القاصر من الانحراف الخلقي بسبب رغباته الجنسية الجامحة⁽²⁾، وغير ذلك من المصالح التي يعود تقديرها للقاضي.

أ.د- توفر قدرة القاصر على الزواج. وفي هذا تقول المادة 2/7 أسرة جزائري: «وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.» وهذا الشرط لم يصرح به القانون المغربي والأردني؛ لكن الشرط السابق يدل عليه؛ لأن العاجز عن الزواج لا مصلحة في تزويجه. وأما عن نوع القدرة، فالظاهر أنها تشمل القدرة المالية والبدنية، فالأولى تتعلق بالمهر والنفقة⁽³⁾. وبهذا صرحت المادة 7/4 من تعليمات قاضي القضاة الأردني بشأن تزويج القصر، حيث اشترطت لمنح الإذن: «إثبات مقدرة الخاطب على الإنفاق ودفع المهر، وتهيئة بيت الزوجية.» أما القدرة البدنية فمثالها قدرة القاصرة على تحمل أعباء الحياة الزوجية، كالوطف والاستمتاع⁽⁴⁾، وخدمة الزوج، والحمل والإنجاب. ويتحقق ذلك عادة بالبلوغ الطبيعي، حيث يكون الجسم مستعدا بيولوجيا للقيام بهذه المهام دون أية مشاكل أو أضرار.

(1) ينظر في هذا المعنى المواد الآتية من قوانين الأحوال الشخصية: 1/8 عراقي؛ 9 لبي؛ 4-3/30 إماراتي.

(2) ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، ص.72؛ قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، م.س، ص.26؛ الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 120/1.

(3) ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، م.س، ص.71؛ الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية، م.س، ص.58.

(4) جاء في المادة 15 من قانون الأحوال الشخصية اليمني: «عقد ولي الصغيرة بما صحيح، ولا يُمكن المعقود له من الدخول بها، ولا تزف إليه إلا بعد أن تكون صالحة للوطف، ولو تجاوز عمرها خمس عشرة سنة.»

أ.هـ- الكفاءة ومهر المثل، فلا يُسمح بزواج القاصرة إلا إذا كان خاطبها كفتناً لها، والمهر المفروض لها لا يقل عن مهر المثل؛ فلا مصلحة للقاصرة في الزواج بغير ذلك. وهذا ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية الأردني (م18، 20)، ولم يرد ذلك في القانون الجزائري والمغربي.

أ.و- انفرد القانون الأردني بذكر ضوابط وشروط أخرى، جاءت في تعليمات قاضي القضاة الأردني، والمتمثلة في كون خاطب القاصرة غير متزوج (م5/4)، وألا يتجاوز فارق السن بينهما 15 عاماً (م4/4)، وألا يكون الزواج سبباً في الانقطاع عن التعليم المدرسي (م6/4)، وأن يُثبت القاصر والقاصرة خضوعهما لدورة تكوينية خاصة بالمقبلين على الزواج (م8).

أ.ز- الحصول على إذن قضائي يُرخص فيه القاضي المختص بإجراء هذا العقد⁽¹⁾. والقاضي لا يمنح هذا الإذن إلا إذا تحقق وتأكد من توافر جميع الضوابط والشروط السابقة.

ويتمتع القاضي في هذا الإذن بسلطة تقديرية واسعة، خاصة في القانون الجزائري الذي لم يفصل تلك الضوابط، ولم يُلزم القاضي بمشاورة أية جهة. أما القانون المغربي (م1/20 أسرة)⁽²⁾ فألزمه بالاستماع لأبوي القاصر، والاستعانة بخبرة طبية، أو إجراء بحث اجتماعي، وأن يكون مقرر الإذن معللاً. أما القانون الأردني ففضلاً عن تفصيله لتلك الضوابط، فقد ألزم القاضي بعدم النزول في منح الإذن عن سن 15 سنة (م10/ب أحوال شخصية)⁽³⁾. كما ألزمه باستشارة هيئة مختصة في هذا الأمر، وهي مكتب الإصلاح والوساطة والتوفيق الأسري، المنشأ ضمن اختصاص كل محكمة، والمنصوص عليه في المادة 9 من تعليمات قاضي القضاة المتعلقة بتزويج القاصر.

ب- ضوابط تزويج المعاقين عقلياً

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على حكم تزويج المعاقين عقلياً أصلاً، وعليه يرجع لأحكام الفقه الإسلامي السابق بيانها. أما القانون المغربي والأردني فاشتراطاً لجواز تزويج المعاقين عقلياً توافر جملة من الضوابط، وهي كالآتي:

(1) أغلب قوانين الأحوال الشخصية العربية نصت على ضرورة الحصول على إذن قضائي بتزويج القاصر، ولم يخالف في ذلك إلا القانون اليمني (م15)؛ والموريتاني (م2/6). أما القانون السوداني (م40) فاشتراطه في تزويج القاصرة دون القاصر.

(2) جاء في المادة 1/20 من مدونة الأسرة المغربية: «لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون السن المنصوص عليه في المادة 19، بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي، والاستعانة بخبرة طبية، أو إجراء بحث اجتماعي.»

(3) أغلب قوانين الأحوال الشخصية العربية لم تحدد سناً أدنى لتزويج القاصر، ومنها القانون الجزائري والمغربي، لكن بعض القوانين حددت هذه السن، وهي 15 سنة للجنسين في القانون العراقي (م1/8)؛ وهي 10 سنوات [سن التمييز] في القانون السوداني (م40)؛ وهي 15 سنة للفتى، و13 سنة للفتاة في القانون السوري (م1/18).

ب.أ- موافقة الولي ومباشرته للعقد نيابة عن المعاق عقليا؛ سواء كان مجنوناً أو معتوهاً، أو مريضاً بمرض عقلي، ذكرًا كان أو أنثى؛ لأنه عديم الأهلية، ولا تصح مباشرته للعقد بنفسه، وإلا كان العقد باطلاً⁽¹⁾.

ب.ب- وجود مصلحة في زواج المعاق عقليا. وهذا ما صرحت به المادة 12 أحوال شخصية أردني، بقولها: «للقاضي أن يأذن بزواج من به جنون أو عته أو إعاقة عقلية، إذا ثبت بتقرير طبي رسمي أن في زواجه مصلحة له...» ومن أمثلة المصلحة كون الزواج سببا للشفاء، فالزواج يفيد في علاج عدد من الأمراض النفسية والعصبية المسببة للجنون أو العته؛ لكن المصلحة لا تنحصر في ذلك؛ فقد تتمثل في حاجة المعاق لزوج يراعه ويقوم على شؤونه؛ لانعدام من يقوم بذلك من أقاربه، وقد تتمثل في حاجته للاستمتاع بظهور ميوله للجنس الآخر⁽²⁾.

ب.ج- انتفاء المفسدة في زواج المعاق، فقد يكون هذا الأخير عنيفا عصبيا، مما يشكل خطرا على الزوج الآخر، وقد يكون مرضه مما ينتقل إلى ذريته، ففي هذه الحالات يمنع تزويجه حفظا للنفس والنسل، ودرءاً للمفسدة والضرر⁽³⁾. وهذا ما صرحت به المادة 12 أردني بقولها: «... وأن ما به غير قابل للانتقال إلى نسله، وأنه لا يشكل خطورة على الطرف الآخر.»

ب.د- إثبات وجود المصلحة وانتفاء المفسدة بتقرير صادر من أهل الاختصاص، يتضمن بيان حالة المعاق بالتفصيل من حيث نوع مرضه، وطبيعة تصرفاته، ومدى تأثير الزواج في شفائه، ومدى إمكانية انتقال مرضه إلى ذريته. وقد نصت المادة 32 أسرة مغربية على تقرير يعده طبيب خبير أو أكثر، ونصت المادة 12 أحوال شخصية أردني على تقرير طبي رسمي⁽⁴⁾.

(1) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 123/1؛ شرح مدونة الأسرة، م.س، ص.119؛ الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، ص.76.

(2) ينظر: شرح مدونة الأسرة، م.س، ص.119-120. وأنه هنا إلى أن أغلب القوانين العربية نصت على المصلحة في زواج المجنون على سبيل الإطلاق دون حصر أو تمثيل: (م/11 ج/بحني؛ م/19 ب/بحريني، م/28 إماراتي؛ م/7 عراقي؛ م/40 سوداني؛ م/10 أ/لبي)، في حين حصرتها بعض القوانين في الشفاء (م/24 ب/كويتي، م/15 سوري).

(3) ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، ص.77؛ شرح مدونة الأسرة، م.س، ص.121.

(4) أسندت بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية مهمة إعداد هذا التقرير إلى الأطباء، (م/7 عراقي؛ م/15 سوري؛ م/24 ب/كويتي؛ م/19 ج/بحريني). بينما أسندته قوانين أخرى إلى المختصين، (م/28 إماراتي؛ م/10 أ/لبي؛ م/11 ج/بحني؛ م/15 ق/قطري). وهذا يقتضي تشكيل لجنة تضم خبراء في مختلف التخصصات المتصلة بالموضوع، كالطب والنفس والشريعة والقانون والاجتماع؛ لأن الخبرة الطبية وحدها غير كافية لتقدير المصلحة. ينظر: المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم: 28-2005، منشورة بمجلة الشريعة والقانون: الصادرة عن كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، عدد 26، أبريل 2006م، ص.67؛ تقييد الزواج المبكر في قوانين الأسرة العربية، دراسة نقدية تأصيلية: حسين الموس، بحث مقدم إلى المؤتمر الخامس للشريعة والقانون بجامعة طرابلس، لبنان، 2015م، منشور على موقع جامعة طرابلس، ص.19-20.

ب.هـ- قبول الطرف الآخر صراحة الزواج بالمعاق بعد العلم التام بحالته، منعا لأي غش أو تدليس⁽¹⁾، وهذا يستلزم كونه عاقلا راشدا؛ إذ لا يُتصور الرضا من مجنون أو صغير. كما أنه لا يُعقل تزويج مجنون بمجنون أو صغير، وإلا ضاعت الأسرة وحصلت المفسدة؛ فاجتماع مجنونين سيزيد الخطر، ويعمق الضرر⁽²⁾. وهذا الشرط جاء في المادة 23 مغربي، والمادة 12 أردني⁽³⁾.

ب.و- إذن القاضي أو المحكمة المختصة بإجراء الزواج، فلا ينفرد الولي برأيه في التزويج؛ بل لا بدّ أن يستأذن القاضي، فإن أذن له وإلا امتنع التزويج. وسلطة القاضي بمنح الإذن مقيدة بمراعاة الضوابط السابقة والتحقق من توافرها، وفقا للمادتين: 23 مغربي، 12 أردني.

وبعد عرض ضوابط ممارسة ولاية الإجماع، وتزويج القصر والمعاقين عقليا في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يظهر جليا ما يأتي:

- هناك توافق عام بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على ضرورة تقييد تزويج القصر والمعاقين عقليا بشروط وضوابط تتمحور في الجملة حول مراعاة المصلحة؛ سواء كانت تلبية حاجة، أو تحصيل منفعة، أو دفع مفسدة. وإن وقع الاختلاف في تفاصيل تلك الضوابط.

- القانون الوضعي كان أكثر تشددا في ضوابط التزويج، وخاصة القانون الأردني الذي وضع ضوابط كثيرة لم ترد في الفقه الإسلامي ولا في القانونين الجزائري والمغربي، كاشتراط عدم التعدد فيمن يتزوج القاصرة، وأن لا يكبرها بأكثر من 15 سنة، وأن يخضع الطرفان لدورة تكوينية في موضوع الزواج.

- اشترط جمهور الفقهاء (الشافعية والحنابلة وصاحبها أبي حنيفة) الكفاءة ومهر المثل في تزويج الصغار، وهذا ما أخذ به القانون الأردني، أما القانون الجزائري والمغربي فلم يذكر ذلك.

- الفقه الإسلامي لم يشترط القدرة البدنية على الزواج؛ لأنه أجاز إبرام العقد دون الدخول، فهذا الأخير هو المشروط بالقدرة البدنية. أما القانون الوضعي فاشترط القدرة مطلقا.

- الفقه الإسلامي لم يحدد سنا دنيا لا يجوز النزول عنها في تزويج الصغار؛ بل أطلق جواز التزويج، على أن يقتصر ذلك على مجرد العقد دون الدخول. أما القانون الوضعي فقد حدد سنا أدنى لزواج القصر، وجاء ذلك صريحا في القانون الأردني، وهو 15 سنة، أما القانون الجزائري والمغربي فلم يصرحا بذلك؛ إلا أن اشتراطهما لموافقة القاصر يقتضي كون هذا الأخير مميزا على

(1) ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، ص.77.

(2) ينظر: شرح مدونة الأسرة، م.س، ص.120-121؛ الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 1/123.

(3) جاء في المادة 3/23 مغربي: «يجب أن يكون الطرف الآخر راشدا، ويرضى صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع المصاب بإعاقه.»

وجاء في المادة 12 أردني: «... وبعد اطلاعه على حالته تفصيلا، والتحقق من رضاه.»

الأقل، كما أن اشتراطهما للقدرة البدنية يقتضي كونه بالغا بلوغا طبيعيا على الأقل. وعلى القول بأن القانون الوضعي يشترط البلوغ الطبيعي لجواز تزويج القصر، فهذا يعني أنه يأخذ إلى حد ما⁽¹⁾ بقول ابن شبرمة ومن معه في منع تزويج الصغار حتى يبلغوا.

- الفقه الإسلامي لم يشترط استئذان القاضي في تزويج الصغار والمعاقين، وبالتالي فللولي أن ينفرد بتقدير المصلحة في تزويجهم، وأن يستبد باتخاذ القرار في هذا الأمر؛ لكن جمهور الفقهاء خلافا للحنفية قد قصرُوا التزويج على الأب، وشفقة هذا الأخير على أبنائه هي فوق شفقة القاضي، وحرصه على مصلحتهم غالبا ما يكون أكثر من حرص القاضي. أما القانون الوضعي فقد اشترط إذن القاضي، حتى لا يستبد الولي وينفرد باتخاذ القرار. وهذا الشرط في نظري هو أهم الضوابط التي ينبغي الأخذ بها والإصرار عليها في الفقه والقانون؛ لأنه هو الضمانة لاحترام الأولياء لسائر الضوابط الأخرى، خاصة في زماننا الذي ضعف فيه وازع الإيمان حتى عند الآباء.

- اشترط القانون الوضعي (المغربي والأردني) إثبات توافر المصلحة في زواج المعاقين عقليا بواسطة تقرير الأطباء، ولم يرد هذا الشرط في الفقه الإسلامي. وهو شرط جدير بأن يؤخذ به، خاصة وأن الأمر يتعلق بمسائل فنية لا يعرفها إلا الخبراء، كتقدير مدى إمكانية شفاء المعاق، وعدم انتقال مرضه إلى الذرية، وكونه لا يشكل خطرا على الطرف الآخر.

- القانون الجزائري لم يتكلم عن حكم تزويج المعاقين عقليا، وهذا نقص كبير ينبغي استدراكه، ولا تكفي الإحالة لأحكام الفقه الإسلامي؛ لأن هناك ضوابط مهمة لم يذكرها الفقهاء، خاصة ما تعلق بالإذن القضائي والتقرير الطبي.

(1) أقول: «إلى حد ما»؛ لأن ابن شبرمة نفسه لم يحدد سنا أدنى لتزويج الصغار، وإنما ربطه بالبلوغ الطبيعي، فإذا بلغ الصغير طبيعيا خرج عن حدِّ الصغر، وجاز له الزواج دون قيد أو شرط من الشروط المحددة في القوانين الوضعية؛ بل إن منع تزويج البالغ طبيعيا بحجة أنه لم يبلغ السن الأدنى مخالف لرأي ابن شبرمة نفسه؛ ولذلك يمكنني القول بأن القوانين الوضعية في منعها لتزويج الصغار إلا ببلوغ حدِّ أدنى من السن لم تتأثر برأي ابن شبرمة ولا بغيره من الفقهاء؛ وإنما تأثرت بالمواثيق والاتفاقيات الدولية، وتوصيات المؤتمرات الدولية. ومنها اتفاقية "الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج" (1962). فقد جاء في مادتها الثانية: «تقوم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية باتخاذ التدابير التشريعية لتعيين حد أدنى لسن الزواج، ولا ينعقد قانونا زواج من هم دون هذه السن، ما لم تقرر السلطة المختصة الإعفاء من شرط السن، لأسباب جدية، لمصلحة الطرفين المزمع زواجهما.» وجاء في التوصية رقم 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة: «الحد الأدنى للزواج ينبغي أن يكون 18 سنة للرجل والمرأة.»

- يراجع في الموضوع: الدعوة لتحديد سن الزواج، م.س، ص. 14 وما بعدها؛ العدوان على المرأة في المؤتمرات الدولية: فؤاد العبد الكريم، نشر مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط1، 2005م، ص. 175 وما بعدها؛ دور الاتفاقيات الدولية في الوقوف في وجه الزواج المبكر: نهي القاطرجي، بحث مقدم إلى المؤتمر الخامس للشريعة والقانون، جامعة طرابلس، لبنان، 2015م، منشور على موقع جامعة طرابلس؛ خدعة زواج القاصرات بين السياسة والعلم والإعلام والغرب: حسام حربي، مقال منشور على شبكة الألوكة (www.alukah.net)، تاريخ الزيارة: 2016/4/3.

ثانيا- حكم مخالفة ضوابط ممارسة ولاية الإجمار

1- حكم مخالفة ضوابط ممارسة ولاية الإجمار في الفقه الإسلامي

إذا أخل الولي بضوابط ممارسة ولاية الإجمار، ولم يراع في تزويج المؤي عليهم تلك الشروط المتعلقة بتحقيق المصلحة ودرء المفسدة، فإن هذا الإخلال يؤدي إلى النتائج الآتية:

أ- بطلان الزواج

وبهذا قال الحنفية إذا تم التزويج بغير كفاءة، وكان الولي المزوج غير الأب والجد. وذهب المالكية والحنابلة في أحد القولين عندهما إلى أنّ من زوج ابنته من فاسق لا يكافئها، لم يصح النكاح، ووجب على القاضي أن يفرّق بينهما⁽¹⁾. وقال الشافعية ببطلان الزواج بغير كفاءة، وهي رواية عن أحمد بن حنبل. ويبطل الزواج عند الشافعية أيضا إذا كان الزوج معسرا بالمهر، أو كان معيبا بعيب يثبت الخيار، أو كان بين الولي والمولى عليه عداوة ظاهرة⁽²⁾.

ب- جواز الاعتراض على الزواج أمام القضاء

يجوز لمن له مصلحة، كالأم وغيرها الاعتراض على تصرف الولي، والظعن في هذا التزويج المخالف للضوابط الشرعية، وذلك برفع الأمر إلى القاضي لينظر فيه. وقد «سألت امرأة مطلقاً الإمام مالكاً، فقالت: إنّ لي ابنةً في حجرِي، مؤسرةً ومزوّجاً فيها، وقد أُصدقتُ صدقاً كثيراً، فأراد أبوها أن يزوّجها من ابن أخٍ له، فقيرٍ معدّمٍ لا شيء له، أفترى لي في ذلك مُتكلِّماً؟ قال: نعم، إنّي لأرى لك مُتكلِّماً.»⁽³⁾ وللقاضي أن يحكم بالبطلان، ولو بغير طلب من أحد. يقول الشوكاني: «الحق أنه لا يثبت الفسخ للصغيرة عند بلوغها وعلمها، من غير فرق بين كون العاقد أبا أو غيره، إذا كان قد وقع تحري المصلحة على الوجه المطابق... وأما مع عدم المصلحة المعتبرة، فليس للنكاح انعقاد أصلاً، فيجوز للحاكم؛ بل يجب عليه التفريق بين الصغيرة ومن تزوجها.»⁽⁴⁾

ج- ثبوت خيار الفسخ

إذا لم يُبطل هذا الزواج، كان للمزوّج أو المزوّجة خيار الفسخ عند البلوغ أو الإفاقة⁽⁵⁾.

(1) ينظر: البحر الرائق، م.س، 3/145؛ التبصرة للحمي، م.س، 4/1819؛ مواهب الجليل، م.س، 3/461؛ المغني، م.س، 9/387.

(2) ينظر: الأم، م.س، 5/20؛ مغني المحتاج، م.س، 4/246؛ أسنى المطالب، م.س، 3/126-127؛ المغني، م.س، 9/400-401؛ شرح الزركشي على الخرق، م.س، 5/59، 84-85.

(3) المدونة، م.س، 2/100 (بتصرف يسير). وينظر: التاج والإكليل، م.س، 5/108؛ الشرح الكبير، م.س، 2/249-250.

(4) وبل الغمام على شفاء الأوام، م.س، 2/33. وينظر: التبصرة للحمي، م.س، 4/1819؛ مواهب الجليل، م.س، 3/461.

(5) ينظر: البحر الرائق، م.س، 3/145؛ حاشية ابن عابدين، م.س، 4/174؛ التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، م.س،

3/515؛ المغني، م.س، 9/401؛ شرح الزركشي على مختصر الخرق، م.س، 5/84.

د- بطلان الزيادة على مهر المثل

إذا تم تزويج بغير مهر المثل، صح الزواج بمهر المثل⁽¹⁾، ويطل ما زاد عنه بالنسبة للذكر، ويجب تكملة ما نقص عنه بالنسبة للأنثى.

ه- سقوط ولاية الإجماع عن الولي

إذا كان تزويج الولي للمولى عليه يتضمن ضرراً ظاهراً، تسقط ولايته؛ لأن ذلك يدل على سوء قصده واختياره. يقول ابن أبي زيد القيرواني⁽²⁾: «... إلا أن يزوجه مجنوناً يخاف عليها منه، أو أبرص متسلخاً، أو مجذوماً مقطوعاً، ومن منع من الكلام، وتغيرت رائحته. فلا يلزمها في أحد هؤلاء الثلاثة، وتخرج من ولايته، ويكون بهذا مسخوط الحال.»⁽³⁾

2- حكم مخالفة ضوابط تزويج القاصر والمعاقين عقلياً في القانون الوضعي

إذا صدر الإذن القضائي المرخص بتزويج القاصر أو المعاق عقلياً، فيُفترض أن الضوابط السابقة كلها متحققة؛ لأن القاضي لا يمنح الإذن إلا حين يتحقق من توافرها. ولذلك يُحكم بصحة الزواج مع وجود الإذن، لكن إن تم بدونه فهنا يثور التساؤل حول حكم هذا الزواج، والآثار المترتبة عن الإخلال بتلك الضوابط.

وللجواب عن هذا التساؤل أقول بأن القوانين محل الدراسة قد اشترطت لتوثيق زواج القاصر والمعاقين عقلياً تقديم ذلك الإذن في ملف الزواج، وبدون هذه الوثيقة لا يتم توثيق العقد وتسجيله في سجلات المحكمة أو الحالة المدنية⁽⁴⁾. لكن عدم توثيق العقد إدارياً لا يمنع الراغبين في الزواج من إجراء العقد عرفياً. فإذا تمّ هذا الأخير فإن حكمه يختلف من قانون لآخر.

أ- فقانون الأسرة الجزائري لم ينص على حكم تزويج القاصر دون استصدار ترخيص قضائي. لكن يمكنني القول بناء على القواعد العامة لهذا القانون بأن هذا الزواج يكون صحيحاً إذا توفرت فيه كل الشروط، ولم يفتقد سوى الترخيص؛ لأن الترخيص مجرد إجراء إداري، وليس شرطاً لصحة الزواج. لكن إذا تم إبرام العقد من قبل القاصر مع حضور الولي، فهنا يكون العقد فاسداً؛ لاختلال

(1) ينظر: مغني المحتاج، م.س، 4/378؛ إعانة الطالبين، م.س، 3/354-355.

(2) هو: عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي القيرواني المالكي، أبو محمد: فقيه، مفسر، مشارك في بعض العلوم، حاز رئاسة المذهب المالكي، وكان يُلقب بملك الصغير. ولد بالقيروان سنة: 310هـ، وتوفي سنة: 386هـ. من مصنفاته: "النوادر والزيادات"، كتاب "الرسالة" في الفقه المالكي. ينظر: سير أعلام النبلاء، م.س، 17/10-13.

(3) النوادر والزيادات، م.س، 4/395؛ وينظر: منح الجليل، م.س، 3/273؛ حاشية ابن عابدين، م.س، 4/153؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 2/649.

(4) ينظر: المادة 5/73 من قانون الحالة المدنية الجزائرية؛ والمادة 65 أسرة مغربية؛ والمادة 15/ج من تعليمات تنظيم أعمال المأذونين الشرعيين (بالأردن)، رقم 1 لسنة 1990م.

شرط من شروط الصحة، وهو الأهلية (م9 مكرر، فقرة 1)، وحكمه أن يفسخ قبل الدخول ويصح بعده؛ لأنه فقد شرطا واحدا (م2/33). وفي تصحيحه بعد الدخول مراعاة لمصلحة الزوجين والأبناء، خاصة وأن الفقه الإسلامي يصح تزويج الصغار دون اشتراط إذن القاضي، وحتى في الحالات التي اشترطوا فيها مشاوره القاضي لم يبطلوا العقد بعد الدخول⁽¹⁾.

ف عند المالكية في مسألة تزويج اليتيمة، أنها تزوج إذا خيف فسادها، وبلغت عشراً، ويُشاورُ القاضي في ذلك، وأنه إذا رُوِّجت دون مشاورته يفسخ العقد قبل الدخول ويصح بعده⁽²⁾. أما إن تزوج القاصر بدون ولي، فالعقد فاسد يُفسخ قبل الدخول ويثبت بعده؛ لاختلال شرط الولي (م2/33). وأما إذا رُوِّج القاصر دون موافقته، فالعقد باطل؛ لاختلال ركن الرضا (م1/33).

ب- أما مدونة الأسرة المغربية فهي أيضا لم تبين حكم تزويج القصر والمعاقين عقليا دون ترخيص. ومن خلال القواعد العامة في هذه المدونة يمكن القول بأن هذا الزواج يكون صحيحا إذا كان يفتقد فقط إلى مجرد الإذن؛ لأن هذا الأخير يُعد شرطا إجرائيا إداريا، وليس شرطا لصحة الزواج. لكن إذا تم تزويج القاصر دون موافقته فهذا يكون العقد قابلا للفسخ؛ بسبب الإكراه (م63). أما إن تزوج القاصر بدون ولي فإن زواجه يكون فاسدا؛ لاختلال شرط من شروط الصحة (الولي)، فيُفسخ قبل الدخول وبعده؛ لأن فساده لعقده وليس لصدقه (م61).

ج- وأما قانون الأحوال الشخصية الأردني فنص في المادة 31/ز على فساد عقد تزويج الصغير أو المعاق إذا تم دون إذن القاضي. ولكن جاء في المادة 35/ج قولها: «لا تسمع دعوى فساد الزواج بسبب صغر السن إذا ولدت الزوجة، أو كانت حاملا، أو كان الطرفان حين إقامة الدعوى حائزين على شروط الأهلية.» ففي هذه الحالات الثلاث يُصحح الزواج.

وبعد بيان حكم تخلف ضوابط تزويج القصر والمعاقين عقليا في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، يتبين لي ما يأتي:

- إنَّ الفقه الإسلامي كان أكثر وضوحا وتفصيلا في بيان حكم مخالفة الضوابط الشرعية لولاية الإيجابار، كالحكم ببطلان العقد، أو جواز المطالبة بفسخه، أو إثبات الخيار فيه، وغير ذلك من الآثار. أما القوانين محل الدراسة فلم تتضمن أحكاما واضحة في هذا الشأن، وما قيل في ذلك يبقى مجرد اجتهادات مبنية على القواعد العامة. ويستثنى من ذلك القانون الأردني، فإنه صرح بفساد زواج

(1) ينظر: الوجيز شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 118/1-120؛ ضوابط تزويج الصغار في قانون الأسرة الجزائري، م.س، ص.362-363؛ سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري: تشوار جيلالي، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم

القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 4، لسنة 1999م، ج 37، ص.75-90.

(2) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي، م.س، 179/3-180.

القاصر دون إذن القاضي، لكنه منع فسخ العقد إذا حملت الزوجة أو بلغ الزوجان سن الأهلية. وهذا الحكم مبني على الترجيح بين المصالح والمفاسد، وهو موقف سديد في نظري، يستحسن أن تأخذ به بقية القوانين.

- القوانين محل الدراسة اتفقت على منع توثيق عقد زواج القصر والمعاقين عقليا إذا لم يتم تقديم الترخيص القضائي. أما الفقه الإسلامي فلم يتعرض لهذه المسألة؛ لأنه لا يشترط الحصول على هذا الترخيص أصلا. والحقيقة أن منع توثيق الزواج دون الحكم بفسخه يزيد المشكلة تعقيدا؛ إذ قد يؤدي عدم التوثيق إلى ضياع حقوق الزوجة والأولاد.

- الفقه الإسلامي تكلم عن حكم تزويج القصر بغير مهر المثل، وتكلم عن سقوط ولاية الولي المخالف لضوابط التزويج. أما القوانين محل الدراسة فلم تتعرض لهذه المسائل.

المطلب الثاني

الإكراه غير المشروع على الزواج وصوره

الإكراه غير المشروع على الزواج هو كل إكراه يمارس خارج حدود ولاية الإكراه وضوابطها، فكل ما لا يدخل في ولاية الإكراه المشروعة هو إكراه غير مشروع. مع التنبيه إلى أن عدم مشروعية الإكراه على الزواج هي الأصل، وولاية الإكراه هي الاستثناء.

والإكراه غير المشروع له عدة صور، وذلك بالنظر إلى من وقع عليه، فقد يقع على المرأة المعتبر رضاها، وقد يقع على الولي، وقد يقع على الرجل.

وسأفصل الكلام عن كل صورة على حده في فرع مستقل.

الفرع الأول

إكراه المرأة المعتبر رضاها على الزواج

أكثر الصور المنتشرة في الواقع المعاش للإكراه غير المشروع، هي إكراه المرأة على الزواج دون رضاها؛ وذلك لكونها أضعف أطراف عقد الزواج، فهي أضعف من الولي، وأضعف من الزوج، فيسهل تخويفها والضغط عليها. كما أنها لا تباشر عقد الزواج بنفسها عادة، فيسهل على وليها عقد زواجها دون رضاها، ودون حضورها.

أولا- صور إكراه المرأة المعتبر رضاها على الزواج

إكراه المرأة المعتبر رضاها على الزواج له صورتان هما:

1- الصورة الأولى: أن تُزَوَّجَ المرأة المعتبر رضاها من قبل وليها غير المَجْبِرِ مع كراهيتها. فلا

يعتبر تزويجها إكراها غير مشروع، إلا إذا توفر أمران:

أ- كون المرأة ممن يعتبر رضاها في الزواج، وهي التي لا يجوز للولي إجبارها؛ إما لكون الولي ليس مجبراً، كسائر الأولياء غير الأب. أو لكون المرأة ليس عليها ولاية إجبار من أي أحد، حتى من الأب، كالثيب البالغة العاقلة باتفاق الفقهاء، وكذا البكر البالغة العاقلة على الراجح.

ب- صدور ما يدل على كراهية هذه المرأة للزواج، وعدم رضاها به، وذلك قبل إبرام العقد⁽¹⁾، أي عند استئذائها من قبل وليها، كأن تقول: لا أتزوج، أو لا أرضى، أو ما في معناه، أو بأن تضحك ضحك استهزاء، أو تبكي بكاء امتناع. وكذلك إن سكتت وهي ثيب، فسكوها رفض وليس رضاً، بخلاف البكر.

2- الصورة الثانية

تزويع المرأة البالغة العاقلة نفسها، وهي مكرهة، بأن يصدر منها الإيجاب أو القبول تحت ضغط التهديد والوعيد، كتهديدها بالقتل أو الضرب، أو الاختطاف أو الاغتصاب.... سواء من قبل الولي أو الخاطب، أو من أي شخص آخر أجني عن العقد⁽²⁾.

والفرق بين الصورتين واضح؛ ففي الصورة الأولى يكون الإكراه واقعا على المرأة، حال كونها لا تباشر العقد بنفسها. أما في الصورة الثانية، فيكون واقعا عليها حال كونها تباشر العقد بنفسها، وهذا يعني أن الإيجاب والقبول في الصورة الأولى لا يعتبرهما أي إكراه، بينما يعتري الإكراه أحدهما في الصورة الثانية.

ولا خلاف في كون الصورة الثانية تُعدُّ إكراها على عقد الزواج، بالمعنى الدقيق لمصطلح الإكراه. بينما الصورة الأولى لا تُعدُّ كذلك عند الحنفية⁽³⁾؛ بل هي من قبيل تزويج الغير دون إذنه ورضاه،

(1) يفرق المالكية خلافاً لبقية الفقهاء بين هذه المسألة، وهي المكرهة على الزواج، وبين مسألة المُفْتَتَات عليها، وهي التي يزوجها وليها غير المخبر بغير إذنها ولا علمها، ثم يُنْهَى إليها الخبر. ففي المسألة الأولى لا يصح النكاح، ويفسخ أبداً، ولو أجازته. وفي المسألة الثانية يصح النكاح إذا أجازته المرأة بقرب زمان. ينظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير، م.س، 366/2-368.

(2) هذه الصورة الثانية لا يُتصور وقوعها إلا على مذهب الحنفية، الذين يميزون للمرأة البالغة مباشرة عقد زواجها بنفسها، ولا يشترطون مباشرة الولي لهذا الزواج، وإن كان ذلك مستحباً عندهم. أما جمهور الفقهاء فلا يتصور على مذهبهم إكراه المرأة على مباشرة عقد زواجها؛ لأن النكاح عندهم لا ينعقد بعبارة النساء؛ ولذلك لا يصح العقد الذي تباشره المرأة بنفسها، ولو كانت راضية، فكيف إذا كانت مكرهة، فلا فائدة من إكراهها إذن. يراجع في موضوع مباشرة المرأة للزواج كتاب: موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة: ناصر أحمد النشوي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (د.ط)، 2005م.

(3) يقول محمد أنور شاه الكشميري الحنفي في كتابه فيض الباري على صحيح البخاري، تحقيق: محمد بدر عالم الميرتقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2005م، 412/6: «والإكراه على التَّكَّاحِ بَأَنَّ يُهْدَدَةَ بِالنَّفْسِ، أو إتلاف العَضْوِ، على أَنْ يَتَكَلَّمَ بِالْإِيجَابِ أو الْقَبُولِ؛ وحينئذٍ حديثٌ حُنْسَاءٌ في غيرِ محلِّه، فَإِنَّ أَبَاهَا كَانَ رَزَّوَجَهَا بِعَبَارَتِهِ، ولم يَكُنْ أَكْرَهَهَا على الإِيجَابِ والقَبُولِ، وليست ولايةُ الإِجْبَارِ مِنْ بَابِ الإِكْرَاهِ في شيءٍ، فَإِنَّ مَعْنَاهَا نَفَاذُ الْقَوْلِ عَلَيْهَا بِدُونِ رِضَاهَا، وليس معناها أَنْ يَضْرِبَهَا الأبُّ أو الوليُّ، فَيُجْبِرُهَا أَنْ تُنْكِحَ نَفْسَهَا.»

فهي أقرب إلى تزويج الفضولي منها إلى زواج الإكراه؛ ولذلك فرّقوا بين الصورتين، كما سيأتي في حكم النكاح المشوب بالإكراه.

أما الجمهور فلم يخوضوا في التفريق بين الصورتين من الناحية الاصطلاحية؛ خاصة وأنه لا يُتصور على مذهبهم وقوع إكراه المرأة على النكاح إلا وفقا للصورة الأولى؛ لأنه لا يجوز عندهم أن تباشر المرأة عقد الزواج بنفسها، ومع ذلك فقد أطلقوا في كتبهم عبارة "نكاح المكرهه"⁽¹⁾. فهم يعنون بذلك الصورة الأولى حتما، وقد أمضوا عليها حكم الإكراه، المتمثل في بطلان العقد، واستدلوا على بطلانه بحديث حَنْسَاءِ بِنْتِ خِدَامِ الْأَنْصَارِيَّةِ: (أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَهِيَ ثَيِّبٌ، فَكَرِهَتْ ذَلِكَ، فَأَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ فَرَدَّ نِكَاحَهَا)⁽²⁾. وهذا الحديث هو مثال مطابق للصورة الأولى؛ بل إن النبي ﷺ قد سمى تزويج المرأة من قبل وليها دون رضاها إكراها. وذلك في قوله ﷺ: (تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا، فَإِنْ سَكَتَتْ فَقَدْ أَذِنَتْ، وَإِنْ أَبَتْ لَمْ تُكْرَهْ)⁽³⁾. فهذا كله يجعلني أقول بأن الجمهور يعتبرون الصورة الأولى داخلة في معنى الإكراه اصطلاحا.

وبغض النظر عن كون الصورة الأولى، تدخل في المعنى الاصطلاحي للإكراه أم لا، فإن حكمها حكم الإكراه؛ ولذلك قال بدر الدين العيني⁽⁴⁾: «نِكَاحُ الْبَكْرِ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِرِضَاهَا وَبِغَيْرِ رِضَاهَا يَكُونُ حُكْمُهَا حُكْمَ الْمُكْرَهَةِ»⁽⁵⁾.

بل إن الإكراه في هذه الصورة أبلغ من الصورة الثانية، ففي هذه الأخيرة يمكن للمكرهه أن تمتنع عن النطق بالصيغة، بأن تتحمل الضرر الذي هُدِدت به، في حين لا تستطيع في الصورة الأولى أن تفعل شيئا، فحتى لو امتنعت ورفضت، فإن الولي سيزوجها رغما عنها.

(1) ينظر: النوادر والزيادات، م.س، 158/10؛ التاج والإكليل، م.س، 315/5؛ منح الجليل، م.س، 56/4.

(2) سبق تخريجه، ص.20. وهو عند البخاري. وقد بَوَّبَ له بقوله: «باب لا يَجُوزُ نِكَاحُ الْمُكْرَهَةِ». فيُفهم من ذلك أن البخاري يرى أن تزويج الولي من تحت ولايته مع كراهيتها ودون إذنها، يُعدُّ إكراها على النكاح. ولذلك فلا تعارض بين ترجمة الباب، والأحاديث المذكورة فيه، كما زعم محمد أنور شاه الكشميري. قال بدر الدين العيني الحنفي في عمدة القاري شرح صحيح البخاري، م.س، 101/24 عن حديث حنساء: «مطابقته للتَرْجِمَةِ ظَاهِرَةٌ». وعن حديث عائشة الذي بعده: (قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، تُسْتَأْمَرُ النِّسَاءُ فِي أُبْضَاعِهِنَّ؟ قَالَ: نَعَمْ.) قال العيني أيضا في المصدر نفسه، 102/24: «مطابقته للتَرْجِمَةِ من حيث يفهم منه أن نِكَاحَ الْبَكْرِ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِرِضَاهَا، وَبِغَيْرِ رِضَاهَا يَكُونُ حُكْمُهَا حُكْمَ الْمُكْرَهَةِ».

(3) سبق تخريجه، ص.20.

(4) هو: محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد، أبو محمد، بدر الدين العيني الحنفي: مؤرخ علامة، من كبار المحدثين. أصله من حلب، ومولده في عينتاب سنة: 762هـ. أقام مدة في حلب ومصر، ودمشق والقدس. وولي في القاهرة الحسبة، وقضاء الحنفية، ونظر السجن. ثم انصرف عن وظائفه، وعكف على التدريس والتصنيف إلى أن توفي بالقاهرة سنة 855هـ. من كتبه: "عمدة القاري شرح البخاري"، "البنية في شرح الهداية" في الفقه الحنفي. ينظر: الأعلام، م.س، 163/7.

(5) عمدة القاري شرح صحيح البخاري، م.س، 101/24.

كما أنه يمكن تحقق الإكراه في الصورة الأولى بالمعنى الاصطلاحي؛ وذلك بأن يهددها الولي حتى توكله أو تأذن له بتزويجها كارهة. فيكون إكراهها هنا لا على الإيجاب والقبول، وإنما على التوكيل (1) أو الإذن (2) للولي بالتزويج. ولما كان الإيجاب والقبول من الولي غير المجبر، متوقفاً في صحته على التوكيل أو الإذن الصحيح من المرأة، فإن صدور التوكيل أو الإذن من المرأة تحت الإكراه، سيؤثر في الإيجاب والقبول الصادر من وليها، فيجعله وكأنه صادر تحت الإكراه.

وسأشرع الآن في بيان حكم إكراه المرأة المعتبر رضاها على الزواج، في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

ثانياً- حكم إكراه المرأة المعتبر رضاها على الزواج في الفقه الإسلامي

ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أن إكراه المرأة المعتبر رضاها على الزواج من قبل وليها غير المجبر أمر غير مشروع، يحرم الإقدام عليه (3).

يقول ابن تيمية: «الْمَرْأَةُ الْبَالِغَةُ لَا يُزَوِّجُهَا غَيْرُ الْأَبِ وَالْجَدِّ بَعِيرٍ إِذْنَهَا بِاتِّفَاقِ الْأَيْمَةِ؛ بَلْ وَكَذَلِكَ لَا يُزَوِّجُهَا الْأَبُ إِلَّا بِإِذْنِهَا فِي أَحَدِ قَوْلِي الْعُلَمَاءِ، بَلْ فِي أَصَحِّهِمَا، وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَأَحْمَدَ فِي أَحَدِ الرَّوَايَتَيْنِ... وَأَمَّا الْعَمُّ وَالْأَخُ فَلَا يُزَوِّجُونَهَا بَعِيرٍ إِذْنَهَا بِاتِّفَاقِ الْعُلَمَاءِ... فَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ أَنْ يُجْبِرَهَا عَلَى نِكَاحٍ مَنْ لَا تَرْضَاهُ، وَلَا يُعْضِلُهَا عَنْ نِكَاحٍ مَنْ تَرْضَاهُ، إِذَا كَانَ كُفْتًا بِاتِّفَاقِ الْأَيْمَةِ، وَإِنَّمَا يُجْبِرُهَا وَيُعْضِلُهَا أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ وَالظُّلْمِ، الَّذِينَ يُزَوِّجُونَ نِسَاءَهُمْ لِمَنْ يَخْتَارُونَهُ لِعَرَضٍ، لَا لِمَصْلَحَةِ الْمَرْأَةِ، وَبُكْرُوهَا عَلَى ذَلِكَ أَوْ يُحْجِلُونَهَا حَتَّى تَفْعَلَ، وَيُعْضِلُونَهَا عَنْ نِكَاحٍ مَنْ يَكُونُ كُفْتًا لَهَا لِعِدَاوَةٍ أَوْ غَرَضٍ. وَهَذَا كُلُّهُ مِنْ عَمَلِ الْجَاهِلِيَّةِ وَالظُّلْمِ وَالْعُدْوَانِ، وَهُوَ مِمَّا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ، وَاتَّفَقَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى تَحْرِيمِهِ.» (4)

(1) سئل الشيخ عليش عن امرأة حُطفت، ثم أُكْرهت حتى وَكَلَتْ أجنبيًّا يتولى تزويجها من الخاطف، فأجاب بقوله: «لَا يَصِحُّ هَذَا النِّكَاحُ، وَيُفْسَخُ أَبَدًا، حَيْثُ نَبَتَ إِكْرَاهُ الْمَرْأَةِ عَلَى تَوْكِيلِ الْأَجْنَبِيِّ.» ينظر: فتح العلي المالک، م.س، 401/1.

(2) سئل ابن تيمية عن رجلٍ زَوَّجَ ابْنَةَ أَخِيهِ مِنْ ابْنِهِ، وَالزَّوْجُ فَاسِقٌ لَا يُصَلِّي، وَخَوْفُهَا حَتَّى أَذِنَتْ فِي النِّكَاحِ، وَقَالُوا: إِنْ لَمْ تَأْذِنِي وَإِلَّا زَوَّجَكَ الشَّرْعُ بَعِيرٍ اِحْتِيَارًا. فأجاب بقوله: «لَيْسَ لِلْعَمِّ أَنْ يُكْرِهَ الْمَرْأَةَ الْبَالِغَةَ عَلَى النِّكَاحِ بِكُفٍّ، فَكَيْفَ إِذَا أُكْرِهَهَا عَلَى التَّزْوِجِ بَعِيرٍ كُفٍّ؟ بَلْ لَا يُزَوِّجُهَا إِلَّا بِمَنْ تَرْضَاهُ، بِاتِّفَاقِ الْمُسْلِمِينَ، وَإِذَا قَالَ لَهَا: إِنْ لَمْ تَأْذِنِي وَإِلَّا زَوَّجَكَ الشَّرْعُ بَعِيرٍ اِحْتِيَارًا، فَأَذِنْتَ بِذَلِكَ لَمْ يَصِحَّ هَذَا الْإِذْنُ، وَلَا النِّكَاحُ الْمُرْتَبِّ عَلَيْهِ.» ينظر: مجموع الفتاوى، م.س، 57-56/32.

(3) ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 260/3؛ بداية المجتهد، م.س، 33/3؛ الشرح الصغير للدردير، م.س، 357-356/2؛ الأم، م.س، 20/5؛ نهاية المحتاج، م.س، 230-229/6؛ المغني، م.س، 407-406/9؛ كشاف القناع، م.س، 2400-2399/7.

(4) الفتاوى الكبرى، م.س، 83-82/3؛ وينظر: ولاية الإكراه في النكاح: عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، (رسالة مطبوعة ضمن: مجموع المسائل الفقهية للمؤلف)، مكتبة فهد الوطنية، الرياض، ط1، 2008، 965/3.

فلا يجوز إجبار المرأة المعتبر رضاها على الزواج مع كراهيتها، بغض النظر عن المكروه لها، وليا كان أم غيره، وبغض النظر كذلك عن غرضه؛ سواء قصد تحقيق مصلحتها، أو قصد التخلص منها، ومن الإنفاق عليها. أو زوجها كرها خوفا من العار الذي قد تُلحقه به من جرّاء فسادها أو تَعَنُّسِها، أو طمعا في منصب أو جاه أو مال يستفيده من الخاطب، وغير ذلك من الأغراض. بل حتى لو كانت مَدِينَةً، فلا يجوز إجبارها على الزواج، لأجل الوفاء بالدين من المهر الذي ستحصل عليه⁽¹⁾.

كما يحرم الإقدام على هذا الإكراه، بغض النظر عن سبب كراهية المرأة للزواج، كأن ترفض فكرة الزواج أصلا؛ لأنها تريد إكمال الدراسة مثلا. أو ترفضه لأن الرجل المتقدم لخطبتها لا يعجبها؛ لسوء خلقه أو دينه. أو أن المهر الذي عُرض عليها أقل مما تطمح إليه. أو أن الخاطب اشترط عليها شروطا لا ترتضيها، كالإقامة في بلد بعيد عن والديها، وغير ذلك من أسباب الكراهية والرفض.

ففي كل الأحوال يحرم على الولي غير المجهر إكراه المرأة المعتبر رضاها على الزواج، ما دامت غير راضية، حتى لو كان رفضها في غير مصلحتها، فهي وحدها من يتحمل مسؤولية التفريط في مصالحها، وليس على الولي إثم في ذلك⁽²⁾.

وكذلك يحرم على أيّ رجل، ولو كان قريبا للمرأة، أن يجبرها على الزواج به دون موافقتها، كما هو حال بعض القبائل العربية، التي يعتقد أهلها، أن الرجل أحق بالزواج من قريبته من غيره. فيقوم بالتَّحْجِيرِ عليها، ويمنعها من الزواج إلا به، ويهددها ويهدد وليها، ويهدد كل من يتقدم لخطبتها، حتى يتزوجها مكرهة، أو يعضلها فتبقى دون زواج⁽³⁾.

وقد تضافرت نصوص الكتاب والسنة في الحث على استئذان المرأة في تزويجها، والنهي عن إكراهها، وقد سبق ذكر كثير منها في ثنايا هذا البحث، ولا بأس من التذكير ببعضها هنا.

(1) يقول البهوتي في كشف القناع، م.س، 5/1671: «ولا تجبر امرأة مدينة على نكاح نفسها لمن يرغب في نكاحها، لتأخذ مهرها وتوفي منه دينها؛ لأنه يترتب عليها بالنكاح من الحقوق ما قد تعجز عنه.» وينظر: شرح منتهى الإرادات، م.س، 2/171.

(2) ينظر: الزواج ومجموعة أسئلة في أحكامه: محمد بن صالح العثيمين، دار الوطن للنشر، (د.ط)، 1432هـ، ص.16.

(3) قرر مجلس هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية، في دورته 33 المنعقدة بالرياض، بتاريخ: 4-15/08/1409هـ، قرار رقم: 153، قرر بالإجماع منع وتحريم التحجير على المرأة، وإجبارها على الزواج بمن لا توافق عليه. ينظر نص القرار في: مجلة العدل: تصدر عن وزارة العدل السعودية، العدد 9، محرم 1422هـ، ركن صدق العدل. وينظر كذلك: فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ: جمع وترتيب وتحقيق: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، مطبعة الحكومة بمكة المكرمة، ط1، 1399هـ، 83/84-84.

1- قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا سِحْلٌ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا﴾ [النساء، 19]. قال ابن عباس في سبب نزولها: (كانوا إذا مات الرجل، كان أولياؤه أحق بامرأته، إن شاء بعضهم تزوجها، وإن شاءوا زوجوها، وإن شاءوا لم يزوجوها، فهم أحق بها من أهلها، فنزلت هذه الآية في ذلك⁽¹⁾). فقد حرم الله على المؤمنين في هذه الآية وراثه النساء، بمعنى الزواج منهن أو تزويجهن بالإكراه، وهذا يدل على حرمة الزواج بالإكراه⁽²⁾.

2- قول النبي ﷺ: (لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ، وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ. قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَكَيْفَ إِذْنُهَا؟ قَالَ: أَنْ تَسْكُتَ)⁽³⁾. وقوله أيضا: (اسْتَأْمَرُوا النِّسَاءَ فِي أَبْضَاعِهِنَّ، قِيلَ: فَإِنَّ الْبِكْرَ تَسْتَحِي وَتَسْكُتُ، قَالَ: هُوَ إِذْنُهَا)⁽⁴⁾. وقوله في حديث آخر: (تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا، فَإِنْ سَكَتَتْ فَقَدْ أَذِنَتْ، وَإِنْ أَبَتْ لَمْ تُكْرَهُ)⁽⁵⁾.

فمجموع هذه الأحاديث يدل على أن الولي مأمور باستئذان واستئمار المرأة قبل تزويجها، فلا يجوز له تزويجها جبرا مع كراهيتها؛ إذ الاستئذان والاستئمار ينافيان الإجبار. فمعناها طلب الإذن والأمر، وليس لذلك فائدة سوى معرفة الرضا من عدمه، ليتم العمل على وفقه، إذ لا يعقل أن يأتي الأمر باستئذنها ثم تجوز مخالفتها وإجبارها⁽⁶⁾؛ بل إن بعض هذه الأحاديث صريح في النهي عن إكراه المرأة، وتزويجها بغير رضاها، والنهي يفيد التحريم⁽⁷⁾.

والخطاب في هذه النصوص للأولياء، فإذا مُنعوا من الإجبار، فغيرهم أولى بالمنع. ثم إن مقاصد الشريعة وأصولها، والمعقول من أحكامها وقواعدها يتعارض مع إكراه المرأة على الزواج. يقول ابن تيمية: «أما تزويجها مع كراهيتها للتكاح؛ فهذا مخالف للأصول والعقول، والله لم يسوغ لوليها أن يكرهها على بيع أو إجارة إلا بإذنها، ولا على طعام أو شراب أو لباس لا تريده، فكيف يكرهها على مباضعة من تكره مباضعته، ومعاشرة من تكره معاشرته، والله قد جعل بين الزوجين مودة ورحمة، فإذا كان لا يحصل إلا مع بغيرها له، ونفورها عنه، فأبي مودة ورحمة في ذلك؟ ... [إلى أن قال:] المَقْصُودُ أَنَّ الشَّارِعَ لَا يُكْرَهُ الْمَرْأَةَ عَلَى التَّكَاكِحِ إِذَا لَمْ تُرْذَهُ؛ بَلْ إِذَا كَرِهَتْ

(1) صحيح البخاري، م.س، كتاب تفسير القرآن، باب لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها، 44/6، حديث رقم: 4579.

(2) ينظر: التحرير والتنوير، م.س، 283/4؛ مبدأ الرضا في العقود، م.س، 453/1.

(3) سبق تخريجه، ص.20.

(4) سبق تخريجه، ص.19.

(5) سبق تخريجه، ص.20.

(6) ينظر: مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، م.س، 2060/5؛ عمدة القاري، م.س، 130/20؛ زاد المعاد، م.س، 88/5-90.

(7) ينظر: التوضيح لشرح الجامع الصحيح، م.س، 421/24-422؛ إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام: ابن دقيق العيد، مطبعة

الرَّوْجِ، وَحَصَلَ بَيْنَهُمَا شِقَاقٌ، فَإِنَّهُ يَجْعَلُ أَمْرَهَا إِلَى غَيْرِ الرَّوْجِ، لِمَنْ يَنْظُرُ فِي الْمَصْلَحَةِ مِنْ أَهْلِهَا؛ مَعَ مَنْ يَنْظُرُ فِي الْمَصْلَحَةِ مِنْ أَهْلِهِ، فَيُخَلِّصُهَا مِنَ الرَّوْجِ بِدُونِ أَمْرِه؛ فَكَيْفَ تُؤَسَّرُ مَعَهُ أَبَدًا بِدُونِ أَمْرِهَا. (1)»

ثالثا- حكم إكراه المرأة على الزواج في القانون الوضعي

سبق بيان كون قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة لا تأخذ بولاية الإيجاب، ومنعت إكراه المرأة على الزواج، وأنه لا بدّ في كل الأحوال من رضاها وموافقتها؛ سواء كانت بكرا أم ثيبا، صغيرة أم كبيرة، حتى لو كانت قاصرة. أما المعاققة عقليا فتزوج للمصلحة بعد توافق رأي الولي والقاضي وأهل الاختصاص، فيقوم رأي هؤلاء مقام رأيها، لتعذر استئذانها.

إذن فلا يجوز للولي تزويج المرأة التي تحت ولايته مع كراهيتها، كما لا يجوز له أو للخاطب أو لغيرهما أن يكرهوها على زواج لا ترغب فيه، حتى لو كان هذا الرجل هو زوجها السابق.

وقد وردت في هذه القوانين عدة نصوص تؤكد هذا المعنى، مما سبق ذكره في الكلام عن ولاية الإيجاب، ومنها المادة 4 جزائري، والمادة 4 مغربي واللتان تنصان على كون الزواج عقدا رضائيا، مما يعنى أنه لا يتم بالإيجاب والإكراه. والمادة 13 أسرة جزائري التي تمنع الولي من تزويج القاصرة دون موافقتها، وهو ما تدل عليه أيضا المادة 2/4 من تعليمات قاضي القضاة المتعلقة بمنح الإذن بزواج القصر. وإذا كان إيجاب القصر ممنوعا قانونا، فإيجاب البالغين أولى بالمنع (2).

وإذا وقع الإكراه على الزواج عن طريق التهديد مثلا، أو التعذيب أو الخطف، أو الإبعاد أو الابتزاز... فإن هذه الأفعال كلها تعدّ جرائم قائمة بذاتها، ومنصوص عليها في القوانين الجنائية؛ حتى لو كان القصد منها هو الزواج، كخطف امرأة بقصد الزواج بها. فهذا القصد لا يبرر هذا الفعل، ولا يعفي صاحبه من المسؤولية الجنائية؛ إلا أن قانون العقوبات الجزائري، ومع تجريمه للأفعال المذكورة، فقد تساهل مع الجاني بحيث أعفاه من المتابعة أو العقوبة إذا تزوج بالضحية (3)، بدعوى

(1) مجموع الفتاوى، م.س، 25/32-28.

(2) جاء في المادة 1/9 أحوال شخصية عراقي: «لا يحق لأي من الأقارب أو الأعيان إكراه أي شخص، ذكرا كان أم أنثى على الزواج دون رضاه، ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلا إذا لم يتم الدخول...»

(3) جاء في المادة 2/326 عقوبات جزائري: «إذا تزوجت القاصر المخطوفة أو المبعدة من خاطفها، فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجنائية ضد الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج، ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله.» وهذا ما كانت تنص عليه المادة 475 جنائي مغربي (الظهير رقم: 1.59.413، المؤرخ في: 26/11/1962). والمادة 308 عقوبات الأردني (قانون رقم: 16 لسنة 1960، المؤرخ في: 10/4/1960). إلا أن المشرع المغربي قام بتعديل المادة 475 وألغى الإعفاء من العقاب بسبب الزواج بالجني عليها، بمقتضى القانون رقم: 14-15، مؤرخ في 20 فبراير 2014؛ وكذلك فعل المشرع الأردني بتعديله للمادة 308، بمقتضى القانون رقم: 27 لسنة 2017، المؤرخ في: 7/8/2017.

تشجيع الجاني على إصلاح خطئه، وتعويض ضحيته⁽¹⁾؛ إلا أن هذا الأمر قد يشجع على انتشار هذا النوع من الجرائم بدل الحد منها، كما أن هذا الزواج في هذه الحالة لا يخلو من شبهة الإكراه؛ سواء للمرأة المخطوفة أو محتطفها.

ومن خلال ما سبق بيانه حول إكراه المرأة على الزواج في الفقه والقانون، يتضح لي ما يأتي:

- الفقه الإسلامي والقانون الوضعي متوافقان على منع وتحريم إكراه المرأة على الزواج؛ إلا أن القانون يعمم الحكم على كل النساء، فلا يسمح بإكراه أي امرأة ولو كانت قاصرة. أما الفقه الإسلامي فيمنع إكراه المرأة المعتبر إذنها في الزواج، ويستثنى غير المعتبر إذنها، وهي الصغيرة فيجوز لوليها المجر تزيوجها دون استئذائها، وفقا لولاية الإيجابار. لكن سبق أن رجحت منع الإيجابار مطلقا ولو كانت المجبرة صغيرة؛ إلا في حالات نادرة جدا وبضوابط صارمة.

- إنّ إكراه المرأة على الزواج ممنوع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بغض النظر عن مصدره؛ سواء كان من الولي أو الخاطب أو أي شخص آخر أجنبي عن العقد. وبغض النظر كذلك عن الغرض منه؛ سواء كان لمصلحة المُكْرَه أو لمصلحة المكروهة، أو لقضاء دين أو غيره.

- القانون الجزائري ورغم منعه لإكراه المرأة على الزواج؛ إلا أنه بإعفاء المختطف من المتابعة الجزائية في حال زواجه بالمخطوفة، قد يسهل عملية الإكراه على الزواج بواسطة الاختطاف؛ ولهذا ألغى المشرع المغربي والأردني هذا الحكم، الذي لم يرد في الفقه الإسلامي أصلا.

الفرع الثاني

إكراه الولي على التزويج

سأتكلم في هذا الفرع عن إكراه الولي على تزويج موليته في كل من الفقه والقانون.

أولاً- إكراه الولي على التزويج في الفقه الإسلامي

الولي هو الذي يباشر تزويج المرأة؛ إذ لا يصح لها أن تباشر العقد بنفسها، وهذا رأي جمهور الفقهاء خلافا للحنفية الذين يميزون للبالغة العاقلة تزويج نفسها دون ولي⁽²⁾.

والصحيح أن وجود الولي ورضاه شرط في الزواج؛ لقوله ﷺ: (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ)⁽³⁾. وإكراه الولي على التزويج له صورتان: فقد تكرهه المرأة (موليته)، أو يكرهه الخاطب.

(1) ينظر: قانون العقوبات، القسم الخاص: علي القهوجي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط2، 2002م، ص.503-504.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 241/2، 247؛ بداية المجتهد، م.س، 32/3-39؛ الحاوي الكبير، م.س، 38/9؛ المغني، م.س، 345/9-346. ويراجع هذا البحث، ص.9-10.

(3) سبق تحريجه، ص.9. وينظر: سبل السلام، م.س، 173/2.

1- إكراه الولي من قبل المرأة التي تحت ولايته

يُتصور إكراه المرأة لوليها على أن يزوجها في حالة امتناعه من ذلك. وامتناع الولي عن تزويج موليته قد يكون مبرراً شرعاً، كأن يكون الخاطب غير كفء لها. وفي هذه الحال لا يجوز للمرأة أن تكره وليها على تزويجها؛ لأن وليها إنما منعها لمصلحتها، وهو أعرف بما منها؛ لأن النساء، وخاصة الأبقار منهن، أقل خبرة في معرفة الرجال، وأسرع اغتراراً بمظاهرهم، وأكثر الخداعاً بكلامهم. ولذلك مُنعت المرأة من الاستبداد بعقد الزواج، وأُعطيت لوليها حق مشاركتها في اختيار زوجها. ولأن الزواج لا يؤثر في حياة المرأة وحدها؛ بل يؤثر في حياة أهلها وأوليائها، فقد يلحق أولياءها العار والشنار، من جراء زواجها ممن لا يكافئها.

فإن امتنع الولي من تزويج موليته دون عذر شرعي، كأن يكون الخاطب كفوفاً لها، فإنه يكون متعسفاً في امتناعه، ظالماً للمرأة في عدم تزويجها. وهذا هو العضل⁽¹⁾ الذي نهى عنه الله عز وجل في قوله: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة، 232].

فالآية تنهى الأولياء عن منع النساء من الزواج بمن رضين به⁽²⁾. ويدل عليه ما ثبت عن معقل بن يسار في سبب نزولها. قَالَ: (زَوَّجْتُ أُخْتًا لِي مِنْ رَجُلٍ فَطَلَّقَهَا، حَتَّى إِذَا انْقَضَتْ عِدَّتُهَا جَاءَ يَخْطُبُهَا، فَقُلْتُ لَهُ: زَوَّجْتِكَ وَفَرَشْتِكَ وَأَكْرَمْتِكَ، فَطَلَّقْتَهَا، ثُمَّ جِئْتَ تَخْطُبُهَا، لَا وَاللَّهِ، لَا تَعُودُ إِلَيْكَ أَبَدًا، وَكَانَ رَجُلًا لَا بَأْسَ بِهِ، وَكَانَتِ الْمَرْأَةُ تُرِيدُ أَنْ تَرْجِعَ إِلَيْهِ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ هَذِهِ الْآيَةَ: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾. فَقُلْتُ: الْآنَ أَفْعَلُ يَا رَسُولَ اللَّهِ. قَالَ: فَزَوَّجْهَا إِيَّاهُ⁽³⁾.

فيحرم على الولي أن يعضل وليته، إذا دعت إلى كفو، وبصداقٍ مثلها، باتفاق الفقهاء⁽⁴⁾. ويتحقق العضل برّد الكفاء الذي تعينه المرأة، حتى لو عين لها كففاً آخر لا تريده؛ إذ العبرة بتعيينها لا بتعيينه، فكفؤها أولى؛ لأنه أقرب لتحقيق المودة، ودوام العشرة؛ إلا أن تكون مجبرة، فيكون الكفاء الذي يعينه الولي المجبر أولى من كفئها؛ لأن الظاهر أنه اختار لها الأصلح، لتفاوت الأكفاء في الأخلاق والصفات⁽⁵⁾.

(1) يقول ابن قدامة في المغني، م.س، 383/9: «العضل: منع المرأة من التزويج بكفئها، إذا طلبت ذلك، ورغب كل واحدٍ منهما في صاحبه.»

(2) ينظر: أحكام القرآن للشافعي، م.س، 171/1-174؛ تفسير القرطبي، م.س، 158/3.

(3) صحيح البخاري، م.س، كتاب النكاح، باب من قال: لا نكاح إلا بولي، 16/7، حديث رقم: 5130.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 252/2؛ بداية المجتهد، م.س، 42/3؛ الأم، م.س، 14/5، 154؛ الحاوي الكبير، م.س، 37/9؛ المغني، م.س، 383/9-384.

(5) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 202/4؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، م.س، 231/2؛ إغاثة الطالبين، م.س، 363/3؛ المغني، م.س، 384/9؛ الإنصاف، م.س، 58/8.

فإذا تحقق عضل الولي للمرأة، جاز لها أن تُكرهَ وليها لزوجها؛ لكن بواسطة القضاء، فترفع أمرها إلى القاضي، وتشتكي وليها عنده، فينظر في شكواها، فإن تأكد من صحتها بعد أن يسأل الوليَّ عن سبب امتناعه، فيأمره بتزويجها، فإن امتنع زوجها القاضي برضاها، ولو كرهَ وليها⁽¹⁾. لكن إذا شكَّت المرأة أمرها للقاضي، فلم يحكم لها، أو لم ترفع أمرها إليه أصلاً، وأرادت أن تُكرهَ وليها بنفسها حتى يزوّجها، كأن تهدده بقتل نفسها (الانتحار)، أو الفرار من البيت، أو تهدده بقتله، أو ضربه، أو إتلاف ماله ونحو ذلك. فهذا كله لا يجوز؛ لما فيه من اعتداء على حق الولي في الرضا بالكفء، وردِّ غير الكفء. وليس للمرأة عذر بزعمها أنها إنما أكرهت وليها لرفع ظلمه عنها؛ لأن ذلك يكون بالسبل المشروعة، وليس بالسبل غير المشروعة. لكن إذا عجزت عن الوصول للقضاء، وثبت تعسف الولي، فيمكن تصحيح هذا الزواج.

وتكون المُكرهة لوليها بغير حق في حكم من زوّجت نفسها بغير إذن الولي، فيشمّلها قوله ﷺ: (أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اسْتَجْرُوا، فَالْسلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ)⁽²⁾.

2- إكراه الولي من قبل الخاطب

يُتصور الإكراه من قبل الخاطب إذا رغب مثلاً في الزواج من امرأة معينة فخطبها، وامتنع الولي من تزويجها له، فيقوم بإكراهه حتى يزوجه لها؛ سواء كانت المرأة راضية بالزواج أم لا. وإكراه الخاطب للولي قد يكون بتهديده بالقتل، أو الضرب، أو الحبس، وغير ذلك من الأمور المضرة، حتى يحمّله على إبرام عقد الزواج دون موافقته ورضاه⁽³⁾. وربما يهرب الخاطب بالمرأة إن كانت راضية به، أو يخطفها⁽⁴⁾ إن كانت غير راضية. وقد يعتصبها أو يزني بها بالقوة، ويستمر هذا

(1) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 201/4-202؛ البحر الرائق، م.س، 136/3؛ بداية المجتهد، م.س، 42/3؛ الشرح الكبير للدردير، م.س، 232/2؛ الأم، م.س، 14/5؛ روضة الطالبين، م.س، 405/5؛ المبدع في شرح المقنع، م.س، 110/6.

(2) سبق تحريجه، ص.10.

(3) مثاله ما تقوم به الجماعات الإرهابية من إكراه الأولياء على تزويج بناتهم لأفرادها، بتهديدهم بالقتل والتعذيب... ينظر ما نشرته الشبكة الإعلامية المستقلة: "عراق القانون"، في: 2014/3/6، بعنوان: "داعش في الفلوجة تجبر الصغيرات على الزواج وتناول حبوب منع الحمل"، الرابط: (www.qanon302.net/news/2014/03/16/14434)، تاريخ الزيارة: 2015/10/5.

(4) يسمى الزواج بواسطة خطف الفتاة، بزواج الخطفية، وهو منتشر في بعض قبائل الشام والعراق، والمناطق الكردية، وبلاد قرغيزستان. ينظر: الزواج العربي داخل المملكة العربية السعودية وخارجها: عبد الملك بن يوسف المطلق، دار العاصمة، الرياض، ط1، 2006م، ص394-400؛ سلسلة بحوث اجتماعية: عمر رضا كحالة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1984م، 160/1؛ عشاء الشام: أحمد وصفي زكريا، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط2، 1983م، 215/1-218؛ تفاهم الزواج بالإكراه بعد الخطف لنساء قرغيزستان: تقرير منشور بجريدة الشرق الأوسط، في: 2001/2/12، عدد 8112، الرابط: <http://classic.aawsat.com/details.asp?section=31&article=25826&issueno=8112#.VCu4w1s-oxE>

المنكر إلى أن يرضخ الولي للأمر الواقع، فيزوجها له مكرها خائفاً من هول الفضيحة، وقلبه يتقطع ألماً وغماً⁽¹⁾.

وإكراه الولي على التزويج لا يجوز؛ لأن من حقه أن يتصرف في تزويج وليته بمقتضى إرادته واختياره، دون ضغط أو إكراه، وقد أمر النبي ﷺ باستئذان الأولياء عند تزوج النساء، فلا يجوز تزويجهن دون إذنه، ولا مع كراهيتهن وإكراههم. يقول النبي ﷺ: (لَا تَنْكِحُوهُنَّ إِلَّا بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ)⁽²⁾.

كما أن الولي هو أحد العاقدين في الزواج، ومن شرط العاقد أن يكون مختاراً راضياً غير مكره. يقول الدردير⁽³⁾ في تعداد شروط الولي في الزواج: «وَبَقِيَ شَرْطُ سَابِعٍ: وَهُوَ عَدَمُ الْإِكْرَاهِ، فَلَا يَصِحُّ مِنْ مُكْرَهٍ؛ إِلَّا أَنْ عَدَمَ الْإِكْرَاهِ لَا يَخْتَصُّ بِوَلِيِّ عَقْدِ النِّكَاحِ؛ بَلْ هُوَ عَامٌّ فِي جَمِيعِ الْعُقُودِ الشَّرْعِيَّةِ.»⁽⁴⁾

وقد أفتى بعض متأخري المالكية بأن من هرب بفتاة؛ ليتزوجها كرها على أوليائها، أنه لا يمكن من ذلك، وتحرُّمٌ عليه مؤبداً؛ معاملة له بنقيض قصده، وعملاً بقاعدة: «من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه.» وسدا لذريعة الهروب بالنساء؛ لما في ذلك من الشر والبلاء⁽⁵⁾. وهذه الفتوى جدير أن يؤخذ بها في المجتمعات التي تنتشر فيها ظاهرة خطف النساء لغرض الزواج، أو إفساد النساء على أزواجهن والسعي لتطليقهن قصد الزواج بهن؛ وذلك حسماً لهذا الداء أن يسري، ومنعاً لهذا الشر أن يستشري⁽⁶⁾.

(1) ورد في كتب الفتاوى أمثلة واقعية لإكراه الولي على التزويج، كانت محل سؤال واستفتاء. ينظر مثلاً: تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام: ابن فرحون، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، 1986م، 452/1؛ المعيار المغرب، م.س، 82/3-83؛ النوازل الجديدة الكبرى، م.س، 296/3-298؛ فتح العلي المالك، م.س، 401/1؛ فتاوى الخليلي على المذهب الشافعي: محمد الخليلي، طبعة مصرية قديمة، (د.ط، د.ت)، 52-53/2؛ فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن إبراهيم، م.س، 73/10-86.

(2) صحيح ابن حبان، م.س، كتاب النكاح، باب معاشرته الزوجين، 472/9، حديث رقم: 4164. وحسنه المحقق شعيب الأرنؤوط.

(3) هو: أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، أبو البركات الشهير بالذريير: عالم فاضل، من فقهاء المالكية. ولد في بني عدي (بمصر) سنة: 1127هـ، وتعلم بالأزهر، وتوفي بالقاهرة سنة: 1201هـ. من كتبه: "أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك" وشرحه المسمى: "الشرح الصغير"، "الشرح الكبير" وهو شرح لمختصر خليل. ينظر: الأعلام، م.س، 244/1.

(4) الشرح الصغير، م.س، 370/2-371. وينظر: تبصرة الحكام، م.س، 452/1، شرح الزرقاني على خليل، م.س، 153/4.

(5) يقول الشيخ عليش في منح الجليل، م.س، 264/3: «الْهَارِبُ بِالْمَرْأَةِ، قِيلَ يَتَأَبَّدُ عَلَيْهِ تَحْرِيمُ تَزْوُجِهَا، وَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ لَا يَتَأَبَّدُ فِيهَا التَّحْرِيمُ، وَكَذَا الْمَخْلُوقُ الَّذِي يُفْسِدُ الْمَرْأَةَ عَلَى زَوْجِهَا، حَتَّى يَتَزَوَّجَهَا، فَقِيلَ يَتَأَبَّدُ فِيهَا التَّحْرِيمُ، وَالْمَشْهُورُ لَا يَتَأَبَّدُ؛ لَكِنْ أَفْتَى غَيْرُ وَاحِدٍ مِنْ مُتَأَخَّرِي الْفَاسِيَةِ بِالتَّأْبِيدِ فِيهِمَا، وَلِذَا قَالَ فِي الْعَمَلِيَّاتِ: وَأَبْدُوا التَّحْرِيمَ فِي مَخْلُوقٍ * وَهَارِبِ سَيَّانٍ فِي مُحَقِّقٍ.» وينظر: فتح العلي المالك، م.س، 397/1-398؛ النوازل الجديدة الكبرى، م.س، 282/3-290.

(6) تأثر المشرع الكويتي بهذه الفتوى فنص في المادة 23 من قانون الأحوال الشخصية على أنه: «لا يجوز أن يتزوج الرجل امرأة أفسدها على زوجها؛ إلا إذا عادت إلى زوجها الأول، ثم طلقها أو مات عنها.»

ثانيا- إكراه الولي على التزويج في القانون الوضعي

إكراه الولي على التزويج في القانون الوضعي لا يُتصور إلا في الحالات التي يكون فيها واجبا؛ لأنه في حالة عدم وجوبه لا حاجة لإكراهه، إذ يمكن إجراء العقد بدونه. وقانون الأسرة الجزائري رغم نصه في المادة 9 مكرر على اعتبار الولي شرطا لصحة الزواج مطلقا؛ إلا أنه تراجع في المادة 2/33 ليُقرَّ بأنه ليس شرطا في كل الأحوال، حيث تنص على أنه: «إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه....» فعبارة: "في حالة وجوبه" يُقصد بها حالة تزويج القصر (م/11/2)، وحالة عدم وجوبه هي حالة الراشدة؛ لأن هذه الأخيرة ووفقا للمادة 1/11 تزويج نفسها بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها، أو أي شخص آخر تختاره، وهذا الأخير قد لا يكون وليا، وبالتالي يتم الزواج بدون ولي، وليس للولي الشرعي أن يعترض عليه.

وما قيل في القانون الجزائري جاء صريحا في مدونة الأسرة المغربية التي اعتبرت الولي شرطا لصحة الزواج عند الاقتضاء وليس في كل الأحوال (م/3/13)، ووجوب الولي يتعلق بحالة تزويج القصر والمعاقين عقليا (م/1/21)، أما الراشدة فلا تحتاج للولي (م/24، 25).

وفي قانون الأحوال الشخصية الأردني تُشترط موافقة الولي في تزويج القصر والمعاقين عقليا، وكذا في تزويج كل امرأة باستثناء الثيب العاقلة المتجاوزة 18 سنة (م/19).

ففي الحالات التي يكون فيها الولي واجبا، لا يجوز إكراهه على إبرام العقد أو الإذن والموافقة على إجراءاته؛ سواء وقع الإكراه من المولى عليه، أو من الخاطب أو غيره. وحتى لو كان الخاطبان راضيين بالزواج من بعضهما، فلا يجوز لهما إكراه الولي الممتنع من التزويج؛ بل أبعد من ذلك لا يجوز إكراهه وإن كان متعسفا في امتناعه؛ إذ الحل في هذه الحال هو اللجوء للقضاء لمنع التعسف إن ثبت وجوده. فامتناع الولي عن التزويج دون مبرر شرعي يُعدُّ عَضْلًا تنتقل به الولاية من العاضل إلى القاضي⁽¹⁾، فيكون للقاضي بعد رفع الأمر إليه أن يستفصل من الولي عن سبب امتناعه، فإن لم يذكر سببا، أو ذكر سببا غير جدير بالاعتبار، قام القاضي بتزويج المعضول.

وهذا ما نصت عليه المادة 3/21 مغربي، والمادة 18 أردني⁽²⁾. وقد كان قانون الأسرة الجزائري ينص على هذا الحكم في المادة 12 بقوله: «لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج، إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع للقاضي أن يأذن به.» ولكن هذه المادة ألغيت بالأمر:

(1) ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، ص.101.

(2) ينظر أيضا المواد: 8، 9 لبيي؛ 6 تونسي؛ 13 موريتاني؛ 37 سوداني؛ 31 كويتي؛ 1/8 عراقي؛ 34 إماراتي؛ 12/ج بحريني؛ 1/29 قطري؛ 2/18 ميني؛ 10 عماني.

02-05. والحقيقة أن هذا الموقف غريب وغير سديد⁽¹⁾؛ فالعضل الذي هو امتناع الولي من تزويج المولى عليه دون مبرر شرعي، يعد من الظلم، وتدخل القاضي لرفع الظلم وإقامة العدل هو من صميم مهامه. ولذلك ينبغي على المشرع النص على حكم العضل بدل إلغائه.

ويتبين لي مما سبق تفصيله، أن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي متفقان على منع إكراه الولي على التزويج، بغض النظر عن مصدر الإكراه هل هو المولى عليه أو غيره. لكن يبقى الخلاف في حالات وجوب الولي في العقد؛ فالحنفية لا يوجبون الولي إلا في تزويج القصر والمعاقين عقليا، وبهذا أخذ القانون الجزائري والمغربي. أما الجمهور فيوجبونه أيضا في تزويج كل امرأة.

كما اتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على عدم جواز إكراه الولي على التزويج حتى في حال العضل، لكن يجوز لمن عُضِل رفع الأمر للقضاء ليفصل في القضية. وهذا الحكم الأخير جاء النص عليه في القانون المغربي والأردني دون القانون الجزائري.

الفرع الثالث

إكراه الرجل على الزواج

سأتكلم في هذا الفرع عن إكراه الرجل على الزواج في كل من الفقه والقانون.

أولاً- إكراه الرجل على الزواج في الفقه الإسلامي

إكراه الرجل على الزواج قد يكون من قبل وليه، أو من قبل المرأة، أو وليها وأهلها، أو من قبل شخص آخر له غرض في ذلك الزواج. فهذه ثلاث صور.

1- إكراه الرجل على الزواج من قبل وليه

الرجل لا يحتاج إلى ولي يزوجه؛ إلا إذا كان صغيرا لم يبلغ، أو كان معتوها أو مجنونا لا يعقل، أو كان سفيها محجورا عليه، وقد بَيَّنْتُ حكم إجبار هؤلاء الثلاثة في كلامي عن ولاية الإجماع، ورجحت القول بعدم جواز ولاية الإجماع على الزواج مطلقا؛ إلا في حالات نادرة.

أما الرجل البالغ العاقل الرشيد، فليس لأحد عليه ولاية تزويجه، فلا يجبره على الزواج أب ولا غيره؛ بل لا بد من إذنه ورضاه؛ لأن علة الإجماع في الذكر هي الصغر والجنون، وقد انتفت بالبلوغ والعقل. وهذا ما أجمع عليه الفقهاء. يقول ابن حزم: «قَدْ أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ الذَّكَرَ إِذَا بَلَغَ، لَا مَدْخَلَ لِأَبِيهِ وَلَا لِغَيْرِهِ فِي إِنْكَاحِهِ أَصْلًا.»⁽²⁾

(1) ينظر: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، م.س، ص.69-70.

(2) المحلى بالآثار، م.س، 44/9؛ وينظر: بدائع الصنائع، م.س، 241/2؛ بداية المجتهد، م.س، 33-32/3؛ منح الجليل، م.س، 315/3؛ التوضيح شرح الجامع الصحيح، م.س، 409/24؛ كشف القناع، م.س، 2398/7؛ الإنصاف، م.س، 54/8.

وقد رُوِيَ عن النبي ﷺ أنه قال: (إِذَا أَنْكَحَ الرَّجُلُ ابْنَهُ وَهُوَ كَارِهِ، فَلَيْسَ بِنِكَاحٍ، وَإِذَا زَوَّجَهُ وَهُوَ صَغِيرٌ، جَازَ نِكَاحُهُ)⁽¹⁾. إلا أن الحديث ضعيف⁽²⁾.

فلا يحق للأبوين إكراه ابنهما البالغ العاقل على الزواج من امرأة لا يريدنها، ولا يلزم الابن طاعة أبويه في ذلك. ولا يُعَدُّ عاقبا إذا امتنع من الزواج بمن لا يرغب فيها، خلافاً لرغبة أبويه⁽³⁾.

2- إكراه الرجل على الزواج من قبل المرأة أو أوليائها

مثال ذلك أن ترغب امرأة في الزواج من رجل لا يريدنها، فتهدده حتى يتزوجها؛ بل قد تحتطفه لقصد الزواج⁽⁴⁾. وقد تُكْرِهه على الزواج بها؛ لِيُحِلَّهَا لزوجها السابق الذي طلقها ثلاثاً. وقد يقوم أولياء المرأة بإكراه الرجل الذي زنا بها، أو اغتصبها على أن يتزوجها، ستراً للفضيحة، وتكفيرا للذنب، فيهددونه مثلاً بقتله أو تعذيبه، أو اغتصاب بعض محارمه إن لم يتزوجها.

وإكراه الزاني على الزواج بمن زنا بها لا يجوز⁽⁵⁾؛ ولذلك لم يفعله عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقد رُوِيَ (أَنَّ رَجُلًا تَزَوَّجَ امْرَأَةً، وَهِيَ ابْنَةٌ مِنْ غَيْرِهِ، وَلَهُ ابْنٌ مِنْ غَيْرِهَا، فَفَجَرَ الْعُلَامَ بِالْجَارِيَةِ، فَظَهَرَ بِهَا حَبْلٌ، فَلَمَّا قَدِمَ عُمَرُ رضي الله عنه مَكَّةَ، رُفِعَ ذَلِكَ إِلَيْهِ، فَسَأَلَهُمَا فَاعْتَرَفَا، فَجَلَدَهُمَا عُمَرُ الْحَدَّ، وَحَرَصَ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَهُمَا، فَأَبَى الْعُلَامُ)⁽⁶⁾.

فالزاني لا يجب عليه الزواج بمن زنا بها حتى يُجبر على ذلك، سواء كانت المرأة مطاوعة له، أو مكروهة على الزنا، فإن كانت مطاوعة فليس لها ولا لأوليائها حق عند الزاني؛ بل الواجب معاقبتها معاً. وإن كانت مكروهة على الزنا، فلها عليه مهر المثل، ويجب الحد على الزاني⁽⁷⁾.

(1) مصنف ابن أبي شيبة، م.س، كتاب النكاح، باب في رجل يزوج ابنه وهو صغير، م.س، 462/3، حديث رقم: 16010؛ السنن الكبرى للبيهقي، م.س، كتاب النكاح، باب الأب يزوج ابنه الصغير، 232/7.

(2) قال البيهقي في السنن الكبرى، م.س، 232/7 معلقاً على الحديث: «رُوِيَ عَنِ الْحَسَنِ بِإِسْنَادٍ ضَعِيفٍ عَنِ النَّبِيِّ رضي الله عنه مُرْسَلًا».

(3) ينظر: مجموع الفتاوى، م.س، 30/32.

(4) ظاهرة اختطاف الرجال بقصد الزواج كانت موجودة لدى قبائل الجلاس الإفريقية، وقبائل الغاروس في البنغال... وهي منتشرة بكثرة الآن في بلاد الهند. وهذه الظاهرة وإن وُجدت بعيداً عن بلادنا، فلا يبعد أن تنتقل إلينا، كما انتقلت ظواهر غريبة أخرى، كاختطاف الأطفال، وخاصة مع ارتفاع نسبة العنوسة. ينظر: سلسلة بحوث اجتماعية، م.س، 159/1-160؛ خطف العريس للزواج به قسراً ظاهرة راجعة في الهند: تقرير منشور بصحيفة العرب، بتاريخ: 2014/4/7م، عدد 9521، ص.24.

(5) ينظر: الفتاوى الكبرى، م.س، 125/3؛ مجموع الفتاوى، م.س، 106/32.

(6) سنن سعيد بن منصور، م.س، 258/1، الأثر رقم: 885؛ مصنف عبد الرزاق، م.س، 203/7، الأثر رقم: 12793؛ مصنف ابن أبي شيبة، م.س، 527/3 (الأثر رقم: 16778؛ السنن الكبرى للبيهقي، م.س، 251-250/7، الأثر رقم: 13875. وما رُوِيَ في مصنف ابن أبي شيبة، م.س، 528/3 عَنِ الرَّهْرِيِّ: «أَنَّ رَجُلًا فَجَرَ بِامْرَأَةٍ، وَهِيَ بِكَرَانَ فَجَلَدَهَا أَبُو بَكْرٍ وَنَفَاهَا، ثُمَّ زَوَّجَهَا إِيَّاهُ بَعْدَ الْحَوْلِ.» فهذا الأثر محمول على أنه زوجها برضاها.

(7) ينظر: فتاوى موقع الألوكة (www.alukah.net)، فتوى رقم: 2192، المفتي: خالد بن عبد المنعم الرفاعي.

فإن هددت المرأة من اغتصبها بأن تشتكيه للقضاء إن لم يتزوجها، فتزوجها خوفاً من ذلك، فلا بأس في ذلك؛ لأن من حق المرأة أن تشتكي ضده، وتطالب بمعاقبته، وتغريمه مهر مثلها، فهي ليست ظالمة له حين هددته بذلك، فليس هذا من الإكراه غير المشروع؛ فيصح النكاح في هذه الحالة بشرط توبة الغاصب من الزنا؛ لما روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه: (في الرجل يفجر بالمرأة، ثم يتزوجها، فقال: لا بأس بذلك، إذا تابا وأصلحا، وكرها ما كان)⁽¹⁾.

ومن الأساليب التي تلجأ إليها النساء لإكراه الرجال على الزواج منهن: السحر⁽²⁾، أي سحر المحبة أو العطف، ويسمى التوالة، وهي شيء من السحر يصنعه النساء، يتحبن به إلى الرجال، وقيل: «هي خيط يُقرأ فيه من السحر، أو قرطاس يُكتب فيه شيء منه، يتحبن به النساء إلى قلوب الرجال، أو الرجال إلى قلوب النساء.»⁽³⁾

ويتم ذلك عادة بأن تذهب المرأة إلى الساحر، فتطلب منه أن يوقع محبة وشغفاً بها في قلب رجل تريد الزواج به، فيأمرها الساحر بإحضار أثر من ثياب ذلك الرجل، فيعقد من خيوطها عقداً وينفث فيها، ثم تُدفن في مكان مهجور. أو يقرأ بعض الطلاسم الشركية على ماء نجس، أو على قطرات من دم ونحوه، ثم تخلطه المرأة بطعام أو شراب ذلك الرجل، فيصير عندها مولعاً بها، هائماً بحبها، راغباً في الزواج بها، دون وعي أو إدراك منه بحقيقة الأمر⁽⁴⁾.

(1) مصنف ابن أبي شيبة، م.س، 528/3، الأثر رقم: 16790؛ السنن الكبرى للبيهقي، م.س، 251/7، الأثر رقم: 13878.

(2) عرّف ابن قدامة السحر بقوله في المغني، م.س، 299/12: «هو عقدٌ ورثي وكلامٌ يتكلم به، أو يكْتَبُه، أو يعمل شيئاً في بدن المسحور أو قلبه، أو عقله، من غير مباشرة له. وله حقيقة، فمنه ما يقتل، وما يمرض، ويأخذ الرجل عن امرأته فيمنعه وطأها، ومنه ما يفرق بين المرء وزوجه، وما يبغض أحدهما إلى الآخر، أو يجتب بين اثنين.»

- يقول المازري في كتابه المعلم بفوائد مسلم، تحقيق: محمد الشاذلي النيفر، الدار التونسية للنشر، ط2، 1988م، 159-158/3، عند شرحه لحديث سحر لبيد بن الأعصم للنبي صلى الله عليه وسلم: «أهل السنة وجهور العلماء من الأمة، على إثبات السحر، وأن له حقيقة كحقائق غيره من الأشياء الثابتة، خلافاً لمن أنكره، ونفى حقيقته، وأضاف ما يتفق منه إلى خيالات باطلة لا حقائق لها. وقد ذكره الله سبحانه في كتابه العزيز، وذكر أنه مما يتعلم، وذكر ما يشير إلى أنه مما يكفر به، وأنه يفرق به بين المرء وزوجه، وهذا كله مما لا يمكن أن يكون فيما لا حقيقة له، وكيف يتعلم ما لا حقيقة له. وهذا الحديث أيضاً فيه إثباته، وأنه أشياء دفنت وأخرجت، وهذا كله يبطل ما قالوه. والذي يُعرف بالعقل من هذا، أن إحالة كونه من الحقائق محال، وغير مستنكر في العقل أن يكون الباري سبحانه، يخرق العادات عند التلق بسلام ملق، أو تركيب أجسام، أو المزج بين قوى على ترتيب ما، لا يعرفه إلا الساحر...» وينظر: فتح الباري، م.س، 223-222/10؛ شرح صحيح مسلم، م.س، 175-174/14؛ شرح فتح القدير، م.س، 99/6؛ الذخيرة، م.س، 31/12 وما بعدها؛ الحاوي الكبير، م.س، 94-93/13؛ المغني، م.س، 299/12.

(3) نيل الأوطار، م.س، 244-243/8؛ وينظر: فتح الباري، م.س، 196/10.

(4) ينظر: الحذر من السحر: خالد الجريسي، مؤسسة الجريسي للتوزيع والإعلان، الرياض، (د.ط، د.ت)، ص.129؛ الصارم البتار في التصدي للسحرة الأشرار: وحيد عبد السلام بالي، مكتبة الصحابة، جدة، ط3، 1992م، ص.140-139؛ الصواعق المرسله في التصدي للمشعوذين والسحرة: أسامة بن ياسين المعاني، دار المعالي، الأردن، ط1، 2000م، ص.142-137.

والسحر مما يتحقق به الإكراه في باب الزواج⁽¹⁾ والطلاق، إذا بلغ الأمر بالمسحور أن لا يدري ما يقول أو يفعل⁽²⁾. والسحر من كبائر الذنوب؛ بل من الكفر والشرك، كما قال تعالى: ﴿ وَمَا كَفَرَ سُلَيْمَنُ وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ وَمَا أُنزِلَ عَلَى الْمَلَائِكَةِ بِبَابِلَ هَدُوتَ وَمُرُوتَ وَمَا يُعَلِّمَانِ مِنْ أَحَدٍ حَتَّى يَقُولَا إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ ﴾ [البقرة، 102].

وقال النبي ﷺ: (إِنَّ الرُّقَى، وَالتَّمَائِمَ، وَالتَّوَلَةَ شِرْكَ)⁽³⁾.

3- إكراه الرجل على الزواج من قبل شخص آخر

يُتصور ذلك من شخص له غرض في هذا الزواج، ومثاله أن يُكره الدائن مدينه المعسر على الزواج بامرأة قد عرضت مالا تعطيه لمن يتزوجها؛ لأجل أن يأخذ ذلك المال ويوفي به دينه. والوفاء بالدَّين ليس عذرا للإكراه على الزواج، فلا يجوز ذلك⁽⁴⁾.

ومثاله أيضا: أن يطلق رجل امرأته ثلاثا، ثم يرغب في مراجعتها؛ ولأنه لا يمكنه ذلك شرعا حتى تتزوج غيره، فإنه يقوم بإكراه شخص ما على الزواج بمطلَّقته، ثم يكرهه على طلاقها؛ ليمكن من مراجعتها. والزواج بقصد التحليل حرام لا يجوز⁽⁵⁾، ولو كان عن طواعية، فكيف مع الإكراه. يقول النبي ﷺ: (لَعَنَ اللَّهُ الْمُحَلِّلَ، وَالْمُحَلَّلَ لَهُ)⁽⁶⁾. فاللعن يدل على التحريم⁽⁷⁾.

(1) ينظر: فتيات يلجأن إلى السحر والشعوذة من أجل الزواج: تقرير صحفي منشور باليومية الإلكترونية: أخبار اليوم الجزائرية: الأحد 29 نوفمبر 2015. الرابط: (djazair.com/akhbareyoum/163481).

- تنبيه: انتشر السحر بشكل كبير في هذا الزمان، حتى أصبح للسحرة قنوات فضائية، ومواقع على الشبكة العنكبوتية، وهي تعرض الخدمات السحرية الشيطانية، كإحضار الخُطَّاب، وتزويج العانس، وجلب الحبيب... كل ذلك يحصل بلا رقيب أو حسيب.

(2) ينظر: كشاف القناع، م.س، 2594/8؛ الإنصاف، م.س، 441/8.

(3) مسند أحمد، م.س، مسند عبد الله بن مسعود، 110/6، حديث رقم: 3615؛ سنن أبي داود، م.س، كتاب الطب، باب تعليق التمام، 31/6، حديث رقم: 3883؛ سنن ابن ماجه، م.س، أبواب الطب، باب تعليق التمام، 554-555، حديث رقم: 3530. وقد صححه الألباني في السلسلة الصحيحة، م.س، 1161/6. قال الصنعاني في التنوير شرح الجامع الصغير، تحقيق: محمد إسحاق محمَّد إبراهيم، مكتبة دار السلام، الرياض، ط1، 2011م، 469/3: «التولة شرك لأنها من السحر وهو شرك.»

(4) ينظر: كشاف القناع، م.س، 1671/5؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 171/2.

(5) ينظر: النهر الفائق شرح كنز الدقائق: ابن نجيم، تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2002م، 423/2؛ المعونة على مذهب عالم المدينة، م.س، 829-830؛ المهذب في فقه الشافعي، م.س، 447/2؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 667/2؛ بيان الدليل على بطلان التحليل: ابن تيمية، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، المكتب الإسلامي، ط1، 1998م، ص.17 وما بعدها.

(6) سنن أبي داود، م.س، كتاب النكاح، باب في التحليل، 420/3، حديث رقم: 2076؛ سنن ابن ماجه، م.س، أبواب النكاح، باب المحلل والمحلل له، 117-118، حديث رقم: 1936. وصححه الألباني في إرواء الغليل، م.س، 307/6 وما بعدها.

(7) ينظر: التنوير شرح الجامع الصغير، م.س، 52/9؛ تحفة الأحوذى، م.س، 223/4.

ثانيا- إكراه الرجل على الزواج في القانون الوضعي

الزواج عقد مبني على الرضا، وقد عرفته المادة 4 أسرة جزائري بأنه عقد رضائي. والمعنى نفسه نصت عليه المادة 4 أسرة مغربية. ولذلك لا يجوز إكراه الرجل على الزواج بامرأة لا يريدتها؛ لأنه أحد طرفي عقد الزواج، فلا بدّ أن يكون راضيا بإبرامه، وأن يصدر عنه الإيجاب أو القبول عن طواعية واختيار ورضا تام. وهذا ما تدل عليه المادة 9 أسرة جزائري بقولها: «ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين.»⁽¹⁾

وحتى لو كان الزوج قاصرا أو سفيها محجورا عليه، وباشر الولي تزويجه، فلا بدّ من موافقته؛ إذ لا يجوز لوليه أن يجبره على الزواج، كما سبق بيانه في تزويج القصر والسفهاء. فإذا لم يجز لوليه إجباره فمن باب أولى عدم جواز ذلك من قبل الغير، كالمراة التي تريد الزواج به أو وليها، أو أي شخص آخر، بغض النظر عن الغرض من هذا الزواج. فلا يجوز مثلا إجبار الشخص على الزواج بمطلقة بدعوى المحافظة على مصلحة الأولاد. كما لا يجوز إكراه الزاني أو المعتصب على الزواج بمن زنا بها أو اغتصبها، بدعوى تعويضها عما أصابها ولحقها من ضرر. ولو كان هذا الإكراه من قبل السلطات العمومية، بحجة محاربة ظاهرة الاغتصاب والزنا مثلا؛ لأن محاربة هذه الظاهرة لا تتم بهذه الطريقة، وإنما بتطبيق العقوبة الرادعة على هذه الجرائم الخطيرة.

ولكن إذا حصل الإكراه من قبل المَعْتَصِبَة، بأن هددت معتصبها بالشكوى ضده إن لم يتزوجها، فيظهر لي أنه لا بأس من ذلك؛ لأن وسيلة الإكراه (الشكوى) مشروعة، والغرض منه مشروع، وهو التعويض عما لحقها من ضرر بالزواج، على أن يكون ذلك بمحض إرادة المرأة دون ضغط من أي جهة أخرى، وأن يقتصر الجواز على حالة كون الوسيلة والغرض مشروعان.

ومما سبق بيانه، يظهر لي أن كلا من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يمنع ويحرم إكراه الرجل على الزواج، بغض النظر عن الغرض من وراء هذا الإكراه، وبغض النظر عن مصدره؛ سواء وقع من ولي الرجل، أو ولي المرأة، أو من المرأة الراغبة في الزواج، أو من أي شخص آخر.

ولكن هذا المنع المطلق للإكراه يمكن أن يستثنى منه الحالة الأخيرة المتعلقة بالمرأة المعتصبة، فيظهر لي أنها من الإكراه المشروع، بشرط مراعاة الضوابط المذكورة والمتعلقة برضا المرأة، ومشروعية وسيلة الإكراه والغاية منه.

(1) جاء في المادة 13/ج من قانون الأحوال الشخصية السوداني أنه يشترط في الزوجين أن: «يكونا طائعين.» والمعنى نفسه جاء في المواد: 3 تونسي؛ 1/13 قطري؛ 23، 24 بحريني؛ 17 عماني.

المبحث الثالث

أحكام الزواج المشوب بالإكراه

إذا تم إبرام عقد الزواج، وكان أحد أطرافه مكرها على إبرامه، فإن العقد يكون مشوبا بعيب الإكراه. وسأتكلم في هذا المبحث عن حكم هذا العقد من حيث الصحة والبطلان، وكيفية إثبات حصول الإكراه فيه، وما يترتب عن هذا الزواج من آثار.

وسأحاول بيان أحكام هذه المسائل في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وفق التقسيم الآتي: **المطلب الأول: حكم عقد الزواج المشوب بالإكراه**
المطلب الثاني: إثبات الإكراه على عقد الزواج
المطلب الثالث: آثار الزواج المشوب بالإكراه

المطلب الأول

حكم عقد الزواج المشوب بالإكراه

سأتكلم في هذا المطلب عن حكم عقد الزواج المشوب بالإكراه في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، ثم في القانون الوضعي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حكم عقد الزواج المشوب بالإكراه في الفقه الإسلامي

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم عقد الزواج المشوب بالإكراه؛ هل يكون صحيحا أم غير صحيح؟ وهل يكون نافذا أم موقوفا على الإجازة؟ وهل يقبل الإجازة أصلا أم يتوجب فسخه؟ وذلك على ثلاثة آراء؛ رأي يقول بعدم صحة هذا الزواج، وأنه باطل فاسد لا يقبل الإجازة، بل يتوجب فسخه. ورأي ثانٍ يقول بصحته، وأنه يكون نافذا غير موقوف على الإجازة. ورأي ثالث يقول بأنه موقوف على الإجازة.

وسأتطرق إلى هذه الأقوال الثلاثة بشيء من التفصيل، مع بيان دليل كل قول.

أولا- القول بعدم صحة الزواج المشوب بالإكراه

أصحاب هذا القول يرون بأن عقد الزواج المشوب بالإكراه غير صحيح، بغض النظر عن صورة الإكراه، أي سواء وقع من الولي غير المجرى على المرأة المعتبر رضاها، فيزوجها وهي كارهة غير راضية، أو كان الإكراه واقعا على من باشر عقد الزواج من ولي أو زوج.

ففي كل الأحوال يتأثر عقد الزواج بالإكراه، فيكون غير صحيح، أي باطلاً فاسداً⁽¹⁾. ولا يجوز المقام عليه، ولا تصح إجازته؛ بل يجب فسخه أبداً، قبل الدخول وبعده. ومن رضي به بعد زوال الإكراه، وجب عليه استئناف عقد جديد، بعد الاستبراء من الماء الفاسد إن حصل دخول. وهذا مذهب جمهور الفقهاء من المالكية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾، والظاهرية⁽⁵⁾.

واستدل الجمهور على رأيهم بما يأتي:

1- قوله تعالى: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل، 106]. فقد وضع الله عن المكره أحكام الكفر؛ من إباحة الدم والمال وفراق الزوجة، والكفر من أعظم التصرفات القولية أثراً، وأشدّها خطراً، فإذا أسقط الله أثره بالإكراه، فسقوط أثر ما دونه من التصرفات القولية كالنكاح أولى⁽⁶⁾.

(1) لا يفرق الجمهور بين البطلان والفساد في عقد الزواج، وكذا سائر العقود؛ ولذلك تعددت عباراتهم في بيان حكم الزواج المشوب بالإكراه، فمرة يوصف بعدم الصحة، ومرة بالبطلان، ومرة بالفساد، ولا تناقض في ذلك؛ بل هو من باب التنوع في استعمال المترادفات. ينظر: البحر المحيط في أصول الفقه، م.س، 25/2؛ القواعد والفوائد الأصولية، م.س، ص.152؛ أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، م.س، ص.93 وما بعدها.

(2) يقول القرطبي في تفسيره، م.س، 439/12: «وأما نكاح المكره، فقال سحنون: أجمع أصحابنا على إبطال نكاح المكره والمكرهه، وقالوا: لا يجوز المقام عليه، لأنه لم ينعقد.» وجاء في حاشية الدسوقي، م.س، 370/2: «فَإِذَا أُكْرِهَ عَلَى النِّكَاحِ ثُمَّ زَالَ الْإِكْرَاهُ، فَلَا بُدَّ مِنْ فَسْخِهِ، وَلَا عِبْرَةَ بِإِجَازَتِهِ اتِّفَاقًا.» وجاء في الشرح الصغير، م.س، 238/2: «ويفسخ أبداً، أي ولو أجزى فلا بد من تجديد عقد، واستبراء من الماء الفاسد، إن حصل دخول.» وينظر: النوادر والزيادات، م.س، 257/10-259.

(3) ينظر: الأم، م.س، 240/3، 19/5-20؛ الحاوي الكبير، م.س، 54/9، 231/10؛ فتاوى الخليلي، م.س، 42/2، 43.

(4) يقول ابن رجب الحنبلي في جامع العلوم والحكم، م.س، ص.499: «فَإِذَا أُكْرِهَ بَعْدَ حَقِّ عَلَى قَوْلٍ مِنَ الْأَقْوَالِ، لَمْ يَتَرْتَّبْ عَلَيْهِ حُكْمٌ مِنَ الْأَحْكَامِ، وَكَانَ لَعْوًا، فَإِنَّ كَلَامَ الْمُكْرَهِ صَدَرَ مِنْهُ وَهُوَ غَيْرُ رَاضٍ بِهِ، فَلِذَلِكَ عُفِيَ عَنْهُ، وَلَمْ يُؤَاخَذْ بِهِ فِي أَحْكَامِ الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ... وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ الْعُقُودُ: كَالْبَيْعِ وَالنِّكَاحِ، أَوْ الْفُسُوحِ: كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ، وَكَذَلِكَ الْأَيْمَانُ وَالنُّذُورُ، وَهَذَا قَوْلُ جُمْهُورِ الْعُلَمَاءِ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ وَأَحْمَدَ.» وينظر: المغني، م.س، 406/9؛ مجموع الفتاوى، م.س، 40/32.

- تنبيه: نسبت الموسوعة الفقهية الكويتية، م.س، 110/6 إلى الحنابلة القول بصحة نكاح الإكراه، وهذه النسبة غير صحيحة؛ لأن الحنابلة كالجمهور لا يصححون نكاح الإكراه؛ بل يبطلونه. ولعل السبب في هذا الخطأ هو ما ورد في كتاب المغني وغيره من أنه: «إذا عقد النكاح هازلاً أو تلجئة، صح.» حيث فسرت التلجئة بالإكراه. وهذا تفسير غير صحيح؛ إذ التلجئة عند الحنابلة هي: «أَنْ يَتَوَاطَأَ اثْنَانِ عَلَى إِظْهَارِ الْعَقْدِ، أَوْ صِقَّةٍ فِيهِ، أَوْ الْإِقْرَارِ وَنَحْوِ ذَلِكَ، صُورَةٌ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكُونَ لَهُ حَقِيقَةٌ، مِثْلَ الرَّجُلِ الَّذِي يُرِيدُ ظَلَمًا أَنْ يَأْخُذَ مَالَهُ، فَيُتَوَاطَأُ بَعْضُ مَنْ يُخَافُ، عَلَى أَنْ يَبِيعَهُ إِثْمًا صُورَةٌ، لِيَتَدَفَّعَ ذَلِكَ الظَّالِمَ.» مجموع الفتاوى، م.س، 62/6-63؛ وينظر: المغني، م.س، 308/6. ومثال التلجئة في النكاح أن يُتقدم أب على تزويج ابنته من رجل في الظاهر، دون أن يقصدا معنى الزواج في الباطن، وذلك خوفاً من رجل ظالم معروف باغتصاب من لا زوج لها. والنكاح تلجئة يصح عند الحنابلة في المشهور من المذهب، وفي قول أنه لا يصح. ينظر: مجموع الفتاوى، م.س، 67/6-68.

(5) المحلى بالآثار، م.س، 203/7.

(6) ينظر: الأم، م.س، 240/3؛ أحكام القرآن لابن العربي، م.س، 163/3؛ تفسير القرطبي، م.س، 181/10-182.

2- قوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا سِحْلٌ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا﴾ [النساء، 19]. قال ابن عباس رضي الله عنه في سبب نزولها: (كأنوا إذا مات الرجل، كان أولياؤه أحق بامرأته، إن شاء بعضهم تزوجها، وإن شأوا زوجهها، وإن شأوا لم يزوجهها، فهم أحق بها من أهلها، فنزلت هذه الآية في ذلك⁽¹⁾). فقد حرم الله على المؤمنين في هذه الآية وراثه النساء، بمعنى الزواج منهن أو تزويجهن بالإكراه، وهذا يدل على عدم صحة الزواج بالإكراه لحرمته⁽²⁾.

3- قول النبي صلى الله عليه وسلم: (إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ [وفي رواية: تَجَاوَزَ] عَن أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ)⁽³⁾. فهذا الحديث يدل بعمومه على أن كل تصرف صدر عن إكراه فهو موضوع إثمه وحكمه، ولا أثر له في أحكام الدنيا والآخرة؛ إلا ما استثني بدليل خاص⁽⁴⁾.

4- حديث حُنَسَاءِ بِنْتِ خِدَامِ الْأَنْصَارِيَّةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: (أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَهِيَ ثَيِّبٌ، فَكَرِهَتْ ذَلِكَ، فَأَتَتْ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم فَرَدَّ نِكَاحَهَا)⁽⁵⁾. فالحديث يدل على أنه لا بد لصحة النكاح من رضا المرأة الثيب وإذنها للولي بتزويجها، وأن نكاح المكره مردود لا يصح⁽⁶⁾.

5- حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا، فَإِنْ سَكَتَتْ فَهَوَ إِذْنُهَا، وَإِنْ أَبَتْ فَلَا جَوَازَ عَلَيْهِا)⁽⁷⁾. وحديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا، فَإِنْ سَكَتَتْ فَقَدْ أَذِنَتْ، وَإِنْ أَبَتْ لَمْ تُكْرَهُ)⁽⁸⁾.

(1) صحيح البخاري، م.س، كتاب تفسير القرآن، باب لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها، 44/6، حديث رقم: 4579.

(2) ينظر: التحرير والتنوير، م.س، 283/4؛ مبدأ الرضا في العقود، م.س، 453/1.

(3) سبق تخريجه، ص. 48-49.

(4) ينظر: فتح الباري، م.س، 161/5، جامع العلوم والحكم، م.س، ص. 499.

(5) سبق تخريجه، ص. 20.

(6) ينظر: إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، م.س، 98/10.

- تنبيه: بؤب البخاري في صحيحه، م.س، 20/9 بابا بعنوان: «باب لا يجوز نكاح المكره»، وذكر فيه حديث حُنَسَاءِ بِنْتِ خِدَامِ، فانتقد بعض الشراح هذا الصنيع بزعم أن الحديث لا يتناسب مع ترجمة الباب، فقد جاء في فيض الباري على صحيح البخاري للكشميري، م.س، 412/6: «الإكراه على النكاح بأن يهدده بالنفس، أو إتلاف العضو، إلا أن يتكلم بالإيجاب أو القبول؛ وحينئذ حديث حُنَسَاءِ في غير محله، فإن أباه كان زوجه بعبارة، ولم يكن أكرهها على الإيجاب والقبول، وليست ولاية الإيجاب من باب الإكراه في شيء، فإن معناها نفاذ القول عليها بدون رضاها، وليس معناها أن يضربها الأب أو الولي، فيجبرها أن تُنكح نفسها، كما زعم.» ويظهر لي أن البخاري لم يقصد من إيراد الحديث هنا معناه المباشر؛ وإلا فقد أخرجه في موضع سابق من صحيحه، 18/7، ويوب عليه بقوله: «باب إذا زوج ابنته وهي كارهة فيكأخه مردود.» وإنما قصد أن الحديث يدل على عدم جواز نكاح الإكراه بالأولى؛ فإذا كان تزويج الأب ابنته وهي كارهة مردودا، فنكاح المكره الذي أكره على التلفظ بالصيغة أولى بالرد.

(7) سبق تخريجه، ص. 20.

(8) سبق تخريجه، ص. 20.

فالحديثان يفيدان وجوب استثمار اليتيمة عند تزويجها، وعدم جواز إكراهها، فإن زوجت بالإكراه لم يلزمها الزواج؛ لما فيه من التعدي عليها⁽¹⁾، فقوله: «لَا جَوَازَ عَلَيَّهَا»، أي لا تَعَدِّي عَلَيْهَا بالإكراه والإجبار، ورفع العدوان يستلزم بطلان النكاح.

6- حديث ابنِ عُمَرَ رضي الله عنهما قَالَ: «تُوْفِّي عُثْمَانُ بْنُ مَطْعُونٍ، وَتَرَكَ ابْنَةً لَهُ مِنْ حَوْلَةِ بِنْتِ حَكِيمِ بْنِ أُمَيَّةَ بْنِ حَارِثَةَ بْنِ الْأَوْقَصِ، وَأَوْصَى إِلَى أَخِيهِ قُدَامَةَ بْنِ مَطْعُونٍ، قَالَ عَبْدُ اللَّهِ: وَهُمَا خَالَايَ، فَحَطَبْتُ إِلَى قُدَامَةَ بْنِ مَطْعُونٍ ابْنَةَ عُثْمَانَ بْنِ مَطْعُونٍ فَرَوَّجْتُهَا، وَدَخَلَ الْمُغِيرَةُ بْنُ شُعْبَةَ، يَعْنِي إِلَى أُمِّهَا، فَأَرْغَبَهَا فِي الْمَالِ، فَحَطَّتْ إِلَيْهِ، وَحَطَّتْ الْجَارِيَةُ إِلَى هَوَى أُمِّهَا، فَأَبْتَنَا حَتَّى ارْتَفَعَ أَمْرُهُمَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم، فَقَالَ قُدَامَةُ بْنُ مَطْعُونٍ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ابْنَةُ أَخِي أَوْصَى بِهَا إِلَيَّ، فَرَوَّجْتُهَا ابْنَ عَمَّتِهَا، فَلَمْ أَقْصِرْ بِهَا فِي الصَّلَاحِ وَلَا فِي الْكِفَاءَةِ، وَلَكِنَّهَا امْرَأَةٌ، وَإِنَّمَا حَطَّتْ إِلَى هَوَى أُمِّهَا، قَالَ: فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم: هِيَ يَتِيمَةٌ، وَلَا تُنْكَحُ إِلَّا بِإِذْنِهَا، [وفي رواية: فَرَدَّ نِكَاحَهُ]⁽²⁾، قَالَ: فَانْتَرَعَتْ وَاللَّهِ مِنِّي بَعْدَ أَنْ مَلَكَتُهَا، فَرَوَّجُوهَا الْمُغِيرَةُ بْنُ شُعْبَةَ.»⁽³⁾

فالحديث دليل على أن تزويج اليتيمة مع كراهيتها لا يصح، وأنه نكاح مردود⁽⁴⁾. فمجموع هذه الأحاديث يدل على عدم جواز إكراه المرأة على الزواج، فإن أكرهت عليه كان الزواج باطلا مردودا. قال الشوكاني بعد ذكره للأحاديث السابقة: «الأحاديث في هذا الباب كثيرة، وهي تفيد أنه لا يصح نكاح من لم ترض، بكرة كانت أو ثيبا.»⁽⁵⁾

وهذا يدل بالأولى على أن النكاح أيضا مردود لا يصح، إذا كان المكروه هو الولي أو الزوج؛ إذ هما المباشران للعقد، فتكون الصيغة عندئذ قد صدرت تحت الإكراه، فلا عبرة بها.

7- ومما يدل على أن نكاح المكروه لا يقبل الإجازة، أنه نكاح لم ينعقد أصلا؛ لأن عبارة المكروه مُلغاة لا أثر لها، فهي كعبارة المجنون والمعتوه؛ ولأنها تفتقر إلى الرضا والقصد؛ فالمكروه غير راض بإنشاء العقد، ولا قاصدا لترتيب أحكامه، وإنما قصد دفع الضرر عنه⁽⁶⁾. ثم إن المكروه في تلفظه بما أكره عليه، إنما هو حاكٍ لكلام غيره، ولا أثر لكلام الحاكي⁽⁷⁾.

(1) ينظر: تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، م.س، 207/4؛ عون المعبود شرح سنن أبي داود، محمد أشرف بن أمير العظيم آبادي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1415هـ، 83/6.

(2) سنن الدارقطني، م.س، كتاب النكاح، 331/4، حديث رقم: 3548.

(3) سبق ترجمته، ص.138.

(4) ينظر: نيل الأوطار، م.س، 145/6.

(5) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، م.س، ص.364.

(6) ينظر: مجموع الفتاوى، م.س، 62/6؛ إعلام الموقعين، م.س، 232/1، 42/4.

(7) ينظر: المحلى بالآثار، م.س، 203/7.

ولو قيل بأن نكاح المكره منعقد، فهو بمنزلة النكاح على الخيار، أي النكاح مع اشتراط الخيار، ولا يجوز الخيار في النكاح، فيكون باطلا أيضا⁽¹⁾. وقد ردّ النبي ﷺ نكاح خنساء بنت خدام التي زوجها أبوها وهي كارهة، ولم يقل لها: إلا أن تشائي أن تجيزي ما فعل أبوك، مع حثه ﷺ على طاعة الآباء، فهذا يدل على أنها لو أجازته لم يجز⁽²⁾.

ثانيا- القول بصحة الزواج المشوب بالإكراه

مضمون هذا الرأي أن عقد الزواج المشوب بالإكراه عقد صحيح نافذ. وبهذا قال الحنفية؛ لكنهم يقصدون بنكاح الإكراه الذي يصح نافذا، ما كان فيه المُكْرَه سواء كان وليا أو زوجا أو زوجة، قد أكره على مباشرة العقد بنفسه؛ بحيث يتلفظ بالإيجاب أو القبول دون رضاه⁽³⁾. أما إذا كان الإكراه واقعا من الولي على من تحت ولايته، بأن زوجها بغير رضاها، فالنكاح هنا يكون موقوفا على الإجازة، كما سيأتي في القول الثالث.

إذن فعقد النكاح المشوب بالإكراه عند الحنفية يقع صحيحا نافذا، لا يجوز فسخه بسبب الإكراه، أما من حيث لزومه فيُنظر؛ فإذا وقع بمهر المثل، وبزوج كفاء، فهو عقد لازم لا خيار في فسخه، أما إن أكرهت المرأة أو وليها على عقد الزواج بغير كفاء، أو بأقل من مهر المثل، فلا يكون العقد لازما لها ولا لأوليائها، فيثبت لهم جميعا الخيار في فسخه بعد زوال الإكراه، بحيث لو رضيت به المرأة سقط خيارها، وبقي خيار الأولياء قائما⁽⁴⁾.

ويُستثنى من صحة نكاح المكره، ما لو أكره الولي على تزويج ابنته الصغيرة بغير كفاء، أو بأقل من مهر المثل، فلا يصح النكاح في هذه الحالة، ويكون باطلا⁽⁵⁾.

والحقيقة أن بطلان النكاح في هذه الحالة ليس لعلّة الإكراه، وإنما هو لعلّة عدم الكفاءة، وعدم مهر المثل؛ ولذلك فلا تعدّ هذه الحالة استثناءً من حكم الحنفية بتصحيح نكاح الإكراه.

(1) ينظر: النوادر والزيادات، م.س، 258/10.

(2) ينظر: الاستذكار، م.س، 469/5؛ شرح صحيح البخاري لابن بطال، م.س، 255/7؛ الأم، م.س، 19/5-20؛ الحاوي الكبير، م.س، 54/9-55.

(3) ينظر: المبسوط، م.س، 56، 64/24؛ بدائع الصنائع، م.س، 182/7.

(4) ينظر: الفتاوى الهندية، م.س، 294/1؛ المحيط البرهاني، م.س، 26/3؛ تحفة الفقهاء: علاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1994م، 276/3-277.

(5) يقول علي حيدر في درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، م.س، 734/2: «لَكِنَّ لَوْ أُكْرِهَ أَحَدٌ عَلَى تَزْوِيجِ ابْنَتِهِ الصَّغِيرَةِ مِنْ غَيْرِ كُفَاءٍ، فَلَا يَصِحُّ التِّكَاحُ، وَكَذَلِكَ لَوْ زَوَّجَ أَحَدٌ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ، بِأَقْلٍ مِنْ مَهْرِ الْمَثَلِ مُكْرَهًا، فَلَا يَنْعَقِدُ التِّكَاحُ، مَا لَمْ يَبْلُغِ الْمَهْرُ إِلَى مَهْرِ الْمَثَلِ.»

واستدل الحنفية على صحة ونفاذ النكاح بالإكراه بما يأتي:

1- عمومات النصوص الشرعية التي تأمر بالنكاح على الإطلاق، دون تقييده بالرضا، كقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ [النور، 32]. وهذا يفيد أن النكاح يصح مع الإكراه؛ لعدم توقفه على الرضا، بخلاف البيع وغيره من التصرفات المالية، فإنها تتوقف على الرضا؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء، 29].
فالإكراه لا يُعَدُّ إلا الرضا، أي رضا المكره بحكم قوله. أما أصل القصد والاختيار فلا ينعدم ولا يفسد؛ لأن المكره عرف الشرين فاختر أهونهما، وهذا دليل حسن اختياره؛ ولذلك يصح نكاحه لصحة اختياره⁽¹⁾.

وقد ردَّ الجمهور على هذا الاستدلال، بأن النصوص المتعلقة بالنكاح، وإن جاءت مطلقة عن التقييد بالرضا في مواضع، فإنها مقيدة بنصوص أخرى نصت على ضرورة الرضا في النكاح، فلا فرق إذن بين الأنكحة والبيوع في كونها جميعاً عقود تتوقف على الرضا⁽²⁾.

2- النكاح من التصرفات القولية، وهي تصح مع الإكراه؛ لأن الإكراه لا يُتصور على الأقوال، كما لا يتصور على الاعتقادات؛ لأن أحداً لا يقدر على أن يتكلم بلسان غيره، ولا أن يغير معتقد قلبه جبراً، فكل متكلمٍ مختارٌ فيما يتكلم به، فلا يكون مستكرهاً عليه حقيقة⁽³⁾.
ويُرد على هذا الاستدلال، بأن الحنفية أنفسهم يتناقضون في هذا الباب؛ فهم ينفون تأثير الإكراه في بعض العقود كالنكاح، ويثبتون تأثيره في عقود أخرى كالبيع، رغم أنها جميعاً أقوال. فهذا تفريق لا دليل عليه؛ بل هو تناقض، وخروج عن مقتضى القياس⁽⁴⁾.

3- النكاح من العقود والتصرفات التي لا تقبل الفسخ، كالطلاق، والعتق، والرجعة، واليمين، وذلك أنها تصح مع الهزل؛ لحديث النبي ﷺ: (ثَلَاثٌ جَدُّهُنَّ جَدٌّ، وَهَزْهُنَّ جَدُّ: النِّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ، وَالرَّجْعَةُ)⁽⁵⁾. فإذا صح النكاح مع الهزل، فكذلك يصح مع الإكراه قياساً عليه، ووجه القياس أن

(1) ينظر: المبسوط، م.س، 58/24؛ بدائع الصنائع، م.س، 182/7، 184، 186.

(2) ينظر: المحلى بالآثار، م.س، 57/9. ويراجع هذا البحث، ص. 18-22.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 182/7؛ كشف الأسرار، م.س، 388/4.

(4) يقول ابن حزم في المحلى، م.س، 466/9: «وَمِنْ أَعْظَمِ تَنَافُضِهِمْ: أَنَّهُمْ يُجِيزُونَ طَلَّاقَ الْمُكْرَهِ، وَنِكَاحَهُ، وَإِنكَاخَهُ، وَرَجْعَتَهُ، وَعَتَقَهُ، وَلَا يُجِيزُونَ بَيْعَهُ، وَلَا آيْتَانَهُ، وَلَا هِبَتَهُ، وَلَا إِفْرَارَهُ، وَهَذَا تَلَاغِبٌ بِالذِّينِ، وَتَعَوُّدٌ بِاللَّهِ مِنَ الْخِدْلَانِ.» ويقول ابن القيم في إعلام الموقعين، م.س، 232/1: «وَأَيَّمَا ائْتَمَعَتْ عُقُودُ الْمُكْرَهِ مِنَ التَّفْوِذِ؛ لِعَدَمِ الرِّضَا الَّذِي هُوَ مُصَحِّحُ الْعَقْدِ، وَهُوَ أَمْرٌ تَسْتَوِي فِيهِ عُقُودُهُ كُلُّهَا، مُعَاوَضَتُهَا وَتَبَرُّعَاتُهَا، وَعَتَقُهُ وَطَلَّاقُهُ، وَخُلْعُهُ وَإِفْرَارُهُ، وَهَذَا هُوَ تَخْضُ الْقِيَاسِ وَالْمِيزَانِ، فَإِنَّ الْمُكْرَهَ تَحْمُولٌ عَلَى مَا أُكْرِهَ عَلَيْهِ غَيْرَ مُخْتَارٍ لَهُ، فَأَقْوَالُهُ كَأَقْوَالِ النَّائِمِ وَالنَّاسِي، فَأَعْتَبَارُ بَعْضِهَا، وَإِلْغَاءُ بَعْضِهَا، خُرُوجٌ عَنِ تَخْضِ الْقِيَاسِ.»

(5) سبق تحريجه، ص. 27.

كلا من الهازل والمكره قاصد للتكلم مختار له، وإن لم يكن مريدا لحكم الكلام وأثره، ولا راضيا به طبعا⁽¹⁾.

وقد ردّ الجمهور على هذا القياس بأنه قياس مع الفارق، فبين المكره والهازل فرق واضح؛ إذ الهازل قاصد للتلفظ بالكلام، وإن لم يكن قاصدا لأثره وحكمه، أما المكره فليس قاصدا للفظ ولا لأثره. وهذا الفرق يقتضي عدم التسوية بينهما في الحكم؛ فالأنسب للهازل تصحيح تصرفه؛ لقصد التلفظ من جهة، ومعاقبة له على استهزائه من جهة أخرى. والآنسب للمكره إبطال تصرفه؛ لعدم قصده، وتخفيفا عليه⁽²⁾.

ثالثا- القول بأن الزواج المشوب بالإكراه موقوف على الإجازة

مضمون هذا القول أن الزواج المشوب بالإكراه موقوف على اختيار المكره بعد زوال الإكراه، فإن أجازته صحّ ونفد، وإن رده ففسخ، فهو موقوف على الإجازة، فلا ينفذ حتى يُجاز، بخلاف الموقوف على الفسخ، فهو نافذ حتى يُفسخ، فالأول غير نافذ، والثاني نافذ غير لازم. وبهذا قال بعض المالكية⁽³⁾، واستنبطوه بالقياس على قواعد المذهب⁽⁴⁾. وهو رواية عن أحمد⁽⁵⁾.

(1) ينظر: المسبوط، م.س، 57، 58/24؛ بدائع الصنائع، م.س، 182/7؛ كشف الأسرار، م.س، 389/4.

(2) قال ابن القيم في إعلام الموقعين، م.س، 56-55/3: «المُكْرَهُ عَلَى كَلِمَةِ الْكُفْرِ أَمَّا بِصَرِيحِ كَلِمَتِهِ، وَلَمْ يَكْفُرْ لِعَدَمِ إِزَادَتِهِ، بِخِلَافِ الْمُسْتَهْزِئِ وَالْهَازِلِ؛ فَإِنَّهُ يَلْزِمُهُ الطَّلَاقُ وَالْكَفْرُ، وَإِنْ كَانَ هَازِلًا؛ لِأَنَّهُ قَاصِدٌ لِلتَّكَلُّمِ بِاللَّفْظِ، وَهَزْلُهُ لَا يَكُونُ عُذْرًا لَهُ، بِخِلَافِ الْمُكْرَهُ وَالْمُخْطِئِ وَالنَّاسِي، فَإِنَّهُ مَعْدُورٌ مَأْمُورٌ بِمَا يَقُولُهُ، أَوْ مَأْدُونٌ لَهُ فِيهِ، وَالْهَازِلُ غَيْرُ مَأْدُونٍ لَهُ... وَالْهَازِلُ لَمْ يَجْعَلْهُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ عُذْرًا صَافِيًا، بَلْ صَاحِبُهُ أَحَقُّ بِالْعُذُوبَةِ، أَلَا تَرَى أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى عَذَرَ الْمُكْرَهُ فِي تَكَلُّمِهِ بِكَلِمَةِ الْكُفْرِ، إِذَا كَانَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنًّا بِالْإِيمَانِ، وَلَمْ يَعْذِرِ الْهَازِلَ؛ بَلْ قَالَ: ﴿وَلَيْنَ سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ لَا تَعْتَدِرُوا قَدِ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ﴾ [التوبة، 65-66].» وينظر: الفتاوى الكبرى، م.س، 64/6.

(3) قد نسب الشيخ عليش في فتح العلي المالک، م.س، 52-51/2 هذا القول لشمس الدين التتائبي، ونسبه أيضا في منح الجليل، م.س، 54/4 لابن عرفة. يقول ابن عرفة في كتابه: المختصر الفقهي، تحقيق: حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، ط1، 2014م، 162/4: «وَالْوَطْءُ فِي نِكَاحِ الْإِكْرَاهِ إِكْرَاهًا زِنًا مِنَ الْوَطْئِ الْمُكْرَهُ لَا الْمُكْرَهَةَ، وَإِجَازَتُهُ بَعْدَ وُقُوعِهِ اخْتِيَارًا كِنِكَاحٍ مَوْفُوفٍ.» وينظر: التاج والإكليل، م.س، 315/5.

(4) يقول ابن أبي زيد القيرواني في النوادر والزيادات، م.س، 258/10: «قال محمد [ابن سحنون]: أجمع أصحابنا على إبطال نكاح المكره، وكذلك نكاح المكره، ولا يجوز المقام عليه؛ لأنه لم ينقده... وفي قياس بعض مذاهب مالك: أن للمكره إمضاء ذلك النكاح أمنا مطمئنا، وكذلك لأولياء المرأة المكرهه. وفي قياس بعض مذاهبهم: إنما تحوز إجازة المكره بحدثن ذلك وقربه، وإلا لم يجز، وكذلك في أولياء المرأة.» وينظر: منح الجليل، م.س، 56/4؛ فتح العلي المالک، م.س، 52-51/2.

(5) يقول ابن قدامة في المغني، م.س، 379/9: «وكذلك الحكم إذا زوج الأجنبي، أو زوجت المرأة المعتبر إذنها بغير إذنها... فالنكاح في هذا كله باطل، في أصح الروايتين. نص عليه أحمد في مواضع... وعن أحمد رواية أخرى، أنه يقف على الإجازة؛ فإن أجازته جاز، وإن لم يجزه فسد.» وينظر: شرح الزركشي لمتن الخرقى، م.س، 90/5. المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين: أبو يعلى الفراء، تحقيق: عبد الكريم بن محمد اللاحم، مكتبة المعارف، الرياض، ط1، 1985م، 82/2.

وهو أيضا مذهب الحنفية إذا كان الإكراه من الولي للمرأة المعتبر رضاها، بأن زوجها دون رضاها، أو مع كراهيتها. ففي هذه الصورة يكون العقد موقوفا على إجازتها، فإن أجازته نفذ، وإن لم تجزه بطل. يقول الكاساني: «الرِّضَا فِي نِكَاحِ الْبَالِغَةِ شَرْطُ الْجَوَازِ [أي النفاذ]، فَإِذَا زُوِّجَتْ بِغَيْرِ إِذْنِهَا، تَوَقَّفَ التَّزْوِيجُ عَلَى رِضَاهَا، فَإِنْ رَضِيَتْ جَازًا، وَإِنْ رَدَّتْ بَطَلَ.»⁽¹⁾

لكنهم يشترطون لعدم نفاذ العقد وتوقفه على إجازة المرأة في هذه الصورة، ألا يوجد منها ما يدل على الرضا، قبل العقد أو بعده، ومن الرضا سكوت البكر قبل العقد، عند استئذانها، أو سكوتها بعد العقد عليها دون استئذانها؛ بل حتى لو أبت قبل العقد، ثم سكتت بعده، لكان ذلك منها رضا به⁽²⁾.

فالحنفية إذن ومع اعتدادهم برضا المرأة البالغة في النكاح، سواء كانت بكرًا أم ثيبًا، فإنهم يتساهلون في المقابل فيما يعد إجازة منها في حال الإكراه، فيجعلون من الإجازة سكوت البكر، إذا زوجها الولي من رجل، كانت قبل العقد قد أعربت عن كراهيتها له.

والمقصود بصحة انعقاد الزواج موقوفا على الإجازة، أنه لا يحتاج عند الإجازة إلى تجديد عقد آخر؛ بل يكفي مجرد وقوعها، فإن وقعت صح العقد، وترتبت عليه جميع آثار النكاح الصحيح، وإن لم تتم إجازته، كان وجوده كعدمه⁽³⁾.

وينبغي التنبيه هنا إلى أن النكاح الموقوف على الإجازة، قبل إجازته لا يثبت فيه شيء من أحكام النكاح الصحيح، كحل الاستمتاع، ولحوق الطلاق، والتوارث وغير ذلك من أحكام النكاح الصحيح⁽⁴⁾. فلو مات الزوج المكره مثلا قبل إجازته للعقد، بطل العقد، ولا ترثه الزوجة. واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

1- حديث ابن عباس رضي الله عنهما: (أَنَّ جَارِيَةَ بَكْرًا أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ، فَذَكَرَتْ أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَهِيَ كَارِهَةٌ، فَخَيَّرَهَا النَّبِيُّ ﷺ)⁽⁵⁾.

(1) بدائع الصنائع، م.س، 242/2؛ وينظر: المبسوط، م.س، 02/5؛ البناية شرح الهداية، م.س، 80/5.

(2) يقول السرخسي في المبسوط، م.س، 09/5: «إِذَا أُسْتُؤِمِرَتْ [أي البكر البالغة] فِي نِكَاحِ رَجُلٍ خَطَبَهَا، فَأَبَتْ، ثُمَّ زَوَّجَهَا الْوَلِيُّ مِنْهُ فَسَكَتَتْ، فَهِيَ رِضَاهَا؛ لِأَنَّهَا لَمَّا أَبَتْ بَطَلَ اسْتِئْذَانَهَا، فَكَأَنَّهُ زَوَّجَهَا مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَانٍ، فَيَكُونُ سُكُوتُهَا رِضَاهَا، وَكَانَ مُحَمَّدٌ بْنُ مُقَاتِلٍ -رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى- يَقُولُ هُنَا: لَا يَجُوزُ، وَلَا يَكُونُ سُكُوتُهَا رِضًا؛ لِأَنَّهَا قَدْ صَرَّحَتْ بِالسُّخْطِ، فَكَيْفَ يَكُونُ سُكُوتُهَا بَعْدَ ذَلِكَ دَلِيلًا رِضَاهَا؛ وَلَكِنَّا نَقُولُ: قَدْ يَسْخَطُ الْمَرْءُ الشَّيْءَ فِي وَقْتٍ وَيَرْضَى بِهِ فِي وَقْتٍ آخَرَ، فَسُخْطُهَا قَبْلَ الْعَقْدِ لَا يَمْنَعُنَا أَنْ نَجْعَلَ سُكُوتَهَا رِضًا بَعْدَ الْعَقْدِ.» وينظر أيضا: شرح فتح القدير، م.س، 268/3.

(3) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، م.س، ص.364.

(4) ينظر: الحاوي الكبير، م.س، 55/9؛ المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، م.س، 82/2؛ المغني، م.س، 380/9.

(5) سبق تخريجه، ص.20.

2- حديث عائشة رضي الله عنها: (أَنَّ فَتَاةً دَخَلَتْ عَلَيْهَا، فَقَالَتْ: إِنَّ أَبِي زَوَّجَنِي ابْنَ أَخِيهِ لِيَرْفَعَ بِي خَسِيسَتَهُ، وَأَنَا كَارِهَةٌ، قَالَتْ: اجْلِسِي حَتَّى يَأْتِيَ النَّبِيُّ ﷺ، فَجَاءَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَأَخْبَرْتُهُ، فَأَرْسَلَ إِلَيَّ أَبِيهَا فَدَعَا، فَجَعَلَ الْأَمْرَ إِلَيْهَا، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَدْ أَجَزْتُ مَا صَنَعَ أَبِي؛ وَلَكِنْ أَرَدْتُ أَنْ أَعْلَمَ أَلَلِّسَاءِ مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ⁽¹⁾).

فتخير النبي ﷺ للجارية المكروهة بين إجازة النكاح أو رده، وتقريره لإجازة الفتاة المكروهة ما عقده أبوها، يدل على أن نكاح المكروهة ينعقد موقوفاً على الإجازة⁽²⁾.

ولا يصح تأويل تخيير النبي ﷺ للجارية المكروهة على النكاح في حديث ابن عباس، على أن علة التخيير هي أن أبها زوجها من غير كفاء؛ إذ أن الحديث ذكر التخيير معلقاً على علة الكراهية، فلا يجوز تعليقه على علة أخرى غير مذكورة في الحديث⁽³⁾. وكذلك حديث عائشة فيمن زوجها أبوها ابن عمها؛ ليرفع بذلك خسيسته، لا يصح تأويله بأنه خيرها لعله عدم كفاءة الزوج؛ لأن الزوج كان ابن عمها، وابن العم عند العرب كفاء للمرأة⁽⁴⁾.

ثم إن قولها: (لِيَرْفَعَ بِي خَسِيسَتَهُ). هو كلام يحتمل أن يكون الضمير فيه راجعاً إلى أبيها، أي يُريد أبوها أن يزيل حقارة نفسه، بتزويجها بابن أخيه الغني مثلاً، ويحتمل أن يكون الضمير راجعاً إلى ابن أخيه، فهو الذي كان حقيراً فقيراً، وكانت المرأة أو أبوها من أهل اليسار والغنى⁽⁵⁾. ومع الاحتمال يسقط الاستدلال.

(1) مسند أحمد، م.س، مسند الصديقة عائشة، 492/41-493، حديث رقم: 25043؛ سنن النسائي، م.س، كتاب النكاح، باب البكر يزوجه أبوها وهي كارهة، 86/6، حديث رقم: 3269؛ سنن ابن ماجه، م.س، أبواب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة، 73/3، حديث رقم: 1874. والحديث صححه شعيب الأرنؤوط في تحقيقه للمسنود، م.س، 493/41؛ ومحمد الإثيوبي في ذخيرة العقبى شرح المجتبى، م.س، 229/27؛ وأعله الألباني بالانقطاع في تعليقاته على الروضة الندية، م.س، 141/2؛ لكنه تراجع عن ذلك في السلسلة الصحيحة، م.س، 1009/7، وحكم باتصال سنده.

(2) ينظر: سبل السلام، م.س، 179/2؛ الجوهر النقي على سنن البيهقي، م.س، 118/7؛ المبسوط، م.س، 09/5؛ حاشية السندي على سنن النسائي: محمد بن عبد الهادي السندي، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط2، 1986م، 87/6.

(3) قال الصنعاني في سبل السلام، م.س، 179/2: «قَالَ الْبَيْهَقِيُّ [السنن الكبرى، م.س، 190/7] فِي تَفْوِيَةِ كَلَامِ الشَّافِعِيِّ: إِنَّ حَدِيثَ ابْنِ عَبَّاسٍ هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ زَوَّجَهَا مِنْ غَيْرِ كُفٍّ. قَالَ الْمُصَنِّفُ [ابن حجر في الفتح، م.س، 196/9]: جَوَابُ الْبَيْهَقِيِّ هُوَ الْمُعْتَمَدُ؛ لِأَنَّهَا وَقَعَتْ عَيْنٌ فَلَا يَثْبُتُ الْحُكْمُ بِمَا تَعْمِيمًا. (قُلْتُ) [الصنعاني]: كَلَامُ هَذَيْنِ الْإِمَامَيْنِ مُحَامَاةٌ عَنْ كَلَامِ الشَّافِعِيِّ وَمَذْهَبِهِمْ، وَإِلَّا فَتَأْوِيلُ الْبَيْهَقِيِّ لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ، فَلَوْ كَانَ كَمَا قَالَ لَدَكَرْتُهُ الْمَرْأَةُ؛ بَلْ قَالَتْ: إِنَّهُ زَوَّجَهَا، وَهِيَ كَارِهَةٌ، فَالْعِلَّةُ كَرَاهَتُهَا، فَعَلَيْهَا عُلُقُ التَّخْيِيرِ؛ لِأَنَّهَا الْمُدْكُورَةُ، فَكَأَنَّهُ قَالَ ﷺ: إِذَا كُنْتُ كَارِهَةً فَأَنْتِ بِالْخِيَارِ، وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ إِنَّهَا وَقَعَتْ عَيْنٌ كَلَامٌ غَيْرٌ صَحِيحٌ؛ بَلْ حُكْمٌ عَامٌّ لِعُمُومِ عِلَّتِهِ، فَأَيْنَمَا وُجِدَتْ الْكَرَاهَةُ ثَبَّتَ الْحُكْمُ.» وينظر: الجوهر النقي، م.س، 118/7.

(4) ينظر: السبل الجرار، م.س، ص. 365، 376؛ سبل السلام، م.س، 179/2؛ شرح فتح القدير، م.س، 263/3.

(5) ينظر: شرح سنن ابن ماجه [مجموع من ثلاثة شروح: "مصباح الزجاجة" للسيوطي، "إنجاح الحاجة" للدهلوي، "ما يليق من حل اللغات وشرح المشكلات" للكنكوهي]، طبعة قديمي كتب خانة، كراتشي، (د.ط، د.ت)، ص. 135.

والراجح أن علة التخيير هي الكراهة؛ لكن هذا لا يمنع من كون سبب الكراهة هو عدم الكفاءة، وقد تكون الكراهة لسبب آخر، فمتى وُجدت ثبت التخيير بغض النظر عن سببها.

وأما حديث خنساء بنت خدام أن النبي ﷺ ردَّ نكاحها، فلا يستلزم أنه لم يخيرها قبل الرد؛ بل هو محمول على أنه خيرها، فلما اختارت عدم إجازته ردَّه. فقولُه: «فردَّ نكاحها»، يدل على أن العقد الذي وقع عليها يسمى نكاحاً، وأنها لو رضيت به لصحَّ، ولم يحتج إلى تجديد⁽¹⁾.

3- ومما يدل كذلك على توقف نكاح المكره على الإجازة أن هذا العقد له مُخَيَّرٌ في الحال، وهو الشخص المكره، فجاز أن يقف على إجازته؛ إذ كل عقد كان مُجَيِّزُهُ موجوداً حال العقد، جاز أن يكون موقوفاً على إجازته، قياساً على الوصية بأكثر من الثلث، تقع موقوفة على إجازة الورثة. وكذا اللقطة يُتصدق بها بعد الحول، تقع موقوفة على إجازة المالك⁽²⁾.

وبعد عرض الأقوال الثلاثة في حكم عقد الزواج المشوب بالإكراه، وبيان أدلة كل قول، يترجح عندي القول الثالث، وهو القول بصحة انعقاد الزواج المشوب بالإكراه موقوفاً على الإجازة⁽³⁾؛ لصراحة الأحاديث المثبتة للخيار للمكرهة على النكاح.

وكل ما استدل به الجمهور على بطلان نكاح المكره، فهو محمول على ما لو اختار المكره ردَّه، أما لو اختار إجازته فإنه يصح. وبهذا يُجمع بين الأدلة التي تثبت التخيير، والتي تذكر الردَّ، والجمع بين الأدلة وإعمالها كلها، خير من ترجيح بعضها، وإهمال بعضها الآخر.

أما قول الحنفية بصحة نكاح المكره فهو أضعف الأقوال؛ فما استدلوا به لا ينهض حجة لما ذهبوا إليه؛ لضعف أدلتهم من جهة، وقوة اعتراض الجمهور عليها من جهة ثانية⁽⁴⁾. ثم إنهم يتناقضون من حيث يجعلون تزويج الولي لموليته دون رضاها موقوفاً على إجازتها، في حين لو أكرهها بالتهديد حتى عقدت النكاح بنفسها صح منها العقد ونفذ عليها. كما يتناقضون أيضاً حين يصححون عقد زواج المكره إذا تم بأكثر من مهر المثل، ويبتلون ما زاد على مهر المثل بسبب الإكراه، فالقياس يقتضي أن يصححوا النكاح والزيادة معاً، أو يبطلوهما معاً⁽⁵⁾.

(1) ينظر: السبل الجرار، م.س، ص364؛ زاد المعاد، م.س، 143/5-144.

(2) ينظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، م.س، 691/2؛ الحاوي الكبير، م.س، 55/9؛ المغني، م.س، 380/9؛ المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، م.س، 82/2-83؛

(3) قال بهذا أيضاً من المعاصرين: اللجنة الدائمة للإفتاء بالسعودية في فتاواها، المجموعة الأولى، م.س، 126/18؛ وصالح الفوزان في مجموع فتاواه، جمع: حمود بن عبد الله المطر/ عبد الكريم بن صالح المقرن، دار ابن خزيمة، الرياض، ط1، 2003م، 541/2.

(4) ينظر: أثر الإكراه على التصرفات، م.س، ص142؛ الإكراه في عقد النكاح، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية: أسامة ذيب مسعود، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2011م، ص148.

(5) ينظر: النوادر والزيادات، م.س، 563/4-564؛ تفسير القرطبي، م.س، 439/12.

وأبنه هنا إلى أن الحنفية وإن كانوا لا يرون للإكراه تأثيراً في الزواج، فإنهم يرون له تأثيراً في العقود المالية، حيث يقولون بفسادها بالإكراه. أما المالكية فيجعلون تأثير الإكراه في الزواج أشد من تأثيره في باقي العقود، فهو يسلب الزواج صحته، بينما يسلب العقود المالية لزومها دون صحتها. وأما الشافعية والحنابلة فيستوون بين الزواج وباقي العقود في أن الإكراه يبطلها جميعاً⁽¹⁾.

رابعاً- إجازة الزواج المشوب بالإكراه أو ردّه

بناءً على ما رجحته من القول بكون النكاح المشوب بالإكراه موقوفاً، فإنه تصح إجازته بعد زوال الإكراه. والإجازة إنما تكون من المكروه، فإن كان المكروه هو الزوج توقف العقد على إجازته، وإن كان زوجة توقف العقد على إجازتها، وإن كان ولياً توقف العقد على إجازته وحده إن كان مجبراً، فإن لم يكن مجبراً، فلا تحصل الإجازة إلا باجتماع رأيه ورأي موليته⁽²⁾.

والإجازة تكون بكل ما يدل على الرضا صراحة أو ضمناً، باللفظ أو الفعل. قال ابن قدامة⁽³⁾: «إذا زوّجت التي يعتبر إذنها بغير إذنها، وقلنا: يقف على إجازتها، فإجازتها بالنطق، أو ما يدل على الرضا؛ من التمكين من الوطاء، أو المطالبة بالمهر والنفقة، ولا فرق في ذلك بين البكر والثيب؛ لأن أدلة الرضا تقوم مقام النطق به؛ ولذلك قال النبي ﷺ لبريرة: (إِنْ وَطِئَكَ فَلَا خِيَارَ لَكَ)⁽⁴⁾. جعل تمكينها دليلاً على إسقاط حقها، والمطالبة بالمهر والنفقة، والتمكين من الوطاء، دليل على الرضا؛ لأن ذلك من خصائص العقد الصحيح، فوجوده من المرأة دليل رضاها به.⁽⁵⁾»

ومن الأمور التي تدل على الرضا بالنكاح أيضاً، أن تقبل المرأة التهنئة بالزواج، وتقبض المهر والنفقة، أو تأخذ الهدايا من الزوج وتستعملها، أو تسمع الغناء وتعلم بالولائم المقامة لزواجها دون إظهار الردّ، أو تسمع تسمية الناس لها بزوجة فلان دون إنكار منها رغم زوال الإكراه⁽⁶⁾.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 182/7، 186؛ الشرح الكبير للدردير، م.س، 370/2؛ العزيز شرح الوجيز، م.س، 556/8؛ الفتاوى الكبرى، م.س، 61/6.

(2) ينظر: النوادر والزيادات، م.س، 564/4، 258/10.

(3) هو: موفق الدين، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، من أكابر فقهاء الحنابلة. ولد بنابلس سنة: 541هـ. برع في فنون كثيرة كالفقه والحديث. توفي بدمشق سنة: 620هـ. من كتبه: "المغني" و"الكافي" في الفقه الحنبلي. ينظر: الأعلام، م.س، 67/4.

(4) هو من حديث عائشة، وهو مخرج في: سنن أبي داود، م.س، كتاب الطلاق، باب حتى متى يكون لها الخيار، 551/3، حديث رقم: 2236؛ السنن الكبرى للبيهقي، م.س، كتاب النكاح، باب ما جاء في وقت الخيار، 367-366/7، حديث رقم: 14284؛ سنن الدارقطني، م.س، كتاب النكاح، باب المهر، 449/4، حديث رقم: 3775. وقد ضعفه الألباني في إرواء الغليل، م.س، 321/6؛ وصححه شعيب الأرنؤوط في تحقيقه لسنن أبي داود، م.س، 551/3-552؛ لما له من شواهد تقويه.

(5) المغني، م.س، 382/9؛ وينظر: بدائع الصنائع، م.س، 242/2؛ النوادر والزيادات، م.س، 563/4، 259/10.

(6) ينظر: البيان والتحصيل، م.س، 39/5-40؛ شرح ميارة الفاسي، م.س، 156/1-157؛ النوازل الجديدة الكبرى، م.س،

أما السكوت المجرد فلا يكون إجازة في حق الرجل أو المرأة الثيب. أما البكر فقد استحسنت الحنفية كون سكوتها إجازة، ترجيحاً لجانب الرضا على السخط؛ لأنها لو لم تكن راضية لردت؛ فهي تستحي من الإذن، ولا تستحي من الرد، فسكوتها عن الرد يُعد رضا⁽¹⁾.

وقال المالكية بأن سكوتها لا يكون إجازة لعقد وليها عليها دون إذنها؛ بل لا بد من نطقها؛ إذ السكوت يحتتمل الرضا والسخط، فلا يصلح دليلاً على الرضا مع وجود الاحتمال⁽²⁾.

فإذا أجزى العقد صح ونفذ من تاريخ إبرامه لا من تاريخ إجازته؛ لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق، قال الكاساني: «العقد الموقوف إذا اتصلت به الإجازة تستند الإجازة إلى وقت العقد، وإذا استندت الإجازة إليه صار كأنه عقده بإذنه، إذ الإجازة اللاحقة كالإذن السابق.»⁽³⁾

وإذا رُذِّ النكاح، وصرح المُكره بعدم رضاه به، بطل العقد وتعدرت إجازته بعد ذلك. فمن رضي به بعد الرد، فلا بد من استئناف عقد جديد. وقد سئل الإمام مالك «عَنْ رَجُلٍ زَوَّجَ أُخْتَهُ ثُمَّ بَلَغَهَا، فَقَالَتْ: مَا أَرْضَى، وَلَا أَمْرُهُ بِشَيْءٍ. ثُمَّ كَلَّمَتْ فِي ذَلِكَ فَرَضِيَتْ. فَقَالَ: لَا أَرَاهُ نِكَاحًا جَائِزًا، وَلَا يُقَامُ عَلَيْهِ حَتَّى يَسْتَأْنِفَا جَدِيدًا، إِنْ شَاءَتْ.»⁽⁴⁾

وإجازة العقد المشوب بالإكراه أو رده ليس له أجل أو مدة محددة؛ لكن في قول عند المالكية أن إجازة النكاح الموقوف إنما يكون بقرب زمان، كنحو ثلاثة أيام، وإلا بطل العقد⁽⁵⁾.

ويمكنني القول أن النكاح المشوب بالإكراه يُقبل إجازته بعد زوال الإكراه في مدة معقولة تكفي للتفكير في الأمر، كنحو شهر أو شهرين؛ لأنه ليس من السهل اتخاذ قرار بإجازة الزواج أو رده، خاصة إذا تم الدخول، وترتب عليه حمل وأولاد.

وفسخ الزواج المشوب بالإكراه يحتاج إلى قضاء القاضي، وقيل لا يحتاج إلى ذلك إذا حصل الفسخ بالتراضي. أما عند الاختلاف والنزاع، كأن يدعي أحدهما صحة العقد وحصول الرضا أو الإجازة، ويدعي الآخر خلاف ذلك، فلا بد من قضاء القاضي؛ ليرفع الخلاف، ويفصل في النزاع؛ لأن الأمر يحتاج إلى إثبات حصول الإكراه وتوافر شروطه⁽⁶⁾.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 242/2.

(2) ينظر: التاج والإكليل، م.س، 65/5؛ الشرح الصغير للدردير، م.س، 368/2.

(3) بدائع الصنائع، م.س، 237/2؛ وينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، م.س، 500/3؛ المغني، م.س، 381/9.

(4) الاستذكار، م.س، 469/5 (بتصرف يسير)؛ وينظر: المبسوط، م.س، 09/5؛ البناية شرح الهداية، م.س، 85/4.

(5) ينظر: النوادر والزيادات، م.س، 563/4-564، 258/10؛ التاج والإكليل، م.س، 65/5-66.

(6) قال الدسوقي في حاشيته، م.س، 239/2: «الحاصل أن محل الاختياج للحكم الحاكم بالفسخ إذا حصل نزاع، فإن تراضياً على الفسخ لم يُتخج للحكم، ويكفي قول الزوج طلقها أو فسخت نكاحها.» وينظر: مواهب الجليل، م.س، 448/3؛ المغني، م.س، 351/9.

الفرع الثاني

حكم عقد الزواج المشوب بالإكراه في القانون الوضعي

اختلفت قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة، وتباينت مواقفها بخصوص حكم عقد الزواج المشوب بالإكراه؛ فمنها من اعتبرته باطلا، ومنها من اعتبرته فاسدا، ومنها من اعتبرته صحيحا غير لازم. وسأحاول استعراض موقف كل قانون على حده.

أولا- حكم الزواج المشوب بالإكراه في القانون الجزائري

لم يتضمن قانون الأسرة الجزائري نصا صريحا في حكم الزواج المشوب بالإكراه⁽¹⁾؛ لكنه تضمن نصوصا عديدة قد يُستأنس بها لمعرفة حكمه. فالمادة 4 تعتبر الزواج عقدا رضائيا، وبناءً عليه لا يجوز الإكراه على الزواج (م13). والمادة 9 تنص على أن الزواج ينعقد بتبادل رضا الزوجين، فالتراضي إذن هو الركن الأساسي للزواج، وإذا اختل كان باطلا (م1/33). فهذه النصوص تفيد بمجموعها أن زواج الإكراه فيه خلل ما؛ لكنها لم تبين بوضوح الوصف الدقيق لهذا العقد، فهل هو باطل أم فاسد، أم قابل للإبطال، أم صحيح غير لازم؟

فعدم وضوح هذه النصوص يطرح أمام القضاة وفقهاء القانون والباحثين عدة احتمالات حول حكم هذا الزواج، ويمكن إجمالها فيما يأتي:

1- بطلان الزواج المشوب بالإكراه

هذا الاحتمال يستند إلى النصوص السابقة على أساس أنها تعني بالرضا الطوعية وعدم الإكراه، وأن هذا الأخير يؤدي إلى اختلال الرضا. وعلى فرض أن هذه النصوص لا تفيد بطلان عقد الزواج صراحة، فإنه بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي بمقتضى المادة 222، يتعين الأخذ بقول جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) القائلين ببطلان عقد الزواج بالإكراه؛ لأنه الأقرب إلى معنى تلك النصوص⁽²⁾.

ويمكن تعليل الحكم بالبطلان أيضا، بأن المشرع الجزائري يشترط حضور الزوجين في مجلس العقد، وأن يتم التعبير عن رضائهما (الإيجاب والقبول) شخصا (م9، 1/11)، فإذا تمّ الزواج بإيجاب أو قبول صادر من قبل الولي أو الوكيل دون إذن الزوج المعني ولا رضاه، فهنا يكون العقد

(1) صرحت بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية بحكم الزواج بالإكراه، كالقانون العراقي الذي نص في المادة 1/9 على أنه: «يعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلا إذا لم يتم الدخول». والقانون اليمني الذي نص في المادة 10 على أن: «كل عقد بُني على إكراه الزوج أو الزوجة لا اعتبار له [أي باطل]». والقانون الكويتي الذي نص في المادة 25 على أنه: «لا يصح زواج المكره».

(2) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 164/1؛ أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، م.س، 122/1؛ عقد الزواج، م.س، ص.67.

باطلا بطلانا مطلقا؛ لانعدام ركن الرضا، حيث لم يصدر الإيجاب أو القبول من الزوج المعني أصلا؛ ولكن هذا التعليل لا يستقيم في حالة تزويج القاصر من قبل وليه مع كراهيته؛ لأن التعبير عن الإيجاب والقبول في هذه الحالة هو من اختصاص الولي (م2/11). وكذلك الأمر في حالة صدور الإيجاب أو القبول من الزوج المعني تحت ضغط التهديد والوعيد. ففي هاتين الحالتين لا يمكن القول بأن ركن الرضا منعدم؛ بل هو موجود، ولكنه معيب بالإكراه؛ ولذلك لا يستقيم أن نحكم على العقد بالبطلان المطلق.

وقد أخذ القضاء الجزائري بهذا الاحتمال، فحكم ببطلان عقد الزواج بسبب إجبار المرأة من قبل وليها، حيث قام بتزويجها رغم رفضها⁽¹⁾. كما حكم ببطلان الزواج بسبب إكراه المرأة من قبل الزوج⁽²⁾. بل ذهب القضاء إلى أبعد من هذا حين قرر أنه: «لا يمكن لقضاة الموضوع إجبار زوجة ما على الدخول بها رغم معارضتها له أو عدم رضاها به.»⁽³⁾ فإذا كان إجبار الزوجة على الدخول مع قيام عقد الزواج الصحيح لا يجوز، فعدم إجبارها على العقد ابتداءً أولى بالمنع. وهذا يستلزم القول ببطلان عقد الزواج المشوب بالإكراه.

2- فساد الزواج المشوب بالإكراه

يمكن أن يستند هذا الاحتمال إلى كون الخلل الذي يصيب الرضا بسبب الإكراه لا يصل إلى حدّ إعدامه، وإنما يعيبه ويفسده، والوصف المناسب للعقد المشوب بهذا النوع من الخلل هو وصف الفساد؛ لأن الزواج الفاسد أقل خلا من الزواج الباطل في نظر قانون الأسرة (م33)⁽⁴⁾. ويمكن أن يستند هذا التفسير أيضا إلى رأي جمهور فقهاء الشريعة (المالكية والشافعية والحنابلة)، فهم وإن كانوا لا يفرقون بين الباطل والفساد، فإنهم لا يجعلون العقود الفاسدة (أو الباطلة) كلها على مرتبة واحدة؛ بل يفرقون بين الفاسد المتفق على فساده، والفساد المختلف في فساده، ولا شك أن زواج الإكراه من النوع الثاني المختلف في فساده بين الفقهاء، وبالتالي يكون الخلل الذي فيه أقل من الخلل الموجود في المتفق على فساده. وبهذا يكون نكاح الإكراه أقرب إلى معنى الفساد منه إلى معنى البطلان حسب اصطلاح قانون الأسرة.

(1) ينظر: قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم: 249128، بتاريخ: 2000/07/18، المجلة القضائية، 2003، عدد 2، ص.267؛ محكمة الجزائر: الغرفة المدنية الأولى، 1965/07/23، المجلة الجزائرية، 1968، عدد 4، ص.1194؛ مجلس قضاء مستغنام: الغرفة المدنية، 1966/11/03، المجلة الجزائرية 1968، عدد 4، ص.1200.

(2) ينظر: مجلس قضاء قالمة، غ.أ.ش، قرار رقم: 79، بتاريخ: 1980/09/16، غير منشور (عقد الزواج، م.س، ص.67).

(3) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم: 415123، بتاريخ: 2008/03/12، المجلة القضائية 2008، عدد 1، ص.275.

(4) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 289/1.

وقد حكم مجلس قضاء سيدي بلعباس في إحدى القضايا بأنه: «لا يجوز إكراه فتاة على الزواج، ويكون الزواج الذي ينعقد بالإكراه فاسدا.»⁽¹⁾

3- الزواج المشوب بالإكراه قابل للإبطال

يستند هذا الاحتمال إلى أن عقد الزواج كسائر العقود المدنية، فإذا شابه الإكراه كان قابلا للإبطال وفقا للمادة 88 مدني⁽²⁾. فالمشرع الجزائري حين لم يبين بوضوح حكم عقد الزواج بالإكراه، فلا بدّ من إعمال قواعد القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، والقانون المدني قد صرح بقابلية العقد المشوب بالإكراه للإبطال.

4- الزواج المشوب بالإكراه قابل للفسخ

ذهب بعض الباحثين إلى أن عقد الزواج المشوب بالإكراه يكون قابلا للفسخ، أي أنه صحيح غير لازم، فيجوز للمكروه من الزوجين طلب فسخه بعد زوال الإكراه، قبل الدخول أو بعده⁽³⁾. وأساس هذا التفسير هو أن القابلية للإبطال هو اصطلاح مدني ولم يرد في قانون الأسرة، وأقرب مصطلح إليه هو القابلية للفسخ، على أن الفسخ المقصود هنا هو بمعناه في الفقه الإسلامي، وليس بمعناه في القانون المدني. فالفسخ في القانون المدني يردّ على العقد الصحيح، ويترب عنه إزالة آثار العقد بأثر رجعي⁽⁴⁾. أما في الفقه الإسلامي فالفسخ يرد على العقد الباطل والفسد والصحيح غير اللازم⁽⁵⁾، وقد يكون بأثر رجعي أو بأثر مستقبلي⁽⁶⁾. وقانون الأسرة (م33، 34) قد استعمل الفسخ بمعناه في الفقه الإسلامي⁽⁷⁾.

(1) قرار رقم 1986/517، بتاريخ: 1986/12/21، غير منشور. (الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 1/164).

(2) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 1/165-166؛ محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، م.س، ص.19؛ آثار عيوب الرضا على عقد الزواج، م.س، ص.66.

(3) ينظر: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، م.س، ص.67؛ آثار عيوب الرضا على عقد الزواج، م.س، ص.66.

(4) ينظر: شرح القانون المدني الجزائري للسعدي، م.س، 1/371، 381.

(5) جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية، م.س، 8/122: «وَالنِّكَاحُ الْبَاطِلُ أَوْ الْفَاسِدُ وَاجِبُ الْفُسْخِ عِنْدَ الْجَمِيعِ بِالنِّسْبَةِ لِلْمُتَّفَقِ عَلَى فُسَادِهِ، وَعِنْدَ أَقْثَالِيْنَ بِالْفُسَادِ بِالنِّسْبَةِ لِلْمُخْتَلَفِ فِيهِ، إِلَّا إِذَا حَكَمَ حَاكِمٌ بِصِحَّتِهِ، فَلَا يُنْقَضُ حُكْمُهُ.»

(6) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، م.س، 32/131.

(7) فسخ الزواج في قوانين الأحوال الشخصية هو: «نقض عقد الزواج وإزالة الحل الذي كان يترتب عليه.» وسبب الفسخ قد يكون خلافاً شاب العقد وقت إنشائه، أو طراً عليه بعد تمامه. ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 1/295؛ شرح مدونة الأسرة، م.س، ص.209. وقد جاء في قرار المجلس الأعلى الجزائري، غ.أ.ش، ملف رقم: 33715، بتاريخ: 1984/6/25، المجلة القضائية، عدد 4، سنة 1989، ص.99: «من المقرر شرعاً أنه لا يحكم بفسخ عقد النكاح؛ إلا إذا كان فاسداً شرعاً.» وجاء عنه أيضاً في القرار رقم: 42681، بتاريخ: 1986/11/3، المجلة القضائية، عدد 2، سنة 1989، ص.94: «من المقرر فقهاً وقضاءً، أن الزواج الصحيح المنعقد شرعاً لا يُفسخ، ولو قبل البناء، إلا لأسباب محددة.»

والراجع من الاحتمالات السابقة هو الاحتمال الأول؛ لأنه مُؤيّد بظاهر نصوص القانون المشترطة للرضا، ومؤيد برأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية القائلين بالبطلان.

ثانيا- حكم الزواج المشوب بالإكراه في القانون المغربي

نصت مدونة الأسرة المغربية في المادة 63 على أنه: «يمكن للمكروه أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج، أو اشتراطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده، خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه، ومن تاريخ العلم بالتدليس، مع حقه في طلب التعويض.»⁽¹⁾

فهذه المادة تعطي زواج الإكراه حكما متميزا عما قررت المدونة للزواج الباطل والزواج الفاسد. وهذا يعني أن زواج الإكراه لا يعتبر باطلا ولا فاسدا؛ ولذلك لم يُذكر ضمن حالات الزواج الباطل (م57)، ولا ضمن حالات الزواج الفاسد (م60، 61)، رغم أن المادة 63 أُدرجت تحت الفرع المعنون بالزواج الفاسد؛ لكن الاختلاف بينهما في الأحكام يقتضي عدم التسوية بينهما في الوصف القانوني. فقد جعل المشرع المغربي زواج الإكراه قابلا للفسخ، أي أن فسخه أمر جوازي وليس وجوبيا؛ لأن الفسخ فيه مقرر لمصلحة الزوج المكروه، فله أن يطالب بالفسخ، كما له أن يرضى باستمرار الزواج، فإذا اختار عدم الفسخ، فليس للزوج الآخر ولا للنيابة العامة التمسك به، وليس للقاضي أن يحكم به تلقائيا. وهذا بخلاف العقد الباطل والفاسد؛ حيث يكون الحكم بالبطلان والفساد وجوبيا؛ لأنه من النظام العام، فلكل ذي مصلحة أن يطالب به، وللقاضي أن يحكم به تلقائيا⁽²⁾ (م58، 59)؛ ثم إنّ المطالبة بإبطال أو فسخ الزواج لفساده لا تتقيد بأجل الشهرين المحدد في طلب الفسخ للإكراه.

وعليه يمكن القول بأن المشرع المغربي أفرد زواج الإكراه بوصف خاص يختلف عن الزواج الباطل والفاسد، ويمكن تسمية هذا الوصف بالقابلية للفسخ، وهو يحتمل أحد تفسيرين هما:

1- الزواج المشوب بالإكراه موقوف غير نافذ

أي يعتبر موقوفا على إجازة المكروه؛ لأن العقد الموقوف هو الذي يجوز فسخه، كما يجوز إجازته؛ ولأن الإجازة تكون صريحة أو ضمنية، ولا تثير إشكالات عملية ولا نزاعات بين الزوجين؛

(1) تطبيقا لهذه المادة حكم القضاء المغربي بفسخ الزواج بين أستاذ جامعي وطالبتة؛ بسبب إجبارها على الزواج به، حيث هددها بالرسوب إن لم توافق على الزواج، فوافقت مكروهة، وتم توثيق العقد، وبعد اجتيازها للامتحانات، وقبل الدخول طالبت بفسخ الزواج الذي تم بالإكراه، فاستجابت المحكمة لطلبها. ينظر: حكم المحكمة الابتدائية بالرباط، عدد 2005/17، بتاريخ 14 يناير 2005م، (نقلا عن: شرح مدونة الأسرة، م.س، ص.216).

(2) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 1/294؛ قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، م.س، ص.77.

لأنها تكون بالتراضي، فلا تحتاج للترافع للقضاء. أما الفسخ فيكون محل نزاع عادة، فكان محتاجا لطلبه أمام القضاء. وهذا الاحتمال موافق لرأي بعض المالكية القائلين بوقف النكاح بالإكراه؛ لكنه احتمال بعيد، إذ لو كان مرادا لأشار القانون إلى أحكام الإجازة لهذا العقد.

2- الزواج المشوب بالإكراه صحيح غير لازم

فهو صحيح نافذ؛ لكنه غير لازم للمكره، فله أن يطالب بفسخه خلال شهرين من تاريخ زوال الإكراه. ورغم أن المشرع المغربي لم يذكر من أنواع الزواج: الزواج الصحيح غير اللازم⁽¹⁾؛ إلا أن هذا الوصف معروف في الفقه الإسلامي، وأخذت به بعض القوانين العربية⁽²⁾. والقول بهذا الاحتمال يجعل القانون المغربي مخالفا لسائر المذاهب الفقهية، حيث لم يأخذ برأي الجمهور القائل ببطان زواج الإكراه، وتوسط بموقفه بين رأي الحنفية القائل بصحة ولزوم نكاح الإكراه، ورأي بعض المالكية القائل بوقفه⁽³⁾.

ثالثا- حكم الزواج المشوب بالإكراه في القانون الأردني

نص قانون الأحوال الشخصية الأردني على فساد عقد الزواج المشوب بالإكراه، حيث جاء في المادة 31/ز أن من حالات الزواج الفاسد، حالة كون العاقدین أو أحدهما مكرها⁽⁴⁾. وهذا الوصف يقتضي أن الزواج بالإكراه يجب فسخه وإن تم فيه الدخول (م34، 35)⁽⁵⁾.

فالقانون الأردني ورغم أنه استمد أغلب أحكامه من الفقه الحنفي؛ إلا أنه لم يأخذ برأي الحنفية في تصحيح نكاح الإكراه؛ لكنه أخذ بفكرتهم في التفريق بين العقد الباطل والفاسد في العقود

(1) يُعرّف العقد الصحيح غير اللازم بأنه: «العقد الذي استوفى شروط الصحة وشروط النفاذ؛ ولكنه لم يستوف شروط اللزوم، فيجوز لمن له حق الفسخ أن يفسخه في الحدود التي رسمها الشارع له.» الأحوال الشخصية لأبي زهرة، م.س، ص.153.

(2) نص قانون الأحوال الشخصية الكويتي على تقسيم الزواج الصحيح إلى نافذ لازم، ونافذ غير لازم، وغير نافذ أصلا (م44)، وعرف النافذ غير اللازم بقوله في المادة 45/ب: «الزواج النافذ غير اللازم هو الذي يقبل الفسخ بسبب يسوغه هذا القانون.» وينظر في نفس المعنى المواد: 55، 56/ب من قانون الأحوال الشخصية السوداني.

(3) ينظر: فلسفة نظام الأسرة، مقاربات في ضوء الفقه والقانون والعمل القضائي: محمد المهدي، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ط1، 2011م، ص.24.

(4) أخذ المشرع الأردني هذا الحكم عن قانون حقوق العائلة العثماني، وهو أول قانون للأحوال الشخصية في الدول العربية والإسلامية، صدر عن الدولة العثمانية في: 8 محرم 1336هـ / 1917م، وكان معمولا به في عدد من الدول العربية قبل أن تُصدر قوانين خاصة بها، ومنها الأردن؛ وقد جاء في المادة 57 منه أن: «الزواج كرها فاسد.» ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، ص.17-20؛ محاضرات في عقد الزواج وآثاره: محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، (د.ط، د.ت)، ص.20-21.

(5) ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية للسرطاوي، م.س، ص.29؛ القرارات الاستثنائية في الأحوال الشخصية: أحمد محمد علي داود، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 1999م، 390/1.

المالية، وقام بنقلها إلى عقود الزواج على غرار سائر القوانين العربية، رغم أن المحققين من فقهاء الحنفية لا يقولون بهذه التفرقة في مجال عقود الزواج⁽¹⁾.

وبالتالي يمكنني القول بأن القول بفساد نكاح الإكراه هو قول لم يقل به الفقه الإسلامي، لا الحنفية ولا الجمهور، أقصد الفساد بالمعنى الخاص الذي يخالف البطلان⁽²⁾.

وأنبه هنا إلى أن القوانين المدنية تقرر للعقود المشوبة بالإكراه حكما مخالفا لما تقرره قوانين الأحوال الشخصية للزواج المشوب به. فالقانون المدني الجزائري (م1/88)، وقانون الالتزامات والعقود المغربي (ف47) يقران لها القابلية للإبطال، بينما يقرر لها القانون المدني الأردني (م141) الوقف وعدم النفاذ إلا بإجازة المكره.

وبعد عرض مواقف القوانين الوضعية محل الدراسة من حكم الزواج المشوب بالإكراه، فإن الرأي الذي أرجحه، والذي أرى أن تأخذ به قوانين الأحوال الشخصية، هو ما رَجَحْتُهُ في الفقه الإسلامي، وهو القول بأن عقد الزواج المشوب بالإكراه يكون موقوفا على إجازة المكره؛ وذلك للأسباب الآتية:

- إن فكرة العقد الموقوف أكثر تناسبا مع عقد الزواج بالإكراه من فكرة البطلان المطلق، فالعقد المشوب بالإكراه يوجد فيه الإيجاب والقبول، ويوجد فيه الاختيار، ولا ينقصه إلا الرضا، أي أن الإرادة موجودة ولكنها معيبة بالإكراه. وهذا النقص أو العيب يمكن استدراكه عن طريق الإجازة عند زوال الإكراه، فإذا وجدت الإجازة تحقق الرضا التام وزال ذلك العيب، وما دام استدراك النقص ممكنا بالإجازة فلا حاجة للقول بالبطلان المطلق.

- إن فكرة العقد الموقوف تناسب طبيعة الزواج أكثر من فكرة القابلية للبطلان أو القابلية للفسخ، فالزواج له آثار خطيرة خاصة بعد الدخول، كالنسب وحرمة المصاهرة.... وهذه الآثار لا

(1) ذهب ابن الهمام، وابن عابدين إلى أنه لا فرق بين الباطل والفساد في النكاح عند الحنفية. ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 243/3؛ حاشية ابن عابدين، م.س، 197/5. ويراجع: الأحوال الشخصية، م.س، ص147 وما بعدها؛ شرح قانون الأحوال الشخصية للسرطاوي، ص.87-88؛ خطأ تقسيم النكاح إلى فاسد وباطل، تحقيق ونقد واقتراح أفضل في التقسيم: مصطفى الزرقا، مقال منشور بمجلة المسلم المعاصر، عدد 27، سنة 1981م، (يراجع المقال كله).

(2) لا يوجد تعريف محدد للزواج الفاسد، فمعناه يختلف من قانون إلى آخر؛ لأن معيار التفرقة بين الفاسد والباطل مختلف أيضا، فما يعتبر فاسدا في قانون قد يعتبر باطلا في قانون آخر؛ ولذلك تتحاشى القوانين تعريف العقد الفاسد والباطل، وتكتفي فقط بذكر حالات الفساد وحالات البطلان. ومن عرف الزواج الفاسد مصطفى السباعي في شرح قانون الأحوال الشخصية، م.س، 173/1، حيث قال: «هو كل عقد وُجد فيه الإيجاب والقبول، ولكنه فقد شرطا من شرائط الصحة.» لكن هذا التعريف مأخوذ من القانون السوري (م48)؛ لكنه لا ينسجم مع القوانين الأخرى، كالقانون الجزائري والمغربي والأردني.

يمكن إلغاؤها في حالة الإبطال أو الفسخ؛ ولذلك فالاحتياط أن يُقال بوقف عقد الزواج المشوب بالإكراه، بحيث لا ينفذ ولا يتم فيه الدخول إلا بعد الإجازة؛ إذ العقد الموقوف قبل الإجازة في حكم العقد الباطل من حيث عدم ترتيب آثاره. أما القابلية للإبطال أو الفسخ فليس فيهما هذا الاحتياط، إذ يكون العقد فيهما صحيحا نافذا مرتبا لآثاره؛ لكنه يكون مهددا بالفسخ أو الإبطال، وإذا وقع ذلك تحتم الاعتراف ببعض الآثار، نظرا لاستحالة إزالتها.

- إن فكرة العقد الموقوف وإن كان مصدرها الفقه الإسلامي، فهي موجودة أيضا في القوانين الوضعية، فقد نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 83 على أن تصرفات ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر تكون موقوفة على الإجازة⁽¹⁾، ومثلها المادة 3/225 مغربي، والمادة 210/ب أردني. كما نص القانون المدني الأردني (م141) على أن العقد المشوب بالإكراه يكون موقوفا⁽²⁾. إذن فلا غرابة من الأخذ بفكرة العقد الموقوف في عقد الزواج المشوب بالإكراه⁽³⁾، خاصة وأن بعض فقهاء المالكية قد قالوا بذلك كما سبق.

وإذا أُخِذَ بهذا الترجيح، واعتبر الزواج المشوب بالإكراه موقوفا على إجازة المكره؛ فإن الإجازة تكون صريحة أو ضمنية، وفقا لما جاء في المادة 100 مدني جزائري، والمادة 318 التزامات مغربي، والمادة 173 مدني أردني. وتكون بكل قول أو فعل يدل على الرضا، كالدخول وطلب النفقة وغير ذلك مما سبق بيانه في الفقه الإسلامي.

وليس للإجازة أو الرد أجل معين؛ ولكنه في حالة السكوت المجرد عما يدل على الرضا أو الرفض من قول أو فعل، فيمكن تفسير ذلك السكوت بالرضا بعد مرور أجل معين، وليكن مثلا شهران من تاريخ زوال الإكراه، على ما جاء في مدونة الأسرة المغربية (م63).

فمثلا لو تمّ الزواج بالإكراه، فللزواج المكره الحق في إجازته أو رده بعد زوال الإكراه عنه، فإن التزم الصمت حتى مضت تلك المدة المحددة، عُدَّ ذلك إجازة ضمنية منه للزواج، وليس له بعد ذلك أن يرده؛ حماية لاستقرار المعاملات، وعدم تعليق عقود الزواج لمدة طويلة.

(1) هذه المادة تخالف مضمون المادة 101 مدني، والتي تفيد أن تصرفات ناقص الأهلية قابلة للإبطال؛ ولذلك يجب على المشرع

الجزائري إزالة هذا التناقض بتعديل أحد القانونين ليتوافق مع الآخر. ينظر: النظرية العامة للالتزام لعلي سليمان، م.س، ص.49.

(2) الحكم نفسه أخذ به القانون المدني العراقي (م115)؛ وقانون المعاملات الإماراتي (م182)؛ وقانون المعاملات العماني (م101).

(3) أخذت بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية بفكرة الزواج الموقوف. ينظر المواد: 52 سوري؛ 45/ج، 47 كويتي؛ 56/ج، 58

سوداني؛ 30 يعني.

وإذا أجزى العقد الموقوف صحَّ وترتبت عليه جميع آثار العقد الصحيح من تاريخ العقد لا من تاريخ الإجازة⁽¹⁾. وإذا زُدَّ وفسخ قبل الدخول فلا يترتب أي أثر. أما إذا تمَّ فيه الدخول قبل إجازته ثم فسخ فيترتب عليه ما يترتب على الدخول في الزواج الفاسد، من ثبوت النسب والمهر، والعدة وحرمة المصاهرة، وأما الدخول فيه بعد ردِّه والعلم بذلك، فهو زنا لا يترتب أي أثر من نسب أو مهر أو غيره⁽²⁾.

وفسخ الزواج والتفريق بين الزوجين بسبب الإكراه ينبغي أن يكون أمام القضاء؛ لحاجة ذلك إلى إثبات حصول الإكراه وتوافر شروطه. وقد نصت على هذا الحكم صراحة المادة 35/أ أحوال شخصية أردني، حيث جاء فيها: «يتوقف التفريق بين الرجل والمرأة في الزواج الفاسد على قضاء القاضي.»⁽³⁾

وبعد بيان حكم عقد الزواج المشوب بالإكراه في كل من الفقه والقانون يتبين لي ما يأتي:

- إنَّ كلا من المذاهب الفقهية والقوانين الوضعية محل الدراسة قد اختلفت في حكم الزواج المشوب بالإكراه، ففي المذاهب الفقهية هناك ثلاثة أقوال: قول الجمهور بالبطلان، وقول الحنفية بالصحة، وبينهما قول وسط لبعض المالكية يقول بالوقف. وفي القوانين الوضعية هناك ثلاثة أقوال أيضاً، هي القول بالبطلان في القانون الجزائري، والقول بالصحة مع عدم اللزوم في القانون المغربي، وبينهما قول وسط هو القول بالفساد في القانون الأردني. وهذه الأقوال متباينة فيما بينها؛ باستثناء التوافق بين قول الجمهور وما أخذ به القانون الجزائري بناءً على أرجح التفسيرات.

- القانون الجزائري - حسب التفسير الراجح - وإن كان يوافق رأي الجمهور في القول بالبطلان؛ إلا أن فقهاء الجمهور كانوا صُرِّحاً في التعبير عن هذا الرأي، بخلاف القانون الجزائري فلم يكن صريحاً في المسألة، مما أدى إلى الاختلاف في تفسير موقفه.

- القانون المغربي لم يوافق أي مذهب فقهي من المذاهب الأربعة، حين أخذ بصحة وعدم لزوم الزواج بالإكراه (القابلية للفسخ)؛ لكن موقفه هذا أقرب إلى ما أخذ به في قانون الالتزامات والعقود (ف47) من قابلية العقد المشوب بالإكراه للإبطال (البطلان النسبي)، مع أن مصطلح القابلية للفسخ يختلف عن القابلية للإبطال. فالزواج القابل للفسخ إذا فسخ قبل الدخول لا يترتب أي أثر،

(1) جاء في المادة 100 مدني جزائري: «... وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير.»

(2) ينظر: الأحوال الشخصية، م.س، ص.153؛ شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي، م.س، 180/1-181؛ شرح قانون الأحوال الشخصية للسرطاوي، م.س، ص.92.

(3) ينظر في المعنى نفسه المواد الآتية من قوانين الأحوال الشخصية: 100/أ كويتي؛ 45، 46 بمعي.

أما إذا فسخ بعد الدخول، فتترتب عليه بعض الآثار التي لا يمكن للفسخ إزالتها رجعياً، أما العقد القابل للإبطال إذا أبطل وجب إزالة كل الآثار المترتبة عنه بأثر رجعي⁽¹⁾.

- جمهور الفقهاء (المالكية، الشافعية، الحنابلة)، لا يفرقون في الزواج بين الباطل والفساد، أما القانون الأردني فقد حكم بفساد الزواج بالإكراه، ولم يحكم ببطلانه بناءً على تفرقه بين الباطل والفساد، وبالتالي فهو لا يوفق رأي الجمهور القائل ببطلان هذا الزواج، ولا يوافق رأي الحنفية القائل بصحته؛ بل لا يوافقهم أيضاً في تلك التفرقة بين الباطل والفساد؛ لأن الحنفية لا يقولون بها أيضاً حسب ما قرره المحققون من فقهاءهم⁽²⁾.

- الحنفية والمالكية خلافاً للشافعية والحنابلة، يفرقون بين تأثير الإكراه في عقد الزواج وتأثيره في العقود المالية. وقد أخذت القوانين محل الدراسة بفكرة التفرقة أيضاً مع اختلاف بينها في كيفية التفرقة. وهذا التفرقة يؤكد خصوصية عقد الزواج وتميزه عن سائر العقود، واختلاف أحكامه عن أحكامها؛ ولذلك أُفرد بتشريع خاص ولم تدرج أحكامه ضمن القانون المدني⁽³⁾. وهذا يقتضي عدم صحة تطبيق قواعد القوانين المدنية عند وجود غموض أو فراغ في قوانين الأحوال الشخصية؛ بل يجب الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي باعتباره المصدر الذي أخذت منه أحكام الأحوال الشخصية. وهذا ما نصت عليه صراحة تلك القوانين⁽⁴⁾.

- إجازة العقد في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي تكون صريحة أو ضمنية، بكل ما يدل على الرضا من قول أو فعل، وتستند إلى تاريخ العقد لا إلى تاريخ الإجازة.

- لم يرد في الفقه الإسلامي تحديد أجل معين للإجازة أو الرد بعد زوال الإكراه؛ إلا ما ورد عن بعض المالكية من تحديده بثلاثة أيام. ولم يرد ذلك أيضاً في القانون الوضعي؛ إلا أن مدونة الأسرة المغربية قيدت مدة طلب فسخ الزواج للإكراه، بشهرين من تاريخ زوال الإكراه.

- إبطال الزواج المشوب بالإكراه أو فسخه في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، متوقف على حكم القضاء؛ لأنه يحتاج إلى إثبات حصول الإكراه وتوافر شروطه.

(1) ينظر: ما مدى إعمال عيوب الإرادة في مدونة الأسرة المغربية، م.س، (www.marocdroit.com/%D9%85%D8%A7-%).

(2) ذهب ابن الهمام، وابن عابدين إلى أنه لا فرق بين الباطل والفساد في النكاح عند الحنفية. ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 243/3؛ حاشية ابن عابدين، م.س، 197/5.

(3) هناك من ينادي بإلغاء قوانين الأسرة، وإدراج أحكامها في القانون المدني، وهذا المطلب فيه تحامل على الشريعة الإسلامية، وفيه أيضاً تجاهل للفروقات الواضحة بين عقد الزواج وسائر العقود الأخرى، سواء من حيث طبيعته وأطرافه، أو مقاصده وآثاره.

(4) ينظر المواد: 222 أسرة جزائري؛ 400 أسرة مغربية؛ 325 أحوال شخصية أردني.

المطلب الثاني

إثبات الإكراه على عقد الزواج

لا يُعد الزواج مشوباً بالإكراه إلا إذا تم إثبات (1) حصول ذلك الإكراه. فلو تم عقد الزواج مستوفياً أركانه وشروطه بحسب الظاهر، ثم ادعى أحد أطرافه أنه كان مكرهاً، سواء كان ولياً أو زوجاً أو زوجة، فلا بدّ من إثبات حصول واقعة الإكراه، وإثبات توافر الشروط التي تجعله عيباً في الإرادة يؤثر في صحة العقد. وذلك بإقامة الدليل أمام القضاء على صحة تلك الدعوى. وسأتكلم في هذا المطلب عن القاعدة العامة في إثبات الإكراه في الزواج (الفرع الأول)، وكيفية إثباته (الفرع الثاني).

الفرع الأول

القاعدة العامة في إثبات الإكراه في الزواج

سأتكلم في هذا الفرع عن القاعدة العامة في إثبات الإكراه في الزواج، أولاً في الفقه الإسلامي، وثانياً في القانون الوضعي.

أولاً - القاعدة العامة في إثبات الإكراه في الفقه الإسلامي

إذا تنازع الزوجان أو الولي في صحة عقد الزواج؛ بسبب خلل في الرضا؛ فادعى أحدهم أن الزواج كان عن رضا واختيار، وادعى الآخر خلاف ذلك، فالأصل أن من يدعي حقاً أو واقعة يجب عليه إثبات دعواه بالبينة والدليل الذي يصدّق قوله. ويدل على ذلك قول النبي ﷺ: (لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى رِجَالٌ أَمْوَالَ قَوْمٍ وَدِمَاءَهُمْ؛ وَلَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ)(2). فهذا الحديث قاعدة شرعية عظيمة بُنيت عليها كثير من الأحكام الشرعية المتعلقة بالدعوى والإثبات(3).

(1) عرفت الموسوعة الفقهية الكويتية، م.س، 232/1، الإثبات شرعاً بأنه: «إقامة الدليل الشرعيّ أمام القاضي في مجلس قضائه على حَقٍّ أَوْ وَاقِعَةٍ مِنَ الْوَقَائِعِ». وعُرف قانونياً بأنه: «تقديم الدليل أمام القاضي بالطرق الجائزة على وجود واقعة قانونية متنازع فيها بين الخصوم». الإثبات في المواد المدنية والتجارية: محمد صبري السعدي، دار الهدى، الجزائر، (د.ط)، 2009م، ص.6.

(2) السنن الكبرى للبيهقي، م.س، كتاب الدعوى والبيّنات، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، 427/10، حديث رقم: 21201، عن ابن عباس مرفوعاً بسند حسنه النووي في شرح مسلم، م.س، 03/12؛ وابن حجر في فتح الباري، م.س، 283/5؛ وصححه الألباني في إرواء الغليل، م.س، 267-265/8. والحديث أصله في الصحيحين دون عبارة: (البينة على المدعي). ينظر: صحيح البخاري، م.س، كتاب تفسير القرآن، باب إن الذين يشتركون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلاً، 35/6، حديث رقم: 4552؛ صحيح مسلم، م.س، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، 1336/3، حديث رقم: 1711.

(3) قال النووي في شرح صحيح مسلم، م.س، 03/12: «هَذَا الْحَدِيثُ قَاعِدَةٌ كَبِيرَةٌ مِنْ قَوَاعِدِ أَحْكَامِ الشَّرْعِ؛ فِيهِ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُ الْإِنْسَانِ فِيمَا يَدَّعِيهِ مُجَرَّدَ دَعْوَاهُ؛ بَلْ يَحْتَاجُ إِلَى بَيِّنَةٍ، أَوْ تَصْدِيقِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَإِنْ طَلَبَ يَمِينَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَلَهُ ذَلِكَ.»

وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة وأجمعوا على العمل بهذه القاعدة⁽¹⁾. وبناءً عليها قرروا أن الأصل في كل متعاقد أنه تعاقد عن رضا وطواعية، وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبت دعواه⁽²⁾. وهذا ينطبق على الزواج وغيره من العقود.

ثانياً- القاعدة العامة في إثبات الإكراه في القانون الوضعي

القاعدة العامة في الإثبات عموماً هي أن «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر». وهذه القاعدة هي حرفياً نص المادة 77 مدني أردني، وقد جاء معناها أيضاً في القانون المدني الجزائري (م323)⁽³⁾، وقانون الالتزامات المغربي (ف399، 400). ويُعبر عنها أيضاً بأن: «البينة على من يدعي خلاف الثابت أصلاً، أو عرضاً، أو ظاهراً، أو خلاف قرينة قانونية»⁽⁴⁾.

وهذه القاعدة تنطبق على المسائل المدنية وكذا مسائل الأحوال الشخصية، كالزواج وغيره⁽⁵⁾. وقد أكد القضاء الجزائري تطبيقها على هذه الأخيرة في عدد من القرارات⁽⁶⁾. ووفقاً لذلك فإن من يدعي من الزوجين أو الولي أنه أكره على عقد الزواج دون رضاه، فعليه إثبات دعواه بالبينة؛ لأنه يدعي خلاف الأصل الذي هو سلامة الإرادة، وخلو الرضا من العيوب⁽⁷⁾.

ومن خلال ما سبق بيانه، يظهر بجلاء أن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي متوافقان على كون القاعدة العامة في إثبات الإكراه في الزواج هي نفسها القاعدة العامة للإثبات عموماً، وهي أن الأصل هو سلامة الرضا من الإكراه، وعلى مُدعيه إثبات ذلك بالبينة.

(1) قال الترمذي في سننه، م.س، 618/3: «الْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ، وَعَبَرَهُمْ؛ أَنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ». وقال ابن المنذر في كتابه الإجماع، م.س، ص.65: «أجمعوا على أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه». وينظر: المبسوط، م.س، 28/17؛ الاستذكار، م.س، 205/8؛ شرح صحيح البخاري لابن بطال، م.س، 05/8؛ بداية المجتهد، م.س، 255/4؛ التوضيح لشرح الجامع الصحيح، م.س، 463/16؛ المغني، م.س، 123/14.

(2) ينظر: البهجة في شرح التحفة، م.س، 10/2؛ مواهب الجليل، م.س، 277/4.

(3) نص المادة 323 كالاتي: «على الدائن إثبات الالتزام، وعلى المدين إثبات التخلص منه.» وبماثلها الفصلان: 399، 400 مغربي.

(4) عبء الإثبات في القانون المدني الجزائري: سعادة العيد، مقال منشور بمجلة الفكر، جامعة بسكرة، العدد 11، سبتمبر 2014، ص.190-191. وينظر: الإثبات في المواد المدنية والتجارية للسعدي، م.س، ص.33؛ شرح أحكام قانون البنات الجديد: عباس العبودي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، إصدار 1، 2004، ص.52-54؛ النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية: عصام أنور سليم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2010، ص.95-96.

(5) هذا ما نصت عليه المادة 57 من قانون الأحوال الشخصية اليمني بقولها: «إذا اختلف الرجل والمرأة في عقد الزواج، أو فسخه، أو بطلانه، أو تسمية المهر، أو تعيينه، أو قبضه، أو زيادته أو نقصه، فالبينة على المدعي، والقول للمنكر مع يمينه.»

(6) ينظر: قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم: 216836، بتاريخ: 1999/3/16، الاجتهاد القضائي 2001، عدد خاص، ص.245. وينظر كذلك القرار رقم: 251682، بتاريخ: 2000/11/21، المجلة القضائية 2001، عدد 1، ص.290.

(7) ينظر: عيوب الرضا في القانون المدني، م.س، ص.221؛ شرح القانون المدني الجزائري للسعدي، م.س، 201/1.

الفرع الثاني

كيفية إثبات الإكراه في عقد الزواج

سأتناول هنا بيان كيفية إثبات حصول الإكراه على عقد الزواج، في الفقه والقانون.

أولاً - كيفية إثبات الإكراه في عقد الزواج في الفقه الإسلامي

فرّق الفقهاء فيما يتعلق بكيفية إثبات الإكراه على الزواج بين حالتين هما:

1- حالة ادعاء المرأة أنها زُوِّجت بغير رضاها

إذا ادعت المرأة المعتبر إذنها ورضاها أن وليها زوّجها بغير إذنها ولا رضاها؛ بل زوّجها وهي كارهة. فالأصل في هذه الحالة هو عدم الإذن وعدم الرضا، ولمن يدعيه أن يثبت ذلك بالبينة. فالمرأة هنا متمسكة بالأصل فهي مُدعى عليها، والولي أو الزوج هو المدعي؛ لأنه يدعي خلاف الأصل، فهو المطالب بالبينة، وعليه يقع عبء الإثبات. فإذا أقام البينة على أن المرأة المعتبر رضاها قد رضيت وأذنت للولي بتزويجها من هذا الزوج ثبت النكاح؛ وإلا فالقول قول المرأة في إنكار الإذن والرضا، وبالتالي فلا نكاح⁽¹⁾. ولكن هل يُقبل قول المرأة هنا بيمينها أم دون يمين؟ الجواب أن المسألة فيها رأيان للفقهاء هما:

أ- قبول قول المرأة بلا يمين

ذهب أبو حنيفة والمالكية والحنابلة إلى قبول قول المرأة في نفي الرضا بالزواج بلا يمين، فلا استحلاف في إثبات النكاح؛ لأن أمره خطير بخلاف المال، فالأصل في الأبضاع الحرم، فلا بدّ من الاحتياط فيه، فلا يثبت إلا ببينة قاطعة، وهي شهادة الشهود، سواء كانت شهادة المعاينة، أو شهادة السماع الفاشي. فالنكاح يغلب عليه الإعلان والإشهار، ولا يكاد يخلو من الشهود؛ لكونهم شرطاً في صحته. ولذلك لا يُقضى في إثباته بالنكول، ولا بيمين المدعي⁽²⁾؛ لأنهما حجة ضعيفة. أما النكول فهو مجرد سكوت، وأما يمين المدعي فهو قول الشخص لنفسه⁽³⁾.

(1) ينظر: أحكام الشهادة على عقد النكاح في الفقه الإسلامي: مازن مصباح صباح، مقال منشور بمجلة جامعة الأزهر، غزة، سلسلة العلوم الإنسانية، 2009، عدد A-1، مجلد 11، ص.145.

(2) يقول خليل بن إسحاق في التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، م.س، 49/8: «كُلُّ دَعْوَى لَا تُثَبِّتُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ، فَلَا يَمِينٌ مُجَرِّدَهَا وَلَا تُرَدُّ؛ كَقَتْلِ الْعَمْدِ، وَالنِّكَاحِ، وَالطَّلَاقِ، وَالنَّسَبِ، وَالْوَلَاةِ، وَالرَّجْعَةِ... إِذْ لَا فَائِدَةَ فِي تَوْجِيهِ الْيَمِينِ، فَإِنْ فَائِدَتَهَا إِنَّمَا هِيَ إِذَا نَكَلَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ يَخْلِفُ الْمُدْعَى وَيَسْتَحِقُّ، وَذَلِكَ لَا يُمْكِنُ هُنَا؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا تَفِيدُ الْيَمِينُ فِي النِّكَاحِ فِي الْأَمْوَالِ، وَمَا فِي مَعْنَاهَا مِمَّا يَكْفِي فِيهِ الشَّاهِدُ وَالْيَمِينُ.» وينظر: البهجة في شرح التحفة، م.س، 54/1؛ مواهب الجليل، م.س، 533/3.

(3) ينظر: المسبوط، م.س، 06-04/5؛ الشرح الكبير للدردير، م.س، 329/2؛ منح الجليل، م.س، 3/ 505-506؛ المغني، م.س، 276-275/14.

ب- قبول قول المرأة بيمينها

ذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية، وهو مذهب الشافعية، إلى أنه يُقضى بقول المرأة في نفي رضاها بالنكاح بيمينها، بحيث تُستحلف فإن حلفت قُضي بقولها، وإن نكلت يُقضى بقول المدعي عند أبي يوسف ومحمد. وعند الشافعية تُردُّ اليمين على المدعي فإن حلف قُضي بقوله⁽¹⁾. واستدلوا بحديث: (الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ)⁽²⁾. فهو يفيد بعمومه أنه يُستحلف في كل حق لآدمي، سواء تعلق الأمر بالأموال أو الدماء أو الأبخاض (النكاح). فالزوجة المدعى عليها بالرضا قد أنكرته فعليها اليمين، ولا يقضى بقولها مجردا عنه؛ لأنه قول الشخص لنفسه وهو حجة ضعيفة.

وردّ أصحاب الرأي الأول بأن الحديث خاص بالأموال والدماء دون الأبخاض؛ لقوله في أول الحديث: (لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى رِجَالٌ أَمْوَالَ قَوْمٍ وَدِمَاءَهُمْ). فذكر الدماء والأموال ولم يذكر الأبخاض⁽³⁾.

والراجح أنها تستحلف لعموم الحديث؛ ولكن لا يُقضى بنكولها، وإنما تستحلف تخويفا لها؛ رجاء أن تُقرَّ إن كان المدعي مُحَقَّقًا، أو تُحَلِّفَ، فَتَبَرَّأَ ذِمَّتُهَا إِنْ كَانَ مُبْطَلًا⁽⁴⁾. وينبغي التنبيه هنا إلى أن القضاء بقول المرأة المنكرة لرضاها بالنكاح المعقود عليها إذا لم يكن مدعي رضاها بينة، هو الأصل العام، ويستثنى منه ما إذا دلت القرائن والأمارات على رضاها؛ لأنه بهذه القرائن يَفْقَى احتمال كذبها في قولها. ومن أمثلة ذلك ما يأتي:

- عندما يشتهر أمر الزواج بظهور ما يدل عليه من الغناء واللعب والوليمة، ويكون ذلك في الموضوع الذي يُرى أن المرأة عاملة به، ككونه في دارها أو قريبا منها. ومع ذلك تلتزم المرأة الصمت ولا تنكر شيئا من ذلك، ثم تدعي بعد ذلك عدم الرضا بالنكاح ابتداءً. فهنا لا يُقضى بقولها إلا أن تحلف بالله أنها ما رضيت ولا أذنت، وأنها ظنت ذلك اللعب والوليمة لنكاح غيرها، فإن حلفت لم يثبت النكاح، وإن نكلت رُدَّت اليمين على الزوج، فإن حلف لزم النكاح⁽⁵⁾.

(1) ينظر: المبسوط، م.س، 5/05؛ شرح فتح القدير، م.س، 3/273-274؛ روضة الطالبين، م.س، 5/567؛ الإقناع في الفقه الشافعي: أبو الحسن الماوردي، (طبعة دون معلومات النشر)، ص.198.

(2) سبق تخريجه، ص.207.

(3) ينظر: شرح صحيح البخاري لابن بطال، م.س، 8/56-57؛ التوضيح لشرح الجامع الصحيح، م.س، 16/619-622؛ جامع العلوم والحكم، م.س، 2/239.

(4) ينظر: البيان والتحصيل، م.س، 5/39-40؛ المغني، م.س، 14/276.

(5) ينظر: البيان والتحصيل، م.س، 5/39-40؛ شرح ميارة الفاسي، م.س، 1/156-157؛ النوازل الجديدة الكبرى، م.س،

- عندما تدعي المرأة عدم الرضا بعد الدخول، فلا تصدق؛ لأن تمكينها الزوج من نفسها دليل رضاها؛ إلا أن تُثبت أنه دخل بها مُكرهة، فيحكم بقولها؛ لظهور دليل السخط وعدم الرضا⁽¹⁾.
وتجدر الإشارة هنا إلى أنه يمكن حسم هذا النوع من النزاعات بأن يُشهد الولي على رضا المرأة وإذنها قبل أن يباشر تزويجها. فإذا أنكرت الرضا بعد ذلك سهل إقامة البينة على رضاها. والإشهاد على رضا المرأة أو إذنها وتوكيلها ليس واجبا ولا شرطا في صحة العقد؛ ولكنه أمر مستحب لما فيه من المصالح، ومنها حفظ عقد النكاح من جحد وإنكار النساء، وحماية النساء من كذب الأولياء في دعوى استئذانهن⁽²⁾.

2- حالة ادعاء الشخص أنه أكره على إبرام الزواج

في هذه الحالة يدعي من صدر منه الإيجاب أو القبول؛ سواء كان زوجا أو زوجة أو وليا، أن ما صدر منه إنما هو عن إكراه وليس عن طواعية واختيار. فالأصل في هذه الحالة هو الطواعية وعدم الإكراه، وأن ما صدر من إيجاب أو قبول كان عن رضا واختيار. ولذلك إذا اختلف المتعاقدان في الطواعية والإكراه، فعلى مدعي الإكراه أن يثبت دعواه بالبينة، فإن لم تكن له بينة، فالقول للمدعى عليه القائل بالطواعية مع يمينه⁽³⁾.

ولا تقبل دعوى الإكراه وبينته إلى مُفَصَّلَة، فلا يُكْتَفَى بقول المدعي: كنتُ مكرها، ولا بقول الشهود أن فلانا كان مكرها؛ بل لا بدَّ من ذكر ما حصل به الإكراه؛ ليتحقق القاضي من توافر شرائطه، فليس كل ما يظنه الناس إكراها هو في الشريعة كذلك⁽⁴⁾.

وإذا كان العقد قد تم أمام كاتب العقود⁽⁵⁾، وأقر مدعي الإكراه في هذا الكتاب بالطواعية، فلا بدَّ أن تتضمن دعوى الإكراه وبينته أنه كان مكرها على الإقرار بالطواعية⁽⁶⁾.

وبينة الإكراه تتحقق بشهادة عدلين على حصول عقد الزواج بالإكراه. ويمكن للمكره إقامتها بالإشهاد قبل حصول العقد أنه يفعل ذلك مُكرها.

(1) ينظر: المبسوط، م.س، 06/5؛ شرح فتح القدير، م.س، 273/3؛ النوازل الجديدة الكبرى، م.س، 320/3؛ روضة الطالبين، م.س، 571/5؛ العزيز شرح الوجيز، م.س، 224-223/8.

(2) ينظر: النوازل الجديدة الكبرى، م.س، 328/3؛ أسنى المطالب، م.س، 124/3؛ مجموع الفتاوى، م.س، 99-98/3؛ أحكام الشهادة على عقد النكاح في الفقه الإسلامي، م.س، ص.145-144.

(3) ينظر: غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، م.س، 202/1؛ درر الحكام شرح مجلة الأحكام، م.س، 76/1؛ البهجة شرح التحفة، م.س، 235/1؛ نهاية المطلب، م.س، 98/7؛ المغني، م.س، 264/7. كشف القناع، م.س، 3342/9.

(4) ينظر: النوازل الجديدة الكبرى، م.س، 298-297/3؛ أسنى المطالب، م.س، 99/2؛ نهاية المطلب، م.س، 99-98/7.

(5) كاتب العقود هو من يقوم بتحرير العقود، من القضاة أو الموثقين أو المأذونين وغيرهم.

(6) ينظر: أسنى المطالب، م.س، 99/2؛ نهاية المطلب، م.س، 99-98/7؛ تحفة المحتاج، م.س، 360-359/5.

قال ابن فرحون⁽¹⁾: «وَإِذَا خَاطَبَ مَنْ هُوَ قَاهِرٌ لِشَخْصٍ بَعْضَ بَنَاتِهِ، فَأَنْكَحَهُ الْمَحْطُوبُ إِلَيْهِ، وَأَشْهَدَ سِرًّا أَبِي إِمَّا أَفْعَلُهُ خَوْفًا مِنْهُ، وَهُوَ يَمْنَنُ يُخَافُ عَدَاوَتَهُ، وَأَنَّهُ إِنْ شَاءَ اخْتَارَهَا لِنَفْسِهِ بَعِيرٍ نِكَاحٍ، فَأَنْكَحَهُ عَلَى ذَلِكَ فَهُوَ نِكَاحٌ مَفْسُوخٌ أَبَدًا.»⁽²⁾ أي لثبوت الإكراه بتلك الشهادة.

فإذا لم تُوجد البينة على نفس الإكراه على الزواج؛ ولكن وُجدت القرائن والأمارات الدالة عليه، كثبوت الحبس أو الضرب من جهة من تمّ التعاقد معه، فإن هذه القرائن ترجح جانب مدعي الإكراه، فالظاهر يشهد لقوله، فيُقتضى بقوله مع يمينه؛ إلا إذا أقام المدعى عليه بينة على الطوعية، فلا تُعارض البينة بالقرائن⁽³⁾.

فإن أقام كل من المدعي والمدعى عليه بينة على دعواه، فتعارضت بينة الطوعية مع بينة الإكراه، ولم يمكن الترجيح بينهما لاستوائهما من كل وجه، فقد قيل بسقوط البينتين، وقيل بتقديم بينة الطوعية لأنها الأصل. والمشهور في كل المذاهب الأربعة هو تقديم بينة الإكراه؛ لأنها بينة ناقلة عن الأصل وفيها زيادة علم⁽⁴⁾.

يقول الجويني: «الظاهر تقديمُ البينة في الإكراه؛ لأنها تستند إلى علمٍ في الخفايا، ورُبُّ مُهَدِّدٍ مُتَوَعِّدٍ في السر يُبدي الطوعَ في تصرفه، وتستند شهادة الشاهد على الطوعية إلى ظاهر حاله، والمطلِّع على سر الأخبار يعلم ما لم يُحِط به الشاهد على الاختيار.»⁽⁵⁾

ثانيا- كيفية إثبات الإكراه على الزواج في القانون الوضعي

الأصل هو سلامة الإرادة، وخلو الرضا من العيوب التي تفسده كالإكراه وغيره، فإذا أبرم عقد الزواج، بحيث صدر الإيجاب والقبول من طرفي العقد، فإن هذه الإرادة المُعَبَّرَ عنها بالإيجاب والقبول يُفترض أنها سليمة من العيوب. ولذلك فإن من يدعي تعييبها بالإكراه يقع عليه عبء

(1) هو: إبراهيم بن علي بن محمد ابن فَرْحُون، برهان الدين اليعمري: عالم بَحَاث، من شيوخ المالكية، ولد ونشأ في المدينة، وهو مغربي الأصل. رحل إلى مصر والقدس والشام. وتولى القضاء بالمدينة ومات بها سنة: 799هـ. له تصانيف عدّة منها: "تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام"، "درة الغواص في محاضرة الخواص". ينظر: الأعلام، م.س، 10/259.

(2) تبصرة الحكام، م.س، 1/452؛ وينظر: النوادر والزيادات، م.س، 10/259.

(3) ينظر: تبصرة الحكام، م.س، 1/134؛ المعيار المغرب، م.س، 3/82-83؛ حاشية البجيرمي على شرح المنهج، م.س، 3/74؛ المغني، م.س، 7/264؛ كشاف القناع، م.س، 9/3342-3343.

(4) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 8/213؛ البحر الرائق، م.س، 7/114؛ البهجة شرح التحفة، م.س، 1/235؛ منح الجليل، م.س، 8/539؛ نهاية المطلب، م.س، 7/99؛ الإنصاف، م.س، 12/133؛ كشاف القناع، م.س، 9/3342-3343. كفاية النبيه في شرح التنبية: أحمد بن محمد الأنصاري، المعروف بابن الرفعة، تحقيق: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2009م، 19/323-324.

(5) نهاية المطلب، م.س، 7/99.

الإثبات؛ لأنه يدعي ما يخالف الأصل⁽¹⁾. وقد جاء في إحدى قرارات محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية ما يأتي: «تبين أن المستأنفة بنت دعواها على أن كلاً من توكيلها لشقيقتها المستأنف عليه الأول في الزواج، وإجراء عقدها على المستأنف عليه الثاني حصل بالإكراه... فكان على المحكمة أن تبحث وتحقق في ذلك، وتبين نوع الإكراه، وبعد الإنكار تُكَلِّفُ المستأنفة الإثبات، وتفصل في ذلك بما يقتضيه الوجه الشرعي.»⁽²⁾

ولكن إذا تم عقد الزواج أمام الموظف المختص بإبرامه، وأقر أطرافه أمامه بالرضا وعدم الإكراه، وتمّ التوقيع على ذلك، فإن هذا المحرر الرسمي يعتبر حجة قاطعة، ولا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 1/75-1 من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني⁽³⁾ بقولها: «المستندات الرسمية التي ينظمها موظفون رسميون يكون من اختصاصهم تنظيمها، كوثيقة الزواج... وتعتبر هذه السندات بينة قاطعة على ما نظمت لأجله، ولا يُقبل الطعن فيها إلا بالتزوير.»⁽⁴⁾ وهذا ما تضمنته أيضاً المادة 324 مكرر 5 مدني جزائري، والفصل 419 التزامات مغربي، والمادة 1/6-1 من قانون البيّنات الأردني⁽⁵⁾.

ومن صور التزوير مثلاً أن يقوم الموظف بتواطؤ مع أحد الزوجين أو الولي، بتغيير تصريحات الطرف الآخر لإظهار أنه راضٍ بهذا العقد، أو بالشروط الاتفاقية، أو ينص في العقد على حضور الزوجة وتصريحها بالرضا في حين أن العقد تمّ بحضور الزوج والولي فقط⁽⁶⁾.

وإذا كان حصول الإكراه على عقد الزواج المبرم أمام الموظف المختص، يُعدّ أمراً نادراً جداً؛ لأن هذا الموظف مطالب بالتأكد من رضا الأطراف قبل إبرام العقد، وهو مهدد بعقوبة شديدة في حال

(1) ينظر: عيوب الرضا في القانون المدني، م.س، ص. 221؛ شرح القانون المدني الجزائري للسعدي، م.س، 201/1.

(2) القرار رقم: 12167، بتاريخ: 1962/12/25 م. (نقلا عن: القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، م.س، 386/1).

(3) قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم: 31، لسنة 1959، المؤرخ في: 1959/11/1، ج.ر: 1449، المعدل.

(4) جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية بالأردن رقم: 21655، بتاريخ: 1980/09/21 م: «إن محضر عقد النكاح الجاري بين الطرفين، والمنظم من قبل المأذون، والموقع من الزوجين، ووالد الزوجة، ومن المعرفين، قد اشتمل على أن الزوجة وكلت والدها في إجراء عقد نكاحها على خاطبها بدون إكراه ولا إجبار. وبما أن هذا المحضر منظم من قبل الموظف المختص (مأذون عقد الأنكحة) فهو حجة قاطعة فيما نُظّم لأجله، ولا يُطعن فيه إلا بالتزوير.» نقلا عن القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، م.س، 388/1-389. وينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 273/1.

(5) قانون البيّنات الأردني رقم: 30، لسنة 1952، المؤرخ في: 1952/4/21، ج.ر: 1108، ص. 200، المعدل.

(6) تنص المادة 215 عقوبات جزائري على أنه: «يعاقب بالسجن المؤبد كل قاض، أو موظف عمومي، أو قائم بوظيفة عمومية، قام أثناء تحريره محررات من أعمال وظيفته، بتزييف جوهرها أو ظروفها بطريق الغش، وذلك إما بكتابة اتفاقات خلاف التي دونت أو أمليت من الأطراف، أو بتقريره وقائع يعلم أنها كاذبة في صورة وقائع صحيحة، أو بالشهادة كذبا بأن وقائع قد أعترف بها أو وقعت في حضوره، أو بإسقاطه أو بتغييره عمدا الإقرارات التي تلقاها.»

التزوير، كما أن أطراف العقد مطالبون بالحضور الشخصي، والتعبير عن إرادتهم مباشرة، ولا تقبل الوكالة إلا إذا كانت رسمية⁽¹⁾؛ إلا أن إمكانية حصول الإكراه على الزواج تبقى قائمة. وفي هذه الحالة يجوز الإثبات بالشهادة أن ما تضمنه العقد المكتوب قد تم تحريره أو إقراره تحت الإكراه، فهذه من الحالات التي يجوز فيها إثبات ما يخالف الدليل الكتابي بالشهادة أو القرائن القوية. وهذا ما نص عليه الفصل 419 التزامات مغربي⁽²⁾، والمادة 7/30 بيّنات أردني⁽³⁾.

وإذا كان احتمال حصول الإكراه في الزواج الموثق نادراً، فإن هذا الاحتمال يقوى في الزواج العربي⁽⁴⁾، حيث يتم هذا الأخير عادة في المسجد، أو أمام جماعة من الأقارب، بحضور الولي والزوج أو وكيله، وغياب الزوجة. ويتم العقد بناءً على دعوى الولي أن موليته راضية بالعقد؛ ولكن قد تدعي الزوجة بعد ذلك أن العقد الذي تم عليها دون حضورها، إنما تم بإكراهها ودون رضاها. فإذا حصل هذا التداعي والإنكار، فالقول قول من يدعي عدم الرضا؛ لأنه الأصل، ولمن يدعي حصول الرضا وثبوت النكاح أن يثبت ذلك بالبينة الشرعية.

وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري بقوله: «من القواعد المقررة شرعاً أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر، فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد، أو السماع الفاشي. والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكّرين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعد مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية.»⁽⁵⁾

(1) أجازت مدونة الأسرة المغربية (م17)، وقانون الأحوال الشخصية الأردني (م6) التوكيل في الزواج؛ ولكن بشروط منها أن تكون الوكالة رسمية. أما قانون الأسرة الجزائري فقد ألغى المادة 20 التي كانت تنص على الوكالة في الزواج.

(2) جاء في الفصل 419: «الورقة الرسمية حجة قاطعة... وذلك إلى أن يُطعن فيها بالزور. إلا أنه إذا وقع الطعن في الورقة بسبب إكراه أو احتيال أو تدليس، أو صورية أو خطأ مادي، فإنه يمكن إثبات ذلك بواسطة الشهود، وحتى بواسطة القرائن القوية المنضبطة المتلائمة، دون احتياج إلى القيام بدعوى الزور...»

(3) جاء في المادة 7/30 من قانون البيّنات الأردني: أن من الحالات التي يجوز فيها إثبات ما يخالف السند الكتابي بالشهادة: «7- في حال الادعاء بأن السند أخذ عن طريق الغش أو الاحتيال أو الإكراه، على أن يتم تحديد أي من هذه الوقائع.» وقد قضت محكمة التمييز الأردنية بأن: «الدفع بالإكراه والتهديد لإثبات ما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي، بالبينة الشخصية... إنما يُقصد منه التهديد بأمر غير مشروع... يُلجئ المعتدى عليه للانصياع لطلبات مُوجه التهديد...» القرار رقم: 1057-95، ص 2832، سنة 1997، نقلاً عن: شرح أحكام قانون البيّنات الجديد، م.س، ص.152.

(4) أقصد بالزواج العربي هنا الزواج الشرعي الصحيح الذي لا ينقصه إلا التوثيق، ولا أقصد به الزواج السري، فهو غير صحيح لغياب الإشهاد.

(5) قرار المجلس الأعلى، غ.أ.ش، ملف رقم: 43889، بتاريخ: 1986/12/15، المجلة القضائية، عدد 2، 1993، ص.37. - تنبيه: جاء في قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم: 381880، بتاريخ: 2007/2/14، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 2007، ص. 483: أنه يجوز إثبات الزواج العربي بشهادة رجل وامرأتين، وهذا يعد تراجعاً عن القضاء السابق بتحدد نصاب الشهادة برجلين عدلين.

ويكون لقاضي الموضوع في هذه الحالة المتعلقة بإثبات الزواج العرفي المتنازع فيه كامل السلطة في تقدير تلك البيئة والشهادة، على أنه يخضع لرقابة قضاء النقض فيما يخص توافر الشروط الشرعية في تلك البيئة أو الشهادة⁽¹⁾.

كما أجازت مدونة الأسرة المغربية اعتماد كافة وسائل الإثبات في إثبات الزواج العرفي الذي حالت قوة قاهرة دون توثيقه (م/2/16)⁽²⁾. فللمحكمة أن تعتمد في إثبات ذلك الزواج، ومدى توافره على الرضا أو حصوله بالإكراه على شهادة الشهود، والقرائن، والخبرة⁽³⁾.

والإكراه على الزواج أو غيرها من العقود إنما يتم بالتهديد والوعيد، والحبس والضرب وغيرها من الوسائل التي تمثل وقائع مادية، ولذلك فإثبات حصول هذه الوقائع يجوز بكل وسائل الإثبات، كالشهادة والإقرار، والقرائن وغير ذلك⁽⁴⁾.

ولكن إثبات تلك الوقائع المادية لا يكفي لإثبات الإكراه؛ بل لا بد من إثبات توافر الشروط المطلوبة لاعتبار تلك الوقائع إكراها مفسدا للرضا، كإثبات أن وسيلته غير مشروعة، وأنها أحدثت في نفس المئكروه رهبة كانت هي الدافع لإبرام العقد.

ويستقل قاضي الموضوع بسلطة تقدير مدى تأثير الإكراه على إرادة مدعيه، وما إذا كانت الرهبة المتولدة منه هي فعلا الدافعة للتعاقد. ولا يخضع في تقدير هذه المسائل الواقعية لرقابة قضاء النقض؛ إلا ما تعلق بالتسبب السائغ لهذا التقدير. أما تقدير مدى مشروعية الإكراه، فهذا الأمر يخضع فيه قاضي الموضوع لرقابة قضاء النقض متى كانت وسيلة الإكراه مُبَيَّنَةً في الحكم؛ لأنه قد يحصل الخطأ في تحديد الوصف القانوني لواقعة الإكراه، وبالتالي الخطأ في تطبيق القانون⁽⁵⁾.

وإذا حصل وقدم كل من المدعي والمدعى عليه بيئة تؤيد قوله، فتعارضت بيئة الإكراه مع بيئة الطواعية، فيعمل بيئة الإكراه؛ لأنها تقتضي فساد النكاح، وبيئة فساده أولى من بيئة صحته، كما

(1) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 274/1-275.

(2) جاء في المادة 2/16 قولها: «إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة.»

(3) ينظر: شرح مدونة الأسرة، م.س، ص.97-99؛ فلسفة نظام الأسرة، م.س، ص.243.

(4) ينظر: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، م.س، ص.22؛ شرح أحكام قانون البيئات الجديد، م.س، ص.152.

(5) ينظر: عيوب الرضا في القانون المدني، م.س، ص.221-222؛ شرح القانون المدني الجزائري، م.س، 201/1؛ المشكلات العملية في دعاوى الطلاق والفسخ والخلع، م.س، ص.25.

لو أقام الرجل بينة على أنه تزوج المرأة برضاها، وأقامت هي بينة على أنه تزوجها مكرهة، فبينتها أولى، ويثبت فساد النكاح. وهذا ما أقرته محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية⁽¹⁾.

وبعد بيان كيفية إثبات الإكراه في الزواج في كل من الفقه والقانون يتبين لي ما يأتي:

- اتفاق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على أن المرأة إذا لم تُحْضِرُ العقد، وادعت الإكراه وعدم الرضا، فالأصل هو عدم رضاها حتى يثبت حصوله بالبينة.

- اتفاق الفقه والقانون على أن الإكراه على الزواج واقعة مادية يجوز إثباتها بكل وسائل الإثبات الشرعية والقانونية، كشهادة الشهود، والإقرار، والقرائن.

- اتفاق الفقه والقانون كذلك على أنه إذا تعارضت بينة الإكراه مع بينة الطوعية، وتعذر الترجيح، قدمت بينة الإكراه؛ لأن بينة فساد النكاح مقدمة على بينة صحته.

- ذهب الفقه الإسلامي إلى أن عقد الزواج المكتوب (الموثق) يمكن إثبات حصول الإكراه فيه، وذلك بإثبات أن ما أقرَّ به أحد الزوجين كان تحت ضغط الإكراه. أما القانون الوضعي فيعتبر عقد الزواج الموثق رسمياً حجة قاطعة لا تقبل الطعن إلا بالتزوير.

(1) ينظر القرار رقم: 19089، بتاريخ: 1976/9/11. (القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، م.س، 412/1-413).

المطلب الثالث

آثار عقد الزواج المشوب بالإكراه

الزواج المشوب بالإكراه إذا اعتُبر صحيحاً لازماً على رأي الحنفية، أو اعتُبر صحيحاً غير لازم وفق مدونة الأسرة المغربية، فآثاره هي آثار العقد الصحيح من حِلِّ الاستمتاع، واستحقاق المهر والنفقة، وثبوت النسب، ولُحُوق الطلاق والعدة وغيرها من الآثار.

أما إذا اعتُبر باطلاً على رأي الجمهور، والذي أخذ به القانون الجزائري، أو اعتُبر فاسداً على رأي القانون الأردني، فلا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول. أما بعد الدخول فتترتب عليه بعض الآثار؛ لأن هذا النكاح مختلف فيه، والدخول فيه يُورث شبهة تدرأ الحدَّ وترتب بعض الآثار، كالمهر والعدة وثبوت النسب.

وأما إذا اعتُبر هذا الزواج موقوفاً على الإجازة، كما هو رأي بعض المالكية، والذي رجحته في هذا البحث، فإنه قبل الإجازة لا يترتب أي أثر، وبعدها يترتب جميع آثار العقد الصحيح، وإن تمَّ ردُّه وفسخه بعد الدخول تترتب عليه ما يترتب على الدخول في العقد الفاسد.

فهذه هي آثار الزواج المشوب بالإكراه على سبيل الإجمال، وسأشرح بالكلام عن بعضها بشيء من التفصيل، وهي الدخول (الفرع الأول)، والمهر (الفرع الثاني)، والنسب (الفرع الثالث)، وبقية الآثار، كالعدة والنفقة والتعويض (الفرع الرابع).

الفرع الأول

حكم الدخول في الزواج المشوب بالإكراه

الدخول في الزواج يقتضي الاستمتاع بين الزوجين، وحل الاستمتاع هو أثر من آثار الزواج الصحيح. ولما كان الزواج المشوب بالإكراه مختلفاً فيه صحة وبطلاناً وفساداً ووقفاً، فإن الدخول فيه يختلف حكمه بحسب ذلك الاختلاف في حكم العقد نفسه. وسأتكلم عن حكم الدخول حسب هذه الاختلافات في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

أولاً- حكم الدخول في زواج الإكراه في الفقه الإسلامي

1- جواز الدخول في زواج الإكراه

النكاح بالإكراه صحيح لازم عند الحنفية⁽¹⁾؛ وبالتالي فلا إشكال عندهم في جواز الدخول في هذا النكاح، سواء تمَّ ذلك طواعية أو إكراهاً، ويترتب على هذا الدخول جميع آثاره من استحقاق المهر والنفقة، وثبوت النسب وغير ذلك.

(1) ينظر: المبسوط، م.س، 56/24، 64؛ بدائع الصنائع، م.س، 182/7.

2- حرمة الدخول في زواج الإكراه

يرى جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) أن النكاح بالإكراه باطل فاسد⁽¹⁾؛ ولذلك لا يجل فيه الدخول، سواء كان ذلك عن طواعية أو إكراه، فإن تمَّ الدخول وجب التفريق بين الزوجين قضاءً إن لم يفتقرا رضاً، حتى ولو طال الأمر، وحتى لو تم إنجاب الأولاد؛ لأنه لا يجوز المُقَام على النكاح الباطل والفاسد. وللقاضي أن يحكم بالتفرق والفسخ متى اطلع عليه، ولو دون طلب الزوجين⁽²⁾.

وهل يعتبر الوطء في هذا الدخول المحرم زنا يستوجب الحدَّ أم لا؟ المشهور عند المالكية، وهو مذهب الشافعية والحنابلة، أنه لا حدَّ في وطء النكاح الفاسد المختلف في فسادهِ وصحته، كالنكاح بالإكراه، سواء اعتقدا حِلَّهُ أو حرمة؛ لأن الاختلاف في صحة هذا النكاح شبهة قوية، والحدُّ يُدْرَأ بالشبهات. ولكن يُعزَّر معتقد حرمة؛ لارتكابه معصية لا حدَّ فيها ولا كفارة⁽³⁾.

وفي قول عند المالكية أنه لا بدَّ من التفصيل في المسألة؛ فالرجل المُكْرَه على النكاح إذا أُكْرِه على الوطء فلا حدَّ عليه، أما إذا لم يُكْرَه على الوطء، فيُستفصل منه؛ فإن قال: وطئتها على الرضا بالنكاح دُرِيٌّ عنه الحدُّ للشبهة، وإن قال: وطئتها على غير رضا مني بالنكاح فعليه الحدُّ. وأما المرأة المُكْرَهة على النكاح فلا حدَّ عليها إن أُكْرَهت على الوطء، وكذلك إن طواعته رضا منها بالنكاح. أما إن لم تكن مُكْرَهة على النكاح، ومكَّنته من الوطء طواعية، وهي عالمة أنه مُكْرَه على النكاح، فعليها الحدُّ⁽⁴⁾.

3- التفصيل في حكم الدخول في زواج الإكراه

يرى بعض المالكية أن النكاح بالإكراه موقوف على إجازة المُكْرَه⁽⁵⁾، وعليه فإن حكم الدخول يختلف حسب الحالات الآتية⁽⁶⁾:

- (1) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، م.س، 370/2؛ الحاوي الكبير، م.س، 54/9؛ المغني، م.س، 406/9.
- (2) ينظر: الشرح الصغير مع حاشية الصاوي، م.س، 372/2-373؛ منح الجليل، م.س، 56/4؛ حاشية الدسوقي، م.س، 270/2؛ الأم، م.س، 20/5.
- (3) ينظر: حاشية الدسوقي، م.س، 239/2؛ شرح مختصر خليل للخرشي، م.س، 76/8؛ مغني المحتاج، م.س، 244/4؛ العزيز شرح الوجيز، م.س، 532/7؛ المغني، م.س، 353/9-354.
- (4) ينظر: النوادر والزيادات، م.س، 563/4، 258/10-259؛ المختصر الفقهي لابن عرفة، م.س، 162/4؛ منح الجليل، م.س، 54/4؛ تفسير القرطبي، م.س، 440/12.
- (5) ينظر: التاج والإكليل، م.س، 315/5؛ منح الجليل، م.س، 54/4، 56؛ المختصر الفقهي لابن عرفة، م.س، 162/4؛ النوادر والزيادات، م.س، 258/10.
- (6) ينظر: النوادر والزيادات، م.س، 563/4، 258/10-259.

- أ- إذا تمَّ الدخول بعد إجازة العقد، فلا إشكال في جوازه؛ لصحة العقد ونفاذه بالإجازة.
- ب- إذا تمَّ الدخول قبل إجازة العقد، وكان عن طواعية من المُكْرَه، كأن تُكْرَه المرأة على الزواج، ثم يتم الدخول بها عن طواعية منها، أو يُكْرَه الزوج على العقد ثم يدخل بزوجه طواعية منه، فهنا يُعَدُّ الدخول عن طواعية إجازة ضمنية للعقد، فيصح العقد وينفذ بذلك.
- ج- إذا تمَّ الدخول قبل إجازة العقد، وكان عن إكراه، كأن تُكْرَه المرأة على الزواج، ثم تُكْرَه على الدخول. فهنا يجرم الدخول؛ لأن الدخول في الزواج الموقوف قبل إجازته يأخذ حكم الدخول في الزواج الفاسد⁽¹⁾. فلا ينفذ هذا العقد، ولا يلزم الزوجة إجازته؛ بل لها أن تجيزه بعد زوال الإكراه عنها، ولها أن ترده. وأما إذا تم الوطء بعد ردِّ النكاح وفسخه مع العلم بذلك، فهو زنا يوجب الحدَّ وينفي النسب.

ثانياً- حكم الدخول في زواج الإكراه في القانون الوضعي

يختلف حكم الدخول في زواج الإكراه باختلاف حكم العقد في كل قانون.

1- مشروعية الدخول في زواج الإكراه

بناء على ما أخذت به مدونة الأسرة المغربية من عدم لزوم عقد الزواج بالإكراه، واعتباره صحيحاً قابلاً للفسخ (م63)، فإن الدخول فيه يكون مشروعاً؛ لأن ذلك من آثار العقد الصحيح (م1/51). ولكن إذا تم ذلك عن طواعية واختيار وبعد زوال الإكراه، فهو دليل على الرضا بالاستمرار في الزواج، وبالتالي يسقط الحق في طلب الفسخ.

2- عدم مشروعية الدخول في زواج الإكراه

وفقاً لما أخذ به القانون الجزائري من بطلان نكاح الإكراه، وما أخذ به القانون الأردني من فساده، فإنه لا يجوز الدخول؛ لأن الزواج الباطل والفساد لا يُشرع فيهما الدخول والاستمتاع والمعاشرة الزوجية. فهذا من آثار العقد الصحيح⁽²⁾. فالأصل في علاقة الرجل بالمرأة هو المنع والتحريم، حتى يقوم السبب القانوني المثبت للحلّ، وهو العقد الصحيح، أما غير الصحيح (الباطل، والفساد) فلا يفيد الحلّ؛ لأن الاختلال الموجود فيه يجعله غير معتبر في نظر القانون⁽³⁾.

(1) يقول ابن نجيم في: البحر الرائق، م.س، 181/3: «وَحُكْمُ الدُّخُولِ فِي النِّكَاحِ الْمُؤَقُّوفِ، كَالدُّخُولِ فِي الْفَاسِدِ، فَيَسْقُطُ الْحَدُّ، وَيَبْتُلُ النَّسَبَ، وَيَجِبُ الْأَقْلُ مِنَ الْمُسَمَى وَمِنْ مَهْرِ الْمَثَلِ.»

(2) الاستمتاع والمعاشرة الزوجية من آثار الزواج الصحيح وفقاً للمادة 2/36 أسرة جزائري؛ والمادة 77 أحوال شخصية أردني.

(3) ينظر: الأحوال الشخصية، م.س، ص. 147؛ الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد، م.س، 131/1.

ولذلك إذا رُفعت دعوى لفسخ عقد زواج الباطل أو الفاسد، فإنه يجب على المحكمة اتخاذ الإجراءات الكفيلة بالحيلولة بين الزوجين إلى حين صدور الحكم النهائي في الدعوى؛ وذلك خوفاً من حصول الدخول المحرم، أو منعا لاستمرار المعاشرة المحرمة بينهما إن حصل الدخول فعلا. وهذا ما تنص عليه المادة 35/ب أحوال شخصية أردني بقولها: «إذا كان سبب التفريق يحرم المرأة على زوجها، وجب الحيلولة بينهما من وقت وجود موجب التفريق.»⁽¹⁾

ورغم أن الدخول في النكاح الباطل والفساد غير مشروع، فإنه لا يمثل جريمة الزنا المعاقب عليها قانونا؛ نظرا لوجود شبهة العقد التي توهم الرجل والمرأة حل الاستمتاع ببعضهما⁽²⁾. أما إذا تم الدخول بسوء نية، أي مع العلم ببطان العقد أو فساد، فهو زنا يوجب العقوبة ولا يُرتب أي أثر من آثار الزواج⁽³⁾.

ومن خلال ما سبق بيانه حول حكم الدخول في زواج الإكراه، يظهر لي ما يأتي:

- الدخول في الزواج المشوب بالإكراه يختلف حكمه باختلاف حكم العقد نفسه، فيُشرع عند من يرى العقد صحيحا لازما كالحنفية، أو غير لازم كالقانون المغربي. ولا يُشرع عند من يرى بطلانه أو فساد كالجُمهور والقانون الجزائري والأردني. ويكون مشروعاً بعد الإجازة لا قبلها عند من يراه موقوفاً كبعض المالكية.

- اتفق القائلون ببطلان وفساد الزواج بالإكراه من المذاهب الفقهية (الجُمهور)، والقوانين الوضعية (الجزائري والأردني)، على حرمة الدخول، ووجوب التفريق بين الزوجين والحيلولة بينهما؛ ولكن إن وقع دخول فلا يعتبر ذلك زنا يستوجب عقوبة الزنا؛ لوجود الشبهة فيه، وهي اختلاف العلماء في صحته وفساده. أما مع العلم وسوء النية فهو يمثل جريمة الزنا.

(1) ينظر كذلك المواد الآتية من قوانين الأحوال الشخصية: 100 كويتي، 45/ب لبي، 103 قطري. وينظر: الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد، م.س، 138/1.

(2) ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية للسرطاوي، م.س، ص.87؛ الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد، م.س، 131/1.

(3) مثال ذلك الزوجة التي لم تنتظر الفصل في قضيتها المرفوعة على زوجها، وتزوجت بشخص آخر زواجا عرفيا، رغم أنها ما زالت في عصمة الزوج الأول، فقد اعتبرها القضاء الجزائري جريمة زنا. ينظر: قرار المجلس الأعلى الجزائري، الغرفة الجزائرية، رقم 271، بتاريخ 1986/5/13م، غير منشور. (نقلا عن الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 199/1، هامش 7).

الفرع الثاني

حكم المهر في الزواج المشوب بالإكراه

سأتكلم في هذا الفرع عن حكم المهر في زواج الإكراه في كل من الفقه والقانون.

أولاً- حكم المهر في زواج الإكراه في الفقه الإسلامي

1- حكم المهر عند الحنفية

الإكراه عند الحنفية لا يؤثر في صحة النكاح ولزومه؛ ولكنه يؤثر في مقدار المهر الواجب فيه، على النحو الآتي⁽¹⁾:

أ- إذا أُكْرِهَ الرجل على الزواج فيما أن يكون المهر المسمى قدر مهر المثل، أو أقل، أو أكثر:

أ.أ- فإن كان المُسَمَّى قَدَرَ مَهْرَ المِثْلِ أو أَقَلَّ منه، لزمه الزواج ووجب المُسَمَّى، ولا يرجع به الزوج المُكْرَهَ على المُكْرِه؛ لأنَّه ما أَتَلَفَ عليه من ماله قد عَوَّضَهُ عليه بِمِثْلِهِ، وهي منافع البضع التي دخلت في ملكه بالزواج، وحيث لم يُوجَدَ إِتْلَافٌ فلا ضمان.

أ.ب- وإن كان المُسَمَّى أَكْثَرَ من مَهْرِ المِثْلِ، وجب قَدْرُ مَهْرِ المِثْلِ، وبطلت الزيادة؛ لأنَّها حصلت بالإكراه فلا تَصِحُّ؛ فالإكراه لا يُؤَثِّرُ في صحة النكاح؛ لكنه يُؤَثِّرُ في إِيْجَابِ المال.

ب- وإذا أُكْرِهَتِ المرأة على الزواج، فيما أن يكون المهر المسمى قدر مهر المثل، أو أقل، أو أكثر منه:

ب.أ- فإن كان المُسَمَّى قَدَرَ مَهْرِ المِثْلِ أو أَكْثَرَ منه، لزمها الزواج ووجب المُسَمَّى، وليس لها ولا لأوليائها حق الاعتراض على هذا المهر، ولا أن ترجع على الزوج أو المُكْرِه بشيء.

ب.ب- وإن كان المُسَمَّى أَقَلَّ من مَهْرِ المِثْلِ، فلا يلزمها الزواج بهذا المهر الأقل، فلها أن تطلب تكميله إلى مهر المثل. فيقال حينها للزوج: إما أن تَكْمِلَ لها مهر مثلها، وإما أن تفارقها. فإن قَبِلَ تكميل المهر لَزِمَ النكاح، وإن أَبَى تَكْمِيلَهُ، ولم تَرْضَ هي بالتقصان، فَرَقَّ القاضي بينهما قبل الدُّخُولِ ولا شيء على الزوج؛ لأنَّ الفُرْقَةَ جاءت من قَبْلِهَا. أما إذا تَمَّ الدُّخُولُ بها، فيما أن تكون مكرهة على الدخول، فيلزم الزوج تكميل مهر المثل؛ لأن دخوله بها مكرهة يُعَدُّ رضا منه بالتكميل. وإن دخل بها وهي طائعة فهو رضا منها بالمسمى؛ لأن رضاها بالمسمى دلالة كرضاها به صراحة، فيسقط حقها في التفريق، وإذا سقط حقها في التفريق فلأوليائها حق الاعتراض على نقصان المهر عن مهر المثل عند أبي حنيفة خلافا لصاحبيه.

(1) ينظر: المبسوط، م.س، 64/24؛ بدائع الصنائع، م.س، 184/7-185؛ الفتاوى الهندية، م.س، 294/1.

2- حكم المهر عند الجمهور

يرى جمهور الفقهاء أن نكاح الإكراه باطل يجب فسخه، فإذا فُسخ قبل الدخول فلا مهر فيه؛ إذ كل نكاح فُسخ قبل الدخول فلا شيء فيه؛ سواء كان متفقا على فساده أو مختلفا فيه، وسواء كان الفساد لعقده أو لصداقه أو لهما معا⁽¹⁾.

أما إذا تم الدخول، فيجب المهر؛ لأن الوطء في النكاح الفاسد يُوجب، والقاعدة الفقهية أن الوطء لا يخلو عن عقرٍ أو عقرٍ، أي عن حدٍّ أو مهر⁽²⁾. وقد تَعَدَّرَ الأوَّلُ لِلشُّبُهَةِ فَتَعَيَّنَ الثَّانِي. ودليل وجوب المهر في النكاح الفاسد، قوله ﷺ: (أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتِ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا)⁽³⁾.

ولكن الفقهاء مختلفون في مقدار هذا المهر⁽⁴⁾؛ فالمالكية وأحمد في رواية يثبتون المهر المسمى إن وُجد؛ لما جاء في بعض ألفاظ الحديث السابق: (لَهَا مَا أَعْطَاهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا)⁽⁵⁾. والشافعية والحنابلة يثبتون مهر المثل دون المسمى؛ لما جاء في بعض ألفاظ الحديث السابق: (لَهَا مَهْرٌ مِثْلِهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا)⁽⁶⁾. والراجح هو إثبات مهر المثل؛ لفساد التسمية بفساد العقد.

3- حكم المهر عند بعض المالكية

يرى بعض المالكية أن النكاح بالإكراه موقوف على إجازة المكره. فإذا كان المكره هو الزوج، فله أن يجيز النكاح بالمهر المسمى، وإن كان أكثر من مهر مثلها؛ لأنها بذلك رضيت. وإذا كان المكره هو الزوجة أو وليها، فلهما إجازة العقد بالمهر المسمى، ولو كان أقل من مهر مثلها؛ لأنه بذلك رضي الزوج؛ إلا أن يشاء أن يُتم لها مهر المثل. فهذا حكم المهر إذا أُجيز العقد، سواء أُجيز قبل الدخول أم بعده، أما إذا فُسخ؛ فإن كان الفسخ قبل الدخول فلا مهر فيه أصلا، وإن كان بعده فالواجب هو مهر المثل لا المسمى؛ لأن الدخول في هذه الحالة إنما كان عن إكراه؛ إذ لو كان عن طواعية لعدَّ إجازة ضمنية يثبت بها الصداق المسمى⁽⁷⁾.

(1) ينظر: حاشية الدسوقي، م.س، 240/2؛ المغني، م.س، 351/9.

(2) ينظر: غمز عيون البصائر، م.س، 110/2؛ البحر الرائق، م.س، 39/4، الأشباه والنظائر للسبكي، م.س، 375/1؛ الكافي في فقه الإمام أحمد، موفق الدين بن قدامة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994م، 50/2.

(3) سبق تخريجه، ص10.

(4) ينظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، م.س، 240/2؛ الحاوي الكبير، م.س، 48/9-49؛ أسنى المطالب، م.س، 123/3؛ المغني، م.س، 351/9-352.

(5) صحيح ابن حبان، م.س، كتاب النكاح، باب الولي، 384/9، حديث رقم: 4074.

(6) السنن الكبرى للبيهقي، م.س، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، 168/7، حديث رقم: 13598.

(7) ينظر: النوادر والزيادات، م.س، 563/4، 258/10-259.

ثانيا- حكم المهر في زواج الإكراه في القانون الوضعي

1- لا مهر في الفسخ قبل الدخول

إذا فُسخ الزواج المشوب بالإكراه قبل الدخول فلا مهر فيه أصلا؛ سواء كان المُكْره هو الزوج أو الزوجة؛ لأن المهر إنما يجب بالعقد أو الدخول. أما العقد فقد بطل أو فسد أو رُفِع بالفسخ، وأما الدخول فلم يوجد أصلا⁽¹⁾.

وهذا ما اتفقت عليه القوانين محل الدراسة رغم اختلافها في حكم العقد نفسه. فعلى اعتباره باطلا كما في قانون الأسرة الجزائري، أو فاسدا كما في قانون الأحوال الشخصية الأردني، فلا مهر فيه قبل الدخول؛ لأن الزواج الباطل والفساد لا يرتبان أي أثر قبله (م2/33 جزائري، م34 أردني). وعلى اعتباره غير لازم كما في مدونة الأسرة المغربية، فلا مهر فيه أيضا إذا فُسخ قبل الدخول، فقد جاء في المادة 3/32 أن الزوجة لا تستحق الصداق إذا وقع فسخ العقد قبل البناء.

2- ثبوت المهر بعد الدخول

أما إذا تم الدخول في زواج الإكراه، ثم فُسخ بعد ذلك، فإنه يترتب عليه ثبوت المهر. وهذا ما يقتضيه عموم المادة 16 أسرة جزائري، وإن لم تصرح بهذا الحكم. فرغم أن القانون الجزائري يعتبر زواج الإكراه باطلا فإن هذا الأخير يترتب بعض الآثار عند حسن النية، ومنها مهر المثل⁽²⁾؛ لأنه زواج مختلف في صحته بين الفقهاء، فكان الدخول فيه شبهة تدرأ عقوبة الزنا وتوجب مهر المثل⁽³⁾.

أما في القانون المغربي الذي يعتبر نكاح الإكراه صحيحا غير لازم، فإنه يثبت فيه بعد الدخول المهر المسمى، وفقا للمادة 1/32 التي تقول: «تستحق الزوجة الصداق كاملا بالبناء...»
وأما القانون الأردني فقد نص على أن الزواج الفاسد (كزواج الإكراه) يلزم فيه بعد الدخول الأقل من المهرين: المسمى أو المثل (م51).

إذن فالمهر الواجب بالدخول في نكاح الإكراه هو مهر المثل في القانون الجزائري، والمهر المسمى في القانون المغربي، والأقل من المهرين في القانون الأردني.

(1) ينظر: المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي، ص147؛ شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي، م.س، 195/1؛ الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 226/1.

(2) جاء هذا الحكم صريحا في المادة 2/58 من مدونة الأسرة المغربية بقولها: «يترتب على هذا الزواج [أي الباطل] بعد البناء الصداق والاستبراء، كما يترتب عليه عند حسن النية لحق النسب، وحرمة المصاهرة.» وقريبا من معناها المادة: 31 أحوال شخصية بمخ.

(3) ينظر: الأحوال الشخصية، م.س، ص.183؛ شرح قانون الأحوال الشخصية للسرطاوي، م.س، ص.88؛ الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 209/1.

وبعد استعراض حكم المهر في زواج الإكراه في كل من الفقه والقانون يتبين لي ما يأتي:

- اتفقت المذاهب الفقهية والقوانين الوضعية حول عدم استحقاق المهر إذا فُسخ زواج الإكراه أو تم التفريق بين الزوجين قبل الدخول، سواء اعتبر الزواج باطلاً أو فاسداً أو غير لازم.

- اتفقت المذاهب الفقهية والقوانين الوضعية كذلك على استحقاق الزوجة للمهر بعد الدخول في زواج الإكراه بغض النظر عن حكمه. لكنها اختلفت في مقدار المهر الواجب، هل هو المسمى أو المثل، أو الأقل منهما، على نحو ما تم تفصيله. وعلى القول بترجيح وقف نكاح الإكراه، فإن الواجب فيه إذا فسخ بعد الدخول هو مهر المثل، أما إذا أجزى ولم يفسخ، فالواجب فيه هو المسمى.

الفرع الثالث

حكم النسب في الزواج المشوب بالإكراه

سأتكلم في هذا الفرع عن حكم النسب في زواج الإكراه في كل من الفقه والقانون.

أولاً- حكم النسب في زواج الإكراه في الفقه الإسلامي

لا إشكال في ثبوت النسب في الزواج المشوب بالإكراه عند الحنفية؛ لقولهم بصحته.

أما جمهور الفقهاء القائلين بطلانه، فالنسب ثابت عندهم أيضاً؛ لأن هذا الزواج مختلف في صحته وبطلانه؛ إذ قد خالف في بطلانه الحنفية. وقد اتفق فقهاء الشريعة (الجمهور والحنفية معا) على إثبات النسب بالوطء في كل نكاح مختلف فيه بين الفقهاء⁽¹⁾. وذلك مراعاة للخلاف في تصحيحه من جهة، ولأنَّ النسب يُحْتَمَطُ في إثباته إحياءً لِلْوَلَدِ من جهة ثانية.

ولكن يشترط في ثبوت النسب في هذه الحال أن تأتي الزوجة بالولد بين أقل مدة الحمل وأقصاها. أما أقل مدة الحمل فهي ستة أشهر باتفاق الفقهاء، وتحسب عند الحنفية القائلين بصحة زواج الإكراه من وقت العقد، أما عند الجمهور القائلين بطلانه وفساده، فتحسب من وقت الدخول الحقيقي، أي الوطء، ولا يُكْتَفَى بمجرد الخلوة⁽²⁾.

(1) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 197/5-198؛ حاشية الدسوقي، م.س، 239/2؛ فتح العلي المالک، م.س، 51/2-52؛

الحاوي الكبير، م.س، 49/9؛ المغني، م.س، 354/9.

(2) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 198/5؛ البحر الرائق، م.س، 169/4؛ بداية المجتهد، م.س، 142/4؛ البيان في مذهب الإمام

الشافعي: يحيى بن سالم العمراني، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، ط1، 2000م، 11/11؛ المغني، م.س،

وأما أقصى مدة الحمل فتحسب من وقت الطلاق أو الفسخ أو التفريق، ومدتها مختلف فيها؛ فهي تسعة أشهر عند ابن حزم، وسنة قمرية عند محمد بن عبد الحكم⁽¹⁾ من المالكية، وستتان عند الحنفية والحنابلة، وأربع سنين عند الشافعية وبعض المالكية، وخمس سنين عند الإمام مالك، وسبع سنين عند بعض المالكية⁽²⁾.

وهذه التقديرات لأقصى مدة الحمل، ليس لها ما يؤيدها من النصوص الثابتة، وإنما هي مبنية على وقائع مُدَّعاة. وقد ثبت في علم الأجنة الحديث استحالة استمرار الحمل أكثر من 330 يوماً⁽³⁾. ولذلك ينبغي الاعتماد في هذه المسألة على العلم الحديث، وليس على مجرد الوقائع التي ثبت علمياً عدم صحتها⁽⁴⁾.

ثانياً- حكم النسب في زواج الإكراه في القانون الوضعي

يثبت النسب في الزواج المشوب بالإكراه، سواء اعتبر باطلاً أم فاسداً أم صحيحاً غير لازم. أما على اعتباره باطلاً، كما في قانون الأسرة الجزائري، فيثبت فيه النسب متى كان الوطاء فيه شبهة تنفي وصف الزنا؛ لأن الوطاء بشبهة يثبت فيه النسب أيضاً وفقاً للمادة 40 أسرة.

ويكون الوطاء في النكاح الباطل شبهة إذا كان بحسن نية، بأن يكون البطلان مختلفاً فيه شرعاً، والواطئ ممن يعتقد صحته، أو يكون البطلان مجعماً عليه؛ ولكن الوطاء كان جاهلاً بالبطلان أصلاً، أو كان جاهلاً بوجود السبب المبطل للعقد⁽⁵⁾.

أما على اعتبار زواج الإكراه صحيحاً غير لازم، كما في مدونة الأسرة المغربية، فلا إشكال في ثبوت النسب فيه؛ لأن ذلك من آثار الزواج الصحيح (م/154).

(1) هو: محمد بن عبد الله ابن عبد الحكيم المصري، أبو عبد الله: فقيه عصره. انتهت إليه الرياسة في العلم بمصر. كان مالكي المذهب، ولازم الإمام الشافعي، ثم رجع إلى مذهب مالك. ولد بمصر سنة: 182هـ، وتوفي بها سنة: 268هـ. له كتب كثيرة، منها: "الرد على الشافعي"، "أحكام القرآن". ينظر: الأعلام، م.س، 6/223.

(2) ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 4/362؛ البحر الرائق، م.س، 4/177؛ بداية المجتهد، م.س، 4/142؛ البهجة شرح التحفة، م.س، 1/528؛ البيان في مذهب الإمام الشافعي، م.س، 11/12؛ مغني المحتاج، م.س، 5/87؛ المغني، م.س، 11/231-233؛ المحلى بالآثار، م.س، 10/131-133.

(3) هذا ما جاء في توصيات الندوة الطبية الثالثة، التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، المنعقدة بالكويت في 18 أبريل 1987. يراجع: مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الفقهية، دراسة مقارنة: محمد نعمان علي البعداني، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2012، ص. 417-424؛ مدة الحمل: نجم عبد الله عبد الواحد، مقال بمجلة مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة، السنة 2، العدد 4، 1989، ص. 253-260.

(4) يقول ابن رشد في بداية المجتهد، م.س، 4/142: «هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مَرْجُوعٌ فِيهَا إِلَى الْعَادَةِ وَالْتَجَرِبَةِ، وَقَوْلُ ابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ وَالظَّاهِرِيَّةِ هُوَ أَقْرَبُ إِلَى الْمُعْتَادِ، وَالْحُكْمُ إِنَّمَا يَجِبُ أَنْ يَكُونَ بِالْمُعْتَادِ لَا بِالتَّادِرِ، وَلَعَلَّهُ أَنْ يَكُونَ مُسْتَحِيلًا.»

(5) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 1/199، 293؛ شرح مدونة الأسرة، م.س، ص. 207.

وأما على اعتبار زواج الإكراه فاسداً، وفق ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الأردني، فالنسب يثبت في الزواج الفاسد أيضاً (م158/ب).

ويشترط لثبوت النسب وفق الاعتبارات السابقة ما يأتي⁽¹⁾:

1- إمكانية الاتصال الجنسي بين الزوجين في الزواج الصحيح، سواء بالخلوة الصحيحة أو الدخول الحقيقي (م1/154 مغربي). أما الزواج الباطل فلا بدّ فيه من الدخول الحقيقي (م40 جزائري). والأمر نفسه في الزواج الفاسد (م158/ب أردني)؛ لأن الزواج الفاسد لا يصير فراشا بمجرد العقد كالزواج الصحيح، وإنما يصير كذلك بالدخول الحقيقي.

2- ولادة المولود بين أقل وأقصى مدة الحمل. وأقل مدة للحمل هي ستة أشهر باتفاق القوانين محل الدراسة⁽²⁾، وتحسب من تاريخ العقد الصحيح الذي أمكن فيه الاتصال، أو من تاريخ الدخول في الزواج الفاسد أو الباطل. وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر في قانون الأسرة الجزائري (م42، 60)، وسنة كاملة في مدونة الأسرة المغربية (م2/154)، وقانون الأحوال الشخصية الأردني (م159)، وتحسب من تاريخ الفسخ أو الفراق.

وبعد استعراض موقف الفقه والقانون من ثبوت النسب في زواج الإكراه، يتبين لي ما يأتي:

- اتفاق المذاهب الفقهية والقوانين الوضعية حول ثبوت النسب في الزواج المشوب بالإكراه؛ سواء اعتبر باطلاً أم فاسداً أم صحيحاً غير لازم، بشرط أن يولد الولد بين أقل وأقصى مدة الحمل.

- اتفاق المذاهب الفقهية والقوانين الوضعية على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، وأنها تحسب من تاريخ الدخول الحقيقي عند من اعتبر زواج الإكراه باطلاً أو فاسداً. أما من اعتبره صحيحاً لازماً كالحنفية أو غير لازم كمدونة الأسرة المغربية، فتحسب من تاريخ العقد؛ لكن الحنفية لم يشترطوا إمكان الاتصال خلافاً للمدونة المغربية.

- اختلفت المذاهب الفقهية في أقصى مدة الحمل، وأرجح الأقوال أنها لا تتجاوز العشرة أشهر، وبه أخذ القانون الجزائري، أما القانون المغربي والأردني فجعلها سنة كاملة؛ زيادة في الاحتياط لأمر النسب. وتحسب المدة عند الجميع فقهاً وقانوناً من تاريخ الفسخ أو الفراق.

(1) ينظر: الأحوال الشخصية، م.س، ص386-387؛ شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي، م.س، 1/264؛ شرح قانون الأحوال الشخصية للسرطاوي، ص.351؛ الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 1/381.

(2) ينظر المواد الآتية: 42 أسرة جزائري؛ 1/154 أسرة مغربية؛ 156 أحوال شخصية أردني.

الفرع الرابع

حكم بقية آثار الزواج المشوب بالإكراه

سأتكلم في هذا الفرع عن حكم بقية آثار الزواج المشوب بالإكراه، وهي: العدة، والنفقة، والتعويض عن الضرر.

أولاً- حكم العدة في الزواج المشوب بالإكراه

يختلف حكم العدة في الزواج المشوب بالإكراه بحسب حصول الدخول من عدمه.

1- حكم العدة إذا تم التفريق قبل الدخول

إذا تمّ التفريق بين الزوجين بسبب الإكراه قبل الدخول، فلا عدة على الزوجة باتفاق فقهاء المذاهب الأربعة؛ إذ العدة تجب بالدخول؛ وذلك بهدف التحقق من براءة الرحم من الحمل، وهذا متحقق قبل الدخول⁽¹⁾.

وهذا أيضاً ما قرره قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة بالاتفاق⁽²⁾.
فلا خلاف إذن بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية في هذه المسألة.

2- حكم العدة إذا تمّ التفريق بعد الدخول

إذا تمّ التفريق بعد الدخول فتجب العدة؛ سواء اعتبر الزواج بالإكراه باطلاً أو فاسداً أو صحيحاً غير لازم. وهذا باتفاق فقهاء المذاهب الأربعة أيضاً⁽³⁾.

وهذا أيضاً ما قرره قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة بالاتفاق⁽⁴⁾. وأما ما جاء في المادة 34 أسرة جزائري من كون الزواج بالمحرّمات يوجب الاستبراء بعد الدخول، فهذا خاص بالزواج المجمع على بطلانه، بخلاف الزواج بالإكراه فهو مختلف فيه.

إذن فهناك اتفاق أيضاً بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية في هذه المسألة.

(1) قال ابن قدامة في المغني، م.س، 194/11: «أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ الْمُطَلَّقةَ قَبْلَ الْمَسِيَسِ لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ [الأحزاب، 49]. ولأنَّ العِدَّةَ تَجِبُ لِإِبْرَاءِ الرَّحِمِ، وَقَدْ تَبَيَّنَتْهَا هَاهُنَا. وَهَكَذَا كُلُّ فُرْقَةٍ فِي الْحَيَاةِ، كَالْفَسْخِ لِرِضَاعٍ، أَوْ عَيْبٍ، أَوْ عِتْقٍ، أَوْ لِعَانٍ، أَوْ اخْتِلَافٍ دِينٍ.» وينظر: بدائع الصنائع، م.س، 191/3؛ بداية المجتهد، م.س، 108/3؛ أسنى المطالب، م.س، 389/3.

(2) ينظر المواد: 58 جزائري؛ 130 مغربي؛ 145/ج أردني.

(3) قال ابن قدامة في المغني، م.س، 195/11، 196: «كُلُّ فُرْقَةٍ بَيْنَ زَوْجَيْنِ فَعِدَّتُهَا عِدَّةُ الطَّلَاقِ، سِوَا مَا كَانَتْ بِخُلْعٍ، أَوْ لِعَانٍ، أَوْ رِضَاعٍ، أَوْ فَسْخٍ بِعَيْبٍ، أَوْ إِعْسَارٍ، أَوْ إِغْتَابٍ، أَوْ اخْتِلَافٍ دِينٍ، أَوْ غَيْرِهِ.» ثم قال: «وَالْمَوْطُوءَةُ بِشِبْهِهَا تَعْتَدُ عِدَّةَ الْمُطَلَّقةِ، وَكَذَلِكَ الْمَوْطُوءَةُ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ.» وينظر: بدائع الصنائع، م.س، 191/3-192؛ الشرح الصغير للدردير، م.س، 391/2؛ أسنى المطالب، م.س، 389/3.

(4) ينظر المواد: 58 جزائري؛ 130 مغربي؛ 145/ج أردني.

ثانيا- حكم النفقة في الزواج المشوب بالإكراه

1- حكم النفقة في الزواج المشوب بالإكراه في الفقه الإسلامي

تجب نفقة الزوجة على زوجها في الزواج المشوب بالإكراه عند الحنفية القائلين بصحته؛ لأن النفقة من آثار الزواج الصحيح، وتجب النفقة حال قيام الزواج وفي العدة عند الفراق⁽¹⁾. أما على رأي الجمهور القائلين ببطلان وفساد نكاح الإكراه، فلا تجب النفقة فيه؛ لأنها من آثار العقد الصحيح، ولا تثبت في الفاسد والباطل؛ إلا إذا تم التفريق بعد الدخول فتجب النفقة للمعتدة الحامل لأجل الحمل⁽²⁾. أما على القول بوقف نكاح الإكراه، فلا نفقة فيه قبل الإجازة، وتجب بعدها؛ لأنه بالإجازة يصير صحيحا مرتبا لآثاره.

2- حكم النفقة في الزواج المشوب بالإكراه في القانون الوضعي

إذا حُكم بأن الزواج بالإكراه باطل، كما في قانون الأسرة الجزائري، فلا تجب فيه النفقة؛ لأن شرط وجوبها صحة الزواج⁽³⁾. وفي مدونة الأسرة المغربية التي تعتبر زواج الإكراه صحيحا غير لازم، فإن نفقة الزوجة تكون واجبة فيه إلى أن يتم فسخه؛ لأن النفقة من آثار الزواج الصحيح (م50، 194). أما قانون الأحوال الشخصية الأردني الذي يعتبر الزواج بالإكراه فاسدا، فقد صرحت المادة 34 منه بأن النفقة لا تُستحق في الزواج الفاسد⁽⁴⁾.

ومما سبق يتبين أن حكم النفقة في الزواج المشوب بالإكراه يختلف باختلاف حكم الزواج نفسه، فمن صححه مع اللزوم كالحنفية، أو مع عدم اللزوم كالقانون المغربي، قالوا بوجوب النفقة فيه. وأما من حكم ببطلانه أو فساده، كجمهور الفقهاء، والقانون الجزائري والأردني، فقد قالوا بعدم استحقاق النفقة فيه. أما على القول بوقفه كما هو قول بعض المالكية والذي رجحته، فلا نفقة فيه إلا بعد أن تتم إجازته.

ثالثا- حكم التعويض عن الضرر الناتج عن الزواج بالإكراه

لا أقصد بالضرر هنا ما نتج عن الإكراه نفسه؛ بسبب استعمال وسائل مُضرة، كالضرب والجرح والسب وغير ذلك. فهذه الوسائل تعدُّ بحدِّ ذاتها أفعالا غير مشروعة، يترتب عنها تحمل مسؤولية تعويض المتضرر منها؛ سواء دفعته إلى إبرام الزواج أم لا.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 16/4؛ شرح فتح القدير، م.س، 379/4.

(2) ينظر: مواهب الجليل، م.س، 189/4؛ الأم، م.س، 250/5؛ البيان في مذهب الإمام الشافعي، م.س، 236/11؛ الكافي في فقه الإمام أحمد، م.س، 229/3.

(3) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 344/1.

(4) ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، ص.198.

ولكنني أقصد بالضرر هنا ما نتج عن الزواج بالإكراه؛ سواء كان الضرر ماديا، كالنفقات والمصاريف التي تحملها المٌكْرَه بسبب هذا الزواج، أو كان معنويا، كنفويت فرصة المرأة المٌكْرَه في الزواج بمن ترغب فيه، وألمها التّفسي من جِزء إرغامها على معاشره من تكْره.

1- حكم التعويض عن ضرر الزواج بالإكراه في الفقه الإسلامي

لم أجد في الفقه الإسلامي من تكلم عن التعويض عن الضرر الناتج عن الزواج بالإكراه، أي بهذا المسمى. ولكن يمكن أن استنبط من كلامهم بعض الأحكام حول هذه المسألة. فالحنفية المصححون لنكاح الإكراه، يذهبون إلى أن هذا النكاح لا يُرتب أي مسؤولية على المٌكْرَه؛ فليس للزوج المٌكْرَه أن يرجع عليه بالمهر؛ إلا ما زاد عن مهر المثل؛ إذ لا تلزمه هذه الزيادة. وليس للزوجة المٌكْرَه أن ترجع عليه بشيء؛ إلا بقدر ما نقص عن مهر مثلها، إذ لا يلزمها الرضا بالنقصان⁽¹⁾.

وأما الجمهور القائلون ببطلان الزواج بالإكراه، فإنهم يوجبون تعويض المرأة المٌكْرَه على الزواج بأن يُعطى لها مهر المثل كاملا إذا تم الدخول بها، وليس لها حق غير ذلك⁽²⁾. فهذا تعويضها عن ضرر الدخول، أما الضرر النفسي فلم يتكلم عنه الفقهاء، وكأنهم يرون أن فسخ زواج المٌكْرَه، وتخليصها من الزوج الذي لا ترغب في معاشرته، يكفي في تعويضها عما أصابها من ألم نفسي.

أما النفقات التي يصرفها الزوج أو الزوجة بسبب الزواج بالإكراه؛ فإما أن تكون عن طواعية فلا ضمان فيها ولا تعويض، وإما أن تكون عن إكراه، ف ضمانها على المٌكْرَه؛ لأن الإكراه على بذل المال وإتلافه، والتصرف فيه بغير حق يوجب الضمان على المٌكْرَه؛ لظلمه وتعديه⁽³⁾.

والذي يظهر لي في هذه المسألة هو القول باستحقاق المٌكْرَه من الزوجين للتعويض عن الضرر الناتج عن زواج الإكراه مطلقا؛ سواء كان الضرر ماديا أو معنويا، على أن يتحمل مسؤولية التعويض الشخص المٌكْرَه؛ سواء كان هو الزوج الآخر أو غيره؛ لأن الإكراه عمل غير مشروع يوجب تحمل المسؤولية؛ تحقيقا للعدل والإنصاف، ورفع الظلم، وجبرا للضرر.

(1) ينظر: المبسوط، م.س، 64/24؛ بدائع الصنائع، م.س، 184/7-185؛ الفتاوى الهندية، م.س، 294/1.

(2) ينظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، م.س، 240/2؛ الحاوي الكبير، م.س، 49-48/9؛ أسنى المطالب، م.س، 123/3؛ المغني، م.س، 352-351/9.

(3) جاء في منح الجليل، م.س، 87/7: «والإكراه في مال نفسه ينفعه الرجوع فيه.» أي إكراه الشخص على التصرف في مال نفسه، يوجب له حق الرجوع على المٌكْرَه بالضمان. وينظر: المبسوط، م.س، 62/24؛ بدائع الصنائع، م.س، 187/7؛ الوسيط في المذهب، م.س، 384-383/3؛ مطالب أولي النهى، م.س، 71/4.

2- حكم التعويض عن ضرر الزواج بالإكراه في القانون الوضعي

لم يرد في قانون الأسرة الجزائري، ولا في قانون الأحوال الشخصية الأردني، نص خاص بالتعويض عن الضرر الناتج عن الزواج بالإكراه؛ ولكن رغم ذلك يمكن القول بأن الحكم بالتعويض لا يتنافى مع أحكام هذين القانونين، خاصة إذا علم أنهما يُجَوِّزان الحكم بالتعويض عن ضرر الطلاق التعسفي⁽¹⁾. ويجيز القانون الجزائري أيضا الحكم بالتعويض عن التطليق الذي يوقعه القاضي بطلب من الزوجة بسبب الضرر اللاحق بها (م53 مكرر)⁽²⁾.

ولكن هذه النصوص تقتصر على إعطاء حق التعويض للزوجة دون الزوج؛ إلا أنه يمكن إعطاء الحق لكلا الزوجين استنادا إلى قواعد المسؤولية التقصيرية المقررة في القوانين المدنية⁽³⁾، باعتبار أن الإكراه عمل غير مشروع، يوجب تحمل مسؤولية التعويض عن الأضرار الناتجة عنه⁽⁴⁾.

أما مدونة الأسرة المغربية فقد كانت صريحة في هذا الموضوع، فنصت في المادة 63 على أن للمُكْرَه من الزوجين طلب فسخ الزواج، مع حقه أيضا في طلب التعويض عما أصابه من ضرر⁽⁵⁾.

ويتبيّن لي مما سبق قوله حول التعويض عن ضرر الزواج بالإكراه، أن القانون المغربي هو الوحيد الذي صرح بجواز الحكم بالتعويض للمكْرَه المتضرر من زواج الإكراه؛ سواء كان زوجا أو زوجة. أما الفقه الإسلامي والقانون الجزائري والأردني فلم يصرحوا بهذا الحكم؛ إلا أن قواعدهم العامة لا تتنافى مع تقرير هذا الحق، استنادا إلى مسؤولية المُكْرَه عن تعويض المضرور من فعله غير المشروع.

(1) ينظر: المادة 52 أسرة جزائري؛ والمادة 155 أحوال شخصية أردني.

(2) يراجع: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة: مسعودة نعيمة إلياس، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010م، ص. 234-241.

(3) تنص المادة 124 مدني جزائري على أن: «كل فعل أيّا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض.» وجاء في المادة 256 مدني أردني: «كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر.»

(4) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 288/1؛ نظرية العقد للصدّة، م.س، ص. 281؛ عيوب الرضا في القانون المدني، م.س، ص. 216؛ القانون المدني للعوجي، م.س، 410/1، 412.

(5) ينظر: شرح مدونة الأسرة، م.س، ص. 217.

الفصل الثاني

التغيير في عقد الزواج

التغيير أو التدليس يُعدُّ من عيوب الرضا التي تشوب الإرادة أثناء إنشاء التصرفات الشرعية والقانونية، سواء كانت عقوداً أو غيرها. ويعتبر الزواج من أهم العقود التي يبرمها الإنسان في حياته، وهي كسائر التصرفات والعقود قد تكون الإرادة فيها معرضة للوقوع في عيب التغيير.

ولذلك سأتكلم في هذا الفصل عن حقيقة التغيير في عقد الزواج، وصوره، وأحكامه، وذلك في ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

- المبحث الأول : حقيقة التغيير في عقد الزواج
- المبحث الثاني : صور التغيير في عقد الزواج
- المبحث الثالث: أحكام الزواج المشوب بالتغيير

المبحث الأول

حقيقة التغيير في عقد الزواج

سأبيّن في هذا المبحث حقيقة التغيير، وذلك بالتطرق لتعريفه، وبيان أركانه وشروطه، ثم أنواعه، مع التركيز في كل ذلك على إعطاء الأمثلة عن عقد الزواج، وسأقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب؛ أخصص الأول لتعريف التغيير والتدليس، والثاني لأركان التغيير وشروطه، والثالث لأنواع التغيير.

المطلب الأول

تعريف التغيير والتدليس

يغلب عند فقهاء الشريعة استعمال مصطلح التغيير في باب النكاح، وإن كانوا لا يتحاشون أحيانا من استعمال مصطلحات أخرى كالتدليس، وقد آثرت أن استعمل مصطلح التغيير جريا على الغالب. ومع هذا سأطرق لتعريف التدليس بعد تعريف التغيير.

الفرع الأول

تعريف التغيير

سأتناول في هذا الفرع تعريف التغيير في كل من اللغة، والفقهاء، والقانون.

أولا- تعريف التغيير في اللغة

التغيير أو العُرُور لغة⁽¹⁾ مصدر عَرَّ، يَعْرِ (بالضّم)، عَرًّا (بالفتح)، وَعُرُورًا (بالضّم)، وَعِرَّةٌ (بالكسر)، وَعَرْرًا (محرّكة)، وَعَرَّةٌ فَهُوَ مَعْرُورٌ وَعَرِيرٌ: أي خَدَعَهُ وَأَطْمَعَهُ بِالْبَاطِلِ. واغْتَرَّ بالشيء: خُدِعَ به. والعِرَّةُ (بالكسر): الغفلة. والغارُّ: الغافل. والعَرْرُ: الحَظْر. والعُرُورُ (بفتح العين): مَنْ يَكْثُرُ مِنْهُ التَّعْرِيرُ. وَالْمُرَادُ بِهِ كُلُّ مَا عَرَّكَ مِنْ إِنْسَانٍ وَشَيْطَانٍ وَعَيْرِهِمَا مِنْ مَتَاعِ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا، كَمَا لَوْ وَجَّاهُ وَشَهْوَةً.

فالتغيير إذن هو الإطماع بما يتوهمه المَعْرُورُ نَفْعًا وَهُوَ ضَرٌّ، والتغيير بالنفس تعريضها لِلْهَلَكَةِ، وحملها على الخطر وما فيه ضرر؛ بسبب الجهل والحرق وقلة التجربة، ومنه قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الْإِنْسَانُ مَا عَرَّكَ بِرَبِّكَ الْكَرِيمِ﴾ [الانفطار، 6]، أي مَا خَدَعَكَ وَسَوَّلَ لَكَ حَتَّى كَفَرْتَ بِرَبِّكَ، واجترأت على مَعْصِيَتِهِ، وعرضت نفسك لعقوبته⁽²⁾.

(1) ينظر: الصحاح، م.س، 768/2-769؛ تاج العروس، م.س، 214/13-217؛ القاموس المحيط، م.س، ص.449-450.

(2) ينظر: فتح البيان عن مقاصد القرآن: محمد صديق خان، تحقيق: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، صيدا، بيروت، (د.ط)، 1992م، 115/15؛ تاج العروس، م.س، 215/13.

ثانيا- تعريف التغير في الفقه الإسلامي

لم يعرف الفقهاء القدامى التغير بوجه عام رغم بيانهم لأحكامه في مواضع عدة من كتبهم. والسبب في ذلك إما وضوح معناه عندهم، أو اكتفاءً بمعناه اللغوي المعروف في كتب اللغة، وربما اكتفاءً بتعريف بعض صوره وأنواعه، ليتم قياس غيرها عليها.

فقد عرّف المالكية التغير الفعلي بقولهم: «التَّغْيِيرُ الْفِعْلِيُّ هُوَ أَنْ يَفْعَلَ فِي الْمَبِيعِ فِعْلاً يَظُنُّ بِهِ الْمُشْتَرِي كَمَالاً فَلَا يُوجَدُ كَذَلِكَ.»⁽¹⁾ وعرّفت مجلة الأحكام العدلية التغير القولي بقولها: «التَّغْيِيرُ: تَوْصِيفُ الْمَبِيعِ لِلْمُشْتَرِي بِغَيْرِ صِفَتِهِ الْحَقِيقِيَّةِ.»⁽²⁾

ولا يخفى على المتأمل أن هذين التعريفين قاصران على بعض أنواع التغير، وهي خاصة ببعض أنواع العقود. وبالتالي لا تصلح أن تكون تعريفا عاما للتغير؛ ولذلك حاول الفقهاء المعاصرون تعريفه تعريفا جامعا يعم جميع أنواعه وصوره، فعرفه مصطفى الزرقا بأنه: «الإغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة، لترغيب أحد المتعاقدين في العقد وحمله عليه.»⁽³⁾

وهذا التعريف حصر التغير في الأقوال والأفعال، في حين أنه قد يتحقق بمجرد الكتمان؛ ولذلك ينبغي إطلاق وسائل التغير لتعم جميع الأنواع، على نحو ما قاله وهبة الزحيلي في تعريفه بأنه: «إغراء العاقد وخديعته ليقدّم على العقد ظاناً أنه في مصلحته، والواقع خلاف ذلك.»⁽⁴⁾

هذا بخصوص تعريف التغير عموماً. أما تعريفه في عقد الزواج على وجه الخصوص، فلم أجد من عرفه سوى المالكية الذين عرفوا الغرور في النكاح بقولهم: «إِحْفَاءُ نَقْصٍ مُعْتَبَرٍ بِأَحَدِ الزَّوْجَيْنِ، بِذِكْرِ ثُبُوتِ نَقِيضِهِ، أَوْ تَقَرَّرَ عُرْفٌ بِثُبُوتِهِ.»⁽⁵⁾

فقولهم: «إِحْفَاءُ نَقْصٍ مُعْتَبَرٍ»، قيد خرج به ما ليس بنقص معتبر، كالعيوب اليسيرة. وأطلق الإخفاء ليُعْمُ كل حالات الإخفاء؛ سواء كانت من الزوجين أو من غيرها.

وقولهم: «بِأَحَدِ الزَّوْجَيْنِ»، قيد خرج به إخفاء العيب في السلعة في عقود البيع وغيرها، كما يدل على أن التغير يتحقق بإخفاء عيب الزوج أو عيب الزوجة، دون أن يختص بأحدهما.

وقولهم: «بِذِكْرِ ثُبُوتِ نَقِيضِهِ»، كأن يصرح بوجود أمرٍ مُعْتَبَرٍ، وصفة مرغوبة مقصود وجودها للعاقد الآخر، ثم يتبين عدم وجودها.

(1) التاج والإكليل، م.س، 349/6؛ الذخيرة، م.س، 63/5؛ شرح مختصر خليل للخرشي، م.س، 133/5.

(2) مجلة الأحكام العدلية، م.س، المادة 164، ص.34.

(3) المدخل الفقهي العام، م.س، 463/1.

(4) الفقه الإسلامي وأدلته، م.س، 3069/4.

(5) المختصر الفقهي، م.س، 378/3؛ شرح حدود ابن عرفة، م.س، ص.169.

وقولهم: «أَوْ تَقَرَّرَ عُرْفٌ بِثُبُوتِهِ»، أي استقر العرف على وجود تلك الصفة المرغوبة والسلامة من ضدها، فهي في حكم المشروطة عرفاً، وإن لم يتم اشتراطها لفظاً⁽¹⁾.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه لا يتضمن جميع صور وأنواع التعرير، فذكر ما يشير للتعرير القولي دون التعرير الفعلي، ولا التعرير بالكتمان، كما أنه لم يتعرض لبيان شروط التعرير، ككون الغار يقصد خداع المغرور، واستشارة رغبته في إبرام العقد.

وقد عرّف علي أبو البصل التعرير في الزواج بأنه: «إغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة؛ لترغيب أحد الزوجين في الزواج وحمله عليه.»⁽²⁾ وعرّفته رحمة محمود عبد الله بأنه: «استعمال وسائل احتيالية قولية أو فعلية أو غيرها، من قبل الزوج أو الزوجة وأوليائها أو غيرهم، لخداع العاقد الآخر ودفعه إلى القيام بعقد النكاح بما لم يكن ليرضى به بغيرها.»⁽³⁾

وهذان التعريفان قد ذكرا الوسائل القولية والفعلية، والأفضل في نظري إطلاق تلك الوسائل دون تحديد أو تمثيل. كما أن الأفضل استعمال عبارة الخاطب بدل الزوج؛ لأن التعرير يسبق الزواج. وعليه يمكنني تعريف التعرير في الزواج بأنه: إغراء لأحد الخاطبين باستعمال وسائل احتيالية، قصد إيهامه بغير الحقيقة وحمله على الزواج، ولولا ذلك لما أقدم عليه.

فالتعرير في الزواج إذن يتحقق بقيام أحد الخاطبين أو نائبه، كالولي أو الوكيل، باستخدام طرق احتيالية، ووسائل تضليلية، تتضمن تزييف الحقيقة، كإخفاء العيوب والنقائص الموجودة في أحدهما، أو إظهار وادعاء المحاسن المفقودة منه، وذلك بقصد إغراء الخاطب الآخر، واستشارة رغبته في الزواج، وحمله على إبرام العقد وهو يظن أنه في مصلحته، ليكتشف بعد ذلك أنه قد خُدع، ولو كان يعلم حقيقة الأمر لما أقدم على هذا الزواج، أو ما رضي بتلك الشروط⁽⁴⁾.

ثالثاً- تعريف التعرير في القانون الوضعي

استعملت بعض القوانين المدنية العربية مصطلح التعرير⁽⁵⁾ تبعاً لغالبية الفقه الإسلامي، وقد ورد تعريف هذا المصطلح في بعض تلك القوانين، كما ورد تعريفه عند فقهاء القانون.

(1) ينظر: شرح حدود ابن عرفة، م.س، ص.169-170.

(2) التعرير في النكاح، دراسة فقهية مقارنة: علي أبو البصل، بحث منشور على شبكة الألوكة (alukah.net)، (د.ط)، 2013م، ص.10.

(3) أثر التعرير على عقد النكاح: رحمة محمود عبد الله، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، سنة: 1432هـ/2011م، ص.9.

(4) ينظر: التعرير في النكاح، م.س، ص.10؛ أثر التعرير على عقد النكاح، م.س، ص.9.

(5) ومن القوانين المدنية التي استعملت مصطلح التعرير: العراقي (م121)؛ الأردني (م143)؛ الإماراتي (م185)؛ العماني (م103)؛ اليمني (م179)؛ التونسي (م56)؛ السوداني (م72).

1- التعريف التشريعي للتغيير

لم يرد مصطلح التغيير في قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة⁽¹⁾، ولم تستعمله أيضا القوانين المدنية محل الدراسة؛ باستثناء القانون الأردني الذي استعمل هذا المصطلح، وعرفه في المادة 143 مدني بقوله: «التغيير هو أن يخدع أحد العاقدين الآخر، بوسائل احتيالية قولية أو فعلية، تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها.»⁽²⁾

ويلاحظ على هذا التعريف اقتصاره على ذكر الوسائل القولية والفعلية دون الكتمان. كما أنه استعمل عبارة «أحد العاقدين»، مما يوهم بأن التغيير لا يتحقق إلا إذا صدر من أحد هذين.

2- التعريف الفقهي للتغيير

عرف ياسين الجبوري التغيير عموماً بأنه: «إيهام شخص بما يرغبه في التعاقد.»⁽³⁾ وعرفه عدنان إبراهيم السرحان، ونوري حمد خاطر بأنه: «استخدام طرق احتيالية قولية أو فعلية، تحمل أحد أطراف العقد على التعاقد، بحيث أنه ما كان ليرضى بالعقد لو تبين حقيقة الأمر.»⁽⁴⁾

ويلاحظ على التعريف الأول اختصاره الشديد؛ مما يجعله غير واضح. أما التعريف الثاني فهو مماثل تقريباً لتعريف القانون المدني الأردني، وترد عليه نفس الملاحظات السابقة.

وأما تعريف التغيير في عقد الزواج خاصة فقد عرفته المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي بقولها: «التغيير هو أن يخدع أحد الخاطبين الآخر، بوسائل احتيالية قولية أو فعلية، تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها.»⁽⁵⁾

ويلاحظ على هذا التعريف أنه يطابق تعريف القانون المدني الأردني؛ إلا أنه استبدل عبارة «أحد المتعاقدين» بعبارة «أحد الخاطبين»، ليتناسب التعريف مع عقد الزواج.

وبعد تعريف التغيير لغة وفقها وقانوناً، يتبين لي أن المعنى اللغوي أعم من التعريف الاصطلاحي (الفقهي والقانوني)؛ فالتغيير اصطلاحاً يختص بالتصرفات الشرعية والقانونية التي تصدر عن الإنسان، أما التغيير لغة فيصدر من الإنسان وغيره، كالدينا والشيطان وغيرهما.

(1) استعمل قانون الأحوال الشخصية الإماراتي مصطلح التغيير، حيث جاء في المادة 114 أنه: «لكل من الزوجين حق طلب التفريق في الحالات الآتية: 1- إذا حصل تغيير من الزوج الآخر أو بعلمه أدى إلى إبرام عقد الزواج، ويعتبر السكوت عمداً عن واقعة تغييراً، إذا ثبت أن من غرر به ما كان ليرم عقد الزواج لو علم بتلك الواقعة...»

(2) نفس التعريف تقريباً جاء في المواد الآتية من القوانين المدنية: م 185 إماراتي؛ م 1/72 سوداني؛ م 103 عماني.

(3) المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، م.س، ج 1، ص 424.

(4) شرح القانون المدني لعدنان السرحان ونوري خاطر، م.س، ص 148.

(5) المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، م.س، ص 202.

كما أن تعريف الفقهاء المعاصرين للتعبير عموماً توافق مع تعريفه في القانون الوضعي؛ وسبب ذلك أن القانون المدني الأردني الذي استخدم مصطلح التعبير، أخذه أصلاً من الفقه الإسلامي⁽¹⁾. وأما تعريف التعبير في الزواج فمع قلة التعريفات الواردة بشأنه فقها وقانوناً، فهي أيضاً متقاربة، ولا تخرج عن المعنى العام للتعبير في سائر العقود.

الفرع الثاني

تعريف التدليس

التدليس من المصطلحات المتصلة بالتعبير، والمستعملة بمعناه، وخاصة في القوانين الوضعية؛ ولذلك رأيت أن أعرفه هنا لمعرفة علاقته بالتعبير، وهل هما مترادفان أم بينهما فرق في المعنى؟

أولاً- تعريف التدليس في اللغة

التدليس لغة مصدر دَلَّسَ يُدَلِّسُ تدليساً، والتدليس كِتْمَانُ الْعَيْبِ وإخفاؤه وعدم تبيينه. ويكون في البيع بكتمان عيبِ السِّلَعَةِ عن المُشْتَرِي، ويكون في غيره. والتَّدْلِسُ: التَّكْتُمُ، والدَّلْسُ (بالتحريك): الظُّلْمَةُ. فالمدلس بإخفائه لعيب الشيء كأنه يَأْتِيكَ بِهِ فِي الظَّلَامِ. والمدالسة: المخادعة. ويُقَالُ: فُلَانٌ لَا يُدَالِسُ، وَلَا يُوَالِسُ، أَي لَا يُجَادِعُ وَلَا يَغْدِرُ⁽²⁾.

ثانياً- تعريف التدليس في الفقه الإسلامي

عرّف فقهاء الشريعة الإسلامية التدليس عموماً بعدة تعريفات، منها ما يأتي:

- 1- عرفه الحنفية بقولهم: «التَّدْلِسُ: هُوَ كِتْمَانُ عَيْبِ السِّلَعَةِ عَنِ الْمُشْتَرِي.»⁽³⁾
- 2- وعرفه المالكية بأنه: «إِبْدَاءُ الْبَائِعِ مَا يُوهِمُ كَمَالاً فِي مَبِيعِهِ كَاذِبًا، أَوْ كَتْمُ عَيْبِهِ.»⁽⁴⁾
- 3- والتدليس عند الشافعية: «أَنْ يَبِيعَ شَيْئاً يَعْلَمُ بِهِ عَيْباً وَلَا يُطَلِّعُ الْمُشْتَرِيَ عَلَى عَيْبِهِ.»⁽⁵⁾
- 4- وقال الحنابلة: «مَعْنَى دَلَّسَ الْعَيْبَ: أَي كَتَمَهُ عَنِ الْمُشْتَرِي مَعَ عِلْمِهِ بِهِ، أَوْ غَطَّاهُ عَنْهُ بِمَا يُوهِمُ الْمُشْتَرِيَّ عَدَمَهُ.»⁽⁶⁾ وذكروا أن «التدليس ضربان: أحدهما كتمان العيب، والثاني فعل يزيد به الثمن.»⁽⁷⁾

(1) ينظر: شرح القانون المدني لعدنان السرحان ونوري خاطر، م.س، ص.148.

(2) ينظر: القاموس المحيط، م.س، ص.546؛ تاج العروس، م.س، ص.84/16-85.

(3) الكليات، معجم في المصطلحات والفروق اللغوية: أبو البقاء الكفوي الحنفي، تحقيق: عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، (د.ت، د.ط)، ص.314.

(4) المختصر الفقهي، م.س، ص.424/5؛ شرح حدود ابن عرفة، م.س، ص.271.

(5) نهاية المطلب، م.س، ص.279/5. وينظر: المجموع، م.س، ص.115/12.

(6) المغني، م.س، ص.234/6.

(7) كشاف القناع، م.س، ص.1443/4. وينظر: التعريفات الفقهية، م.س، ص.55؛ التوقيف على مهمات التعاريف، م.س، ص.93.

ويلاحظ على هذه التعريفات أنها متقاربة تدور كلها حول كتمان العيب في السلعة، أو إخفائه، أو فعل ما يوهم وجود صفة كمال فيها. كما أنها تعريفات قاصرة على عقود البيع. كما أن بعضها يقصر التدليس على مجرد كتمان العيب وإخفائه، كتعريف الحنفية والشافعية، بينما يُوسعه البعض ليشمل التدليس بالفعل الموهم خلاف الحقيقة، كتعريف المالكية والحنابلة.

وقد حاول بعض المعاصرون تلافي هذه الملاحظات، فعرفه وهبة الزحيلي بأنه: «إغراء العاقد وخديعته ليقدم على العقد ظاناً أنه في مصلحته، والواقع خلاف ذلك.»⁽¹⁾

أما تعريف التدليس في باب النكاح، فلم أجد من عرفه من الفقهاء القدامى، ربما لأنهم استعملوا مصطلح التغيرير في هذا الباب أكثر من التدليس، فاكتفوا بتعريف الأول دون الثاني.

وقد حاول بعض الباحثين تعريف التدليس في الزواج قياساً على ما جاء في تعريفه في البيع عند القدامى، فعرفه بسام موسى النزلي بأنه: «كتمان أحد الزوجين عيباً فيه عن الآخر، أو إخباره بما ليس فيه، تغيرياً وخداعاً للوصول إلى مقصوده بالزواج.»⁽²⁾

ويلاحظ على هذا التعريف أنه قصر التدليس على ما يصدر من أحد الزوجين دون غيرهما، كالولي والوكيل، كما أنه حصر التدليس في كتمان العيب، والإخبار بخلاف الحقيقة، مع أن التدليس يكون أيضاً بالفعل الذي يوهم خلاف الحقيقة.

ثالثاً- تعريف التدليس في القانون الوضعي

لم يرد تعريف مصطلح التدليس في القوانين محل الدراسة، سواء منها المدنية⁽³⁾ أو الأحوال الشخصية⁽⁴⁾. أما فقهاء القانون فقد عرفوا هذا المصطلح بعدة تعريفات منها:

1- عرفه عبد الرزاق السنهوري بقوله: «التدليس هو استعمال أحد المتعاقدين طرفاً احتيالية لتضليل المتعاقد الآخر، تضليلاً يحمله على التعاقد.»⁽⁵⁾ ويؤخذ على تعريفه أنه قصر التدليس على ما يصدر من أحد المتعاقدين، مع أن التدليس قد يصدر من الغير.

(1) الفقه الإسلامي وأدلته، م.س، 3069/4؛ وينظر: نظرية التدليس في القانون المدني المصري واليميني، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي: عبد الكريم يوسف القاضي، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ط)، 2000م، ص.35.

(2) أحكام صور التدليس المعاصرة في عقود الزواج، دراسة فقهية مقارنة: بسام موسى النزلي، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، سنة: 2010م، ص.26.

(3) القوانين المدنية العربية التي استعملت مصطلح التدليس هي الآتية: الجزائري (م86)؛ المصري (م125)؛ السوري (م126)؛ المغربي (م52)؛ الموريتاني (م72)؛ القطري (م134)؛ الكويتي (م151)؛ السوداني (م67).

(4) قوانين الأحوال الشخصية العربية التي استعملت مصطلح التدليس هي الآتية: الجزائري (م8 مكرر)؛ المغربي (م63، 66)؛ البحريني (م120).

(5) نظرية العقد للسنهوري، م.س، 391/1.

2- وعرفه مصطفى الجمال بالقول: «التدليس هو استعمال الحيلة والخداع بقصد إيهام الشخص بغير الحقيقة، وإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد.»⁽¹⁾

فهذه التعريفات تتفق في كون التدليس يتم باستخدام الشخص لوسائل احتيالية، سواء كانت أقوالاً أو أفعالاً، أو مجرد سكوت، بقصد تضليل شخص آخر وخداعه⁽²⁾، وذلك بتشويه الحقيقة. ونتيجة لذلك يقع هذا الشخص في وهم وغلط، فيتصور الأمور على غير حقيقتها، ويقدم نتيجة لذلك على إبرام عقد، ما كان ليبرمه لو علم بحقيقة الأمر. فالتدليس إذن هو وهم وغلط؛ ولكنه ليس غلطا يقع فيه الشخص من تلقاء نفسه، وإنما هو غلط مستثار، يحصل نتيجة لاستخدام تلك الطرق الاحتياطية⁽³⁾. وهذا التعريف عام في سائر العقود، ومنها عقد الزواج.

ومما سبق يتبين أن التدليس في اللغة لا يختلف عنه في الاصطلاح، فكلاهما يتمحور حول الخداع وكتمان العيوب. كما أن تعريفه عند الفقهاء القدامى لا يختلف عن المعنى اللغوي؛ إلا أنهم قصروا تعريفه على عقد البيع. أما الفقهاء المعاصرون وكذا فقهاء القانون فاتفقوا على إطلاق التعريف ليعم جميع العقود، ومنها عقد الزواج.

رابعاً- الفرق بين التغيرير والتدليس

1- الفرق بين التغيرير والتدليس في اللغة

من خلال تعريف التغيرير والتدليس في اللغة يظهر لي أن التغيرير أعم من التدليس، فالتغيرير يطلق على الخداع، وهو يكون بالقول والفعل والكتمان، أما التدليس فيستعمل في كتمان العيوب وإخفائها.

2- الفرق بين التغيرير والتدليس في الفقه الإسلامي

من خلال تعريفات الفقهاء لهذين المصطلحين يظهر لي أن بعضهم كالحنفية والشافعية يستعملون التدليس بمعناه اللغوي، وهو كتمان العيوب، وبالتالي يكون أخص من التغيرير الذي يكون بذلك، ويكون أيضاً بالأفعال والأقوال. أما من يعرف التدليس بمعنى أوسع، بحيث يشمل كل

(1) مصادر وأحكام الالتزام، م.س، ص.115. وينظر في نفس المعنى: النظرية العامة للالتزام لتوفيق فرج، م.س، ص.144؛ المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، م.س، ج1، مج1، ص.418؛ شرح القانون المدني الجزائري للسعدي، م.س، 181/1؛ نظرية عيوب الإرادة، م.س، ص.40-41.

(2) قانون الموجبات والعقود اللبناني يسمي التدليس بالخداع. ينظر المواد: 208، 209.

(3) ينظر: النظرية العامة للالتزام لتوفيق فرج، م.س، ص.144-145؛ الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 261/1؛ المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، م.س، ج1، مج1، ص.418.

أساليب الاحتيال من قول وفعل وكتمان، كتعريف المالكية والحنبلة والفقهاء المعاصرين، فهنا يكون التدليس مرادفا للتغيرير.

وقد ذهب مصطفى الزرقا إلى أن التغيرير والتدليس صورتان مختلفتان من صور الخِلافة (بمعنى الخديعة)⁽¹⁾. بينما ذهبت الموسوعة الفقهية الكويتية إلى أن التدليس صورة من صور التغيرير؛ فالتدليس يكون بكتمان العيب، أما التغيرير فيكون بذلك؛ ويكون أيضا بإيهام وجود كمال مفقود، إذن فالتغيرير أعم من التدليس⁽²⁾.

والذي يظهر من خلال استعمالات أكثر الفقهاء لهذين المصطلحين هو أنهما مترادفان أو متقاربان عندهم⁽³⁾؛ ولذلك قال الرّصاع⁽⁴⁾: «الْعُرُورُ وَالْغِشُّ وَالتَّدْلِيْسُ كُلُّهَا مُتَقَارِبَةٌ.»⁽⁵⁾ فهما يدوران حول معنى الخداع، بكتمان الحقيقة أو تغييرها باستعمال أساليب النصب والاحتيال، بغرض تحقيق أغراض غير مشروعة، من أكل أموال الناس بالباطل، وإيقاعهم فيما لا يرتضونه⁽⁶⁾.

3- الفرق بين التغيرير والتدليس في القانون الوضعي

من خلال تعريف مصطلحي التغيرير والتدليس في القانون الوضعي، يظهر بجلاء أنهما مصطلحان مترادفان؛ ولذلك يُستعمل التغيرير بمعنى التدليس، والتدليس بمعنى التغيرير⁽⁷⁾. وهذا هو المعهود في استخدامات أكثر فقهاء القانون.

(1) ينظر: المدخل الفقهي العام، م.س، 1/459-461؛ عيوب الرضا وأثرها على الإرادة العقدية عند الشيخ مصطفى الزرقا: مازن مصباح صباح، سامي عدنان العجوري، مقال منشور بمجلة جامعة الأقصى، مجلد 18، عدد 1، 2014، ص.113-114.

(2) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، م.س، 11/127؛ التغيرير في النكاح، م.س، ص.10.

(3) ومن ذلك مثلا قول ابن القيم في زاد المعاد، م.س، 4/337: «الْحِصَابُ بِالسُّوَادِ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ حِصَابُ التَّدْلِيْسِ، كَحِصَابِ شَعْرِ الْجَارِيَةِ، وَالْمَرْأَةُ الْكَبِيْرَةُ تُعْرَى الزَّوْجَ، وَالسَّيِّدَ بِذَلِكَ، وَحِصَابُ الشَّيْخِ يُعْرَى الْمَرْأَةَ بِذَلِكَ، فَإِنَّهُ مِنَ الْغِشِّ وَالْخُدَاعِ.»

(4) هو: محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرّصاع: قاضي الجماعة بتونس، ولد بتلمسان، ونشأ واستقر بتونس اقتصر في أواخر أيامه على إمامة جامع الزيتونة والخطابة فيه، متصدرا للإفتاء والتدريس. توفي بتونس سنة: 894هـ. من مؤلفاته: "شرح الحدود الفقهيّة لابن عرفة"، "التسهيل والتقريب والتصحيح لرواية الجامع الصحيح". ينظر: الأعلام، م.س، 7/05.

(5) شرح حدود ابن عرفة، م.س، ص.169-170. وينظر: المختصر الفقهي، م.س، 5/424؛ المعونة على مذهب عالم المدينة، م.س، 2/1050؛ مغني المحتاج، م.س، 4/344؛ كشاف القناع، م.س، 4/1443.

(6) ينظر: مبدأ الرضا في العقود، م.س، 1/602-603.

(7) مما يدل على ذلك أن بعض القوانين المدنية ذكرت مصطلح التغيرير ووضعت أمامه كلمة التدليس بين قوسين، إشارة إلى أنها مرادفة له، كما فعل المشرع المدني اليمني (م179، 180). أما المشرع المدني السوداني فقد سلك مسلكا غريبا حين نص على كل من التدليس (م67، 68)، والتغيرير (م72-77)، باعتبارهما عيين مختلفين، مما يوحي بوجود فرق بينهما، خاصة وأنه رتب على التدليس إبطال العقد دون اشتراط حصول الغبن، بينما رتب على التغيرير فسخ العقد بشرط حصول غبن فاحش. ولكن هذا الفرق إنما هو في الأثر المترتب عليهما، أما الفرق من حيث المعنى فلا يوجد؛ لأن كل من التغيرير والتدليس هو استعمال وسائل احتيالية لخداع أحد المتعاقدين وحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به لولاها. فكيف يُرتَّب على معنى واحد أتران مختلفان؟!

وبعد تعريف كل من التغيير والتدليس، يتبين لي أن هذين المصطلحين يستعملان غالباً بنفس المعنى في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وما قيل في التفريق بينهما من حيث العموم والخصوص لا ينفي التشابه الكبير بينهما، حتى عند من يذكر تلك الفروق. وسأسير في هذا الفصل على استعمال مصطلح التغيير باعتباره مرادفاً تماماً لمصطلح التدليس، وأكتفي بذلك دون الحاجة لذكر التدليس حتى في القوانين التي استعملت هذا المصطلح.

المطلب الثاني

أركان التغيير وشروطه

من خلال تعريف التغيير يتبين أنه يقوم على أربعة أركان، لا يُتصور وجوده بدونها وهي: الغاؤ، والمغرور، ومحل التغيير، ووسيلة التغيير. ولكل ركن منها شروط لا بدّ من توافرها فيه؛ ليتحقق التغيير المعيب للرضا، والمؤثر في صحة أو لزوم عقد الزواج. وقد تكلم فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى عن شروط التغيير دون ذكر تلك الأركان الأربعة، وإنما ذكرها بعض المعاصرين⁽¹⁾. لكن هذا لا يعني أن المتقدمين لا يعترفون بها، غاية ما في الأمر أنهم لم يصرحوا بها؛ إما لوضوحها عندهم، أو لكون كلامهم عن الشروط يتضمن الإشارة للأركان؛ فكل شرط منها له تعلق بواحد من تلك الأركان الأربعة. فمثلاً شرط كون الغاؤ عالماً بحقيقة الأمر المغرّر به، هو شرط يتعلق بركن الغاؤ... وهكذا.

أما فقهاء القانون الوضعي فأكثرهم اقتصر على ذكر شروط التغيير دون التطرق لأركانه، في حين ذكر البعض الآخر أن للتغيير عنصرين⁽²⁾: موضوعي (مادي)، يتمثل في استعمال الطرق الاحتمالية. ونفسي (معنوي)، يتمثل في كون التغيير بتلك الوسائل هو الدافع للتعاقد⁽³⁾.

لكن قَصْرُ الفقه القانوني لعناصر التغيير في عنصرين، فيه تقصير وإغفال لبقية الأركان، فالعنصر الأول يمثل ركن وسيلة التغيير، والعنصر الثاني يمثل ركن المغرور. وبقي ركنان هما: الغاؤ ومحل التغيير. ومع أنهم اغفلوا ذكر هذين الأخيرين؛ إلا أنهم ذكروا ما يتعلق بهما من أحكام. فقد تكلموا عن مصدر التغيير، وميّزوا بين التغيير الصادر من المتعاقد والتغيير الصادر من الأجنبي، وهذا الكلام

(1) ينظر: مبدأ الرضا في العقود، م.س، 1/603-604؛ التغيير وأثره في العقود، م.س، ص.50-51؛ تدليس الزوج وأثره في عقد النكاح: محمد بن حسن آل الشيخ، مقال منشور بحولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية، عدد 28، السنة 8، ص.477.

(2) مصطلح "العناصر" مرادف لمصطلح "الأركان"، وقيل العناصر أعم من الأركان، فهي تشمل الأركان والشروط معاً.

(3) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 1/262؛ شرح القانون المدني الجزائري للسعدي، م.س، 1/182؛ شرح القانون المدني لعبدنان السرحان ونوري خاطر، م.س، ص.149.

يتعلق بركن الغار. ولذلك أرى أن مراعاة الدقة تقتضي التصريح بأركان التغيير الأربعة، وعدم الاكتفاء بمجرد الإشارة أو التلميح، سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي. وسأسير في هذا المطلب على طريقة التصريح، بحيث أتناول هذه الأركان الأربعة، فأخصص فرعاً مستقلاً لكل ركن وما يتعلق به من شروط.

الفرع الأول

الغارُ وشروطه

سأتكلم في هذا الفرع عن مفهوم الغار (أولاً)، وما يُشترط فيه (ثانياً).

أولاً - مفهوم الغار

لم أجد من عرّف الغار في الفقه الإسلامي ولا في القانون الوضعي؛ وذلك لوضوح معناه. فالغارُ أو المُعَرَّر (المدّيس): اسم فاعل، هو الشخص الذي فعل التغيير، وصدرت منه الأفعال التغييرية، بحيث قام باستخدام الحيل من أجل خداع شخص آخر، وحمله على التعاقد. ومعرفة من صدر منه التغيير أمر مهم جداً؛ وذلك لمعرفة مدى تأثير العقد بذلك التغيير من عدمه، ومعرفة من يثبت له الخيار، ومن يتحمل مسؤولية التعويض عن ضرر التغيير. وسيأتي تفصيل هذه المسائل في موضعها من هذا البحث.

وقد جاء في الفقه الإسلامي ما يدل على أن التغيير في عقد الزواج قد يصدر من أحد الخاطبين، أو وليه، أو وكيله، وقد يصدر من شخص أجنبي عن العقد⁽¹⁾. أما قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة، فلم تحدد بالضبط مصدر التغيير في عقد الزواج، وإنما حدد ذلك في القوانين المدنية؛ حيث جاء في القانون المدني الجزائري (م86-87)، وقانون الالتزامات والعقود المغربي (ف52)، والقانون المدني الأردني (م143، 148)، ما يدل صراحة بأن التغيير قد يصدر من أحد المتعاقدين أو نائبه أو الغير الأجنبي عن العقد.

وأصرح نص في ذلك هو الفصل 52 مغربي الذي يقول: «التدليس يخول الإبطال إذا كان ما لجأ إليه من الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين، أو نائبه، أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه، قد بلغت في طبيعتها حدّاً بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر، ويكون للتدليس الذي يباشره الغير نفس الحكم إذا كان الطرف الذي يستفيد منه عالماً به.»

(1) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 367/7؛ حاشية الدسوقي، م.س، 288/2؛ شرح حدود ابن عرفة، م.س، ص.169؛ أسنى المطالب، م.س، 180/3؛ كفاية النبيه، م.س، 186/13؛ كشاف القناع، م.س، 2457/7، 2468؛ الإنصاف، م.س، 175/8.

فهذه النصوص تفيد بعمومها أن التغيير في سائر العقود، ومنها الزواج، قد يصدر من أحد المتعاقدين (الزوج، الزوجة)، أو نائبه (الولي، الوكيل)، أو شخص أجنبي. وهذا أيضا ما يفهم من إطلاق المادة 63 أسرة مغربية، حيث جاء فيها: «يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج أو اشترطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده...» فهذه المادة أجازت لأحد الزوجين المدلس عليه طلب فسخ الزواج بإطلاق، دون تحديد مصدر التدليس.

ومما سبق يتبين أن التغيير في الزواج في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، قد يصدر من الزوج أو الزوجة، أو الولي، أو الوكيل، أو الشخص الأجنبي. وبالتالي يكون العاثر أحد هؤلاء.

1- الزوج: يُتصور التغيير من الزوج إذا كان هو المباشر للعقد، فيصطنع مثلا كفاءة مفقودة، أو يكتم عيوباً موجودة، وغير ذلك من صور التغيير التي سيأتي بيانها في ثنايا البحث.

2- الزوجة: ويُتصور التغيير منها بأن تباشر العقد بنفسها على رأي الحنفية. وهو الرأي الذي أخذت به القوانين محل الدراسة⁽¹⁾. فتكتم مثلا عيبها أو تدعي ما ليس فيها. أما على رأي الجمهور المانعين لمباشرة المرأة لعقد الزواج، فيُتصور التغيير منها بأن تكتم عيبها عن الولي، أو توهمه بأن الزوج يعلم به⁽²⁾.

3- الولي: سواء كان وليا للمرأة، أو للزوج ناقص الأهلية. ويُتصور التغيير منه إذا كان مباشرا للعقد، فيكتم مثلا عيوب من تولى أمره، أو يدعي ما ليس فيه من الصفات المرغوبة.

4- الوكيل: وهو من ينوب عن الزوجة، أو الزوج، أو الولي. فإذا تولى العقد وقام بالتغيير بالعاقد الآخر عُدَّ مغررا، ومن صور ذلك أن يوهم أن العقد له بينما هو لموكله⁽³⁾.

وينبغي التنبيه هنا إلى أن التوكيل في الزواج أمر جائز في الفقه الإسلامي⁽⁴⁾. وهو ما أخذت به مدونة الأسرة المغربية (م17)، وقانون الأحوال الشخصية الأردني (م6). أما قانون الأسرة الجزائري فكان يميز ذلك في المادة 20 منه، ثم أُلغيت هذه المادة بمقتضى الأمر: 05-02 المعدل لقانون

(1) ينظر المواد الآتية من قوانين الأحوال الشخصية: 11 جزائري؛ 24، 25 مغربي؛ 6، 19 أردني.

(2) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج، م.س، 4/344 (بتصرف يسير): «يُتَصَوَّرُ التَّغْيِيرُ مِنَ الزَّوْجَةِ بِأَنَّ تَسَكَّتَ عَنْ عَيْبِهَا، وَتُظْهِرُ لِلْوَلِيِّ مَعْرِفَةَ الْخَطِإِ بِهِ، أَوْ بِأَنَّ تَعَقَّدَ بِنَفْسِهَا وَيَحْكُمُ حَاكِمٌ بِصِحَّتِهِ [أي على رأي الحنفية مثلا]».

(3) قال اللخمي في التبصرة، م.س، 10/4624: «لو وُكِّلَ رَجُلٌ عَلَى تَرْوِيجِ امْرَأَةٍ فَعَلَّ، وَأَظْهَرَ أَنَّهُ الزَّوْجُ، وَأَشْهَدَ فِي الْبَاطِنِ أَنَّ الْعَقْدَ لِلْأَمْرِ [الموكل]، لَمْ تَكُنْ زَوْجَةً لِلْوَكِيلِ، وَكَانَتْ الزَّوْجَةُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ تَرْضَى أَنْ تَكُونَ زَوْجَةً لِلْأَمْرِ أَوْ تَفْسَخَ النِّكَاحَ». وينظر: مواهب الجليل، م.س، 3/412.

(4) ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 3/312؛ الشرح الكبير للدردير، م.س، 2/216؛ الأم، م.س، 5/17؛ الإنصاف، م.س، 8/82.

الأسرة. وهذا ما فتح الباب أمام التأويلات الفقهية، بين من يرى مشروعية التوكيل في الزواج، عملاً بأحكام الفقه الإسلامي، ومن يرى منعه؛ سداً لذريعة التدليس والإكراه من قبل الوكيل⁽¹⁾.

5- الشخص الأجنبي عن العقد

الأجنبي من لا يُعدُّ أصيلاً في العقد، ولا نائباً عن الأصيل، فهو لم يباشر العقد ولم يكن طرفاً فيه. ويُتصور التعبير منه بأن يخبر أحد الخاطبين بما في الآخر من صفات مرغوبة، رغم أن الحقيقة بخلافها. ومن صور ذلك ما تفعله الحطّابة التي يقصدها الراغب في الزواج لتبحث له عن زوجة، أو تبحث لها عن زوج، أو ما تقوم به بعض الوكالات والجمعيات التي تمارس الوساطة في أمر الزواج⁽²⁾. فقد تستعمل التعبير لحمل الطرفين على الزواج، للحصول على المكافأة أو الأجرة⁽³⁾.

وقد يباشر الأجنبي عقد الزواج مُوهماً الطرف الآخر أنه ولي أو وكيل، بينما هو في الحقيقة مجرد فضولي. وتزويج الفضولي يكون موقوفاً على إجازة الأصيل عند الحنفية، وعند الشافعية والحنابلة يكون باطلاً⁽⁴⁾. أما المالكية فلهم تفصيل طويل في المسألة⁽⁵⁾.

ثانياً- شروط الغارّ

يشترط في الغارّ ما يأتي:

1- كون الغارّ طرفاً في العقد أو مباشراً له بالنيابة

الزوج والزوجة هما الطرفان الأصيّلان في عقد الزواج، إذ إليهما تنصرف آثار العقد؛ سواء كانا هما المباشرين لإبرامه، أو كان المباشر له غيرهما. والنائب عن الأصيل يعتبر أيضاً طرفاً في العقد بالمباشرة، أي بسبب مباشرته لإبرام العقد لحساب الأصيل. ومثاله الولي، سواء كان ولياً للزوجة، أو الزوج. وكذلك الوكيل فهو نائب عن مؤكّله، كوكيل الزوجة أو الزوج أو الولي.

(1) الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 166/1-169؛ شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، م.س، ص.70-73.

(2) يراجع موضوع الوساطة في الزواج: فقه الأسرة المسلمة في المهاجر، م.س، 272/1-278.

(3) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 169/1.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 252/2؛ البيان في مذهب الإمام الشافعي، م.س، 190/9؛ الإنصاف، م.س، 67/8.

(5) يُفرق المالكية في تزويج الفضولي بين كون الولي مجبراً أو غير مجبر، فإن كان مجبراً، لم يجرز النكاح الواقع من الفضولي ولو أجازته الولي. أما إذا لم يكن مجبراً، فإما أن تكون المزوّجة شريفة أو دنيئة؛ فإن كانت شريفة، فقال مالك بفسخه. وقال ابن القاسم: يخير الولي بين إجازته وفسخه قبل البناء. وقال بعض المالكية: إن دخل بها الزوج، وطال مكثه معها بمضي ثلاث سنين، أو ولادة ولدين فأكثر، لم يُفسخ النكاح، وإلا كان الولي مخيراً بين الفسخ والإمضاء. وإن كانت دنيئة، فعندهم في النكاح قولان، أحدهما: أن النكاح ماضٍ مطلقاً، وهو المشهور في المذهب. والثاني: أنها كالشريفة. ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي، م.س، 182/3.

ففي الفقه الإسلامي إذا صدر التغيير في الزواج من الأصيل، أو من نائبه المباشر للعقد، كان ذلك تغييراً مؤثراً في صحة العقد ولزومه⁽¹⁾. أما إن صدر من شخص أجنبي عن العقد، فلا يكون مؤثراً فيه؛ إلا إذا كان ذلك بعلم من المتعاقد، أو بأمره وتواطئه. ومن صور التواطؤ أن يصف شخص أجنبي أحد الزوجين بما ليس فيه، مع سكوت الزوج المعني أو وليه⁽²⁾.

واشترط صدور التغيير من أحد المتعاقدين، أو من الغير بأمر من المتعاقد، أو مع علمه وتواطئه، هو مذهب الجمهور من الحنفية والمالكية، وقول عند الشافعية والحنابلة⁽³⁾؛ لكن الأصح عند الشافعية هو عدم الاعتداد بالتغيير الصادر من الغير ولو مع المواطأة⁽⁴⁾.

والمذهب عند الحنابلة عكس ذلك، أي الاعتداد بالتغيير بغض النظر عن صدر منه، حتى لو صدر من الغير دون علم أو مواطأة من المتعاقد⁽⁵⁾.

ومذهب الجمهور هو الأقرب للصواب؛ لما فيه من التوسط والاعتدال، ولما فيه من مراعاة الإرادة الباطنة للمغرور من جهة، والنية الحسنة للمتعاقد الآخر من جهة ثانية. إذن فالتغيير الصادر من شخص أجنبي دون علم الزوج المستفيد، لا يؤثر في العقد، فلا يثبت به خيار الفسخ؛ لأن المغرور قصر في تحري الحقيقة حين اقتصر على إخبار الأجنبي.

ولكن هذا التغيير يجوز طلب التعويض، إذا ترتب عنه ضرر للمغرور؛ فقد ذكر المالكية أنّ الزّوج إذا عرّه أجنبيٌّ بحريّة أمةٍ تولى عقدها، ولم يُخبر أنّه غير وليّ، وتمّ الدخول بها، وعرّم الزّوج الصّدق لسيدّها؛ فله الرّجوع على العارّ بالصدّق؛ لأنّه تسبّب في عرّمه له؛ لكن إن أخبر الأجنبيّ بأنّه غير وليّ، فلا يرجع عليه الزّوج بالصدّق، وكذلك إذا لم يتولّ العقد⁽⁶⁾.

(1) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 367/7؛ شرح حدود ابن عرفة، م.س، ص.169؛ أسنى المطالب، م.س، 180/3؛ كفاية النبيه، م.س، 186/13؛ كشاف القناع، م.س، 2468/7؛ شرح الزركشي على مختصر الخرقي، م.س، 119/5-120.

(2) قال الدرديري في الشرح الكبير، م.س، 280/2: «الْحَيَاةُ ثَابِتٌ بِغَيْرِ الْعُيُوبِ الْمُتَقَدِّمَةِ؛ مِنْ سَوَادٍ، وَقَرَعٍ... مِنْ كُلِّ مَا يُعَدُّ عَيْبًا عُرْفًا، إِنْ شَرَطَ السَّلَامَةَ مِنْهُ؛ سِوَاءَ عَيْبٍ مَا شَرَطَهُ، أَوْ قَالَ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ... وَلَوْ كَانَ شَرَطَ السَّلَامَةَ بِوَصْفِ الْوَلِيِّ، أَوْ وَصَفِ غَيْرِهِ بِحَضْرَتِهِ وَسَكَتَ، بِأَنَّهَا بَيْضَاءُ أَوْ صَحِيحَةٌ الْعَيْنَيْنِ... وَسِوَاءَ سَأَلَ الزَّوْجَ عَنْهَا، أَوْ وَصَفَ الْوَأَصِفُ ابْتِدَاءً عِنْدَ الْحُطْبَةِ.»

(3) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 363/7؛ التاج والإكليل، م.س، 349/6؛ منح الجليل، م.س، 160/5؛ أسنى المطالب، م.س، 180/3؛ نهاية المحتاج: 470/3؛ المغني، م.س، 305/6؛ الإنصاف، م.س، 395/4.

(4) يقول الجويني في نهاية المطلب، م.س، 430/12: «ليعلم الناظر أن أجنبياً لو ذكر حرية أمة، وابتنى العقد عليه، فلا يتعلق بقول ذلك الأجنبي مرجح في غرم، وإنما يثبت حكم التغيير على الكمال إذا صدر من عاقد أو معقود عليه، أما العاقد فهو الذي غرر، ثم أوقع المغرور في العقد، وكان محققاً بتغييره. وأما المنكوحه فيها اتصال العقد، فلها حظ في مستمتع العقد، فظهر تصديها للتغيير من حيث دعت إلى نفسها.» وينظر: أسنى المطالب، م.س، 180/3؛ نهاية المحتاج، م.س، 470/3.

(5) ينظر: المغني، م.س، 305/6؛ الإنصاف، م.س، 395/4، 175/8؛ كشاف القناع، م.س، 2457/7.

(6) ينظر: منح الجليل، م.س، 398/3؛ حاشية الدسوقي، م.س، 288/2.

2- كون الغارّ عالماً بحقيقة الأمر المغرّر به

يشترط في الفقه الإسلامي لقيام التغيير في الزواج أن يكون الغارّ على علم بحقيقة الأمر المغرّر به، كأن يعلم بالعيب فيكتمه، أو يطلع على النقص فيستره ويُظهر خلافه، سواء كان العيب أو النقص حصل بسببه أو بسبب غيره. فعلم الشخص بحقيقة الأمر، وقيامه بتشويهاها أو كتمانها، هو ما يجعل منه غارّاً⁽¹⁾؛ إذ التغيير يقتضي سوء النية والقصد، وهذا لا يُصوّر مع الجهل. كما أن كتمان العيب يقتضي العلم بالعيب المكتوم؛ ولذلك عرّف التدليس (التغيير) بأنه كتمان العيب مع العلم به⁽²⁾.

فلا يُعد الولي غارّاً في عقد الزواج إذا لم يعلم بعيب موليته، وإنما تكون هي الغارّة بعدم إخبار وليها أو زوجها بعيوبها. لكن إن ادعت عدم علمها بعيب نفسها، وكان ادعاؤها محتمل الصدق، فلا تعتبر غارّة أيضاً⁽³⁾. ومثال جهل أحد الزوجين بعيوبه أن يكون مريضاً بمرض خطير؛ ولا يعلم به وقت إبرام الزواج؛ لكونه مرضاً لا تظهر أعراضه إلا بعد مدّة طويلة من الإصابة به كالسرطان. بل قد يصاب الشخص أحياناً بفيروس خطير ولا تظهر عليه أعراض المرض طوال حياته، كبعض الحاملين لفيروس الإيدز، مع قدرتهم على نقل المرض إلى الغير⁽⁴⁾.

أما قوانين الأحوال الشخصية فلم تتعرض لذكر هذا الشرط أيضاً؛ لكن جاءت الإشارة إليه في القوانين المدنية، فقد جاء في المادة 144 مدني أردني: «يعتبر السكوت عمداً عن واقعة أو ملبسة تغريراً إذا ثبت أن المغرور ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملبسة». وتمائلها المادة 2/86 جزائري. فيفهم من المادتين أن التغيير بالسكوت (الكتمان) عمل عمدي يستلزم العلم بالواقعة أو الملبسة المسكوت عنها، وكذا العلم بأهميتها في مجال التعاقد⁽⁵⁾.

فإذا كان السكوت عن جهل فلا يتحقق التغيير، كما لو سكت أحد الزوجين عن ذكر عيوبه أو أمراضه جهلاً بوجودها أصلاً. أو كان يظن سلامته منها فعلاً، خاصة إذا كانت تلك العيوب مما لا يُعرف عادة إلا بعد الزواج والدخول، كالعقم والعجز الجنسي (العُنّة). فهنا لا يتحقق التغيير لانتفاء العلم.

(1) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 281/6؛ منح الجليل، م.س، 160/5؛ كشاف القناع، م.س، 2468/7؛ المغني، م.س، 234/6.

(2) ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة، م.س، 711/2؛ نهاية المطالب، م.س، 279/5؛ المغني، م.س، 234/6.

(3) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي، م.س، 245/3؛ نهاية المطالب، م.س، 418/12؛ كشاف القناع، م.س، 2468/7.

(4) ينظر: موسوعة صحة العائلة، م.س، ص.445.

(5) ينظر: شرح القانون المدني الجزائري للسعدي، م.س، 184/1؛ الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 266/1.

ومما سبق يتبين أن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي متفقان على اشتراط علم الغار بحقيقة الأمر المغرر به؛ إلا أن هذا الشرط لم يرد في قوانين الأحوال الشخصية وإنما ورد في القوانين المدنية.

3- قصد الغار للتغيير والتضليل

يشترط الفقه الإسلامي في الغار كونه سيئ النية، بحيث يقصد بفعله وقوله وكتمانه خداع الطرف الآخر، وإيقاعه في الوهم والغلط، وترغيبه في إبرام العقد. أما إن كان الشخص حسن النية، ولم يقصد التضليل فلا يكون غاراً⁽¹⁾.

فمثلاً لو أن أباً مدح ابنته بما ليس فيها من الصفات في غير معرض ترغيب السامعين في الزواج بها، ثم يقوم أحد السامعين بعد ذلك بخطبتها والزواج بها مغترا بما سمعه من أبيها؛ فإن ذلك لا يعدّ تغيراً لعدم وجود القصد السيئ⁽²⁾.

ولا يعدّ تغيراً أيضاً ما يصدر من المدح البريء لأحد الزوجين، إذا لم يقصد به التضليل، ولم يصل إلى حدّ الكذب الصريح. وكذلك لا يعدّ تغيراً تزوين أحد الخاطبين للآخر، إذا كانت تلك الزينة بقصد الترغيب لا التغيير، بحيث لا تتضمن إخفاءً للعيوب، ولا تغييراً لصفات الشخص؛ ولذلك صرح الحنفية والمالكية بجواز التزوين للخاطب والمخطوبة دون تغيير⁽³⁾.

ولا يتصوّر وجود قصد التغيير إلا من العاقل المميز، أما غير العاقل وغير المميز، فلا يكونان غارّين، لانعدام الإدراك والقصد عندهما⁽⁴⁾.

وقد جاءت الإشارة إلى هذا الشرط أيضاً في القوانين المدنية، حيث جاء في المادة 2/86 جزائري، والمادة 144 أردني، أن السكوت عمداً عن واقعة مهمة في التعاقد يعدّ تغيراً، فوصف السكوت بكونه عمداً يدل على أن التغيير من الأخطاء العمدية التي تحتاج إلى القصد السيئ. والطرق الاحتمالية لا تمثل بذاتها تغيراً، إلا إذا كانت مصحوبة بنية التضليل⁽⁵⁾.

(1) ينظر: شرح التلقين، م.س، 993/2-994؛ روضة الطالبين، م.س، 521/5؛ كشاف القناع، م.س، 2468/7.

(2) يقول النووي في روضة الطالبين، م.س، 521/5: «وَلَوْ لَمْ يُقْصِدْ بِقَوْلِهِ تَحْرِيزَ سَامِعٍ، وَاتَّفَقَ بَعْدَ أَيَّامٍ أَنَّهُ زَوَّجَهَا لِمَنْ سَمِعَ كَلَامَهُ، فَلَيْسَ مَا جَزَى تَغْيِيرًا.» وينظر: أسنى المطالب، م.س، 179/3؛ كفاية النبيه، م.س، 188/13.

(3) ينظر: البحر الرائق، م.س، 87/3؛ وحاشية ابن عابدين، م.س، 68/4؛ مواهب الجليل، م.س، 405/3.

(4) يقول البهوتي في كشاف القناع، م.س، 2468/7: «إِنَّمَا تَكُونُ الْمَرْأَةُ [أَيِ الزَّوْجَةِ] غَارَةً إِذَا كَانَتْ تَعْلَمُ. وَأَمَّا الطِّفْلَةُ وَالْمَجْنُونَةُ فَلَا، فَاعْتَبِرِ الْقَصْدُ دُونَ الْفِعْلِ الْمُحَرَّمَ.»

(5) صرحت بهذا الشرط بعض القوانين المدنية العربية، كالقانون الكويتي، حيث جاء في المادة 151 منه أنه: «يجوز طلب إبطال العقد للتدليس لمن جاء رضاه نتيجة حيل وُجهت إليه بقصد تغييره ودفعه إلى التعاقد....» وينظر المواد: 1/134 قطري، 189 يمني.

فلا يتحقق التغيرير مثلا إذا أعطى أحد المتعاقدين للآخر معلومات خاطئة وهو يظنها صحيحة، أو سكت عن بيان واقعة مهمة سهوا ونسيانا⁽¹⁾.

أما قوانين الأحوال الشخصية فلم تذكر هذا الشرط، باستثناء ما جاء في المادة 109 من مدونة الأسرة المغربية، والتي تقول: «لا صداق في التطليق للعيب عن طريق القضاء قبل البناء، ويجق للزوج بعد البناء أن يرجع بقدر الصداق على من غرّر به، أو كتم عنه العيب قصدا.»

فعبارة «قصدا» في آخر المادة صريحة في الدلالة على اشتراط قصد التغيرير⁽²⁾. ولذلك لا يُعدّ مُغررا المخطوبة أو الخاطب الذي لا يذكر أمراضه، أو يصف نفسه بالسلامة منها جهّلا منه بوجودها أصلا، أو كان يظن سلامته فعلا؛ لانتهاء نية التضليل في هذه الحالات.

ولكن إذا كان الزوجان ملزمين بإجراء الفحوصات الطبية للكشف عن أمراض معينة قبل الزواج⁽³⁾، كما هو الحال في القوانين محل الدراسة⁽⁴⁾، فإن امتناع أحد الزوجين من إجراء هذه الفحوص دون مبرر مقبول، يجعله سيء النية، ويُفترض في حقه أنه قصد التغيرير والتضليل، وأنه أخل بالالتزام بإجراء الفحص الطبي ليتمكن من إخفاء عيوبه وأمراضه، وليسهل عليه ادعاء الجهل بها. وعليه تقوم مسؤوليته عن تلك الأمراض محل الفحص، ولو كان جاهلا بوجودها؛ لخطئه في ترك الفحص من جهة، وتقصيره في إزالة جهله بحالته الصحية من جهة ثانية⁽⁵⁾.

ومن خلال ما سبق ذكره، يظهر لي أن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي متوافقان على اشتراط توافر قصد التغيرير ونية التضليل لدى الغارّ، ليتحقق التغيرير.

(1) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 267/1؛ شرح القانون المدني الجزائري للسعدي، م.س، 184/1؛ نظرية عيوب الإرادة، م.س، ص. 51-52؛ مصادر الحقوق الشخصية لعبدان السرحان وحمدى خاطر، م.س، ص. 152-154.

(2) ينظر: شرح مدونة الأسرة، م.س، ص. 318؛ الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 161/1.

(3) يراجع في موضوع الفحص الطبي قبل الزواج ما يأتي: الفحص الطبي قبل الزواج، دراسة شرعية قانونية تطبيقية: صفوان محمد عضيبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، إصدار1، 2009م؛ الفحوصات الطبية قبل الزواج، دراسة مقارنة: الطيب بوحالة، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، (د.ط)، 2010م؛ الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج، أسانيدها ومقاصدها، دراسة مقارنة: فاتن البوعيشي الكيلاني، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2011م.

(4) ينظر المواد الآتية: 7 مكرر أسرة جزائري؛ 4/65 أسرة مغربي؛ 4/4 هـ من قانون الصحة العامة الأردني، رقم 47، لسنة 2008م، ج.ر: 4924، الصادرة في: 2008/8/17م.

(5) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 137/1؛ الفحوصات الطبية للزوجين، م.س، ص. 159-160.

الفرع الثاني

المَغْرُورُ وشروطه

سأتكلم في هذا الفرع عن تعريف المغرور (أولاً)، ثم عن شروطه (ثانياً).

أولاً- تعريف المَغْرُور

لم أجد من عرف المغرور في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي؛ لوضوح معناه، إذ المَغْرُورُ أو المَعْرُورُ به (المدلّس عليه): هو الشخص الذي صدر التغيير ضده، فوقع ضحية الحيل والخدع التي استعملها الغارُّ، فأبرم العقد جاهلاً بحقيقة الأمر، ولو علم بها لما رضي بالتعاقد أصلاً، أو لما رضي بالشروط المتعاقد عليها.

والمغرور في عقد الزواج قد يكون زوجاً أو زوجة أو ولياً، أو وكيلاً لأحد هؤلاء.

ثانياً- شروط المَغْرُور

يُشترط في المغرور ما يأتي:

1- كون المغرور جاهلاً بحقيقة الأمر المَغْرُور به

ذكر فقهاء المذاهب الأربعة في شروط الردّ بالعيب المَغْرُور به، والموجود بأحد الزوجين، ألا يكون الزوج الآخر قد علم به قبل العقد؛ لأن علمه به يدل على رضاه به، وأنه ليس بمغرور⁽¹⁾. فإذا كان المتعاقد يظن سلامة المعقود عليه من العيب، أو يتوهم وجود صفة كمال فيه، رغم أن الحقيقة بخلاف ذلك، فأقدم على التعاقد، ولو علم بالحقيقة لامتنع من ذلك، أو ما رضي بتلك الشروط، فعندها يكون مغروراً. أما إن كان عالماً بالحقيقة، ومع ذلك أبرم العقد، فلا يكون مغروراً؛ بل هو راضٍ بالعقد. وعلمه دليل رضاه، فلا خيار له ولا مقال في ردّ العقد⁽²⁾.

وقد نصت قوانين الأحوال الشخصية على هذا الشرط أيضاً في التفريق للعيوب الزوجية، فجاء في المادة 1/108 أسرة مغربية أن من شروط قبول طلب التفريق للعيوب: «ألا يكون الطالب عالماً بالعيب حين العقد.» وجاء في المادة 129 أحوال شخصية أردني أن حق الزوجة في التفريق لعيب زوجها المانع من الدخول يسقط إذا كانت تعلم به قبل العقد. والحكم نفسه جاء في المادة 132 من نفس القانون بالنسبة للزوج الذي علم بعيب زوجته قبل العقد.

(1) ينظر: المبسوط للسرخسي، م.س، 121/5؛ البحر الرائق، م.س، 135/4؛ الشرح الصغير للدردير، م.س، 467/2؛ حاشية

الدسوقي، م.س، 277/2؛ أسنى المطالب، م.س، 176/3؛ المبدع في شرح المقنع، م.س، 172/6.

(2) يقول الجويني في نهاية المطالب، م.س، 403/7: «شرط المغرور أن يكون جاهلاً؛ فإنه لو كان عالماً بحقيقة الحالة، لم يقع الغرور

تصوّراً، حتى يناط به حكم.» وينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 281/6؛ مواهب الجليل، م.س، 439/4؛ الشرح الصغير

للدردير، م.س، 163/3؛ المغني، م.س، 217/6.

فهذه المواد تفيد بوضوح أن التفريق بين الزوجين للتغريب في العيوب يثبت عند جهل الزوج طالب التفريق بالعيوب حين العقد⁽¹⁾. أما قانون الأسرة الجزائري ورغم إعطائه للزوجة حق التطليق لعيوب زوجها المانعة من تحقيق مقاصد الزواج (م2/53)، إلا أنه لم ينص على شرط جهل الزوجة بالعيوب حين العقد⁽²⁾. وعليه يُرجع لأحكام الفقه الإسلامي. ومن هذا العرض يظهر أن هذا الشرط هو محل وفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

2- كون المغرور غير مقصر في إدراك الحقيقة

ذكر فقهاء المذاهب الأربعة هذا الشرط صراحة في باب البيوع، فقرروا بأن المتعاقد إذا عوّل فيما توهمه وظنه على أمر محتمل، وقصّر في تحري الحقيقة التي كان يمكن إدراكها بيسر وسهولة، أو بالتأمل وتدقيق النظر، والسؤال وغير ذلك. ففي هذه الحال لا يكون هذا المتعاقد معذورا فيما توهمه، ولا يثبت له الخيار؛ لأنه في الحقيقة مُعْتَرٌّ وليس بِمَغْرُورٍ. ومن أمثلة التقصير في إدراك الحقيقة في البيوع: لو علفَ البائع البهيمة فامتلاً بطنها، فظنّها المشتري حاملا، فليس له خيار الفسخ؛ لأن فعل البائع لا يفيد حصرا ما ظنّه المشتري؛ فامتلاء البطن قد يكون لكثرة الأكل أو الشرب، أو للسمنة أو للمرض، فحَمْلُهُ على أنّها حامل هو من باب الطّمع، فلا يثبت به الخيار، خاصة وأنه كان بوسعه سؤال البائع والاستفسار منه⁽³⁾. وقد ذكر الفقهاء معيارا لما يُعد تقصيرا مما لا يُعدُّ كذلك، وهو كون ما ظنّه المغرور من وهم هل هو مقتضى العادة والعرف، بحيث يقع فيه أكثر الناس أم لا؟ فإن كان مما يقع فيه أكثر الناس فهو تغريب، وإلا فلا تغريب⁽⁴⁾.

وفي باب الزواج لو استعملت المخطوبة للتغريب بخاطبها وسائل تجميلية محكمة، لا يكاد يتفطن لها أحد من الناس، كالعلاقات الجراحية لإزالة التجاعيد، أو تغيير لون البشرة، أو رتق غشاء

(1) ينظر: شرح مدونة الأسرة، م.س، ص.317؛ أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، م.س، 239/1.

(2) ينظر: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، م.س، ص.194؛ الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، م.س، ص.288.

(3) ينظر: البحر الرائق، م.س، 51/6؛ شرح التلقين، م.س، 993/2-994؛ الذخيرة، م.س، 64/5؛ تحفة المحتاج، م.س، 392/4؛ روضة الطالبين، م.س، 132/3؛ المغني، م.س، 224/6.

(4) يقول المازري في شرح التلقين، تحقيق: محمد المختار السّلامي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 2008م، 393/2-994: «وبالجملة فإنه إذا لم يفعل البائع فعلاً محرماً عليه، ولا غرّر بالمشتري، ولا قصد التدليس عليه، وعوّل المشتري على أمر محتمل، حتى يكون مدعيًا فيما ظن، فإنه لا مقال له، ولو ثبت أنه عوّل على أمر تقتضيه العوائد، وهو الذي يعتقد فيه هو وغيره من الناس، فكشف الغيب أن الأمر خلاف ما عقد عليه، وتحقق أنه لو كُشِفَ الباطن ما دخل عليه هو ولا غيره من الناس، فإنه إنَّما عقد على المعتاد، فإن هذا مما يوجب له مقالا، على تفاصيل تعلم مما تقدم في غير هذا الكتاب.» وينظر: الذخيرة، م.س، 64/5؛ نهاية المحتاج، م.س، 75/4؛ تكملة المجموع للسبكي، م.س، 95/12.

البكارة... فلا يُنسب من وقع ضحية هذه الحيل إلى التقصير. أما إذا تزينت في حدود المعتاد، بما هو ظاهر أنه من الزينة، مما شاع استعماله من قبل النساء، قبل وأثناء الخطبة، كصبغ الشعور، ووضع المساحيق على الخدود والشفاه... فهذه الزينة وإن كانت تضيء على المرأة جمالا مصطنعا؛ إلا أنه لا يُتصور أن يعتر به أحد من الناس؛ إلا إذا كان مقصرا في النظر والتثبت⁽¹⁾. خاصة وأن الزواج أمره خطير، ولا يتم إبرامه إلا بعد تشاور وسؤال واستفسار. ولذلك لا تقبل دعوى الخاطب انخداعه بالجمال المصطنع؛ إلا إذا ثبت أنه أحمق لا دراية له بأحوال النساء، أو أنه لم يُقَصِّر في التحري والسؤال، أو أنه أضيف إلى تلك الزينة المعتادة أساليب أخرى، كالكذب والتزوير. هذا ما يمكن استنتاجه قياسا على كلام الفقهاء في البيوع. أما في القانون الوضعي فلم أجد من ذكر شرط عدم تقصير المتعاقد في إدراك الحقيقة، لا في قوانين الأحوال الشخصية ولا في القوانين المدنية، مما يقتضي الرجوع لأحكام الفقه الإسلامي.

الفرع الثالث

محل التّغيير وشروطه

سأتكلم هنا عن مفهوم محل التغيير (أولا)، وشروطه (ثانيا).

أولا - مفهوم محل التغيير

لم أجد من عرف محل التغيير لا في الفقه الإسلامي، ولا في القانون الوضعي. ويمكنني القول بأنه: المعقود عليه الذي وقع فيه التغيير، بتغيير ذاته أو تشويه صفاته، سواءً تم ذلك بإخفاء عيوب موجودة، أو اصطناع محاسن مفقودة. وهو يختلف باختلاف العقود، كالسلعة في عقد البيع، والعين المؤجرة في عقد الإيجار. أما في عقد الزواج فإن محل التغيير هو أحد الزوجين، حيث ينصب موضوع التغيير ويتعلق إما بذات هذا الزوج، أو صفاته الجوهرية.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الشخص محل التغيير في الزواج، قد يكون هو نفسه الشخص الغارّ الذي صدر منه التغيير، كالزوج الذي يغرّ الزوجة أو وليها بكتمان عيب فيه، أو بادعاء صفة ليست فيه، وقد يكون الشخص الغارّ غير الشخص محلّ التغيير، كالولي الذي يغرّ الزوج، فيكتم عنه عيبا موجودا في الزوجة التي هي محلّ التغيير.

(1) يقول السبكي في تكملة المجموع، م.س، 96/12، في معرض بيان شروط تحقق التدليس بتجعيد شعر الجارية: «أَنَّ التَّجْعِيدَ يَكُونُ بِحَيْثُ لَا يَتِمُّزُ عَنْ تَجْعِيدِ الْخَلْقَةِ... وَلَا شَكَّ أَنَّ إِذَا كَانَ التَّجْعِيدُ يَسِيرًا، بِحَيْثُ يَظْهَرُ لِغَالِبِ النَّاسِ أَنَّهُ مَصْنُوعٌ، فَالْمُشْتَرِي مُنْشَوِّبٌ إِلَى تَفْرِيطٍ، أَمَا إِذَا كَانَ التَّجْعِيدُ بِحَيْثُ يُؤْهِمُ كَوْنَهُ خُلُقِيًّا، فَهَذَا هُوَ الْمُنْتَبِثُ لِلْخِيَارِ.»

ثانيا- شروط محل التغيير

لم أجد في كتب الفقه الإسلامي ولا في كتب القانون الوضعي من تعرض لذكر شروط محل التغيير. وما سأذكره هنا هو مجرد اجتهاد مني. فمن خلال التدبر في كلام الفقهاء في باب التغيير في الزواج، ومن خلال التأمل أيضا في نصوص قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة حول نفس الموضوع، تبين لي أن شرط محل التغيير في الزواج هو كونه متعلقا بذاتية أحد الزوجين، أو بصفة من صفاته الجوهرية. فإذا انصب التغيير على أحد هذين الأمرين كان مؤثرا في عقد الزواج؛ وإلا فلا.

1- التغيير في ذاتية أحد الزوجين

التغيير في ذاتية أحد الزوجين يكون بتغيير أحدهما بشخص آخر، أو انتحال أحدهما لشخصية الغير. وسيأتي بيان صور ذلك وحكمه في المبحث الآتي المتعلق بصور التغيير⁽¹⁾.

2- التغيير في الصفات الجوهرية لأحد الزوجين

الصفات الجوهرية في الزوجين هي تلك الصفات التي يُطلب مراعاتها في أحد الزوجين أو كليهما؛ إما وجودًا أو انتفاءً، بحيث يختل العقد أو يختل رضا أطرافه في حال اختلالها. وهذه الصفات قد تكون مطلوبة بحكم الشرع أو القانون، أو باتفاق أطراف العقد. ويمكن حصرها في أربع فئات، وهي كالآتي:

أ- انتفاء الموانع الشرعية للزواج: فهذه الموانع صفات توجد في أحد الزوجين تمنعه شرعا من الزواج؛ فيكون انتفاؤها أمرا جوهريا بحكم الشرع والقانون، يتوقف عليه صحة الزواج؛ ولذلك يكون التغيير فيها بكتماؤها مثلا مؤثرا في صحة العقد.

ب- الصفات المعتبرة في الكفاءة: فصفات الزوج التي يُعتدُّ بها شرعا في الكفاءة الزوجية، تعتبر جوهرية في عقد النكاح، وبالتالي يتأثر العقد إن حصل تغيير بشأنها.

ج- السلامة من العيوب الزوجية: فسلامة الزوجين من العيوب التي تمنع تحقيق مقاصد الزواج، تعدُّ من الصفات الجوهرية في الزواج، فإذا وقع التغيير فيها أثر ذلك في لزوم العقد.

د- الصفات المشترطة من قبل الزوجين: فكل صفة عدا الصفات السابقة لا يمكن اعتبارها جوهرية في الزواج إلا إذا اعتبرها أطراف العقد كذلك؛ بأن يتفقا على اشتراطها، سواء كانت صفة كمال يُشترط وجودها، أو صفة نقص يُشترط فقدها والسلامة منها.

(1) ينظر هذا البحث، ص. 278-281.

فإذا وقع التغيير في صفة من الصفات الجوهرية المذكورة، بحيث ادعى أحد الزوجين وجودها إن كانت من صفات الكمال، أو ادعى السلامة منها إن كانت من صفات النقص، ثم تبين بعد العقد أن الواقع بخلاف ذلك، فقد تحقق التغيير المؤثر في العقد⁽¹⁾.

وسياأتي تفصيل الكلام عن هذه المسائل الأربع في المبحث الآتي المتعلق بصور التغيير.

الفرع الرابع

وسيلة التغيير وشروطها

سأتكلم في هذا الفرع عن تعريف وسيلة التغيير (أولاً)، وشروطها (ثانياً).

أولاً- تعريف وسيلة التغيير

رغم أن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي قد ذكرا أنواع الوسائل التغييرية، من خلال تعريفهما للتغيير⁽²⁾؛ إلا أنهما لم يعرّفا وسيلة التغيير. ويمكنني تعريفها بأنها: الطرق والأساليب المستخدمة من قبل الغارّ لخداع المغرور وحمله على التعاقد. وقد تكون قولية، أو فعلية، أو مجرد كتمان. فهذه هي وسيلة التغيير إجمالاً، وسياأتي تفصيل أنواعها في المطلب الآتي (أنواع التغيير).

ثانياً- شروط وسيلة التغيير

يشترط في وسيلة التغيير ما يأتي:

1- كون وسيلة التغيير مؤثرة في رضا المغرور ودافعا له للتعاقد

يشترط في وسيلة التغيير أن تكون هي من دفع المغرور لإبرام العقد، وحملته على قبول ما التزمه فيه؛ بسبب ما أحدثته في نفسه من الوهم المخالف للواقع، بحيث لو علم بحقيقة الأمر لما أقدم على إبرام العقد، أو على الأقل ما كان ليقبل التعاقد بالكيفية والشروط التي تم وفقها العقد.

وقد ذكر فقهاء الشريعة أن ضابط التغيير المحرم هو أن يكون في السلعة وَصْفٌ نَقْصٌ، لو اطَّلَعَ عليه مُرِيدُهَا، لَامْتَنَعَ مِنْ أَخْذِهَا غَالِبًا، وَلَقَلَّتْ رَغْبَتُهُ فِيهَا، أَوْ لَمْ يَأْخُذْهَا بِذَلِكَ الْعَوَضِ وَبِتِلْكَ الشَّرْطِ⁽³⁾. كما ذكروا أيضا بأن ضابط التغيير المؤثر في العقود المالية هو ما أدى إلى اختلاف الثمن. يقول ابن قدامة: «كُلُّ تَدْلِيْسٍ يَحْتَلِفُ الثَّمَنُ لِأَجْلِهِ، مِثْلُ أَنْ يُسَوِّدَ شَعْرَ الْجَارِيَةِ، أَوْ يُجَعِّدَهُ،

(1) ينظر: مبدأ الرضا في العقود، م.س، 604/1.

(2) يراجع هذا البحث، ص. 233-236. وقد أشار البهوتي في كشف القناع، م.س، 2457/7 إلى أنواع الوسائل التغييرية عند كلامه عن التغيير بحرية الأمة، فقال: «وَالْعَارُّ مَنْ عَلِمَ رَقَّهَا وَلَمْ يُبَيِّنْهُ... لَا يَكُونُ غَارًّا إِلَّا بِالِاشْتِرَاطِ، أَوْ الْإِخْبَارِ بِحُرِّيَّتِهَا، أَوْ إِهَامِهِ ذَلِكَ بِقَرَائِنٍ تَغْلِبُ عَلَى ظَنِّهِ حُرِّيَّتِهَا، فَيَنْكِحُهَا عَلَى ذَلِكَ، وَيَرْتَعِبُ فِيهَا، وَيُصَدِّقُهَا صَدَاقَ الْحُرِّائِ...»

(3) ينظر: حاشية منحة الخالق، م.س، 38/6؛ التبصرة للخمّي، م.س، 4414/9؛ تحفة المحتاج، م.س، 307/1؛ حاشية الجمل على شرح المنهج، م.س، 120/3. القوانين الفقهية: ابن جزّي الكلبي، طبعة دون معلومات النشر، ص. 174.

أَوْ يُحْمَرَّ وَجْهَهَا، أَوْ يُضْمَرَ الْمَاءَ عَلَى الرَّحَى، وَيُرْسَلُهُ عِنْدَ عَرْضِهَا عَلَى الْمُشْتَرِي، يُثَبِّتُ الْخِيَارَ.»⁽¹⁾

فكلامهم هذا يدل على أن التغيير لا يؤثر؛ إلا إذا كانت وسيلته من الجسامة والإحكام بحيث أثرت في رضا المغرور، ودفعته للتعاقد. أما إذا لم تصل إلى هذا الحد، فلا يتحقق التغيير. وقياسا على كلامهم في باب البيوع، يمكنني القول بأن التغيير في عقد الزواج يكون مؤثرا إذا بلغ حداً يكون هو الحامل للمغرور على قبول الزواج، ولولاه لما قبل به، كالمراة التي يعرضها الخاطب بكفائه، ولو علمت عدم كفاءته لما قبلت بالزواج به أصلا، أو لقبلت ولكن بمهر أكبر، وبشروط أكثر. إذن فوسيلة التغيير في الزواج لا تكون مؤثرة؛ إلا إذا أدت إلى زيادة قيمة الخاطب أو المخطوبة في أعين عامة الناس، ومضاعفة رغبتهم فيهما. ولا شك أن الرغبة في الزواج من شخص معين، رجلا كان أو امرأة، تتأثر زيادة ونقصانا بحسب ما يُنسب إليه من صفات الكمال المفقودة، أو ما يُنزه عنه من العيوب والنقائص الموجودة. ويُراعى في تقدير درجة التأثير الحالة النفسية لكل شخص، وظروفه الشخصية، على ألا يُنسب إلى التقصير.

وهذا الشرط نصت عليه مدونة الأسرة المغربية في المادة 63، حيث جاء فيها: «يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج... أن يطلب فسخ الزواج.»⁽²⁾ فعبارة «كان التدليس بها هو الدافع» واضحة في الدلالة على أنه يُشترط لفسخ الزواج للتدليس كون الوسائل التدليسية قد بلغت حدا من الجسامة بحيث دفعت الطرف الآخر لإبرام عقد الزواج⁽³⁾.

أما قانون الأسرة الجزائري وقانون الأحوال الشخصية الأردني فلم يذكر هذا الشرط؛ ولكن جاء ذكره في القوانين المدنية، فقد نصت المادة 1/86 جزائري على أنه: «يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.» وهو ما يشير إليه أيضا الفصل 52 التزامات مغربي، والمادتان 143، 144 مدني أردني.

(1) المغني، م.س، 223/6. وينظر: شرح التلقين، م.س، 707/2؛ المهذب للشيرازي، م.س، 49/2.

(2) قريب من هذه المادة ما جاء في المادة 1/114 أحوال شخصية الإمارات، حيث تنص على أنه: «يجوز طلب التفريق في الحالات الآتية: 1- إذا حصل تغيير من الزوج الآخر، أو بعلمه أدى إلى إبرام عقد الزواج، ويعتبر السكوت عمدا عن واقعة تغييرا، إذا ثبت أن من عُرض به ما كان ليبرم عقد الزواج لو علم بتلك الواقعة.»

(3) ينظر: الإكراه والتدليس بين مدونة الأسرة وقانون الالتزامات والعقود، م.س، ص.41؛ ما مدى إعمال عيوب الإرادة في مدونة

فالتغيير إذن لا يؤثر في العقد إلا إذا بلغت وسيلته حدا من الجسامة، بحيث تؤثر في رضا المتعاقد المغرور، فتدفعه إلى التعاقد. أما إذا لم تكون هي الدافع، وكان المتعاقد سيرم العقد، وبنفس الشروط، ولو لم تمارس عليه تلك الحيل، فلا يُعدُّ ذلك تغييرا مؤثرا⁽¹⁾. فلو كتمت المرأة زواجها السابق عن الخاطب حتى تزوجها؛ ولكنه كان سيتزوجها ولو علم بالأمر؛ لأنه تزوجها لأجل مالها أو جمالها، فلا يكون كتمان الزواج السابق تغييرا مؤثرا؛ لأنه لم يكن دافعا للتعاقد.

ومعيار جسامة وسيلة التغيير معيار شخصي، يختلف من شخص لآخر، فكلما كانت الحيل كافية لتضليل شخص معين ودفعه للتعاقد، فهي جسيمة في حقه، وإن لم تكن جسيمة في حق غيره. فمن الحيل ما ينطلي على الأمي دون المتعلم، وعلى المرأة دون الرجل وهكذا. فلا بدَّ من مراعاة نفسية المغرور وحالته الشخصية؛ من حيث جنسه وسنه، وعلمه وذكاؤه، وغير ذلك⁽²⁾.

فاصطناع الخاطب للكفاءة قد ينطلي على المخطوبة الشابة؛ لقلة خبرتها بالرجال، ولا ينطلي عادة على الولي، كما أن حيل النساء قد يغتر بها الشاب الذي لم يسبق له الزواج، بينما لا ينخدع بها الرجل الذي سبق له الزواج، وعرف أحوال النساء.

ومما سبق بيانه عن وسيلة التغيير، يظهر لي أنّ الفقه الإسلامي والقانون الوضعي متوافقان على اشتراط كون وسيلة التغيير جسيمة مؤثرة في رضا المغرور، ودافعة له إلى إبرام عقد الزواج. أما معيار الجسامة فهو معيار شخصي، يراعي الظروف الخاصة بكل شخص وحالته النفسية، وهذا ما أخذ به كل من الفقه والقانون؛ إلا أن الفقه الإسلامي يضيف إلى المعيار الشخصي معيارا موضوعيا، يراعي ما يتأثر به أكثر الناس في العادة، وألا يُنسب المغرور إلى التقصير في معرفة حقيقة الأمر.

2- كون وسيلة التغيير غير مشروعة

الأصل في كل وسيلة قُصد بها التغيير والغش أنها غير مشروعة، واستعمالها محرم، وإن كانت في الأصل مباحة، وفقا للقاعدة المعروفة في الفقه الإسلامي أن الوسائل لها أحكام المقاصد⁽³⁾.

(1) ينظر: شرح القانون المدني الجزائري للسعدي، م.س، 185/1؛ نظرية عيوب الإرادة، م.س، ص.52؛ مصادر الحقوق الشخصية لعدنان السرحان وحمدي خاطر، ص.155؛ المبسوط في شرح القانون المدني، م.س، ج1، ص.434-435.

(2) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 267/1؛ نظرية عيوب الإرادة، م.س، ص.53؛ النظرية العامة للالتزام لبلحاج العربي، م.س، 112/1؛ المبسوط في شرح القانون المدني، م.س، ج1، ص.436-437.

(3) يقول العز بن عبد السلام في مصالح الأنام، م.س، 54-53/1: «لِلْوَسَائِلِ أَحْكَامُ الْمَقَاصِدِ، فَالْوَسِيلَةُ إِلَى أَفْضَلِ الْمَقَاصِدِ هِيَ أَفْضَلُ الْوَسَائِلِ، وَالْوَسِيلَةُ إِلَى أَرْذَلِ الْمَقَاصِدِ هِيَ أَرْذَلُ الْوَسَائِلِ». وينظر: الفروق: شهاب الدين القرافي، تحقيق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، ط1، 2001م، 451/2؛ موسوعة القواعد الفقهية: محمد صدقي آل بورنو، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 2003م، 775/8.

والغش والتغيرير والخذاع كلها تصرفات غير مشروعة، ونصوص الشريعة متضافرة على تحريمها، كقوله ﷺ: (مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا)⁽¹⁾. وقوله أيضا: (الْمَكْرُ وَالْخَدِيعَةُ وَالْحِيَانَةُ فِي النَّارِ)⁽²⁾.

والمقرر أيضا في القانون الوضعي هو عدم جواز التغيرير، وأنه يُبطل التصرفات، ويُرتب المسؤولية التقصيرية⁽³⁾، وهذه قاعدة عامة متفق عليها، وإن لم يرد بها نص خاص⁽⁴⁾. ووفقا لهذه القاعدة تعتبر غير مشروعة كل وسيلة استعملت بقصد التغيرير والتدليس والخذاع، سواء في موضوع الزواج أو غيره.

إذن فكل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يشترط كون وسيلة التغيرير غير مشروعة. ولا يُتصور وجود وسيلة تغيرية قد تكون مشروعة لعقد الزواج؛ إلا ما ذكره بعض فقهاء الشريعة في باب الحيل الفقهيّة مما هو محل نظر واختلاف. والراجح منعه وتحريمه. ومثال ذلك أن الرجل إذا بانّت منه زوجته بغير علمها، يحتال لإعادتها إلى عصمته بعقد جديد دون أن تشعر، كأن يقول لها: حلفت يمينا واستفتيت فقيل لي: جدد نكاحك احتياطا. أو يُظهر أنه يريد سفرا، ويقول: أخشى الموت، وأريد أن أكتب لك هذا المتاع صداقا حتى لا يُبطل. أو يتظاهر بالمرض، ويقول لها: أريد أن أهب لك ذلك المتاع، وأخاف ألا يُقبل؛ فاجعلي أمرك إلي أجعله صداقا. فإذا فعلت أحضر الولي والشهود وجدد العقد⁽⁵⁾. يقول ابن القيم: «وَهَذِهِ الْحِيلَةُ بَاطِلَةٌ؛ فَإِنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا بَانَتْ صَارَتْ أَجْنَبِيَّةً مِنْهُ؛ فَلَا يَجُوزُ نِكَاحُهَا إِلَّا بِإِذْنِهَا وَرِضَاهَا، وَهِيَ لَمْ تَأْذَنْ فِي هَذَا النِّكَاحِ الثَّانِي، وَلَا رَضِيَتْ بِهِ، وَلَوْ عَلِمَتْ أَنَّهَا قَدْ مَلَكَتْ نَفْسَهَا وَبَانَتْ مِنْهُ، فَلَعَلَّهَا لَا تَرَعُبُ فِي نِكَاحِهِ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَخْدَعَهَا عَلَى نَفْسِهَا وَيَجْعَلَهَا لَهُ زَوْجَةً بِغَيْرِ رِضَاهَا.»⁽⁶⁾

(1) صحيح مسلم، م.س، كتاب الإيمان، باب قول النبي ﷺ: من غشنا فليس منا، 99/1، الحديثين رقم: 101، 102.

(2) مستدرک الحاكم، م.س، كتاب الأهل، 150/4، حديث: 8795. وقد صححه الألباني في السلسلة الصحيحة، م.س، 46/3.

(3) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 265/1؛ مصادر وأحكام الالتزام للجمال، م.س، ص. 115؛ الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 161/1-162.

(4) جاء في قرار محكمة النقض المصرية رقم 431، سنة 66 ق أحوال شخصية، جلسة: 2001/4/28: «من المقرر أن قاعدة "الغش يبطل التصرفات" هي قاعدة سليمة، ولو لم يجريها نص خاص في القانون، وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخذاعة، وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في التصرفات والإجراءات عموما، حماية لمصلحة الأفراد والمجتمع.»
نقلا عن الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 267/1، هامش 1.

(5) ينظر: إعلام الموقعين، م.س، 245-244/3؛ إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان: ابن قيم الجوزية، تحقيق: محمد سيد كيلاني، مكتبة دار التراث، القاهرة، (د.ط)، 1961م، 24-23/2؛ الحيل وأثرها في الأحوال الشخصية، دراسة نظرية تطبيقية: إيهاب أحمد سليمان، دار النفائس، الأردن، (د.ط، د.ت)، ص. 209-211.

(6) إعلام الموقعين، م.س، 245/3.

المطلب الثالث

أنواع التغيير

تعددت تقسيمات التغيير (التدليس) بتعدد الاعتبارات التي يُنظر إليه من خلالها. فبالنظر إلى وسيلته يُقسم إلى تغيير بالفعل وبالقول وبالكتمان. وبالنظر إلى من صدر منه يقسم إلى تغيير صادر من أحد المتعاقدين، وتغيير صادر من الغير، وبالنظر إلى تأثيره في العقد يقسم إلى تغيير مؤثر، وتغيير غير مؤثر. وقد جاء ذكر بعض هذه التقسيمات والأنواع في بعض الكتب الفقهية المعاصرة⁽¹⁾، وكذا بعض الكتب القانونية⁽²⁾.

وسأقتصر في هذا المطلب على بيان أنواع التغيير باعتبار وسيلته، أما بقية التقسيمات فقد أشرت إليها في ثنايا الكلام عن شروط التغيير. وعليه سأقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع؛ أخصص الأول للتغيير الفعلي، والثاني للتغيير القولي، والثالث للتغيير بالكتمان.

الفرع الأول

التغيير الفعلي

عرّف التغيير الفعلي من قبل المالكية دون سائر المذاهب الفقهية، حيث قالوا: «التَّغْيِيرُ الْفِعْلِيُّ هُوَ أَنْ يَفْعَلَ فِي الْمَبِيعِ فِعْلاً يَظُنُّ بِهِ الْمُشْتَرِي كَمَا لَاقِلًا فَلَا يُوجَدُ كَذَلِكَ»⁽³⁾ ولكن هذا التعريف جاء قاصراً على عقد البيع، مع أن التغيير الفعلي لا ينحصر في ذلك، فهو يوجد في البيع وغيره من العقود كالزواج؛ وقد عرّفه وهبة الزحيلي تعريفاً عاماً ينطبق على جميع العقود، فقال في تعريفه بأنه: «إحداث فعل في المعقود عليه؛ ليظهر بصورة غير ما هو عليه في الواقع، أي أنه تزوير الوصف في المعقود عليه، أو تغييره بقصد الإيهام»⁽⁴⁾ ولم أجد من عرّف التغيير الفعلي في القانون الوضعي؛ إلا أن معناه لا يخرج عن المعنى السابق. فهو يتمثل في استعمال وسائل مادية لتشويه الحقيقة، وإخفائها عن المتعاقد الآخر، وإيهامه بما ليس في الواقع، لأجل حمله على التعاقد⁽⁵⁾.

(1) ينظر: المدخل الفقهي العام، م.س، 463/1؛ مبدأ الرضا في العقود، م.س، 606/1؛ الفقه الإسلامي وأدلته، م.س، 3069/4؛ التغيير وأثره في العقود، م.س، ص.61.

(2) ينظر: مصادر الحقوق الشخصية لعنان السرحان ونوري خاطر، م.س، ص.149-151؛ المبسوط في شرح القانون المدني، م.س، ج1، ص.425-433.

(3) التاج والإكليل، م.س، 349/6؛ الذخيرة، م.س، 63/5؛ شرح مختصر خليل للخرشي، م.س، 133/5.

(4) الفقه الإسلامي وأدلته، م.س، 3069/4. وينظر: المدخل الفقهي العام، م.س، 464/1.

(5) ينظر: مصادر الحقوق الشخصية، م.س، ص.149؛ المبسوط في شرح القانون المدني، م.س، ج1، ص.427؛ نظرية عيوب الإرادة، م.س، ص.47.

وللتعير الفعلي في مجال عقد الزواج أمثلة وصور كثيرة، منها ما يأتي:

أولاً - التعرير باستعمال الزينة

الزينة⁽¹⁾ تكون بزيادة شيء مُنفصلٍ عن الجسم، كلبس الخليلي والثياب، أو بزيادة مُتصلةٍ به، كوصل الشعر، ووضع الكحل، أو بإنقاص شيء منه، كمنص الحواجب، وقص الشعر، وتقليم الأظافر، وقد تكون بإحداث تغيير فيه، كصبغ الشعر، والوشم، وتفليح الأسنان⁽²⁾.

والأصل في الزينة أنها مباحة غير محرمة؛ لقوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ﴾ [الأعراف، 32]؛ ولكن قد تجب أو تستحب، أو تکره أو تحرم، بحسب نوع الزينة، وأحوالها ومقاصدها⁽³⁾. وما يهمني هنا هو الزينة المرتبطة بعقد الزواج ترغيباً أو تعريراً.

أما الزينة التي يقصد منها الترغيب في الزواج، فحكمها الجواز؛ بل قيل باستحبابها. ودليل ذلك قوله ﷺ: (لَوْ كَانَ أَسَامَةُ جَارِيَةً لَحَلَيْتُهُ وَكَسَوْتُهُ حَتَّى أَنْفِقَهُ)⁽⁴⁾. ومعنى «أَنْفَقَهُ»، أي أزوجه. وفيه دلالة على مشروعية تزوين الفتاة بقصد تزويجها⁽⁵⁾.

وجاء في حديث عُمر بن عبد الله بن الأرقم: (أَنَّ سُبَيْعَةَ بِنْتَ الْحَارِثِ أَخْبَرَتْهُ: أَنَّهَا كَانَتْ تَحْتَ سَعْدِ ابْنِ حَوْلَةَ، وَهُوَ مِنْ بَنِي عَامِرِ بْنِ لُؤَيٍّ، وَكَانَ مِمَّنْ شَهِدَ بَدْرًا، فَتُوِّفِيَ عَنْهَا فِي حَجَّةِ الْوَدَاعِ وَهِيَ حَامِلٌ، فَلَمْ تَنْشَبْ أَنْ وَضَعَتْ حَمْلَهَا بَعْدَ وَفَاتِهِ، فَلَمَّا تَعَلَّتْ مِنْ نَفَاسِهَا، تَجَمَّلَتْ لِلْخُطَّابِ، فَدَخَلَ عَلَيْهَا أَبُو السَّنَابِلِ بْنُ بَعْكُكٍ، رَجُلٌ مِنْ بَنِي عَبْدِ الدَّارِ، فَقَالَ لَهَا: مَا لِي أَرَاكِ تَجَمَّلْتِ لِلْخُطَّابِ،

(1) الزينة لغة: هي اسمٌ جامعٌ لكل شيءٍ يُتَزَيَّنُ به. ينظر: تاج العروس، م.س، 161/35؛ لسان العرب، م.س، 202/13.

- واصطلاح هي: «ما يحصل به التحسين للشئ حتى تنوق النفس إليه بالشهوة.» نزهة الأعين الناظر في علم الوجوه والنظائر: ابن الجوزي، تحقيق: محمد عبد الكريم كاظم الراضي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1984م، ص.339.

- وزينة الإنسان ما يفعله لتحسين خلقته وتجميل هيئته بالتصنع، كالتياب والخليل والكحل. ينظر: أحكام القرآن لابن العربي، م.س، 381/3؛ التحرير والتنوير، م.س، 205/18-206؛ أحكام التزين والتجمل وضوابطهما في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة: عبد

العزیز الجهنی، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، ماليزيا، 2014م، ص.6.

(2) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، م.س، 264/11-265،

(3) ينظر: البحر الرائق، م.س، 51/6؛ عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة: عبد الله بن شاس، تحقيق: حميد بن محمد لحمير، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 2003م، 1288/3-1292؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، م.س، 265/11-266؛ أحكام التزين والتجمل وضوابطهما في الفقه الإسلامي، م.س، ص.7-19.

(4) مسند أحمد، م.س، مسند الصديقة عائشة، 07/42، حديث رقم: 25082؛ سنن ابن ماجه، م.س، أبواب النكاح، باب الشفاعة في التزويج، 146/3-147، حديث رقم: 1976. وقد صححه الألباني بمجموع طرقه في السلسلة الصحيحة، م.س، 16/3.

(5) يقول الصنعاني في التنوير شرح الجامع الصغير، م.س، 164/9: «وفيه [أي الحديث] أن زواج الحريم ينبغي أن يكون مقصوداً للأولياء، وأن يُرَجَّعُوا الناس في طلبهن، بتحسين الهيئة وتجميل الملبوس.» وينظر: فيض القدير شرح الجامع الصغير: عبد الرؤوف المناوي، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط1، 1356هـ، 325/5.

تُرَجِّينَ النِّكَاحَ؟ فَإِنَّكَ وَاللَّهِ مَا أَنْتِ بِنَاكِحٍ حَتَّى تَمُرَّ عَلَيْكَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ، قَالَتْ سُبَيْعَةُ: فَلَمَّا قَالَ لِي ذَلِكَ جَمَعْتُ عَلَيَّ ثِيَابِي حِينَ أُمْسَيْتُ، وَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَسَأَلْتُهُ عَنْ ذَلِكَ، فَأَفْتَانِي بِأَنِّي قَدْ حَلَلْتُ حِينَ وَضَعْتُ حَمْلِي، وَأَمَرَنِي بِالتَّزْوُجِ إِنْ بَدَأَ لِي⁽¹⁾.

فقوله: (تَجَمَّلْتُ لِلْحُطَّابِ)، يدل على جواز فعل ذلك، حيث لم ينكره النبي ﷺ عليها⁽²⁾. وقد ذهب إلى جواز التزين بقصد الترغيب في الزواج، كل من الحنفية⁽³⁾، وبعض المالكية⁽⁴⁾.

ولكن ينبغي تقيده بكونه في معرض الخطبة، وأن تؤمن معه الفتنة، فيلتزم في التزين الحشمة والوقار، ويبتعد عن التبرج والاستهتار، ويقتصر على القدر اليسير دون إسراف، وألا يكون في التزين تغيير أو تدليس. يقول ابن الملقن⁽⁵⁾ في تعداد فوائد حديث سُبَيْعَةَ السابق: «الرابعة: جواز تجمل المرأة للخطاب، بشرط أن لا يكون فيه زور في ملبس أو خلق؛ من وصل شعر، أو تحمير وجه، أو كثرة مال، وغير ذلك مما يرغَّب في نكاحها عادة، فإنه كذب وغش.»⁽⁶⁾

ومن الحالات التي تستخدم فيها الزينة بقصد التعبير في الزواج ما يأتي:

1- صَبْغُ الشَّعْرِ

صبغ الشعر وتغيير لونه بلون آخر، يكون عادة للشعر الأبيض الذي أصابه الشيب؛ سواء كان شعر لحية، أو شعر رأس، للمرأة أو الرجل.

(1) صحيح البخاري، م.س، كتاب المغازي، باب بلا عنوان، 80/5، حديث رقم: 3991؛ صحيح مسلم، م.س، كتاب الطلاق، باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها، وغيرها بوضع الحمل، 1122/2، حديث رقم: 1484.

(2) قال ابن حجر في فتح الباري، م.س، 475/9: «فيه [أي الحديث] جَوَازُ تَجْمُلِ الْمَرْأَةِ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا لِمَنْ يَخْطُبُهَا؛ لِأَنَّ فِي رِوَايَةِ الرَّهْرِيِّ النَّبِيِّ فِي الْمَغَارِي: فَقَالَ مَالِي أَرَاكَ تَجَمَّلْتَ لِلْحُطَّابِ. وَفِي رِوَايَةِ بِنِ إِسْحَاقَ: فَتَهَيَّأْتُ لِلنِّكَاحِ وَاحْتَضَبْتُ. وَفِي رِوَايَةِ مُعَمَّرٍ عَنِ الرَّهْرِيِّ عِنْدَ أَحْمَدَ: فَلَقِيَهَا أَبُو السَّنَابِلِ وَقَدْ اِكْتَحَلَتْ. وَفِي رِوَايَةِ الْأَسْوَدِ: فَتَطَيَّبْتُ وَتَصَنَعْتُ.»

(3) جاء في البحر الرائق، م.س، 87/3؛ حاشية ابن عابدين، م.س، 68/4: «تَحْلِيَةُ الْمَنَاتِ بِالْحَلِيِّ وَالْحَلَلِ لِتُرْغَبَ فِيهِنَّ الرَّجَالُ سُنَّةٌ.»

(4) قال الخطاب في مواهب الجليل، م.س، 405/3: «قَالَ ابْنُ الْقَطَّانِ: وَلَهَا [أي المرأة الحليَّة من الأرواح] أَنْ تَتَزَيَّنَ لِلنَّاطِرِينَ، بَلْ لَوْ قِيلَ: بِأَنَّهُ مُنْدُوبٌ مَا كَانَ بَعِيدًا، وَلَوْ قِيلَ: إِنَّهُ يَجُوزُ لَهَا التَّعَرُّضُ لِمَنْ يَخْطُبُهَا إِذَا سَلِمَتْ نَيْتُهَا فِي قِصْدِ النِّكَاحِ لَمْ يَبْعُدْ... وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَطَّانِ: إِذَا خَطَبَ الرَّجُلُ امْرَأَةً هَلْ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَفْصِدَهَا مُتَعَرِّضًا لَهَا بِمَخَاسِنِهِ الَّتِي لَا يَجُوزُ إِبْدَاؤُهَا إِلَيْهَا إِذَا لَمْ تَكُنْ مَخْطُوبَةً؟ وَيَتَصَنَّعُ بِلُبْسِهِ وَسَوَاقِهِ، وَمُكْحَلَّتِهِ وَخِصَابِهِ، وَمَشْيِهِ وَرُكْبَتِهِ؟ أَمْ لَا يَجُوزُ لَهُ إِلَّا مَا كَانَ جَائِزًا لِكُلِّ امْرَأَةٍ؟ وَهُوَ مَوْضِعُ نَظَرٍ، وَالظَّاهِرُ جَوَازُهُ، وَمَنْ يَتَحَقَّقُ فِي الْمَنَعِ إِجْمَاعًا، أَمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ خَطَبٌ؛ وَلَكِنَّهُ يَتَعَرَّضُ لِنَفْسِهِ ذَلِكَ التَّعَرُّضَ لِلنِّسَاءِ فَلَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ تَعَرُّضٌ لِلْفِتَنِ وَتَعْرِيفٌ لَهَا، وَلَوْ لَا الظَّاهِرُ مَا أَمْكَنَ أَنْ يُقَالَ ذَلِكَ فِي الْمَرْأَةِ الَّتِي لَمْ تُخْطَبْ، عَلَى أَنَّ لَمْ تُجْزَمَ فِيهِ بِالْجَوَازِ.»

(5) هو: عمر بن علي بن أحمد الأنصاري الشافعي، سراج الدين، أبو حفص ابن النحوي، المعروف بابن الملقن: من أكابر العلماء بالحديث والفقه وتاريخ الرجال. أصله من الأندلس، وولد بالقاهرة سنة: 723هـ، وتوفي بها سنة: 804هـ. له نحو ثلاثمائة مصنف، منها: "الإعلام بفوائد عمدة الأحكام"، و"التوضيح لشرح الجامع الصحيح". ينظر: الأعلام، م.س، 57/5.

(6) الإعلام بفوائد عمدة الأحكام: ابن الملقن، تحقيق: عبد العزيز بن أحمد المشيقح، دار العاصمة للنشر والتوزيع، السعودية، ط1، 1997م، 387/8. وينظر: فقه الأسرة المسلمة في المهاجر، م.س، 267/1.

والأصل في صبغ الشعر الجواز؛ إلا صبغ الشيب بالسواد، فقد ورد النهي عنه، فعن جابر بن عبد الله، قال: (أُتِيَ بِأَبِي قُحَافَةَ يَوْمَ فَتَحَ مَكَّةَ وَرَأْسُهُ وَحَيْثُ كَالْتِغَامَةِ بِيَاضًا. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: غَيِّرُوا هَذَا بِشَيْءٍ، وَاجْتَنِبُوا السَّوَادَ)⁽¹⁾.

وقد اتفق الفقهاء على تحريم صبغ الشيب بالسواد إذا قصد به التغيرير، بإيهام الشيبية؛ سواء كان ذلك من المرأة أو الرجل. يقول ابن القيم: «الْحِضَابُ بِالسَّوَادِ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ حِضَابُ التَّدْلِيسِ، كَحِضَابِ شَعْرِ الْجَارِيَةِ، وَالْمَرْأَةِ الْكَبِيرَةِ تَعْرُ الزَّوْجَ، وَالسَّيِّدَ بِذَلِكَ، وَحِضَابِ الشَّيْخِ يُعْرُ الْمَرْأَةَ بِذَلِكَ، فَإِنَّهُ مِنَ الْغِشِّ وَالْحِدَاعِ.»⁽²⁾

2- وصل الشعر

المقصود بوصل الشعر، ربطه بشعر آخر غيره؛ ليبدو أطول وأكثر وأوفر. وتفعله النساء عادة، وكذلك بعض الرجال. ويقصد به التجميل والتزين غالباً، ومن صورته في زماننا لبس الشعر المستعار، وكذا الرموش الاصطناعية.

وقد ورد عن النبي ﷺ في هذه المسألة عدة أحاديث، منها حديث أسماء بنت أبي بكر، قالت: (جاءت امرأة إلى النبي ﷺ، فقالت: يا رسول الله إن لي ابنة عريسا أصابتها حصبة فتمرق شعرها أفأصله؟ فقال: لعن الله الواصلة والمستوصلة)⁽³⁾. فاللعن يدل على تحريم الوصل⁽⁴⁾. وقد اتفق الفقهاء على حرمة الوصل بالشعر بقصد التغيرير⁽⁵⁾؛ لأن النبي ﷺ سماه زورا. فعن ابن المسيب قال: (قَدِمَ مَعَاوِيَةُ بْنُ أَبِي سُفْيَانَ الْمَدِينَةَ آخِرَ قَدَمَةٍ قَدِمَهَا فَحَطَبْنَا، فَأَخْرَجَ كُبَّةً مِنْ شَعْرٍ، فَقَالَ: مَا كُنْتُ أَرَى أَنْ أَحَدًا يَفْعَلُ هَذَا غَيْرَ الْيَهُودِ، وَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَمَاهُ الزُّورَ، يَعْنِي الْوِصَالَ فِي الشَّعْرِ)⁽⁶⁾.

(1) صحيح مسلم، م.س، كتاب اللباس والزينة، باب في صبغ الشعر وتغيير الشيب، 1663/3، حديث رقم: 2102.

(2) زاد المعاد، م.س، 337/4. وينظر: الفواكه الدواني، م.س، 307/2؛ القوانين الفقهية، م.س، ص.293؛ شرح صحيح مسلم، م.س، 80/14؛ التمهيد لابن عبد البر، م.س، 82/21-86؛ البيان والتحصيل، م.س، 166/17-168؛ نيل الأوطار، م.س، 151/1-152؛ المنتور في القواعد الفقهية: محمد بن بهادر الزركشي، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ط2، 1985م، 268/1.

(3) صحيح البخاري، م.س، كتاب اللباس، باب الموصولة، 166/7، حديث رقم: 5941؛ صحيح مسلم، م.س، كتاب اللباس والزينة، باب تحريم فعل الواصلة والمستوصلة، 1676/3، حديث رقم: 2122. قال ابن الأثير في النهاية في غريب الحديث والأثر، م.س، 192/5: «الْوَاصِلَةُ: الَّتِي تَصِلُ شَعْرَهَا بِشَعْرِ آخَرَ زُورًا، وَالْمُسْتَوْصِلَةُ: الَّتِي تَأْمُرُ مَنْ يَفْعَلُ بِهَا ذَلِكَ».

(4) ينظر: شرح صحيح مسلم، م.س، 103/14-105؛ فتح الباري، م.س، 374/10-375؛ نيل الأوطار، م.س، 227/6-228.

(5) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 535/9؛ الفواكه الدواني، م.س، 314/2؛ الذخيرة، م.س، 315/13؛ الحاوي الكبير، م.س، 256/2؛ أسنى المطالب، م.س، 163/1؛ المغني، م.س، 131/1.

(6) صحيح البخاري، م.س، كتاب اللباس، باب الوصل في الشعر، 165/7-166، حديث رقم: 5938؛ صحيح مسلم، م.س، كتاب اللباس والزينة، باب تحريم فعل الواصلة والمستوصلة، 1680/3، حديث رقم: 2127.

يقول الزركشي: «وَحَرَّمَ عَلَى الْمَرْأَةِ الْحَلِيَّةَ وَصَلْ شَعْرَهَا بِشَعْرِ طَاهِرٍ؛ لِكَثْرَةِ رَغْبَةِ الرِّجَالِ فِي الشَّعْرِ وَدَلَالَتِهِ عَلَى الشَّبِيهِ... وَمِنْ هَذِهِ الْعِلَّةِ لَوْ وَصَلَتْ شَعْرَهَا بِوَبْرٍ أَوْ بَرِيشٍ يَخَالَفُ لَوْنَهُ لَوْنِ شَعْرِهَا جَازٍ؛ لِأَنَّهُ لَا خَدِيعَةَ فِيهِ... وَهَذَا إِذَا كَانَ ظَاهِرًا لَا يَحْصُلُ بِهِ الْغُرُورُ، فَأَمَّا إِذَا كَانَتْ مُنْتَقِبَةً، يُنْظَرُ إِلَى رَأْسِهَا وَيُغْتَرُ بِكَثْرَةِ ذَلِكَ بِالْمَوْصُولِ، فَهُوَ مِنْهَى عَنْهُ»⁽¹⁾

3- نَمَّصَ الشَّعْرَ

النَّمَّصُ هُوَ: إِزَالَةُ شَعْرِ الْوَجْهِ بِالْمِنْقَاشِ. وَقِيلَ أَنَّهُ يَخْتَصُّ بِإِزَالَةِ شَعْرِ الْحَاجِبِينَ لِتَرْقِيقِهِمَا أَوْ تَسْوِيَّتِهِمَا، كَمَنْ تَكُونُ مَقْرُونَةً الْحَاجِبِينَ فَتَزِيلُ مَا بَيْنَهُمَا، لِتُوْهَمَ غَيْرَهَا أَنَّهُمَا غَيْرُ مَقْرُونَيْنِ⁽²⁾.

وقد جاء في السنة النبوية لعن المتنمصات اللاتي يقمن بالنمص. فعن ابن مسعود رضي الله عنه قَالَ: (لَعَنَ اللَّهُ الْوَأَشْمَاتِ وَالْمَسْتَوْثَمَاتِ، وَالْمَتَنَمِّصَاتِ وَالْمَتَفَلِّجَاتِ لِلْحُسْنِ، الْمَغْيِرَاتِ خَلَقَ اللَّهُ)⁽³⁾.

فاللعن الوارد في الحديث يدل على حرمة النمص، وخاصة إن فعل بقصد التدليس والتغيير، وإيهام أحد الخاطبين للآخر أنه على قدر من الحسن والجمال⁽⁴⁾. ويُقاس على نمص الحواجب، حلقهما أو تشقيهما. والتشقي هو صبغها بلون مطابق للون البشرة، بحيث لا يتميز عن البشرة. فيحرم فعل ذلك أيضا إن قصد به التغيير⁽⁵⁾.

4- تَفْلِيحَ الْأَسْنَانَ وَوَشْرُهَا

تَفْلِيحَ الْأَسْنَانَ هُوَ: إِحْدَاثُ فَرْجَةٍ يَسِيرَةٍ بَيْنَ الْأَسْنَانَ الْمُتَلَاصِقَةِ، بِوَاسِطَةِ الْمِبْرَدِ وَنَحْوِهِ، وَهُوَ مُخْتَصٌّ عَادَةً بِالثَّنَائِيَا وَالرُّبَاعِيَّاتِ. أَمَّا الْوَشْرُ، فَقِيلَ: هُوَ بِمَعْنَى الْفَلَجِ. وَقِيلَ: هُوَ تَحْدِيدُ الْأَسْنَانَ بِالْمِبْرَدِ وَنَحْوِهِ، حَتَّى تَصْبِحَ رَقِيقَةً الْأَطْرَافِ⁽⁶⁾. والتفليح والوشر تفعله عادة النساء الكبيرات في السن، طلبا للحسن والجمال، وتَشَبُّهُهَا بِالصَّغِيرَاتِ؛ لِأَنَّ تِلْكَ الْفَرْجَةَ اللَّطِيفَةَ بَيْنَ الْأَسْنَانَ إِنَّمَا تَكُونُ عِنْدَ الصَّغِيرَاتِ، فَإِذَا كَبُرَتْ الْمَرْأَةُ التَّصَقَّتْ أَسْنَانُهَا.

(1) المنثور في القواعد الفقهية، م.س، 268/1.

(2) ينظر: فتح الباري، م.س، 377/10؛ شرح صحيح مسلم، م.س، 106/14-107.

(3) صحيح البخاري، م.س، كتاب اللباس، باب الموصولة، 166/7، حديث رقم: 5943؛ صحيح مسلم، م.س، كتاب اللباس والزينة، باب تحريم فعل الواصلة والمستوصلة، 1678/3، حديث رقم: 2125.

(4) ينظر: فتح الباري، م.س، 377-378؛ شرح صحيح مسلم، م.س، 106/14؛ حاشية ابن عابدين، م.س، 535/9-536؛ الإنصاف، م.س، 126/1؛ الإقناع في فقه الإمام أحمد، م.س، 22/1؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، م.س، 81/14-82.

(5) ينظر: فتاوى اللجنة الدائمة، المجموعة الأولى، م.س، 103/24.

(6) ينظر: فتح الباري، م.س، 372/10؛ شرح صحيح مسلم، م.س، 106/14-107؛ النهاية في غريب الحديث: ابن الأثير الجزري، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، (د.ط)، 1979م، 188/5.

وقد جاء النهي عن التفليج في حديث ابن مسعود السابق، الذي فيه لَعْنُ (الْمُتَفَلِّجَاتِ)، وهن من يفعلن الفلج لأنفسهن أو لغيرهن. وأما الوَشْرُ فقد جاء ذكره أيضا في نفس الحديث، في بعض رواياته، وفيها أن ابن مسعود رضي الله عنه قال: (سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم نَهَى عَنِ النَّامِصَةِ، وَالْوَأْشِرَةِ، وَالْوَأْصِلَةِ، وَالْوَأْشِمَةِ؛ إِلَّا مِنْ دَاءٍ)⁽¹⁾. فالنهي واللعن يدل على حرمة هذه الأفعال، إذا فُعِلت بقصد التعرير⁽²⁾؛ أما إذا فُعِلت بقصد التداوي فلا بأس.

فهذه أهم أمثلة الزينة التي ذهب الفقه الإسلامي إلى تحريمها متى فُعِلت بقصد التعرير.

أما القانون الوضعي فلم أجد فيه ما يدل على منع هذه الزينة. والظاهر أنها من الحريات الشخصية التي لا تتدخل القوانين الوضعية لمنعها عادة؛ لكن إذا استعملت كوسيلة للتعرير في الزواج، فلا مانع في نظري من اعتبارها تعريرا مؤثرا؛ بالنظر لسوء نية فاعلها، خاصة إذا بلغت درجة من الجساماة، بحيث تغير أوصاف الشخص، كما هو موجود اليوم. فقد تدخل المرأة إلى صالة التجميل، فترقق حاجبيها الغليظين، وتُرَجِّل شعرها المجعد وتصبغه، وتضع العدسات الملونة، والأشعار الاصطناعية، والمساحيق والكريمات، فتظهر بيضاء الوجه، حمراء الشفاه، وردية الوجنتين، وهي في الأصل بخلاف ذلك. فإذا رآها أحد بعد خروجها، ما خطر بباله أنها تلك التي دخلت⁽³⁾. فهذا لا يشك عاقل أنه من وسائل التعرير في الزواج متى توافرت شروطه.

وبناءً على ما سبق ذكره، يظهر أن الفقه الإسلامي كان صارما في منع جميع أساليب الزينة المستعملة للتعرير في الزواج، بخلاف القوانين الوضعية التي لا تتدخل في مثل هذه المسائل؛ إلا أنه لا مانع من اعتبار ذلك تعريرا مؤثرا في عقد الزواج، متى كانت هي الدافع للتعاقد.

ثانيا- التعرير باستعمال الجراحة التجميلية

الجراحة التجميلية هي: تلك العمليات التي يُجرىها الأطباء المختصون على الجسم البشري، بقصد تجميل عضو من أعضائه، أو تحسين وظيفته، إذا ما طرأ عليه نقص، أو تلف، أو تشوه، أو

(1) مسند الإمام أحمد، م.س، مسند عبد الله بن مسعود، 57/7-58، حديث رقم: 3945. وقال محققوا المسند: «إسناده قوي.»

(2) جاء في فتح الباري، م.س، 380/10: «قَالَ الْحَطَّابِيُّ: إِنَّمَا وَرَدَ الْوَعِيدُ الشَّدِيدُ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ؛ لِمَا فِيهَا مِنَ الْغَشِّ وَالْخِدَاعِ؛ وَلَوْ رَخَّصَ فِي شَيْءٍ مِنْهَا، لَكَانَ وَسِيلَةً إِلَى اسْتِحْجَازَةِ غَيْرِهَا مِنْ أَنْوَاعِ الْغَشِّ.» وينظر: شرح صحيح مسلم، م.س، 106/14-107؛ القوانين الفقهية، ص. 293؛ الذخيرة، م.س، 314/13-315؛ أسنى المطالب، م.س، 163/1؛ المغني، م.س، 129/1.

(3) قال أعرابي: [ينظر: الكامل في اللغة والأدب للمبرد، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار الفكر العربي، القاهرة، 3، 1997م،

247/1]. عَجُوزٌ تَمَنَّتْ أَنْ تَكُونَ فَيِّسَةً... وَقَدْ يَيْسُ الْجُنْبَانُ وَاحْدُودَبَ الظَّهْرُ

تَرُوحُ إِلَى الْعَطَّارِ تَبْغِي شَبَابَهَا... وَهَلْ يُصْلِحُ الْعَطَّارُ مَا أَفْسَدَ الدَّهْرُ

بَنَيْتُ بِهَا قَبْلَ الْمَحَاقِ بِلَيْلَةٍ... فَكَانَ مُحَاقًا كُلَّهُ ذَلِكَ الشَّهْرُ

وَمَا عَرَّيْتُ إِلَّا الْحِصَابَ بِكَيْفِهَا... وَحُمْرُهُ خَدَّيْهَا وَأَتْوَائِهَا الصُّفْرُ

بقصد تحسين مظهره الخارجي، وتجديد شبابه⁽¹⁾. فمن خلال هذا التعريف يمكن تقسيم هذه الجراحة إلى نوعين:

النوع الأول: هو الجراحة التجميلية التقويمية، أو الترميمية، أو الإصلاحية، وهي التي تهدف إلى إصلاح التشوهات والعيوب الخلقية أو المكتسبة، سواء وُلد بها الشخص أو طرأت عليه⁽²⁾. فهذه الجراحة تتضمن معنى العلاج، وهي جائزة في الفقه الإسلامي⁽³⁾؛ لأن الدافع إليها هو الضرورة والحاجة للعلاج، وغايتها تحقيق المصلحة ورفع المشقة، وإزالة الضرر عن المريض.

والنوع الثاني: هو الجراحة التحسينية أو الكمالية، التي يكون غرضها هو مجرد التحسين المظهري؛ رغبةً في الشكل الأفضل، والصورة الأجمل، أو تجديد الشباب وإزالة مظاهر الشيخوخة. فهي جراحة محرمة شرعاً؛ لما فيها من التعرير والتدليس، وتغيير خلق الله، وتبذير للأموال، وكشف للعورات، دون وجود حاجة أو ضرورة تدفع لذلك⁽⁴⁾.

وفي القانون الوضعي يجوز إجراء النوع الأول من الجراحة؛ لما فيه من معنى العلاج والتداوي⁽⁵⁾. أما النوع الثاني فلم يرد في القوانين محل الدراسة ما يصرح بمنعه أو إباحته. ولذلك تباينت مواقف الفقه القانوني بشأنها؛ فذهب بعضهم إلى منعها مطلقاً، وأجازها آخرون مطلقاً، وتوسط فريق ثالث فأجازها بضوابط عديدة، أهمها أن تكون مخاطر العملية أقل من النتيجة المرجوة، مع التشديد في أحكام المسؤولية المدنية المترتبة عنها⁽⁶⁾.

(1) ينظر: الموسوعة الطبية الفقهية والنوازل العصرية: أحمد الشافعي وآخرون، دار ابن حزم، القاهرة، ط1، 2013م، 237/1-238؛ أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها: محمد بن محمد المختار الشنقيطي، مكتبة الصحابة، جدة، ط2، 1994م، ص.182، 191؛ المسؤولية المدنية الطبية: القاضي عفيف شمس الدين، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ط1، 2004م، ص.291؛ المسؤولية المدنية للطبيب: طلال العجاج، عالم الكتاب الحديث، إربد، الأردن، ط1، 2011م، ص.229-230.

(2) التشوهات أو العيوب الخلقية مثل: الشق في الشفة العليا، والتصاق أصابع اليدين أو الرجلين، وانسداد فتحة الشرج أو المهبل.... أما التشوهات المكتسبة فمثل: كسور الوجه بسبب الحوادث، وتشوه الجلد بسبب الحروق.... ينظر: أحكام الجراحة الطبية، م.س، ص.183-185؛ الموسوعة الطبية الفقهية والنوازل العصرية، م.س، 255/1.

(3) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، م.س، ص.183-185؛ الموسوعة الطبية الفقهية والنوازل العصرية، م.س، 255/1-256؛ قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، رقم: 173 (11/18)، الدورة 18، 9-14 يوليو 2007، بوتراجايا (ماليزيا)، منشور على موقع المجمع: (www.iifa-aifi.org/2283.html). تاريخ الزيارة: 2016 /6/13.

(4) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، م.س، ص.193-198؛ الموسوعة الطبية الفقهية والنوازل العصرية، م.س، 238/1-245؛ قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، رقم: 173 (11/18)، م.س.

(5) ينظر: خصوصية الجراحة التجميلية فقها وقضاء وتشريعاً: حساين سامية، مقال منشور بمجلة المفكر، جامعة بسكرة، عدد 13، فيفري 2016، ص.165.

(6) ينظر: خصوصية الجراحة التجميلية، م.س، ص.168-170؛ المسؤولية المدنية الطبية، م.س، ص.293-301؛ المسؤولية المدنية للطبيب، م.س، ص.230-239.

ومن أمثلة العمليات الجراحية التجميلية المتضمنة للتعبير والتدليس في باب الزواج ما يأتي:

1- جراحة تغيير الجنس

جراحة تغيير الجنس هي: الجراحة التي يتم بها تحويل جنس الشخص من ذكر إلى أنثى أو العكس. ويتم ذلك باستئصال الأعضاء التناسلية للشخص المراد تغيير جنسه، ثم زراعة أو بناء الأعضاء التناسلية للجنس الآخر، مع إخضاعه لعلاج نفسي وهرموني معين⁽¹⁾. وهي تختلف عن جراحة تصحيح الجنس بالنسبة للخنثى⁽²⁾؛ فتغيير الجنس يكون لشخص أعضاؤه الجنسية سليمة وطبيعية، أما تصحيح الجنس فيكون لمن أعضاؤه مشوهة أو غير واضحة، وذلك بالتدخل الجراحي لتحسين الأعضاء الجنسية المشوهة، وإزالة الأعضاء المخالفة⁽³⁾.

وقد ذهب الفقهاء المعاصرون إلى حرمة جراحة تغيير الجنس؛ لما فيها من تغيير لخلق الله تعالى على وجه العبث، ولما فيها أيضا من الغش والتغيير، وكذا الخصاء وقطع الأعضاء، وتشبه النساء بالرجال والرجال بالنساء، وكلها أفعال محرمة. أما جراحة تصحيح جنس الخنثى فهي جائزة؛ لأن غرضها هو تصحيح الوضع الجنسي وليس تغييره، وهي نوع من العلاج الذي تقتضيه الضرورة والمصلحة⁽⁴⁾.

(1) ينظر: أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، م.س، ص.199؛ الموسوعة الطبية الفقهية والنوازل العصرية، م.س، 1/463؛ الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، م.س، ص.203؛ جراحة الخنثوية وتغيير الجنس في القانون السوري: فواز صالح، مقال منشور بمجلة جامعة دمشق، مجلد 19، عدد 2، سنة 2002، ص.50.

(2) الخنثى: عند الفقهاء من له ذكر الرجل وفرج المرأة، أو من ليس له ذكر ولا فرج. والخنثى عند الأطباء: من كانت أعضاؤه الجنسية غامضة، بحيث تجتمع فيه أعضاء الذكورة والأنوثة معا بدرجات متفاوتة. والخنثى نوعان: مشكل وغير مشكل؛ فالمشكل من لا يمكن معرفة جنسه الحقيقي؛ بسبب غياب العلامات التي ترجيح كونه ذكرا أو أنثى، ويسمى عند الأطباء بالخنثى الحقيقية، وهو عندهم من توجد لديه خصية ومبيض، وهي حالة نادرة تحدث بسبب خلل في الجينات. أما الخنثى غير المشكل (الواضح)، فهو الذي يمكن ترجيح كونه ذكرا أو أنثى استنادا للعلامات المرجحة، كالإمضاء، والحيض، والحمل، ومكان البول... ويسمى عند الأطباء بالخنثى الكاذبة، وعادة ما يكون لصاحبها غدة تناسلية واضحة (خصية أو مبيض)؛ إلا أن الأعضاء الجنسية الظاهرية مخالفة لتلك الغدة. ينظر: الموسوعة الطبية الفقهية والنوازل العصرية، م.س، 1/470 وما بعدها.

(3) ينظر: الموسوعة الطبية الفقهية والنوازل العصرية، م.س، 1/471؛ الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي: محمد خالد منصور، دار النفائس، الأردن، ط2، 1999م، ص.205-206؛ الجنس والزواج والقانون: تشوار جيلالي، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية، عدد 4، سنة 1995، جزء 33، ص.819؛ الأحكام القانونية لنظام تغيير الجنس، دراسة مقارنة: مكرولوف وهيبية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2016، ص.30.

(4) ينظر: مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، قرار رقم 6، الدورة 11، سنة 1989، منشور بمجلة المجمع، عدد 12، ص.159-160؛ فتاوى اللجنة الدائمة، المجموعة الأولى، م.س، 25/46-49؛ أحكام الجراحة الطبية، م.س، ص.200-202؛ الموسوعة الطبية الفقهية والنوازل العصرية، م.س، 1/464-488؛ الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، م.س، ص.203-208.

والقوانين الوضعية العربية محل الدراسة لم تتطرق إلى حكم جراحة تغيير الجنس بشكل صريح؛ إلا أن أغلب الفقه القانوني العربي قد ذهب إلى منعها وتجريمها⁽¹⁾. واستند في ذلك إلى مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها من مصادر التشريع. كما استند إلى المبدأ القانوني العام القاضي بجرمة المساس بالجسم البشري، ومنع التصرف فيه، ولو برضا صاحبه؛ إلا في الحالات الاستثنائية التي يبيحها القانون صراحة، كحالة التدخل الطبي الجراحي بقصد العلاج.

أما جراحة تغيير الجنس فهي تفتقد للغرض العلاجي؛ لأن من تجرى له العملية، وإن كان مريضاً نفسياً، فإن مرضه يبرر العلاج النفسي، ولا يبرر التدخل الجراحي الذي يؤدي إلى إحداث أضرار جسيمة، كاستئصال الأعضاء التناسلية السليمة، أو تعطيل وظيفتها، وبالتالي حرمان صاحبها من قدرته على الإنجاب⁽²⁾. وهذه الأفعال تشكل جرائم تعاقب عليها القوانين الجنائية، كجرمة الجرح العمدي⁽³⁾، وجرمة الخشاء⁽⁴⁾. وبالتالي فالطبيب الذي يجري هذه العملية يتحمل كامل المسؤولية الجنائية والمدنية⁽⁵⁾.

كما استند المانعون لتغيير الجنس على بعض النصوص القانونية الخاصة. ومن ذلك ما جاء في القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها بالجزائر⁽⁶⁾، حيث منع المشرع انتزاع أو زرع الأعضاء والأنسجة والأجهزة البشرية؛ إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية⁽⁷⁾. كما منع زرعها إلا إذا كان

(1) ينظر: الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، م.س، ص. 32-42؛ جراحة الخنثة وتغيير الجنس في القانون السوري، م.س، ص. 67، 75؛ تعليق على الحكم في قضية تغيير الجنس: علي علي سليمان، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية، عدد 4، سنة 1996، الجزء 34، ص. 616-617؛ الأحكام القانونية لنظام تغيير الجنس، م.س، ص. 99-102؛ حق الشخص في التصرف في جسمه، الرثق العذري والتغيير الجنسي نموذجاً: تشوار جيلالي، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، عدد 8، ديسمبر 2008، ص. 71-72.

(2) الشخص إذا كان متحقق الذكورة أو الأنوثة، أي أنه سليم من الناحية العضوية، وليس خنثى، فإنه لا يمكن أن يتحول إلى جنس مخالف لجنسه الحقيقي؛ حتى مع إجراء عملية تغيير الجنس؛ لأن هذه العملية تقتصر على تغيير الأعضاء الجنسية الخارجية دون الأعضاء الداخلية؛ ولذلك لا يمكن للرجل الذي غير جنسه إلى امرأة أن يصير امرأة حقيقية، فلا يمكنه أن يحمل أو يلد. ولذلك يمكن القول بأن عملية تغيير الجنس لا تغير الجنس حقيقة، وإنما تجعل الشخص السليم جنسياً مجرد خنثى، يشبه الجنس الآخر.

(3) ينظر: المادة 264 عقوبات جزائري؛ الفصول 400 إلى 402 جنائي مغربي؛ المواد 333، 334، 353 عقوبات أردني.

(4) ينظر: المادة 274 عقوبات جزائري؛ الفصل 412 جنائي مغربي.

(5) جاء في المادة 34 من مدونة أخلاقيات الطب بالجزائر (المرسوم التنفيذي رقم: 92-276، المؤرخ في: 6 يوليو 1992، ج.ر: 52، بتاريخ: 8 يوليو 1992، ص. 1419): «لا يجوز إجراء عملية بتر أو استئصال لعضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة». وينظر: الأحكام القانونية لنظام تغيير الجنس، م.س، ص. 441-442.

(6) القانون رقم: 85-05، المؤرخ في: 16 فبراير 1985، والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر. 8، الصادرة بتاريخ: 17 فبراير 1985، ص. 176، المعدل والمتمم.

(7) ينظر: المادة 1/161 من القانون 05/85.

ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية⁽¹⁾، ومنع أيضا إجراء عمليات التعقيم وقطع الحمل⁽²⁾.

2- جراحة رتق غشاء البكارة

المقصود برتق غشاء البكارة، أو ما يسمى بالرتق العذري: هو إصلاح غشاء البكارة (العذرة) بعد أن زال وتمزق، وذلك بترقيعه ولحمه، أو بنائه وتركيبه، بحيث يعود كما كان، وتصبح المرأة كالعذراء⁽³⁾.

وهذه المسألة من النوازل الفقهية التي بحثها فقهاء الشريعة المعاصرون، فذهبوا إلى أن الرتق العذري يختلف حكمه بالنظر إلى سبب زوال غشاء البكارة⁽⁴⁾؛ فاتفقوا على تحريم الرتق إن كان سبب الزوال هو الوطء في نكاح، أو في زنا اشتهر بين الناس. واختلفوا في حكمه فيما سواها من الأسباب، فذهب فريق إلى القول بالتحريم مطلقا سدا لذريعة الفساد، وذهب فريق ثاني إلى القول بالجواز مطلقا تغليباً لجانب السّتر، وفصّل فريق ثالث في الحكم بحسب سبب زوال الغشاء، مع اختلافهم في أساس التفصيل، هل زال بالوطء (زنا غير مشتهر، اغتصاب) فلا يجوز الرتق، أم بغير وطاء فيجوز؟ أو هل زال بإرادة المرأة فلا يجوز، أم بغير إرادتها فيجوز؟⁽⁵⁾

والذي أميل إليه من هذه الأقوال هو ما قرره مجمع الفقه الإسلامي بقوله: «يجوز رتق غشاء البكارة الذي تمزق بسبب حادث أو اغتصاب أو إكراه، ولا يجوز شرعا رتق الغشاء المتمزق بسبب الفاحشة، سدا لذريعة الفساد والتدليس.»⁽⁶⁾

(1) ينظر: المادة 1/166 من القانون 05/85. ويُراجع: المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والاتجار بها: زهدود أشواق، مقال منشور بمجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، عدد 14، جانفي 2016، ص. 105.

(2) المادة 33 من مدونة أخلاقيات الطب بالجزائر (المرسوم التنفيذي رقم: 276/92).

(3) ينظر: الموسوعة الطبية الفقهية والنوازل العصرية، م.س، 507/1-508؛ مدى مشروعية ترقيع غشاء البكارة، دراسة مقارنة بين الطب والفقه والقانون: خالد عبد المنعم أبو غابة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، 2009م، ص. 31.

(4) غشاء البكارة يزول عادة عند أول جماع في نكاح أو زنا أو اغتصاب؛ وقد يزول أحيانا بالاستمناء، بإدخال إصبع أو غيره، أو بسبب الأمراض، كالتهابات الفرج، أو بسبب الحيض، وخاصة الغشاء غير المثقوب، أو بسبب خطأ طبي، كإجراء قنطرة في المهبل بدل الإحليل، أو بسبب حادث عارض، (كالسقوط على جسم حاد. ينظر: الموسوعة الطبية الفقهية، م.س، 508/1-509).

(5) ينظر للتفصيل: أحكام الجراحة الطبية، م.س، ص. 428-434؛ الموسوعة الطبية الفقهية والنوازل العصرية، م.س، 509/1-526؛ الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء، م.س، ص. 211-229؛ الفقه الطبي: إعداد وإصدار الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية الفقهية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، كلية الطب، الرياض، 2010، ص. 142-145؛ مدى مشروعية ترقيع غشاء البكارة، م.س، ص. 115-116؛ أثر سقوط العذرة والبكارة على الزواج: إبراهيم موسى أبو جزر، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، 2009، ص. 56-79.

(6) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، رقم: 173 (11/18)، الدورة 18، 9-14 يوليو 2007، ماليزيا، منشور على موقع المجمع (www.iifa-aifi.org/2283.html). تاريخ الزيارة: 2016 /6/13.

إذن فهذه العملية إذا تضمنت غشا وتدليسا، كما لو أجزتها المرأة الثيب بنكاح أو سفاح؛ توهم الخاطب أنها بكر لم يسبق لها زواج، أو أنها عفيفة لم يصدر منها فجور، فهي تمثل تغيرا محرما يؤثر في عقد الزواج؛ لأن البكارة صفة مقصودة عند الزواج، والتغير بها من الغش.

أما القوانين الوضعية محل الدراسة، ورغم انتشار هذه العمليات في الواقع⁽¹⁾، فإنها لم تنص على حكمها، على غرار الجراحة التجميلية وجراحة تغيير الجنس، وهذا ما جعل الفقه القانوني العربي يختلف في هذه المسألة على نحو ما سبق ذكره في الفقه الإسلامي؛ بل إن دراسة القانونيين لهذه المسألة كانت في أغلبها مرتكزة على مبادئ الشريعة الإسلامية. كما أن هناك اتفاقا بين الدارسين على ضرورة تدخل المشرع لضبط هذه العملية بضوابط تمنع استخدامها للتدليس أو الفساد الأخلاقي⁽²⁾.

3- جراحة إزالة التجاعيد

جراحة إزالة التجاعيد تجرى على الجلد من أجل شدّه، وإزالة التجاعيد والتّرهُلات التي توجد فيه، وخاصة جلد الوجه والرقبة، وكذا اليدين والرجلين⁽³⁾.

وقد ذهب فقهاء الشريعة المعاصرون إلى أن حكم هذه الجراحة يختلف بالنظر إلى سبب ظهور هذه التجاعيد؛ فإن ظهرت بصورة غير طبيعية عند الصغار والشباب لأسباب مرضية، كأمراض الجلد، والشيخوخة المبكرة، فلا بأس بإزالتها جراحيا إن تعذر علاجها بالمستحضرات الطبية. أما إن ظهرت بصورة طبيعية على كبار السن؛ بسبب الهرم والشيخوخة، فلا يجوز إزالتها بالجراحة؛ لما في ذلك من التغير والتدليس، وادعاء الصغر والشباب⁽⁴⁾.

أما القانون الوضعي فلم يتعرض لحكم هذه الجراحة على وجه الخصوص؛ وإن كان حكمها يدخل في عموم حكم الجراحة التجميلية التحسينية الذي سبق بيانه قريبا. ومن هنا يظهر أن الفقه الإسلامي كان أكثر تفصيلا لأحكام التغير بالجراحة من القوانين محل الدراسة.

(1) يراجع التقارير الصحفية الآتية: باعة العذرية في الأردن، أطباء ضد القانون، منشور في «العربي الجديد»: 2014/7/20، الرابط:

(20/7/2014/investigation/alaraby.co.uk)؛ عيادات طبية تجري عمليات لترقيع غشاء البكارة خارج القانون، منشور في

«الشروق اليومي» بتاريخ: 2008/7/4، الرابط: (23011/news/ara/?echoroukonline.com).

(2) ينظر: حق الشخص في التصرف في جسمه، الرق العذري والتغير الجنسي نموذجا، م.س، ص. 64-66؛ مدى مشروعية ترقيع غشاء البكارة، م.س، ص. 115-116؛ عملية الرق العذري: مجدي محمد السيد أحمد جمعة، مقال منشور بمجلة صحة الأسرة العربية والسكان، مجلد 9، عدد 22، يونيو 2016، ص. 156.

(3) ينظر: الموسوعة الطبية الفقهية والنوازل العصرية، م.س، 281/1؛ الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء، م.س، ص. 198؛ دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة: عمر سليمان الأشقر وآخرين، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2001م، ص. 582/2.

(4) ينظر المراجع والصفحات نفسها.

ثالثا- التغيرير بتزوير الوثائق والشهادات: ومن أمثلة ذلك ما يأتي:

1- تزوير الشهادات الطبية من أجل إثبات السلامة من الأمراض، أو إثبات كون المرأة عذراء مثلا (شهادة العذرية)، مع أن الحقيقة بخلاف ذلك.

2- تزوير الشهادات المثبتة للحالة المدنية للشخص، كشهادات الميلاد، والعزوبة، والزواج، والطلاق وغيرها، كمن يزور شهادة الميلاد؛ ليدعي أنه صغير السن، ومن تزور شهادة الزواج والطلاق لتوهم أنها تيبّ بسبب الزواج، في حين أنها لم تتزوج أصلا، وإنما هي تيب من الزنا.

3- تزوير وثائق أخرى من أجل إيهام الغير بوجود صفات مرغوبة فيه، كتزوير شهادات العمل، والشهادات العلمية؛ ليوهم غيره أنه موظف، أو أنه ذو مستوى تعليمي معين.

فهذه الحالات من التزوير وغيرها مما يُوجد في الواقع، هي من الغش المحرم شرعا بغض النظر عن قصد صاحبه، سواء قصد التغيرير في الزواج، أو قصد تحصيل المال بالاحتيال. فالتزوير والغش كله حرام؛ لعموم قوله ﷺ: (مَنْ غَشَّ فَلَيْسَ مِنِّي). وفي رواية: (مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا)⁽¹⁾. فالحديث يدل على تحريم الغش والتزوير بجميع أنواعه⁽²⁾.

والقوانين الوضعية الجزائية تعتبر التزوير في مختلف أنواع المحررات والوثائق والمستندات من الجرائم المخلة بالثقة والأمانة العامة⁽³⁾، ويترتب عليها المسؤولية الجزائية والمدنية. وقد أكدت قوانين الأحوال الشخصية على أن التزوير في الوثائق المتعلقة بالزواج تمثل تغيريرا مؤثرا في صحة العقد، فضلا عما تقرره القوانين الجنائية من عقوبات جزائية. فالمادة 66 من مدونة الأسرة المغربية تنص على أن: «التدليس في الحصول على الإذن، أو شهادة الكفاءة المنصوص عليهما في البندين 5، 6 من المادة السابقة⁽⁴⁾، أو التملص منهما، تطبق على فاعله والمشاركين معه أحكام الفصل 366 من القانون الجنائي⁽⁵⁾ بطلب من المتضرر. يخول للمدلس عليه من الزوجين حق طلب الفسخ، مع ما يترتب عن ذلك من التعويضات عن الضرر.»

ومما سبق يتبين أن تزوير الوثائق لأجل الزواج يعد تغيريرا ممنوعا في كل من الفقه والقانون.

(1) صحيح مسلم، م.س، كتاب الإيمان، باب قول النبي ﷺ: من غشنا فليس منا، 99/1، الحديثين رقم: 101، 102.

(2) قال الصنعاني، سبل السلام، م.س، 39/3: «الحديث دليل على تحريم الغش، وهو يُجمع على تحريمه شرعا، مذموم فاعله عقلا.»

(3) ينظر: المواد 214 إلى 231 عقوبات جزائي؛ الفصول 351 إلى 367 جنائي مغربي؛ المواد 260 إلى 272 عقوبات أردني.

(4) المادة 65 تتعلق بالوثائق المكونة لملف عقد الزواج، ومنها: الإذن بالزواج في حالة التعدد، وزواج القصر، والمعاقين ذهنيا، ومعتنقي الإسلام والأجانب (البند 5)، ومنها أيضا شهادة الكفاءة بالنسبة للأجانب (البند 6).

(5) الفصل 366 ينص على أنه: «يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وغرامة من مائتين إلى ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، ما لم يكون الفعل جريمة أشد، من: 1- صنع عن علم إقرارا أو شهادة تتضمن وقائع غير صحيحة؛ 2- زور أو عدل، بأية وسيلة كانت، إقرارا أو شهادة صحيحة الأصل؛ 3- استعمل عن علم إقرارا أو شهادة غير صحيحة أو مزورة.»

الفرع الثاني التغيرير القولي

لم أجد من عرّف التغيرير القولي من الفقهاء القدامى، أما المعاصرون فقد عرّفه وهبة الزحيلي بأنه: «الكذب الصادر من أحد العاقدين، أو ممن يعمل لحسابه، حتى يحمل العاقد الآخر على التعاقد.»⁽¹⁾ إذن فالتغيرير القولي يتم باستعمال الأقوال الكاذبة، والتصريحات المخالفة للواقع، من أجل حمل الغير على التعاقد، فيبرم العقد وهو يظن صدق تلك الأقوال، وصحة تلك التصريحات.

ولم أجد عند القانونيين تعريفاً للتغيرير القولي؛ ولكن معناه لا يخرج عما سبق ذكره. فهو يعتمد على الكذب بقصد إخفاء حقائق مهمة عن المتعاقد الآخر، وإيهامه بخلاف الواقع لحمله على التعاقد⁽²⁾. إذن فلا خلاف بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي حول معنى التغيرير القولي.

وفي النكاح يكون هذا التغيرير بالكذب في الإخبار عن مواصفات أحد الزوجين، أو بتخلف الوصف المشترك في ذلك الزوج⁽³⁾.

أولاً- الكذب في الإخبار عن مواصفات أحد الزوجين

الكذب⁽⁴⁾ في الزواج أن يُخبر أحد الخاطبين -أو من ينوب عنه- الخاطب الآخر بأنه يتصف بكذا من الصفات المرغوبة، أو بكذا من الصفات المؤثرة في الكفاءة، كالتدين والنسب وغير ذلك. ثم يتبين أنه خالٍ من تلك الصفات، وأن المُخبر كاذب فيما أخبر به. ومثاله: أن يخبر الخاطب المخطوبة ووليها بأنه موظف في منصب مرموق، ويملك سكناً مستقلاً، وسيارة فاخرة، في حين أنه فقير بطّال، لا يملك سكناً ولا سيارة. ومثاله أيضاً أن يخبر الولي الخاطب أن موليته بكّر لم يسبق لها الزواج، بينما هي ثيب سبق وأن تزوجت، ثم طُلق بعد الدخول.

(1) الفقه الإسلامي وأدلته، م.س، 4/3070. وينظر: التغيرير وأثره في العقود، م.س، ص.95؛ مبدأ الرضا في العقود، م.س، 1/631.

(2) ينظر: مصادر الحقوق الشخصية، م.س، ص.149؛ المبسوط في شرح القانون المدني، م.س، ج1، ص.425، 429.

(3) ذكر الفقهاء أن التغيرير القولي في النكاح يتحقق بالاشتراط؛ ولكنهم يتوسعون في معنى الاشتراط، فيجعلون وصف المخطوبة بالصفات المرغوبة عند الخطبة أو العقد في حكم الاشتراط، وإن لم يتضمن الصيغة الشريطية؛ ولكنني فضلت الفصل بين التغيرير بالاشتراط الصريح، وبين التغيرير بالوصف الكاذب الذي قد يفهم منه الاشتراط ضمناً من خلال سياق الكلام وقرائن الأحوال. وسيأتي تفصيل كلام الفقهاء في العنصرين الآتيين.

(4) الكذب لغة: ضد الصدق. واصطلاحاً: الإخبار عن الشيء بخلاف ما هو عليه في الواقع بقصد التضليل، سواء علم المُخبر عدم مطابقته للواقع أو لم يعلم، بأن يقصد الإخبار عن الحقيقة وهو يجهلها أصلاً، أو يعلم أنها بخلاف ما أخبر. أما إذا ظن أن الأمر كما أخبر عنه، فهو مخطئ وليس كاذباً، وكذلك لا يكون كاذباً من أخبر بخلاف الواقع ولم يقصد الإخبار عن الحقيقة، بل قصد المجاز والمعاريض. ينظر: لسان العرب، م.س، 1/704، 709؛ الكليات، م.س، ص.768.

وفي الفقه الإسلامي يُعدُّ الكذب تصرفاً محرماً شرعاً؛ سواء في عقد الزواج أو غيره من التصرفات. وقد تضافرت الأدلة الشرعية على تحريمه، كقول النبي ﷺ: (إِيَّاكُمْ وَالْكَذِبَ، فَإِنَّ الْكَذِبَ يَهْدِي إِلَى الْفُجُورِ، وَإِنَّ الْفُجُورَ يَهْدِي إِلَى النَّارِ، وَمَا يَزَالُ الرَّجُلُ يَكْذِبُ وَيَتَحَرَّى الْكَذِبَ حَتَّى يُكْتَبَ عِنْدَ اللَّهِ كَذَابًا)⁽¹⁾.

ويكون الكذب في الإخبار عن مواصفات أحد الزوجين تغييراً مؤثراً في عقد الزواج، متى تعلق الوصف الكاذب بصفة مرغوبة، وصدر في سياق الترغيب في الزواج؛ سواء كان الوصف الكاذب قد صدر ابتداءً من تلقاء نفس المتعاقد، أو كان بعد سؤال من المتعاقد الآخر، أو حتى لو صدر الوصف من الغير بحضرة الطرف الموصوف مع سكوت هذا الأخير؛ لأن الإخبار عن هذا الوصف المرغوب، في سياق الترغيب في الزواج يأخذ حكم اشتراطه، وإن لم يجر التصريح بالاشتراط⁽²⁾. قال الدردير: «وَلَهُ الرَّدُّ وَلَوْ بَوَصَفِ الْوَلِيِّ لَهَا عِنْدَ الْخُطْبَةِ... كَأَنَّ يَقُولَ: هِيَ سَلِيمَةٌ الْعَيْنَيْنِ، طَوِيلَةٌ الشَّعْرِ، لَا عَيْبَ بِهَا، فَتُوجَدُ بِخِلَافِهِ؛ فَلَهُ الرَّدُّ؛ لِأَنَّ وَصْفَهُ لَهَا مُنَزَّلٌ مَنَزَلَةَ الشَّرْطِ، وَكَذَا وَصَفُ غَيْرِهِ كَأَمِّهَا بِحُضُورِهِ وَهُوَ سَاكِتٌ.»⁽³⁾

ويُشترط في الفقه الإسلامي لتحقيق التعبير بواسطة الوصف الكاذب ما يأتي:

1- كون الوصف كذباً صريحاً

الكذب الصريح لا يمكن حمله على الصدق من أي وجه، أما إذا أمكن حمله عليه ولو احتمالاً، كالمدح المبالغ فيه، فلا يعد تغييراً، فلو أخبر الولي أن موليته متعلمة، بينما هي أمية لا تقرأ ولا تكتب، فهذا كذب صريح، أما لو أخبر أنها متعلمة، فظن الخاطب أنها جامعية، فتبين أن مستواها التعليمي لا يتجاوز المرحلة الابتدائية، وأنها فقط تعرف القراءة والكتابة. فهذا الخبر لا يعد كذباً؛ لأن وصف المتعلمة يصدق على من تعرف الكتابة والقراءة فقط، كما يصدق على من تعرف أكثر من ذلك. والخاطب هو المقصر حيث لم يسأل عن مستواها التعليمي بالتحديد.

(1) صحيح البخاري، م.س، كتاب الأدب، باب قول الله تعالى: يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وكونوا مع الصادقين، 25/8، حديث:

6094؛ صحيح مسلم، م.س، كتاب البر والصلة والآداب، باب قبح الكذب وحسن الصدق، 2013/4، حديث 2607.

(2) جاء في البيان والتحصيل، م.س، 406/4-408: «سئل [ابن القاسم] عن الرجل يزوج ابنته أو وليته فيقول له الناكح: إني أخاف أن تكون وليتك سوداء أو عمياء أو عوراء، فقال: ليس لها من هذه العيوب شيء، وهي بريئة من ذلك، فيجد بها بعض ذلك هل يردّها بذلك؟ قال: نعم... وكذلك لو خطب رجل إلى رجل فقال: قد قيل لي: إن وليتك سوداء، فقال: قد كذب من قال ذلك، هي البيضاء الكذا، فنكحها فوجدها سوداء، إنما تُرد عليه لأنه غرّه، وهو كالشرط، وكذلك العمياء والعرجاء». وينظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، م.س، 280/2؛ منح الجليل، م.س، 387/3؛ حاشية ابن عابدين، م.س، 167/5؛ كشف القناع، م.س، 2454/7.

(3) الشرح الصغير، م.س، 472/2.

وقد يختلف الطرفان في الكذب والصدق بشأن الصفة المُخبر عنها؛ بسبب التباين حول مفهومها، كصفة الجمال، فما يعدُّه الولي جمالا في موليته قد يعدُّه الخاطب قبحا؛ فالجمال نسبي. وكذلك صفة التدين، فما يعده البعض تدينا قد يعده البعض الآخر تقصيرا وتهاونا في الدين. ومن الأمثلة المشهورة للتباين حول معنى الصفة المخبر عنها أو المشروطة في الزواج، صفة البكارة والعذرية⁽¹⁾. فلو وصف الولي موليته بالبكر قاصدا أنها لم يسبق لها زواج، وفهم الخاطب أنها عذراء، ثم وجدها غير عذراء، قد زالت عذريتها بغير زواج. فهنا يقع الاختلاف بينهما في وجود الصفة المخبر عنها أو المشروطة من عدمه.

ولحسم الخلاف ينبغي ترجيح أحد المعنيين على الآخر، والراجح في مثل هذه الأوصاف المحتملة هو المعنى المتعارف عليه بين الناس⁽²⁾. وكذلك الأمر في الصفات النسبية، يُعتد فيها بالقدر الذي يتفق عليه أغلب الناس، فإن قالوا هذا الشخص جميل أو متدين فهو كذلك، وإلا فلا؛ لأن معاني الأوصاف تختلف باختلاف الأعراف، والأمور النسبية يُرجع فيها للغالب⁽³⁾.

2- كون الخبر الكاذب قد قيل في سياق الترغيب في الزواج

كأن يكون أثناء الخطبة، أما إذا قيل في سياق آخر فلا يكون تغريبا في الزواج⁽⁴⁾، كمن وصفت نفسها بالغنى ترغيبا لغيرها في الدخول معها في تجارة، فاغتر رجل ممن سمعها بقولها فخطبها وتزوجها معتقدا أنها غنية، فظهرت فقيرة معدمة، فلا يتحقق الترغيب هنا.

وفي القانون الوضعي، يُعدُّ الكذب أيضا وسيلة من وسائل الترغيب في سائر العقود المدنية⁽⁵⁾. لكن بشرط أن تكون التصريحات الكاذبة، والإدلاء المغلوطة، والبيانات غير الصحيحة تشكل كذبا صريحا متجاوزا للحدود المألوفة المتعارف عليها في تعاملات الناس⁽⁶⁾.

(1) قال الدسوقي في حاشيته، م.س، 281/2: «الْبِكْرُ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ هِيَ الَّتِي لَمْ تُوْطَأْ بِعَقْدٍ صَحِيحٍ أَوْ فَاسِدٍ جَارٍ مَجْرَى الصَّحِيحِ. وَأَمَّا الْعُذْرَاءُ فَهِيَ الَّتِي لَمْ تُزَلْ بِكَارِثَتِهَا بِمُزِيلٍ، فَلَوْ أُرْبِلَتْ بِكَارِثَتِهَا بَرْنًا أَوْ بَوْتَبَةً أَوْ بِنِكَاحٍ لَا يُفْرَانِ عَلَيْهِ فَهِيَ بِكْرٌ، فَهِيَ أَعْمٌ مِنَ الْعُذْرَاءِ.» وينظر: فقه الأسرة المسلمة في المهاجر، م.س، 445-440/1.

(2) ينظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، م.س، 281/2؛ البيان والتحصيل، م.س، 103/5-104.

(3) ينظر: الشرح المتمم، م.س، 197/12-198.

(4) ينظر: الشرح الكبير للدردير، م.س، 280/2؛ منح الجليل، م.س، 387/3؛ روضة الطالبين، م.س، 521/5؛ أسنى المطالب، م.س، 179/3.

(5) جاء ذلك صريحا في بعض القوانين العربية، كالقانون المدني الكويتي الذي نص في المادة 152 منه على أنه: «يعتبر من قبيل الخيل المكونة للتدليس الكذب في الإدلاء بالمعلومات في وقائع التعاقد وملابساته...» وتمثلها المادة 2/134 مدني قطري.

(6) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 264/1؛ المبسوط في شرح القانون المدني، م.س، ج1، ص1، ص.431-429؛ نظرية عيوب الإرادة، م.س، ص.48؛ شرح القانون المدني الجزائري للسعدي، م.س، 183/1.

وفي عقد الزواج يمكن حصول التغير بالكذب في الإخبار عن صفات أحد الزوجين، فالمادة 22/ب أحوال شخصية أردني تعتبر كذب الخاطب في إخباره عن كفاءته، يشكل تغيرا مثبتا لخيار فسخ الزواج. فالزواج من العقود التي يجب أن تبنى على الصراحة والصدق من أول يوم⁽¹⁾، فلا يجوز الركون فيه إلى الكذب، لخطورته وتأثيره الكبير في فشل العلاقة الزوجية؛ لأن الزوج المغرور سيفقد الثقة في زوجه الذي كذب عليه، وسيسعى غالبا لمفارقه بكل الطرق الممكنة، من فسخ أو طلاق، أو تطليق أو خلع⁽²⁾.

لكن ليس كل كذب يعدُّ تغيرا مؤثرا في الزواج؛ فإذا كان الكذب مجرد مبالغات مألوفة في مدح أحد الخاطبين لنفسه، أو مدح أوليائه وأقربائه له، فلا يمكن اعتباره تغيرا مؤثرا؛ لأن الناس تعودوا على هذا المديح، وربما بالغوا في ذلك أحيانا بحسن نية من أجل تأليف القلوب. ولذلك لا يغتر الخاطب الآخر بمثل هذه المبالغات، ولا يعوّل عليها عادة في اتخاذ قرار الزواج.

أما إذا تجاوز الكذب في الوصف والمدح الحدّ المألوف، وصار كذبا صريحا صادرا بسوء نية، وبقصد تضليل الطرف الآخر، خاصة إذا تبين أن هذا الأخير ما كان يستطيع استجلاء الحقيقة إلا من خلال تلك التصريحات الكاذبة، والمتعلقة بمعلومات مهمة يتوقف عليها اتخاذ قرار الزواج من عدمه، كالمعلومات المتعلقة بخصال الكفاءة، والوضعية الاجتماعية لأحد الزوجين⁽³⁾، والبركة والثبوبة، والسلامة من العيوب والأمراض، والتعدد من عدمه... فهنا يكون الكذب تغيرا مؤثرا في عقد الزواج⁽⁴⁾.

ثانيا- تخلف الوصف المشروط

في الفقه الإسلامي إذا اشترط أحد الزوجين -أو من ينوب عنه- في الزوج الآخر وصفا مرغوبا فيه، كإحدى خصال الكفاءة، ووافق الطرف الآخر على الشرط، ثم تبين بعد الزواج أن الوصف

(1) المشهور في الفقه الفرنسي أن الحيل والكذب من مقتضيات الزواج، حيث يقول الفقيه لوازيل (Loisel): «في الزواج يغتر من يقدر (en mariage trompe qui peut)». والمشرع المدني الفرنسي لم ينص على عيب التدليس في الزواج، واكتفى فقط بالغلط والإكراه (المادة: 180 مدني فرنسي). ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 162/1؛ العلاقات بين الزوجين، م.س، ص. 155-156؛ Droit Civil, tome 1, op, cit., p. 112.

(2) ينظر: الخداع في الزواج من أسباب تدمير المجتمع وتفاقم حالات الطلاق والخلع: فادية طواهري، تقرير صحفي منشور بجريدة صوت الأحرار، بتاريخ: 2015/7/20، ومنشور على موقع جزايرس: (djazair.com)، تاريخ الزيارة: 2016/5/3.

(3) قضت محكمة قسنطينة، قسم الأحوال الشخصية، ملف رقم: 81/241، بتاريخ: 1981/9/28، بأن الكذب الذي تجاوز الحد المألوف فيما يتعلق بالوضعية الاجتماعية لأحد الزوجين يمثل تدليسا يعيب الإرادة في مجال الزواج. (نقلا عن: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 162/1).

(4) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 162/1؛ العلاقات بين الزوجين، م.س، ص. 155-156.

المشروط غير موجود، فهذا تغيير من الطرف المشروط عليه للطرف المشترط⁽¹⁾. ويسمى هذا التصرف بالغرور بالاشتراط، أو الغرور بخلف الشرط. وأساس اعتباره تغييرا أن موافقة المتعاقد على ما شرطه المتعاقد الآخر مع علمه بانعدام الصفة المشروطة، هو في حقيقة الأمر إخبار كاذب بوجود تلك الصفة. وهو أيضا إخلاف للوعد؛ فقد وعده أن يزوجه بمن فيه تلك الصفة، فزوجه بمن ليست فيه. وقد حذر النبي ﷺ من إخلاف الشروط في العقود، وحضّ على الوفاء بها، وخاصة ما تعلق منها بعقد الزواج، فقال: (أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ)⁽²⁾.

وفي قوانين الأحوال الشخصية يعتبر تخلف الوصف المشروط في أحد الزوجين تغييرا مؤثرا في عقد الزواج، وهذا ما نصت عليه المادة 63 أسرة مغربي، بقولها: «يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج، أو اشتراطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ الزواج...» كما أن قانون الأحوال الشخصية الأردني اعتبر تخلف كفاءة الزوج المشترطة من قبل الزوجة أو وليها تغييرا مؤثرا، حيث جاء في المادة 22/ب قولها: «إذا اشترطت الكفاءة حين العقد، أو أخبر الزوج، أو اصطنع ما يوهم أنه كفاء، ثم تبين أنه غير ذلك، فلكل من الزوجة والولي حق طلب فسخ الزواج...»

أما قانون الأسرة الجزائري فلم ينص صراحة على مسألة التغيير بتخلف الصفات المشروطة في أحد الزوجين، مع أنه أقر في المادة 19 أن لكل واحد من الزوجين اشتراط ما شاء من الشروط التي لا تنافي القانون، وأجاز في المادة 9/53 للزوجة طلب التطليق لمخالفة الشروط. كما أن القضاء الجزائري أقر أن تخلف صفة عذرية الزوجة إذا اشترطت في العقد، يبرر للزوج تطليقها مع تحميلها مسؤولية الطلاق⁽³⁾.

وعليه يمكن القول بأن المذاهب الفقهية وقوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة متفقة في العموم على أن تخلف الصفات المشترطة في أحد الزوجين قد يشكل تغييرا مؤثرا في عقد الزواج. أما الشروط المتعلقة بصحة الاشتراط، ومتى يتحقق التغيير بالصفات المشترطة؟ فسيأتي بيانه تفصيلا⁽⁴⁾.

(1) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 167/5؛ الشرح الكبير للدردير، م.س، 281/2؛ تحفة المحتاج، م.س، 354/7-355؛ أسنى المطالب، م.س، 178/3؛ كشاف القناع، م.س، 2454/7-2455.

(2) سبق تخرجه، ص.19.

(3) جاء في إحدى قرارات المجلس الأعلى ما يأتي: «من المقرر شرعا أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار طلب إسقاط حقوق المطلقة، بسبب فقد بكارتها قبل البناء بها، إلا إذا كان الزوج قد اشترط ذلك في عقد الزواج.» قرار المجلس الأعلى، غ.أ.ش، ملف رقم: 33715، بتاريخ: 1984/6/25، المجلة القضائية، عدد 4، سنة 1989، ص.99.

(4) ينظر هذا البحث، ص.323 وما بعدها.

الفرع الثالث

التغيرير بالكتمان

لم أجد في الفقه الإسلامي من عرّفه الكتمان⁽¹⁾ كنوع من أنواع التغيرير. أما في الفقه القانوني فعرّفه محمد سعيد جعفرور بأنه: «امتناع المتعاقد عمدا عن الإفشاء ببيانات ومعلومات يهم الطرف الآخر في الرابطة العقدية أن يعلم بها.»⁽²⁾ وعليه فالتغيرير بالكتمان في الزواج معناه سكوت المتعاقد عمدا عن بيان العيوب والنقائص الموجودة في أحد الزوجين، وعدم إعلام المتعاقد الآخر بها، لحمله على إبرام عقد الزواج.

والفقه الإسلامي يعتبر الكتمان تغيريرا في عقد الزواج متى كان الأمر المكتوم واجب البيان. وقد ذهب الفقهاء إلى أنه يجب على الخاطب والمخطوبة، أو من ينوب عنهما، أن يبيّنا ما فيهما من الأوصاف المخلة بالكفاءة، وكذا العيوب والعلل الموجبة للخيار⁽³⁾.

ويدل على وجوب هذا البيان قوله ﷺ: (الدِّينُ النَّصِيحَةُ)⁽⁴⁾. وَلَمَّا ذَكَرْتَ فَاطِمَةَ بِنْتَ قَيْسٍ لِلنَّبِيِّ ﷺ أَنَّ مُعَاوِيَةَ بْنَ أَبِي سُفْيَانَ، وَأَبَا جَهْمٍ حَطَبَاهَا، قَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَنْصَحُهَا، وَيُبَيِّنُ عُيُوبَ حَاطِطِيهَا: (أَمَّا أَبُو جَهْمٍ، فَلَا يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ، وَأَمَّا مُعَاوِيَةُ فَصُعْلُوكٌ لَا مَالَ لَهُ، انْكَحِي أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ)⁽⁵⁾. فهكذا ينبغي أن تكون الصراحة والأمانة والصدق في أمر الزواج، وفي المقابل يحرم كتمان العيوب والنقائص الموجودة في أحد الزوجين مع العلم بها؛ لأنه غش وتدليس. ومثال ذلك أن يكون بأحد الخاطبين جنون أو عته، فيجب على وليه بيان ذلك للخاطب الآخر، حتى يكون على بينة من أمره، فيُحجم أو يقدم على الزواج برضا تام لا تغيرير فيه⁽⁶⁾.

أما إذا كانت العيوب مما لا يوجب الخيار، ولا ينافي الكفاءة، كالعيوب اليسيرة والأمراض الخفيفة التي لا يكاد يسلم منها أحد، فلا يجب إعلام العاقد الآخر بها، وإنما يستحب ذلك⁽⁷⁾.

(1) الكِتْمَانُ لغة: تَقْيِضُ الإِغْلَانِ. ينظر: لسان العرب، م.س، 506/12.

(2) نظرية عيوب الإرادة، م.س، ص.49.

(3) ينظر: التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، م.س، 124/4-125؛ الأم، م.س، 21/5، 22؛ أسنى المطالب، م.س، 117/3؛ الفتاوى الفقهية الكبرى، م.س، 103/4؛ مطالب أولي النهى، م.س، 11/5.

(4) صحيح مسلم، م.س، كتاب الإيمان، باب الدين النصيحة، 74/1، حديث رقم: 55.

(5) صحيح مسلم، م.س، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، 1114/2، حديث رقم: 1480.

(6) يقول الشافعي في الأم، م.س، 21/5: «لَا يُزَوَّجُ الْمَغْلُوبَةُ عَلَى عَقْلِهَا أَحَدٌ غَيْرُ الْآبَاءِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ آبَاءُ رُفِعَتْ إِلَى السُّلْطَانِ، وَعَلَيْهِ أَنْ يُعْلَمَ الزَّوْجُ مَا أَشْهَرَ عِنْدَهُ أَنَّهَا مَغْلُوبَةٌ عَلَى عَقْلِهَا، فَإِنْ يُقَدِّمُ عَلَى ذَلِكَ زَوَّجَهَا إِيَّاهُ.»

(7) ينظر: التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، م.س، 125/4؛ البيان والتحصيل، م.س، 262/4-263؛ أسنى المطالب، م.س، 117/3؛ مغني المحتاج، م.س، 223/4.

ومثال ذلك أن النبي ﷺ لما خطب أُمّ سَلَمَةَ، قالت تصارحه بما فيها: (إِنَّ لِي بِنْتًا، وَأَنَا غَيُورٌ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: أَمَّا ابْنَتُهَا فَندعو الله أن يُغْنِيَهَا عَنْهَا، وَأَدْعُو الله أن يذهب بِالْغَيْرَةِ)⁽¹⁾. وفي رواية قالت: (مَثَلِي لَا يُنْكَحُ، أَمَّا أَنَا فَلَا وَلَدَ فِيَّ، وَأَنَا غَيُورٌ ذَاتُ عِيَالٍ. فَقَالَ ﷺ: أَنَا أَكْبَرُ مِنْكَ، وَأَمَّا الْغَيْرَةُ فَيُذْهِبُهَا اللهُ، وَأَمَّا الْعِيَالُ فِإِلَى اللهِ وَإِلَى رَسُولِهِ)⁽²⁾.

والأفضل للشخص المعيب أن يُجَمِلَ ذكر عيوبه، فيقول مثلاً: لا أصلح لكم، فإن اكتُفِيَ بذلك وإلا فصَلَّهَا، وإن اندفع الخاطب بذكر بعض العيوب، اقتصر عليه، وإلا ذكرها كلها⁽³⁾.

وأما إذا كان العيب هو ارتكاب فاحشة من الفواحش، فليتب منها، وليستر نفسه ولا يذكرها⁽⁴⁾. فالفواحش مما يجب ستره على النفس وعلى الغير؛ لحديث بن عمر رضي الله عنهما: (أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَامَ بَعْدَ أَنْ رَجَمَ الْأَسْلَمِيَّ، فَقَالَ: اجْتَنِبُوا هَذِهِ الْقَادُورَةَ الَّتِي نَهَى اللهُ عَنْهَا، فَمَنْ أَمَّ فَلَيْسَتْ تَرْتَرُ بِسِتْرِ اللهِ، وَلَيْتَبُ إِلَى اللهِ، فَإِنَّهُ مَنْ يُبْدِ لَنَا صَفْحَتَهُ، نُقِمَ عَلَيْهِ كِتَابَ اللهِ عَزَّ وَجَلَّ)⁽⁵⁾.

وقد رُوِيَ: (أَنَّ رَجُلًا حَطَبَ إِلَى رَجُلٍ أُحْتَهُ، فَذَكَرَ أَنَّهَا قَدْ كَانَتْ أَحَدَثَتْ، فَبَلَغَ ذَلِكَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ فَضَرِبَهُ أَوْ كَادَ يَضْرِبُهُ، ثُمَّ قَالَ: مَا لَكَ وَالْخَبْرِ)⁽⁶⁾. فقوله: (أَحَدَثَتْ)، أي زنت. وقوله: (مَا لَكَ وَالْخَبْرِ)، أي ما شأنك مع الخبر، دعه ولا تذكره.

(1) صحيح مسلم، م.س، كتاب الجنائز، باب ما يقال عند المصيبة، 631/2، حديث رقم: 918.

(2) السنن الكبرى للنسائي، م.س، كتاب عشرة النساء، باب الحال التي يختلف فيه حال النساء، 166/8، حديث: 8877؛ السنن الكبرى للبيهقي، م.س، كتاب القسم والنشوز، باب الحال التي يختلف فيها حال النساء، 491/7-492، حديث: 14760.

(3) ينظر: التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، م.س، 124/4-125؛ أسنى المطالب، م.س، 117/3؛ الفتاوى الفقهية الكبرى، م.س، 103/4؛ مطالب أولي النهى، م.س، 11/5.

(4) جاء في أسنى المطالب، م.س، 117/3؛ ومغني المحتاج، م.س، 223/4: «قَالَ الْبَارِزِيُّ، وَلَوْ اسْتَشِيرَ فِي أَمْرِ نَفْسِهِ فِي النِّكَاحِ فَإِنْ كَانَ فِيهِ مَا يُثْبِتُ الْخِيَارَ فِيهِ وَجِبَ ذِكْرُهُ لِلزَّوْجَةِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ مَا يُقْلِلُ الرَّغْبَةَ عَنْهُ وَلَا يُثْبِتُ الْخِيَارَ، كَشَوْءِ الْخَلْقِ وَالشَّخِ، اسْتُحِبَّ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ شَيْءٌ مِنَ الْمَعَاصِي وَجِبَ عَلَيْهِ التَّوْبَةُ فِي الْحَالِ وَسَتَرَ نَفْسَهُ.»

(5) السنن الكبرى للبيهقي، م.س، كتاب الأشربة والحد فيها، باب ما جاء في الاستتار بستر الله، 572/8، حديث رقم: 17601. وقال الحاكم في المستدرک، م.س، 272/4: «هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ وَمُحَرَّرٌ». وقد صححه الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة، م.س، 267/2.

(6) موطأ الإمام مالك، م.س، كتاب النكاح، باب جامع النكاح، 547/2، رقم 53. قال ابن عبد البر في الاستدكار، م.س، 539/5: «قَدْ رُوِيَ هَذَا الْمَعْنَى عَنْ عُمَرَ مِنْ وُجُوهِ... [قال:] وَرَوَى يَزِيدُ بْنُ هَارُونَ، عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ أَبِي خَالِدٍ، عَنِ الشَّعْبِيِّ: أَنَّ رَجُلًا أَتَى عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ فَقَالَ: إِنَّ ابْنَتِي لِي وَوُلِدَتْ لِي فِي الْجَاهِلِيَّةِ وَأَسْلَمْتُ، فَأَصَابَتْ حَدًّا، وَعَمَدَتْ إِلَى الشُّمْرِ فَذَبَحَتْ نَفْسَهَا، فَأَذْرَكْتُهَا وَقَدْ قَطَعَتْ بَعْضَ أَوْدَاجِهَا بِزَاوِيَتِهَا، فَبَرِئْتُ ثُمَّ مَسَكْتُ وَأَقْبَلْتُ عَلَى الْقُرْآنِ، وَهِيَ تُحْطَبُ إِلَيَّ، فَأَخْبِرُ مِنْ شَأْنِهَا بِالَّذِي كَانَ، فَقَالَ عُمَرُ: أَتَعْمَدُ إِلَى سِتْرِ سِتْرِهِ اللهُ فَتَكْشِفُهُ، لَيْسَ بَلْغَتِي أَنْكَ ذَكَرْتَ شَيْئًا مِنْ أَمْرِهَا لِأَجْعَلَنَّكَ نَكَالًا لِأَهْلِ الْأَمْصَارِ؛ بَلْ أَنْكَحُهَا نِكَاحَ الْعَقِيمَةِ الْمُسْلِمَةِ. وَرَوَى شُعْبَةُ عَنْ قَيْسِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ طَارِقِ بْنِ شَهَابٍ: أَنَّ رَجُلًا أَرَادَ أَنْ يُزَوِّجَ ابْنَتَهُ فَقَالَتْ: إِنِّي أَحْشَى أَنْ أَفْضَحَكَ، إِنِّي قَدْ بَعَيْتُ، فَأَتَى عُمَرَ فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ: أَلَيْسَتْ قَدْ تَابَتْ؟ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: فَزَوِّجْهَا.»

وهذا الخبر محمول على من ثابت واستقامت، وصلح حالها، فلا يجوز أن تُذكر بما كان منها من الفاحشة⁽¹⁾؛ لقوله ﷺ: (التَّائِبُ مِنَ الذَّنْبِ كَمَنْ لَا ذَنْبَ لَهُ)⁽²⁾. أما إذا كانت مشهورة بالزنا، أو لم تُعرف توبتها منه، فينبغي ذكر ذلك للخاطب، وكذلك لو شرطها الخاطب بكرا، فيجب ذكر كونها ثيبا، وإلا عُدد السكوت عن البيان تغريرا.

والقانون الوضعي أيضا يعتبر الكتمان وسيلة من وسائل التغير في العقود المدنية، فقد صرحت القوانين المدنية باعتبار السكوت تدليسا، فجاء في المادة 2/86 مدني جزائري أنه: «يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة.» ويمثلها الفصل 52 مغربي، والمادة 144 أردني.

فإذا سكت المتعاقد عمدا عن بيان واقعة أو ملاحظة مهمة يتوقف عليها رضا المتعاقد الآخر بالتعاقد، والذي كان جاهلا بها، وغير متمكن من العلم بها بطريق آخر. فهذا السكوت المتعمد يُعدُّ تغريرا مؤثرا في العقد؛ لأنه يمثل إخلالا بمبدأ الالتزام بالإعلام، وهو منافٍ لمبدأ حسن النية، ومبدأ منع الغش⁽³⁾.

وفي موضوع الزواج يعتبر الكتمان أيضا تغريرا مؤثرا في العقد، متى انصب على واقعة مهمة للزوج الآخر، يتوقف عليها رضاه بالزواج. وقوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة، وإن لم تصرح باعتبار الكتمان تغريرا في الزواج⁽⁴⁾، فإنها تضمنت ما يدل على ذلك، خاصة إذا تعلق الكتمان بواقعة يلزم القانون المتعاقد ببيانها، وإعلام الطرف الآخر بها. ومن أمثلة ذلك ما يأتي:

1- إلزام الزوج الراغب في التعدد بإعلام الزوجة الجديدة بأنه متزوج؛ لتكون على بينة من أمرها، وهذا ما نصت عليه المواد: 8 جزائري، 46 مغربي، 3/أ/13 أردني. وقد أشارت المادة 8 مكرر جزائري إلى كون الإخلال بهذا الالتزام يعد تدليسا⁽⁵⁾.

(1) ينظر: الاستدكار، م.س، 539/5.

(2) سنن ابن ماجه، م.س، أبواب الزهد، باب ذكر التوبة، 320/5، حديث: 4250؛ السنن الكبرى للبيهقي، م.س، كتاب الشهادات، باب شهادة القاذف، 259/10، حديث: 20561. وقد حَسَّن ابن حجر سنده في فتح الباري، م.س، 471/13.

(3) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 264/1-266؛ المبسوط في شرح القانون المدني، م.س، ج1، ص1، ص.431-433؛ نظرية عيوب الإرادة، م.س، ص.49-51.

(4) صرح قانون الأحوال الشخصية الإماراتي باعتبار السكوت تغريرا في الزواج بقوله في المادة 1/114: «... ويعتبر السكوت عمدا عن واقعة تغريرا، إذا ثبت أن من غُرر به ما كان ليبرم عقد الزواج لو علم بتلك الواقعة.»

(5) المادة 2/8 جزائري تلزم الزوج الراغب في التعدد بإعلام الزوجة السابقة واللاحقة بذلك، حيث تقول: «يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة، والمرأة التي يُقبل على الزواج بها...» ثم تأتي المادة 8 مكرر فتقول: «في حال التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق.» وهذه إشارة واضحة إلى كون كتمان التعدد يعد تدليسا.

2- إلزام طالبي الزواج بإجراء الفحص الطبي؛ للكشف عن العيوب والأمراض التي تشكل خطراً على الحياة الزوجية⁽¹⁾، وإيجاب إعلام الطرفين بنتائج تلك الفحوصات⁽²⁾.

3- إلزام ولي الزوج المجنون أو المعاق عقلياً بإعلام الزوج الآخر، والتأكد من رضاه بحالته قبل إبرام العقد، وهذا ما نصت عليه المواد: 2/23 مغربي، 12 أردني.

4- إلزام طالبي الزواج بالإفصاح عن وضعيتهما الاجتماعية، وإثبات حالتهما المدنية، وذلك بإلزامهما بتقديم جملة من الوثائق الإدارية، ووثائق الحالة المدنية، من أجل تسجيل عقد الزواج. كالرخص القضائية والإدارية، وعقود الميلاد، ووثيقة الطلاق أو الوفاة للزوج السابق... وهذا ما جاء في المواد: 74، 75 من قانون الحالة المدنية الجزائري⁽³⁾، والمادة 65 أسرة مغربية، والمادة 15 من تعليمات تنظيم أعمال المأذونين الشرعيين بالأردن (رقم 1 لسنة 1990م).

فإذا كُتمت هذه الوقائع والمعلومات المهمة والمتعلقة عموماً بالأمراض والعيوب الزوجية، أو بالكفاءة، أو بالوضع المدنية والاجتماعية، كالتعدد وغيره، عُدد ذلك الكتمان تغيراً مؤثراً في عقد الزواج؛ لما يتضمنه من إخلال بواجب الالتزام بالإعلام الذي يفرضه القانون على كلا الزوجين أو أوليائهما.

ومما سبق يتبين لي أن الكتمان يُعدُّ تغيراً في الزواج في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، كلما كانت الواقعة أو المعلومة المكتوبة ذات أهمية في عقد الزواج، وكان إعلام الطرف الآخر بها واجباً شرعاً أو قانوناً. ومثال ذلك العيوب الزوجية. ولكن تحديد المعلومات الواجب الإعلام بها تفصيلاً، وكيفية الإعلام، يبقى محل اجتهاد واختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؛ بل يمكن أن تكون محل اختلاف من قانون إلى آخر، كصفة التعدد، وخصال الكفاءة، وفقد البكارة وغيرها من المسائل المهمة في الزواج. على أن الفقه الإسلامي وإن لم يوجب الإعلام بكل العيوب فقد استحب ذلك؛ حتى يقوم الزواج من أول يوم على الصدق والصرحة والوضوح.

(1) ينظر المواد الآتية: 7 مكرر أسرة جزائري؛ 4/65 أسرة مغربي؛ 4/هـ من قانون الصحة العامة الأردني.

(2) تضمنت المادة 7 مكرر، فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري إلزام الموظف المكلف بتحرير عقد الزواج بالتأكد من علم الزوجين بمضمون الفحص الطبي. وجاء المرسوم التنفيذي رقم: 06-154، (المؤرخ في: 11 مايو 2006، ج.ر. 31، ص.4، يحدد شروط وكيفية تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون الأسرة). ليؤكد ذلك في المادة 7 منه بالقول: «يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد، من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما، والأمراض أو العوامل التي قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج، ويؤثر بذلك في عقد الزواج.»

(3) جاء في المادة 74 حالة مدنية: «يجب على كل واحد من طالبي الزواج أن يثبت حالته المدنية بتقديم إحدى الوثائق الآتية: ...»

المبحث الثاني

صور التغيير في عقد الزواج

بالنظر للموضوع الذي ينصب عليه التغيير في عقد الزواج يمكنني القول بأن التغيير يتعلق بخمسة موضوعات، كل موضوع منها يمثل صورة من صور التغيير، وهي كالاتي: التغيير في ذاتية الزوجين، التغيير في موانع الزواج، التغيير في الكفاءة، التغيير في العيوب، التغيير في الصفات المشتركة في الزوجين.

وسأحاول في هذا المبحث دراسة هذه الصور الخمسة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. وذلك بتحديد مفهوم كل صورة، وذكر أمثلة عنها، مع بيان حكمها. وسيتم ذلك في أربعة مطالب؛ أخصص الأول للتغيير في ذاتية الزوجين وفي موانع الزواج، والثاني للتغيير في الكفاءة، والثالث للتغيير في العيوب الزوجية، والرابع للتغيير في الصفات المشتركة في الزوجين.

المطلب الأول

التغيير في ذاتية الزوجين وفي موانع الزواج

هذا المطلب يتضمن صورتين للتغيير في الزواج، وسأتكلم عن كل صورة في فرع مستقل.

الفرع الأول

التغيير في ذاتية الزوجين

أقصد بالتغيير في ذاتية الزوجين أن ينصب التغيير على شخصية الزوج أو الزوجة، بحيث يتم تغيير أحدهما واستبداله بشخص آخر، غير من وقعت خطبته حقيقة، أو غير من وقع العقد عليه فعلا. ويمكن لهذا التغيير أن يأخذ أحد صورتين هما: التغيير بذاتية الزوجين عند العقد، والتغيير بذاتيتهما عند الدخول.

أولاً- التغيير في ذاتية الزوجين عند العقد

يتم ذلك بأن يخطب الرجل امرأة بعينها، فتوافق هي وأهلها على الزواج؛ ولكن عند إبرام العقد يتم العقد على غيرها، كأختها أو ابنة عمها، فيذكر في الإيجاب والقبول اسم هذه المرأة الثانية، ويتوجه قصد الولي عند تلفظه بالصيغة إليها. كل ذلك والخاطب يعتقد أن من تزوجها هي تلك التي خطبها ورآها أول مرة، وقصده في تلفظه بالصيغة متوجه إليها.

ويتم هذا التغيير عادة بانتحال شخصية الغير، كأن تظهر المرأة أمام الخاطب مدعية زورا أنها فلانة ابنة فلان، في حين أنها أختها أو قريبتها. ويلجأ البعض لهذا التغيير؛ بسبب بعض التقاليد البالية، كاعتقاد بعضهم أنه لا يجوز تزويج البنت الصغيرة قبل الكبيرة. فإذا تقدم أحد لخطبة

الصغيرة، زوجوه الكبيرة موهمين إياه أنها الصغيرة. وقد يكون السبب هو رغبتهم في تزويج ابنتهم التي لا يرغب فيها الخطأب لكبرها أو قبحها، فيعمدون إلى الحيلة والخديعة لإيقاع شخص في الزواج بها من حيث لا يدري، فإذا تقدم شخص لخطبتها بعد أن رغبه فيها، ووصفوها له كذبا بما ليس فيها من المواصفات المرغوبة، كالجمال والرشاقة، فإذا طلب رؤيتها عرضوا أمامه امرأة أخرى من قريباتها ربما تكون متزوجة أصلا، موهمين إياه أنها التي حدثوه عنها، ثم يتم العقد، وعند الدخول يفاجأ الرجل بامرأة لم يرها من قبل.

وكما يمكن أن يتم التغير بتغيير المخطوبة، يمكن حدوث العكس، وذلك بتغيير الخاطب، بأن يتقدم مثلا رجل لخطبة امرأة مدعيا زورا أنه فلان ابن فلان، فينتحل شخصية غيره، كأخيه أو قريبه، ويتم العقد على اسم الشخص الثاني، وعند الدخول تكتشف المرأة أنها تزوجت شخصا آخر غير الذي تقدم لخطبتها.

ومن التغير في ذاتية الزوجين أن يوكل الرجل غيره ليزوجه امرأة معينة، فيذهب الوكيل ويعقد عليها، وهو يظهر لها ولوليها أنه هو الزوج، ويُشهد في الباطن أن العقد لمؤكله⁽¹⁾.

والتغير بتغيير أحد الخاطبين كان سهل الوقوع قديما، حين كان الاختلاط بين الجنسين محدودا جدا في أغلب البلاد الإسلامية؛ بل كان الرجل في بعض المجتمعات والقبائل لا يرى زوجته؛ إلا عند الدخول. أما في زماننا فهذا التغير نادر الحصول؛ بسبب انتشار الاختلاط بين الجنسين، حتى لا يكاد يتزوج رجل امرأة إلا بعد التعارف المسبق. ولكن يبقى احتمال حصول هذا التغير قائما، خاصة مع التطور الحاصل في وسائل التكنولوجيا والاتصالات، التي سهلت على الكثيرين ولوج باب التزوير والتحايل، وانتحال الشخصيات⁽²⁾. وأصبحنا اليوم نسمع عن حالات لم نكن نتوقعها، من التزوير والاحتيال في الزواج، وتكون ضحاياه عادة من الشباب والفتيات، الذين يقصدون الانترنت ومواقع التواصل الاجتماعي، رغبة في الظفر بزواج المستقبل.

ولا شك أن هذا التغير والتزوير ممنوع ومحرم في الفقه الإسلامي، بكل صوره وأساليبه، وبغض النظر عن غاياته وأهدافه؛ لما فيه من الغش والتدليس والتزوير. فقد قال النبي ﷺ: (مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا). وقال أيضا: (الْمَكْرُ وَالْخَدِيعَةُ وَالْحِيَانَةُ فِي النَّارِ)⁽³⁾.

(1) ينظر: مواهب الجليل، م.س، 412/3؛ المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بأداب الموثق وأحكام الوثائق: أحمد بن يحيى الونشريسي، تحقيق: عبد الرحمان الأطرم، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 2005م، 513/2.

(2) ينظر: الزواج بهوية مزورة: تقرير صحفي منشور بجريدة الرياض (السعودية)، بتاريخ: 2014/09/06، عدد: 16875، الرابط: (alriyadh.com/973528)، تاريخ الزيارة: 2015/10/5.

(3) الحديثان سبق تخريجهما، ص.256.

ومنعا لحصول التغيير في ذاتية الزوجين اشترط الفقهاء ضرورة معرفة الشهود للزوجة معرفة تامة، إذا كانت غائبة عن مجلس العقد، وأوجبوا كشف وجهها إذا كانت منتقبة عند العقد عليها، حتى تُعرف وتتميز عن غيرها، فيتمكنوا من تحمل الشهادة وأدائها عند الحاجة إليها⁽¹⁾.

وهذا التغيير أيضا ممنوع في القانون الوضعي؛ لما فيه من تزوير وانتحال للشخصيات بغير حق⁽²⁾، وهي جرائم تعاقب عليها القوانين الجنائية⁽³⁾. ومنعا لحصول هذا التغيير تحرص القوانين الوضعية على أن يتم إبرام عقد الزواج حضوريا، أي بحضور الزوجين أمام الموظف المختص بتحرير عقود الزواج، وأن يتأكد هذا الأخير من هوية الزوجين ورضائهما بالزواج⁽⁴⁾.

ومما سبق يتبين أن كلا من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يمنع ويجرم التغيير في ذاتية الزوجين لما فيه من التزوير والخداع. كما أنهما احتاطا لعقد الزواج بإيجاب التثبت من هوية الزوجين قبل إبرام العقد؛ لمعرفة كل ما يتعلق بحالتهم المدنية والشخصية.

ثانيا- التغيير في ذاتية الزوجين عند الدخول

صورة ذلك أن يتم عقد الزواج بين رجل وامرأة معينين على الوجه الشرعي؛ ولكن عند إرادة الدخول يتم تغيير أحدهما بشخص آخر. فمثلا تُزفُّ إلى الزوج امرأة غير زوجته تدليسا عليه، أو يُدخَل على الزوجة رجل آخر غير زوجها تدليسا عليها، فيقع بينهما الوطء. ثم يُكتشف الأمر بعد ذلك، ويتبين أن الدخول قد تم بين رجل وامرأة لا يربطهما أي عقد زواج.

وتغيير أحد الزوجين بشخص آخر عند الدخول، قد يكون عن خطأ، وقد يكون بسبب تغيير من أحد الزوجين، أو من غيرهما، كالولي، أو الوكيل، أو أحد أقارب الزوجين، من كل من له غرض في هذا التغيير. كأن يقصد المُعزِّرُ إفشال الزواج، والحيلولة دون تمامه، أو يقصد إثارة الفتنة والعداوة بين الزوجين، وغير ذلك من الأغراض الفاسدة، التي يولدها الحقد والحسد.

(1) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 89/4؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، م.س، 194/4؛ حاشية البجيرمي على الخطيب، م.س، 387/3-388.

(2) جاء في قرار المجلس الأعلى المغربي: «بما أن الزوج قد ارتكب جريمة نصب واحتيال وانتحال صفة وكيل الملك على زوجته، فذلك يمثل ضررا معنويا يُسمح معه للزوجة رفع دعوى التطلق.» القرار رقم: 973، الملف الشرعي عدد: 400/2/98، بتاريخ: 2000/10/18م، نقلا عن: الإكراه والتدليس بين مدونة الأسرة وقانون الالتزامات والعقود، م.س، الرابط: frssiwa.blogspot.is/2016/09/blog-post_12.html?m=1، تاريخ الزيارة: 2016/12/13.

(3) ينظر في جريمة انتحال الشخصية المواد: 242 إلى 250 عقوبات جزائري؛ 380 إلى 391 جنائي مغربي؛ 269 عقوبات أردني.

(4) تراجع المواد: 72 حالة مدنية جزائري؛ 4/13، 67 أسرة مغربية؛ 15 من تعليمات تنظيم أعمال المأذونين الشرعيين بالأردن.

والتغيير بتغيير أحد الزوجين بشخص آخر عند الدخول، كان سهل الوقوع قديماً، خاصة في المجتمعات التي تمنع الزوج من رؤية زوجته إلا عند الدخول. ولذلك حين تُزف إليه امرأة ويقال له: هذه زوجتك، فإنه يدخل بها معتقداً أنها زوجته، دون أن يشك في ذلك؛ لقوة الشبهة في مثل هذه الحال.

وفي زماننا يندر جدا حصول هذا التغيير؛ ولكنه غير مستحيل، وخاصة في القبائل التي ما تزال محافظة على عاداتها القديمة بمنع الزوج من رؤية زوجته إلا يوم الدخول، كما يسهل حدوث هذا التغيير عند كون أحد الزوجين أعمى، أو لوجود تشابه كبير بين الزوج الحقيقي، والشخص الذي حل مكانه، كحالة التوائم⁽¹⁾.

وهذا النوع من التغيير يُعدُّ في الفقه الإسلامي من أقبح أنواع الغش والخداع؛ لما فيه من انتهاك للأعراض، وتزيين للفواحش، ويستحق فاعله (المُعَرَّر) العقوبة الشديدة، رجلاً كان أو امرأة؛ ومن وَطِئَ أو مَكَّنَ من الوطاء، مع علمه بأن الطرف الآخر ليس وزوجه فهو زان⁽²⁾.

ويحرم في القانون الوضعي هذا التغيير أيضاً، فهو تزوير وانتحال شخصية لأغراض غير شرعية، وهو يؤدي إلى ارتكاب الزنا، أو انتهاك الأعراض بالاحتيال والخداع، وهذه الأفعال مجرمة في القوانين الجنائية⁽³⁾.

ويتبين لي من خلال ما سبق بيانه، أن هناك توافقاً بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي حول تحريم ومنع التغيير في ذاتية الزوجين؛ لما فيه من التزوير والغش، ولما قد يؤدي إليه من ارتكاب جرائم تتعلق بانتهاك الأعراض والآداب العامة، كالزنا مثلاً، مع أن عقوبة هذه الجرائم قد تختلف في الفقه الإسلامي عنها في القانون الوضعي.

(1) جاء في فتاوى نور على الدرب: عبد العزيز بن باز، جمعها: محمد بن سعد الشويعر، طبعة دون معلومات النشر، 07/21: أن سائلاً من السودان سأل الشيخ ابن باز عن رجل تقدم لخطبة إحدى الفتيات، ولها أخت توأمة، فتم العقد على الفتاة التي اختارها؛ ولكن بعد الدخول فوجئ بأن التي زُفَّت إليه، ودخل بها هي أختها.

(2) جاء في المحلى، م.س، 191/12: «وَلَوْ أَنَّ امْرَأَةً دَلَّسَتْ نَفْسَهَا لِأَجْنَبِيٍّ، فَوَطَّئَهَا يَطْلُ أَنَّهَا امْرَأَتُهُ؛ فَهِيَ زَانِيَةٌ تُرْجَمُ وَتُجْلَدُ إِنْ كَانَتْ مُحْصَنَةً، أَوْ تُجْلَدُ وَتُنْفَى إِنْ كَانَتْ غَيْرَ مُحْصَنَةٍ.» وينظر: البيان والتحصيل، م.س، 394/4؛ النوادر والزيادات، م.س، 500/4.

(3) تنص المادة 2/311 عقوبات أردني على أنه يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات كل من: «2- قاد أنثى ليست بغيا أو معروفة بفساد الأخلاق، بواسطة ادعاء كاذب، أو بإحدى وسائل الخداع؛ ليوافقها شخص آخر موافقة غير مشروعة.» وينظر كذلك المواد المتعلقة بجريمة الزنا: 339 عقوبات جزائري؛ 90، 91 جنائي مغربي؛ 282 عقوبات أردني.

الفرع الثاني

التعبير في موانع الزواج

المقصود بالتعبير في موانع الزواج هو استعمال الحيل لإخفاء أو كتمان وجود إحدى تلك الموانع في أحد الخاطبين؛ لحمل الآخر على قبول الزواج به جهلا منه بالمانع⁽¹⁾.

ومن أمثلة ذلك ما يأتي:

أولاً- أن يكتم أحد الخاطبين عن الآخر مانعا من الموانع المؤبدة؛ سواء كان من النسب أو الرضاع أو المصاهرة، كأن يكتم عن المخطوبة كونه أخًا لها من الرضاع، أو العكس؛ وقد يكون كتمان المانع من قبل أولياء الخاطبين، وبعد العقد أو الدخول يتم اكتشاف وجود ذلك المانع. ثانياً- إدعاء المرأة أنها عذراء، وبعد الزواج يتبين أنها في عصمة زوج آخر غائب أو مفقود.

ثالثاً- إدعاء المرأة المعتدة بأن عدتها قد انقضت، وهي كاذبة في دعواها، وإنما تستعجل الزواج، فتُخطب ويُعقد عليها وقد يُدخل بها، ثم يُعلم أنها كانت كاذبة؛ إما بإقرارها، أو بظهور حملها من زوجها السابق، وهذا ما يسمى بالغرور بالعدّة⁽²⁾. مع أن المعتدة لا يحل لها الزواج حتى تنقضي عدتها؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْرَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ [البقرة، 235].

رابعاً- إدعاء الخاطب كذبا كونه مسلماً؛ ليتزوج مسلمة، أو يصطنع ما يوهما ذلك، فتتزوجه، ثم تكتشف أنه كافر. وهذا قد يحدث بكثرة في البلاد غير الإسلامية، إذا أراد أحدهم أن يتزوج مسلمة مع علمه بأن المسلمة تحرم على غير المسلم؛ قال تعالى: ﴿فَإِنَّ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [المتحنة، 10].

خامساً- إدعاء المرأة المشركة أو الملحدة بأنها مسلمة أو كتابية (يهودية أو نصرانية)، أو تُظهر ذلك لرجل مسلم ليتزوجها؛ فيتزوجها مغترا بها، ثم يتبين له أمرها، ويدرك أنه تزوج امرأة لا تحل له؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ﴾ [البقرة، 221].

(1) موانع الزواج: هي الأوصاف التي إذا وجدت في الرجل أو المرأة حرم عليهما الزواج ببعضهما. وهذه الأوصاف إما أن تكون ملازمة للشخص لا تنفك عنه، فيكون تحريم الزواج بها مؤبداً، كالمحرمات بالنسب والمصاهرة والرضاع. وإما أن تكون قابلة للزوال فيكون التحريم بها مؤقتاً، كتحریم نكاح المشركة، وزوجة الغير أو معتدته... وغيرها من الموانع.

- وللتفصيل تراجع الكتب الآتية: بدائع الصنائع، م.س، 2/256 وما بعدها؛ القوانين الفقهية، م.س، ص.137؛ المهذب في فقه الإمام الشافعي، م.س، 2/438-446؛ الإقناع في فقه الإمام أحمد، م.س، 3/180-187.

- وتراجع أيضاً المواد الآتية: 23 إلى 30 أسرة جزائري؛ 35 إلى 39 أسرة مغربي؛ 24 إلى 28 أحوال شخصية أردني.

(2) يقول الصاوي في حاشيته على الشرح الصغير، م.س، 2/478: «الغُرُورُ بِالْعِدَّةِ؛ حَيْثُ قَالَتْ: أَنَا خَرَجْتُ مِنَ الْعِدَّةِ، وَعَقَّدَ عَلَيْهَا وَدَخَلَ بِهَا مُعْتَمِدًا عَلَى ذَلِكَ، ثُمَّ ظَهَرَ كَذِبُهَا.» وينظر: التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، م.س، 4/129-130.

سادسا- أن يكتف الخاطب عقيدته البدعية الكفرية، ككونه من الدرُوز أو النَّصِيرِيَّة، أو الإِسْمَاعِيلِيَّة⁽¹⁾، أو القاديانية، أو البابية، أو البهائية⁽²⁾. فمعتقد هذه العقائد كافر مرتد، وهو كالمشرك لا يجوز له الزواج بالمسلمة⁽³⁾؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾ [البقرة، 221].

سابعا- أن يكتف أحد الخاطبين حقيقته الجنسية عن الخاطب الآخر، فيُظهر خاطب المرأة مثلا أنه رجل، بينما هو في الحقيقة امرأة متشبهة ظاهريا بالرجال، وربما أجرت عملية تغيير الجنس من أنثى إلى ذكر، أو ربما كانت حُنْثَى مُشْكِلًا ليست برجل ولا امرأة. وقد يحدث العكس، فيتقدم رجل لخطبة شخص يظنه امرأة، بحسب ظاهرها، بينما هو في حقيقته الجنسية رجل؛ لكنه قام بتغيير جنسه إلى أنثى، أو أنه حُنْثَى مُشْكِل، وبعد العقد تتبين حقيقة الأمر.

فالزواج في كل هذه الحالات المتضمنة للتغيير في موانع الزواج يُعَدُّ باطلا في الفقه الإسلامي⁽⁴⁾؛ والتغيير بما يؤدي إلى عقد الزواج الباطل بسبب وجود الموانع الشرعية حرام؛ بل هو من أشد أنواع التغيير حرمة؛ لما يترتب عليه من انتهاك للأعراض، وتزيين للحرام، وإعانة على الزنا والفاحشة. والدخول والوطء في النكاح الباطل حرام، وهو مع العلم بجرمته زنا وفاحشة؛ ولذلك يستحق المغرر العقوبة الشديدة في الدنيا والآخرة؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ ءَامَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ﴾ [النور، 19].

(1) الدرُوز، والنَّصِيرِيَّة، والإِسْمَاعِيلِيَّة: هي فرق باطنية شيعية متشددة، وعقائدها متقاربة، يجمعها القول بالإمامة لآل البيت، والغلو في أئمتهم إلى حدِّ تأليههم، وكذا إبطال الفرائض، واستحلال المحرمات... يقول ابن تيمية في مجموع الفتاوى، م.س، 161/35-162: «هؤلاء الدرُوز والنَّصِيرِيَّة كَمَا بَاتَّفَاقُ الْمُسْلِمِينَ، لَا يَحِلُّ أَكْلُ ذَبَابِهِمْ، وَلَا نِكَاحُ نِسَائِهِمْ... فَإِنَّهُمْ مُرْتَدُونَ عَنِ دِينِ الْإِسْلَامِ... لَا يُقْرُونَ بِوُجُوبِ الصَّلَاةِ الْحَمْسِ، وَلَا وَجُوبِ صَوْمِ رَمَضَانَ، وَلَا وَجُوبِ الْحَجِّ؛ وَلَا تُحْرِمُ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ مِنَ الْمَيْتَةِ وَالْخَمْرِ وَعَظِيمَاتِهَا... وَقَوْلُهُمْ مُرَكَّبٌ مِنْ قَوْلِ الْفُلَاسْفَةِ وَالْمَجُوسِ، وَيُظْهِرُونَ التَّشْيِيعَ نَفَقًا.» وينظر: فتاوى اللجنة الدائمة، المجموعة الأولى، م.س، 406/2-407؛ الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب والأحزاب المعاصرة: تأليف الندوة العالمية للشباب الإسلامي، إشراف: مانع بن حماد الجهني، دار الندوة العالمية للطباعة والنشر والتوزيع، ط4، 1420هـ، 383/1-402.

(2) القاديانية (الأحمدية)، والبابية، والبهائية: فرق ضالة، تدعي كل واحدة منها أنها طائفة إسلامية، ومن عقائدها: أن الرسالة لم تختتم بمحمد، وأن زعماءها أنبياء يوحى إليهم... وقد صدرت عدة فتاوى وقرارات عن المجامع الفقهية وغيرها بتكفير هذه الفرق، وأن من اعتنقها فهو مرتد خارج عن الإسلام. ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، م.س، 5082/7، 5143؛ فتاوى اللجنة الدائمة، المجموعة الأولى، م.س، 312/2-313؛ الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب والأحزاب المعاصرة، م.س، 409/1-419.

(3) ينظر: حاشية ابن عابدين: 125/4؛ مطالب أولي النهى: 117/5؛ مجموع الفتاوى: 161/35؛ الفقه الإسلامي وأدلته: 6651/9؛ فتاوى اللجنة الدائمة، المجموعة الأولى: 312/18.

(4) ينظر: البناية شرح الهداية، م.س، 306/6؛ المبسوط، م.س، 45/5؛ التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، م.س، 129/4-130؛ العزيز شرح الوجيز، م.س، 147/11-148؛ المغني، م.س، 236/10-237؛ مجموع الفتاوى، م.س، 126/32؛ المحلى بالآثار، م.س، 190/12 وما بعدها.

فإذا كان الذي يجب شيوع الفاحشة مُتوعدا بالعذاب الأليم، فكيف بمن يعمل على نشرها بالتغرير؟ فهو يستحق عقوبة شديدة تتمثل في التغرير البليغ؛ لما رُوِيَ عن عمر بن الخطاب أنه ضرب امرأة نكحت في عدتها، وضرب زوجها، وفرق بينهما، وأمر ألا يجتمعا أبداً⁽¹⁾. وهذا الحكم يسري على جميع حالات التغرير في الموانع، ولو كان الغار كافرا غرر بمسلمة فتزوجها⁽²⁾.

وقد تصل العقوبة إلى إقامة حدِّ الزنا، إذا كان المغرر هو أحد الزوجين، ودخل ووطئ أو مكّن من الوطء مع العلم ببطلان الزواج وحرمة الوطء؛ لما رُوِيَ عن عليّ رضي الله عنه: (رَجِمَ امْرَأَةٌ كَانَتْ ذَاتَ زَوْجٍ فَجَاءَتْ أَرْضًا، فَتَزَوَّجَتْ، وَلَمْ تَعْتَلْ أَنَّهُ جَاءَهَا مَوْتُ زَوْجِهَا، وَلَا طَلَاقُهُ)⁽³⁾. ومعنى: «لم تعتل»، أي لم تتعلل بذكر ما يبرر فعلها، كأن تدعي أنه بلغها أن زوجها قد مات، أو أنه طلقها، فلو ادعت شيئاً من ذلك لدري عنها الحدّ للشبهة. أما إذا كان الزوج أو الزوجة مُغرراً به ودخل جاهلاً بالمناصع فلا عقوبة عليه⁽⁴⁾.

وبالنسبة لقوانين الأحوال الشخصية، يعتبر الزواج مع وجود الموانع الشرعية باطلاً أيضاً، وهذا ما صرحت به المادة 32 جزائري، والمادة 2/57 مغربي، والمادة 30 أردني. والتغرير لأجل إبرام هذا الزواج الباطل يعدُّ فعلاً إجرامياً؛ لما يترتب عليه من الدخول والوطء غير المشروع، وهو صورة من صور الزنا وفق ما حكم به القضاء الجزائري⁽⁵⁾ والأردني⁽⁶⁾.

وقد ذهب قانون العقوبات الأردني (م280) إلى معاقبة كل من يتوصل إلى عقد الزواج لنفسه أو لغيره مع علمه ببطلان هذا الزواج، كالزواج بامرأة في عصمة رجل آخر، أو لم تنقض عدتها منه؛

(1) موطأ مالك، م.س، كتاب النكاح، باب جامع ما لا يجوز من النكاح، 536/2، الأثر رقم: 27؛ السنن الكبرى للبيهقي، م.س،

كتاب العدد، باب اجتماع العديتين، 745/7، الأثر رقم: 15539. والأثر صححه الألباني في إرواء الغليل، م.س، 203/7.

(2) يقول السرخسي في الكافر الذي يتزوج مسلمة: «إِذَا تَزَوَّجَ الْكَاْفِرُ الْمُسْلِمَةَ حُرَّةً فُرِقَ بَيْنَهُمَا... وَيُوجَعُ عُقُوبَةٌ إِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِهَا؛ لِأَنَّهُ أَسَاءَ الْأَدَبِ فِيمَا صَنَعَ، وَاسْتَحَفَّ بِالْمُسْلِمِينَ، وَازْتَكَبَ مَا كَانَ مُمْتَوِعًا مِنْهُ، فَيُؤَدَّبُ عَلَى ذَلِكَ، وَتُعَزَّرُ الْمَرْأَةُ وَالَّذِي سَعَى فِيمَا بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّهُ أَعَانَ عَلَى مَا لَا يَحِلُّ، وَإِنْ أَسْلَمَ بَعْدَ النِّكَاحِ لَمْ يُتْرَكْ عَلَى نِكَاحِهِ؛ لِأَنَّ أَصْلَ النِّكَاحِ كَانَ بَاطِلًا، فَبِالْإِسْلَامِ لَا يَنْقَلِبُ صَاحِبًا». المبسوط، م.س، 45/5 (باختصار وتصرف يسير)؛ وينظر: منح الجليل، م.س، 225/3.

(3) مصنف عبد الرزاق، م.س، 399/7، الأثر رقم: 13626؛ المحلى بالآثار، م.س، 191/12.

(4) جاء في فتاوى البرزلي، م.س، 293/2: «إِنْ تَزَوَّجَ نَصْرَانِي مُسْلِمَةً فَسُخِّحَ النِّكَاحُ، دَخَلَ أَمْ لَا، وَيُعَاقَبُ مَنْ لَمْ يَجْهَلْ ذَلِكَ مِنَ الْوَلِيِّ وَالشُّهُودِ وَالزَّوْجِ، وَمَنْ جَهِلَ مِنْهُمْ فَلَا عَقُوبَةَ عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا». وينظر: التبصرة للخمّي، م.س، 6281-6282.

(5) جاء في قرار المجلس الأعلى، غ.خ، رقم: 271، بتاريخ: 1986/5/13: «من المقرر قانوناً أنه يعتبر زنا حالة الزوجة التي لم تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينهما وبين زوجها، والتي تزوجت مع شخص آخر بالفاتحة، رغم عدم صدور الحكم بالطلاق». قرار غير منشور، نُقل عن: قانون الأسرة وفقاً لأحدث التعديلات ومعلقاً عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة، م.س، ص.120.

(6) قرار محكمة الاستئناف الشرعية، رقم: 11581، بتاريخ: 1961/8/8. (القرارات الاستئنافية، م.س، 422/1-423).

سواء كان رجلاً أو امرأة، وبغض النظر عن سبب البطلان، ككون الزوجة في عصمة زوجها السابق، أو كون الزوج تجاوز العدد المشروع من الزوجات⁽¹⁾.

ومما سبق يظهر جلياً أن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي متوافقان على بطلان الزواج مع وجود الموانع، وأن التغير من أجل عقد هذا الزواج الباطل هو فعل ممنوع شرعاً وقانوناً؛ بل يُعد جريمة تستوجب العقاب؛ لما تتضمنه من نشر للفاحشة وانتهاك للأعراض.

وبالنسبة للتغير في الحقيقة الجنسية للشخص، فهو أيضاً حرام وممنوع شرعاً؛ لأنه يؤدي إلى زواج الشخص بمن يماثله جنسياً. وزواج المثليين باطل ومحرم؛ إذ من شروط صحة الزواج اختلاف جنس الزوجين، بأن يكون أحدهما ذكراً متحقق الذكورة، والآخر أنثى متحققة الأنوثة⁽²⁾. والوطء بين المتماثلين جنسياً يُعد من اللواط أو السحاق، حتى لو فعل ذلك بدعوى الزواج، وهذان الفعلان يعتبران من أقبح الفواحش، كما قال تعالى: ﴿وَلَوْطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ وَأَنْتُمْ تُبْصِرُونَ﴾⁽³⁾. وجاء في الحديث: (السَّحَاقُ بَيْنَ النِّسَاءِ زِنًا بَيْنَهُنَّ)⁽³⁾. ويستحق فاعلها العقوبة الشديدة باتفاق الفقهاء وإن اختلفوا في مقدارها⁽⁴⁾.

كما أنّ قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة، تعتبر اختلاف الجنس عنصراً جوهرياً في ماهية الزواج، بحيث لا يُتصور قيامه قانوناً بين متحدي الجنس؛ ولذلك عرّفت هذه القوانين الزواج بأنه عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً⁽⁵⁾. أما زواج المثليين فلا يعدو كونه نوعاً من الشذوذ الجنسي الذي تعاقب عليه القوانين الجنائية محل الدراسة⁽⁶⁾.

(1) جاء في المادة 280 عقوبات أردني: «1- كل شخص ذكرًا كان أو أنثى، تزوج في أثناء وجود زوجته على قيد الحياة... يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات... 2- يعاقب بنفس العقوبة من أجرى مراسيم الزواج المذكورة في الفقرة السابقة مع علمه بذلك.» وينظر كذلك المادة 376 من قانون العقوبات العراقي رقم: 111 لسنة 1969.

(2) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 61/4؛ الشرح الصغير للدردير، م.س، 373/2؛ مغني المحتاج، م.س، 341/4؛ مطالب أولي النهى، م.س، 118/5؛ الشرح الممتع، م.س، 161-160/12؛ مشروعية التحول الجنسي في الفقه الإسلامي: طارق حسن كسار، مقال منشور بمجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية، جامعة ذي قار، مجلد 5، عدد 1، آذار 2015، ص.230.

(3) المعجم الكبير: سليمان بن أحمد الطبراني، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط2، (د.ت)، 63/22. وقد ضعفه الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة، دار المعارف، الرياض، ط1، 1992م، 105/4-107.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 34/7؛ الفواكه الدواني، م.س، 209/2؛ مغني المحتاج، م.س، 433/5؛ الوسيط في المذهب، م.س، 441-440/6؛ مطالب أولي النهى، م.س، 175-174/6.

(5) ينظر المواد: 4 جزائري؛ 4 مغربي؛ 5 أردني. أما القانون المدني الفرنسي (م143) فيجيز الزواج بين المتماثلين جنسياً.

(6) تنص المادة 1/338 عقوبات جزائري على أن: «كل من ارتكب فعلاً من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه، يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين، وبغرامة من 500 إلى 2000 دينار.» وتمثلها المادة 489 جنائي مغربي.

واحتياطاً لمنع وقوع التعبير في موانع الزواج، ذهب الفقه الإسلامي إلى أنه يجب على المتولي لإبرام عقد الزواج، سواء كان قاضياً أو من يُنيبه القاضي، أن يتحقق قبل العقد من جملة أمور، منها انتفاء الموانع⁽¹⁾. وقد جرت عادة الموثقين قديماً أيضاً على أن يُشهدوا على خلو المرأة من الموانع عند عقد الزواج، فيكتبون في العقد بأن الزوجة حَلِيَّةٌ من زوج، وفي غير عِدَّةٍ منه⁽²⁾.

أما القوانين الوضعية فتشترط لتسجيل عقد الزواج وتوثيقه أن يقدم الزوجان الوثائق التي تدل على انتفاء الموانع الشرعية للزواج. فمثلاً إذا كانت المرأة قد سبق لها الزواج، وجب عليها تقديم ما يثبت كونها قد طُلقَت وانقضت عدتها (نسخة من حكم الطلاق)، أو أن زوجها قد توفي عنها، وانقضت عدتها (شهادة الوفاة)... وهكذا⁽³⁾؛ وقد بالغ قانون الأحوال الشخصية الأردني في الاحتياط بشأن مانع العدة، فمنع إبرام العقد قبل مضي مدة 90 يوماً⁽⁴⁾.

ويتبين مما سبق بخصوص التعبير في موانع الزواج، أن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي متفقان حول تحريم ومنع التعبير في موانع الزواج، بغض النظر عن نوع المانع؛ لما فيه من الغش والتزوير. واعتبار العقد باطلاً مع وجود المانع، مع إيجاب التأكد من انعدام الموانع قبل العقد احتياطاً.

كما اتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي كذلك على اعتباره التعبير في الموانع من الجرائم المعاقب عليها؛ سواء صدر التعبير من أحد الزوجين أو غيرهما؛ لما يترتب على ذلك من انتهاك للأعراض والآداب العامة. مع أن عقوبة هذه الجرائم قد تختلف بين الفقه والقانون.

كما اتفقا أيضاً على أن الزواج لا يُشرع إلا بين مختلفي الجنس، وأن التعبير في الحقيقة الجنسية للشخص ممنوع ومجرم؛ لما يؤدي إليه من الشذوذ الجنسي المجرم شرعاً وقانوناً.

(1) جاء في كتب المالكية: أن القاضي إذا زَوَّجَ امرأة لا ولي لها، فَيَبْعِي أَنْ يُثَبِّتَ عنده بِشهادة الغُذُول: أَنَّهَا بَيْمَةٌ، بِكَرٍّ، بَالِغٌ، وَأَنَّهُ لَا وِلْيَ لَهَا يُعْقِدُ نِكَاحَهَا، وَأَنَّهَا صَحِيحَةٌ غَيْرَ مَرِيضَةٍ، وَغَيْرَ مُحْرَمَةٍ بِحَجٍّ أَوْ عَمْرَةٍ، وَلَا مُحْرَمَةٍ عَلَى الزَّوْجِ، وَأَنَّهَا حُلُوٌّ مِنْ زَوْجٍ، وَفِي غَيْرِ عِدَّةٍ مِنْهُ، وَكَفَاءَةَ الزَّوْجِ، وَرِضَاهَا بِهِ وَبِالصَّدَاقِ، وَأَنَّهُ صَدَاقٌ مِثْلُهَا، فَإِنْ كَانَتْ ثِيَابًا وَرَضِيَتْ بِغَيْرِ الْكَفَاءِ، وَبِأَقْلٍ مِنْ صَدَاقِ الْمَثَلِ جَازٍ. فَإِنْ زَوَّجَهَا مِنْ غَيْرِ اثْبَاتٍ مَا ذَكَرَ، فَلَا يُفْسَخُ الْعَقْدُ حَتَّى يَثْبُتَ مَا يُوجِبُ فُسْخَهُ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْمَوَانِعَ يُطَلَّبُ اثْبَاتُهَا قَبْلَ إِبْرَامِ الْعَقْدِ، فَإِذَا وَقَعَ لَمْ يُفْسَخْ حَتَّى يَثْبُتَ مَا يُوجِبُ فُسْخَهُ. ينظر: البهجة شرح التحفة، م.س، 418/1؛ مواهب الجليل، م.س، 429/3-430. وجاء في مطالب أولي النهى، م.س، 83/5: «وَلَا تُشْتَرَطُ الشَّهَادَةُ بِحُلُوهَا، أَيْ الزَّوْجَةِ إِذَا لَمْ يُعْلَمْ لَهَا سَابِقُهُ نَزُوحٌ، وَإِلَّا أُشْتَرَطَ ذِكْرُ حُلُوهَا مِنَ الْمَوَانِعِ لِلنِّكَاحِ، كَالْعِدَّةِ وَالرِّدَّةِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُهَا... وَالْإِحْتِيَاظُ بِالشَّهَادَةِ بِحُلُوهَا مِنَ الْمَوَانِعِ وَبِإِدْبَارِهَا؛ قَطْعًا لِلنِّزَاعِ.»

(2) ينظر: المحيط البرهاني، م.س، 484/9؛ تبصرة الحكام، م.س، 117/1؛ التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، م.س، 130/4؛ معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، علي بن خليل الطرابلسي، دار الفكر، بيروت، (د.ط، د.ت)، ص.44.

(3) ينظر المواد: 75 حالة مدنية جزائري؛ 65/65 (رابعاً) أسرة مغربية؛ 36/36 وأحوال شخصية أردني.

(4) جاء في المادة 36/36 وأحوال شخصية أردني أنه: «يمنع إجراء عقد زواج المعتدة من طلاق أو فسخ أو وطء بشبهة قبل مضي تسعين يوماً على موجب العدة، ولو كانت منقضية، ويستثنى من ذلك العقد بينها وبين من اعتدت منه.»

المطلب الثاني

التعبير في الكفاءة الزوجية

سأتكلم في هذا المطلب عن حقيقة الكفاءة الزوجية (الفرع الأول)، ثم عن التعبير في خصال الكفاءة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حقيقة الكفاءة الزوجية

سأتكلم في هذا الفرع عن تعريف الكفاءة، وحكمها، والخصال المعتبرة فيها.

أولاً- تعريف الكفاءة

1- تعريف الكفاءة في الفقه الإسلامي

الكفاءة⁽¹⁾ في الزواج عند الحنفية هي: «أن يكون الزوج مساويا للمرأة في حسبها ونسبها، ودينها، وسنها وغير ذلك.»⁽²⁾ وعند المالكية هي: «المُمَاثَلَةُ فِي الدِّينِ وَالْحَالِ»⁽³⁾. وعند الشافعية هي: «مُساوَاةُ الزَّوْجِ لِلزَّوْجَةِ فِي أَمْرٍ يُوجِبُ عَدَمَهُ عَارًا.»⁽⁴⁾ وعند الحنابلة هي: «مُمَاثَلَةُ الزَّوْجِ لِلزَّوْجَةِ فِي خَمْسَةِ أَشْيَاءَ: الدِّيَانَةِ، وَالصَّنَاعَةِ، وَالْمَيْسِرَةِ، وَالْحَرِيَّةِ، وَالنَّسَبِ.»⁽⁵⁾

فهذه التعاريف كلها متفقة على أن الكفاءة في الزواج هي مماثلة الزوج للزوجة في صفات مخصوصة⁽⁶⁾؛ ولأن الفقهاء مختلفون في تحديد تلك الصفات المخصوصة، فالأحسن عدم ذكرها في التعريف، على نحو ما فعل الشافعية، حيث اقتصرنا على ذكر ضابط يجمعها، وهو لحوق العار بالزوجة أو أوليائها عند فقدها. كما أن التعاريف السابقة متفقة على اعتبار الكفاءة في جانب الزوج دون الزوجة، فالمطلوب هو مكافأة الزوج للزوجة، أما الزوجة فلا يطلب فيها ذلك؛ لأن الرجل لا يُعَيَّرُ بزواجه ممن هي دونه بخلاف المرأة⁽⁷⁾.

(1) الكفاءة لغة: المماثلة والمساواة، يُقال: كَافَأَ فلاناً، أي ماثله، والكُفَاءُ: النَّظِيرُ والمساوي، والتكافؤُ: الاستواء، وكل شيء ساوي شيئاً حتى يكون مثله فهو مكافئ له. ينظر: لسان العرب، م.س، 1/139؛ الصحاح للجوهري، م.س، 1/68.

(2) البناية شرح الهداية، م.س، 5/107.

(3) حاشية الدسوقي، م.س، 2/248.

(4) حاشية البجيرمي على المنهج: سليمان بن عمر البجيري، مطبعة الحلبي، (د.ط)، 1950م، 3/350 (بتصرف يسير).

(5) كشف المخدرات والرياض المزهرة لشرح أخصر المختصرات: عبد الرحمن البعلي الخلوقي الحنبلي، تحقيق: محمد بن ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 1423هـ/2002م، 2/590 (بتصرف يسير).

(6) ولذلك اقتصرنا بعض التعريفات على هذا القدر المتفق عليه. ينظر: التعريفات، م.س، ص.185؛ التعريفات الفقهية، م.س، ص.182؛ التوقيف على مهمات التعاريف، م.س، ص.282.

(7) ينظر: البحر الرائق، م.س، 3/137؛ مغني المحتاج، م.س، 4/277؛ المغني، م.س، 9/397.

2- تعريف الكفاءة في القانون الوضعي

عرّف أبو زهرة الكفاءة في الزواج بأنها: «المساواة بين الزوجين في أمور مخصوصة، يعتبر الإخلال بها مفسدا للحياة الزوجية.»⁽¹⁾. وهذا التعريف غير دقيق؛ لأن الكفاءة تراعى في الرجل فقط، فالمطلوب مساواته للمرأة، وليس العكس. ولذلك عرّفها محمد القضاة بأنها: «مساواة الزوج للزوجة في أمور مخصوصة مادية واجتماعية بحيث تتحقق السعادة الزوجية بينهما.»⁽²⁾

إذن فالكفاءة مطلوبة في الرجل دون المرأة، وهي حق لها ولأوليائها، وبهذا صرحت المادة 21 أحوال شخصية أردني⁽³⁾. أما الأمور المخصوصة فتتعلق ببعض المواصفات المادية والاجتماعية التي يكون الإخلال بها مفسدا للحياة الزوجية، وسببا للحرج والعار الذي يلحق الزوجة وأوليائها⁽⁴⁾.

ومما سبق يتبين لي اتفاق الفقه الإسلامي والفقه القانوني على تعريف الكفاءة بأنها مساواة الزوج لزوجته في أمور مخصوصة، وهذا يعني أن الكفاءة تراعى في الرجل دون المرأة. وأما تلك الأمور المخصوصة، فسيأتي تحديدها فيما يأتي من البحث.

ثانيا- حكم الكفاءة في عقد الزواج

المقصود بحكم الكفاءة في عقد الزواج هو بيان قيمتها الشرعية والقانونية في هذا العقد، هل هي شرط لصحته؟ أم شرط للزومه؟ أم ليست شرطا فيه أصلا؟

1- حكم الكفاءة في الفقه الإسلامي

بداية ينبغي أن أُتَبَّه إلى أن هناك قدرا من الكفاءة اتفق الفقهاء على اشتراطه لصحة الزواج، وهو شرط الإسلام لمن أراد أن يتزوج مسلمة، فغير المسلم لا يكون كفئا للمسلمة⁽⁵⁾.

فهذا القدر من الكفاءة في الدين هو الحد الأدنى المتفق عليه، ويتعلق بموانع الزواج أكثر مما يتعلق بالكفاءة؛ ولذلك لا يذكره الفقهاء في باب الكفاءة. أما ما زاد عن هذا القدر، من باقي المواصفات التي يتفاوت فيها أهل الإسلام، فهذا محل اختلاف بين الفقهاء على ثلاثة آراء:

(1) محاضرات في عقد الزواج وآثاره، م.س، ص.185؛ وينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي، م.س، 147/1.

(2) الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، 85/1؛ وينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، م.س، ص.105؛ شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، م.س، ص.101-102.

(3) نص المادة 21 كالاتي: «أ- يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفئا للمرأة في التدين والمال... ب- الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي، وتراعى عند العقد، فإذا زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج.»

(4) ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي، م.س، 147/1؛ الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية، م.س، 85/1.

(5) يقول ابن حجر في فتح الباري، م.س، 132/9: «اغْتَبَاهُ الْكَفَاءَةَ فِي الدِّينِ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، فَلَا تَحِلُّ الْمُسْلِمَةُ لِكَافِرٍ أَصْلًا.» وينظر: المبسوط، م.س، 45/5؛ التبصرة للخمّي، م.س، 2110/5؛ الشرح الكبير للدردير، م.س، 249/2؛ الحاوي الكبير، م.س، 255/9؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 660/2؛ المحلى بالآثار، م.س، 19/9.

الأول لا يعتبر الكفاءة شرطاً في الزواج أصلاً، والثاني يعتبرها شرطاً لصحته، والثالث يعتبرها شرطاً للزومه. وسأذكر هذه الآراء بشيء من الاختصار⁽¹⁾، ودون ذكر الأدلة، إذ سيأتي تفصيلها عند الكلام عن حكم الزواج المشوب بالتعريف في الكفاءة.

أ- الكفاءة ليست شرطاً في عقد الزواج

يقول أصحاب هذا الرأي بأن الكفاءة ليست شرطاً في عقد الزواج مطلقاً، لا لصحته ولا للزومه، بحيث ينعقد الزواج صحيحاً لازماً ما دام الزوج مسلماً، ولو كان أقل من زوجته في كل شيء؛ فالمسلمون كلهم متكافئون، بعضهم أكفاء بعض.

وهذا الرأي هو قول لبعض الحنفية⁽²⁾، وابن حزم من الظاهرية⁽³⁾. ونسبه البعض أيضاً إلى عُمَرَ، وابن مَسْعُودٍ، وعُمَرَ بن عبد العزيز، ومالك في رواية، والشافعي في قول. والصحيح أن هؤلاء لا ينكرون الكفاءة مطلقاً؛ وإنما يقصرونها على الديانة دون سائر الصفات⁽⁴⁾.

ب- الكفاءة شرط لصحة عقد الزواج

يقول أصحاب هذا الرأي بأن الكفاءة شرط لصحة الزواج، فإذا تزوجت المرأة بمن لا يكافئها فسد العقد وبطل، ووجب فسخه.

وهذا الرأي هو رواية عن أحمد بن حنبل، حيث قال: إِذَا تَزَوَّجَ الْمَوْلَى عَرَبِيَّةً فُرِّقَ بَيْنَهُمَا⁽⁵⁾. كما زوَّى هذا الرأي عن أبي حنيفة، وأختار بعض متأخري الحنفية هذه الرواية للفتوى، احتياطاً لحق المرأة في الكفاءة⁽⁶⁾. والمذهب عند الحنفية أيضاً اشتراط الكفاءة لصحة تزويج الصغيرة؛ إذا كان المزوج لها غير الأب والجدِّ، فلو زوجها غيرها بغير كفاء بطل النكاح⁽⁷⁾.

(1) للتفصيل في هذه المسألة تراجع المصادر المذكورة فيما يأتي من الهوامش. ويراجع كذلك: أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، م.س، ص 199-220؛ المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية: عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1993م، 329-325/6؛ الكفاءة في عقد الزواج: محمد زيدان زيدان، مقال منشور بمجلة الجامعة الإسلامية، مجلد 17، عدد 1، يناير 2009، ص 365-378. الكفاءة في الزواج وأثرها في انتشار الطلاق في المجتمع الجزائري: مسعود جمادي، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2007م، ص 41-68.

(2) قال به أبو بكر الجصاص، وأبو الحسن الكرخي. ينظر: المبسوط، م.س، 22/5-24؛ بدائع الصنائع، م.س، 317/2.

(3) يقول ابن حزم في المحلى، م.س، 151/9: «أهل الإسلام كلُّهم إخوة، لا يُحْرَمُ عَلَى ابْنٍ مِنْ زَوْجَتِهِ لِعَيْتَةِ نِكَاحِ ابْنَةِ الْخَلِيقَةِ الْهَاشِمِيِّ، وَالْقَاسِقُ الَّذِي بَلَغَ الْعَايَةَ مِنَ الْفِسْقِ، الْمُسْلِمُ، مَا لَمْ يَكُنْ زَانِيًا، كُفَاءً لِلْمُسْلِمَةِ الْفَاضِلَةِ، وَكَذَلِكَ الْفَاضِلُ الْمُسْلِمُ كُفَاءً لِلْمُسْلِمَةِ الْفَاسِقَةِ مَا لَمْ تَكُنْ زَانِيَةً.»

(4) ينظر: معالم السنن، م.س، 180/3؛ فتح الباري، م.س، 132/9؛ نيل الأوطار، م.س، 154/6؛ المغني، م.س، 388/9.

(5) روي ذلك أيضاً عن سفيان الثوري. ينظر: المغني، م.س، 387/9؛ معالم السنن، م.س، 181/3؛ فتح الباري، م.س، 132/9.

(6) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 206/4؛ الفتاوى الهندية، م.س، 292/1.

(7) ينظر: البحر الرائق، م.س، 145-144/3؛ حاشية ابن عابدين، م.س، 206/4.

ج- الكفاءة شرط للزوم عقد النكاح

يرى أصحاب هذا الرأي أن زواج المرأة بغير الكفاء هو عقد صحيح لكنه غير لازم؛ إذ يجوز لمن له الحق في الكفاءة من الزوجة وأوليائها طلب فسخه، كما يجوز لهما الرضا بنكاح غير الكفاء ابتداءً. وهذا رأى جماهير الفقهاء؛ فهو الأظهر عند الحنفية، والمشهور عند المالكية والشافعية والحنابلة⁽¹⁾. يقول الشافعي: «وَلَيْسَ نِكَاحٌ غَيْرِ الْكُفَاءِ مُحَرَّمًا فَأَرُدُّهُ بِكُلِّ حَالٍ، إِنَّمَا هُوَ نَقْصٌ عَلَى الْمُزَوَّجَةِ وَالْوَالِدَةِ، فَإِذَا رَضِيَتْ الْمُزَوَّجَةُ وَمَنْ لَهَا الْأَمْرُ مَعَهَا بِالنَّقْصِ لَمْ أَرُدَّهُ.»⁽²⁾

والراجح هو اعتبار الكفاءة شرطاً للزوم الزواج دون صحته؛ فهذا أوسط الآراء وأعدلها؛ وأقرها لتحقيق مقاصد الزواج، من استقرار الأسرة، ودوام العشرة بين الزوجين⁽³⁾.

2- حكم الكفاءة في القانون الوضعي

لم ينص القانون الجزائري والمغربي على موضوع الكفاءة في الزواج. وهذا يفتح المجال لعدة تفسيرات؛ فإما أن المشرعين الجزائري والمغربي يعترفان بالكفاءة، ولم يذكرها أحكامها اكتفاءً بالإحالة إلى أحكام الفقه الإسلامي، أو أنهما تركا الحرية للأفراد في اختيار ما يناسبهم بشأنها، نظراً لاختلاف الأعراف حول ما يُعتد به في الكفاءة من خصال⁽⁴⁾.

وإما أنهما لا يعتدان بها، ولا يشترطانها أصلاً؛ إما تأثراً بمذهب من لا يعتدُّ بها من فقهاء الشريعة، أو تأثراً بالأفكار الغربية الداعية للتسوية بين الجنسين في كل شيء، بحيث يعتبر الزوجان متساويان في كل الأحوال، مهما تباينت الفوارق المادية والاجتماعية بينهما. والتفسير الأقرب في نظري هو الثاني، أي عدم اشتراطها أصلاً؛ لأن شروط الزواج جاءت في القانونين محصورة ومحددة، ولا مجال لإضافة شروط أخرى إلا بنص قانوني صريح⁽⁵⁾.

(1) ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 291/3؛ الفتاوى الهندية، م.س، 290/1؛ الشرح الصغير للدردير، م.س، 400/2-401؛ منح الجليل، م.س، 324/3؛ أسنى المطالب، م.س، 139/3؛ مغني المحتاج، م.س، 270/4؛ المغني، م.س، 390/9.

(2) الأم، م.س، 16/5.

(3) يقول القرابي في الذخيرة، م.س، 211/4-212: «وَأَصْلُ اغْتِبَارِهَا [أي الكفاءة]، أَنَّ الْمَطْلُوبَ مِنَ النِّكَاحِ السُّكُونُ وَالْوُدُّ وَالْمَحَبَّةُ... وَنَفْسُ الشَّرِيفَةِ ذَاتُ الْمَنْصِبِ لَا تَسْكُنُ لِلْحَبِيسِ؛ بَلْ ذَلِكَ سَبَبُ الْعِدَاوَةِ وَالْفَقَنِ وَالْبَعْضَاءِ، وَالْعَارِ، عَلَى مَرِّ الْأَعْصَارِ فِي الْأَخْلَافِ وَالْأَسْلَافِ؛ فَإِنَّ مِقَابِرَةَ الدِّينِ تَضَعُ، وَمِقَابِرَةَ الْعُلِيِّ تَرْفَعُ. وَالْقَاعِدَةُ أَنَّ كُلَّ عَقْدٍ لَا يُحْصِلُ الْحِكْمَةَ الَّتِي شَرَعٌ لِأَجْلِهَا لَا يُشْرَعُ.» وينظر: شرح فتح القدير، م.س، 293/3؛ أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، م.س، ص. 220؛ الفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، م.س، 328/6-329.

(4) ينظر: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، م.س، ص. 104.

(5) وما يرجح هذا الاحتمال أن المشرع المغربي كان ينص على أحكام الكفاءة في مدونة الأحوال الشخصية القديمة الصادرة بتاريخ 22 نونبر 1957، ثم ألغى هذه الأحكام ولم ينص عليها في مدونة الأسرة الجديدة الصادرة بتاريخ 2004/2/3.

أما قانون الأحوال الشخصية الأردني فقد نص على الكفاءة، وفصّل أحكامها في المواد من 21 إلى 23، على غرار عدد من القوانين العربية⁽¹⁾. وعليه ستركز دراسة التعبير في الكفاءة في القانون الوضعي على ما جاء في القانون الأردني.

وقد اعتبر القانون الأردني الكفاءة شرطاً للزوم الزواج، حيث جاء في المادة 21/أ: «يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفوفاً للمرأة...»⁽²⁾ فإذا تم الزواج مع فقدانها لم يكن العقد لازماً لمن لم يرض بفقدانها، وله أن يطالب بفسخه، سواء في ذلك الزوجة أو الولي؛ لأن الكفاءة حق لهما. فإذا زوجت المرأة نفسها بغير كفاء حق لوليها أن يعترض، وإذا زوجها وليها بغير كفاء كان لها حق الاعتراض⁽³⁾. وتراعى الكفاءة وقت العقد، فلا يؤثر زوالها بعده، وبهذا صرحت المادة 21/ب⁽⁴⁾. فالكفاءة إذن شرط ابتداء لا شرط بقاء؛ إذ لو اشترط استمرار وجودها لأثر ذلك سلباً على استقرار الحياة الزوجية؛ إذ دوام الحال من الحال⁽⁵⁾.

وبعد استعراض حكم الكفاءة في القانون الأردني، يتبين بأنه أخذ برأي جماهير الفقهاء في اعتبارها شرطاً للزوم الزواج، وأنها تراعى وقت العقد لا بعده. وهذا خلافاً للقانونين الجزائري والمغربي الذين لم يشترطوا الكفاءة في الزواج أصلاً، ربما أخذاً بمذهب من لا يعتد بها من الفقهاء.

ثالثاً- الخصال المعتمدة في الكفاءة

1- الخصال المعتمدة في الكفاءة في الفقه الإسلامي

رغم أن جماهير الفقهاء متفقون على اعتبار الكفاءة في النكاح؛ إلا أنهم مختلفون اختلافاً كبيراً فيما يعد من خصالها حتى داخل المذهب الواحد. وسأتعرض هنا لذكر مذاهبهم باختصار.

أ- الحنفية: تعتبر الكفاءة عندهم في ستّ خصال هي: النّسب، والإسلام (أي إسلام الآباء)، والدّيانة، والمال، والصنعة (الحرفة)، واختلفوا في العقل (أي المجنون هل يكافئ العاقلة)⁽⁶⁾.

(1) ينظر المواد الآتية من قوانين الأحوال الشخصية العربية المتضمنة لأحكام الكفاءة: 26 إلى 32 سوري؛ 21 إلى 26 إماراتي؛ 34 إلى 39 كويتي؛ 20 إلى 24 سوداني؛ 31 إلى 35 قطري؛ 35 بحريني؛ 15 لبيي؛ 48 بحيني؛ 20 عماني.

(2) ومثائلها المواد: 26 سوري؛ 1/21 إماراتي؛ 34 كويتي؛ 35/أ بحريني؛ 31 قطري.

(3) ينظر: الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، 1/85-86؛ الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، م.س، ص. 108؛ شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي، م.س، 1/149.

(4) تنص المادة 21/ب على أن: «الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي، وتراعى عند العقد، فإن زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج.»

(5) ينظر: الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية، م.س، 1/89؛ شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي، م.س، 1/156-157.

(6) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 2/318-320؛ حاشية ابن عابدين، م.س، 4/209.

ب- المالكية: روي عن الإمام مالك أن الكفاءة مقصورة على الدين، وروي عنه أنها للدين والحال (أي السلامة من العيوب)، وزاد بعض المالكية الحرّية، وأوصلها آخرون إلى ستة، الثلاثة السابقة، والنسب والحسب والمال، وقد رجح المتأخرون الاقتصار على الثلاثة الأولى⁽¹⁾.

ج- الشافعية: الكفاءة عندهم معتبرة في خمسة خصال هي: السلامة من العيوب المثبتة للخيار، والحرّية، والنسب، والديانة، والحرفة، واختلفوا في اليسار، والأصح عدم اعتباره⁽²⁾.

د- الحنابلة: روي عن أحمد أن الكفاءة في الدين والمنصب (الحسب والنسب). والمشهور في المذهب أنها خمسة؛ الأمران السابقان، والحرّية، والصنعة، واليسار. وهذا هو الرواية الثانية⁽³⁾.

والراجح هو اعتبار الديانة في الكفاءة؛ لتضافر النصوص الشرعية على مراعاتها، كقوله تعالى:

﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور، 3]، وقوله ﷺ: (إِذَا خَطَبَ إِلَيْكُمْ مِنْ تَرْصُونٍ دِينُهُ وَخَلْقُهُ فَزَوِّجُوهُ)⁽⁴⁾.

وأما عدا الديانة من الخصال فيرجع فيها إلى أعراف الناس، فكل خصلة يتفاخرون بها في أمر الزواج، ويترتب عن تخلفها لحوق العار بالزوجة والأولياء⁽⁵⁾؛ اعتبرت في الكفاءة، دون حصر لتلك الخصال في عدد أو نوع معين⁽⁶⁾؛ لعدم وجود نص صريح صحيح في ذلك؛ ولأن أعراف الناس تتغير بتغير الزمان والمكان⁽⁷⁾.

2- الخصال المعتمدة في الكفاءة في القانون الوضعي

نص قانون الأحوال الشخصية الأردني على أن الخصال المعتمدة في الكفاءة هي التدين والمال. فجاء في المادة 21/أ أنه: «يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفئاً للمرأة في التدين والمال، وكفاءة المال أن يكون الزوج قادراً على المهر المعجل ونفقة الزوجة.» كما نص أيضاً على مراعاة التناسب بين الزوجين في السن، وإن لم يصرح باعتباره من الكفاءة⁽⁸⁾، حيث جاء في المادة 11 أنه:

(1) ينظر: الذخيرة، م.س، 212/4؛ منح الجليل، م.س، 323/3؛ الشرح الصغير الدردير، م.س، 399/2-400.

(2) ينظر: أسنى المطالب، م.س، 137/3؛ مغني المحتاج، م.س، 277/4.

(3) ينظر: المغني، م.س، 391/9؛ المبدع في شرح المقنع، م.س، 124/6-125؛ كشاف القناع، م.س، 2423/7-2424.

(4) سبق ترجمته، ص.21.

(5) قال التسولي في البهجة، م.س، 415/1: «المُعْتَبَرُ [أي في الكفاءة] هُوَ الْمَعْرَةُ بِحَسَبِ الْعَادَةِ فِي الْبَلَدِ وَالْأَشْخَاصِ وَالْأَزْمَانِ.»

(6) قال بعض الفقهاء رداً على حصر الكفاءة في ست خصال: - قَالُوا الْكِفَاءَةُ سِتَّةٌ فَأَجَبْتَهُمْ ... قَدْ كَانَ هَذَا فِي الزَّمَانِ الْأَقْدَمِ.

- أَمَا بَنُو هَذَا الزَّمَانِ فَإِنَّهُمْ ... لَا يَعْرِفُونَ سِوَى يَسَارِ الدَّرَجَةِ.

- ينظر: حاشية البجيرمي على الخطيب، م.س، 412/3؛ إعانة الطالبين، م.س، 378/3.

(7) ينظر في هذا المعنى: أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، م.س، ص.236-238.

(8) صرحت بعض قوانين الأحوال الشخصية بأن تناسب السن من الكفاءة. ينظر المواد: 36 كويتي؛ 2/21 إماراتي؛ 35/د بحريني.

«يمنع إجراء العقد على امرأة إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين عاماً⁽¹⁾؛ إلا بعد أن يتحقق القاضي من رضاها واختيارها.»

ومن خلال ما سبق بيانه، يظهر جلياً أن القانون الأردني ضيق من عدد الخصال المعتمدة في الكفاءة، فصرح باثنتين: الديانة التي اتفق الفقهاء على اعتبارها، والمال الذي نص عليه الحنفية واختلف فيه باقي الفقهاء. وأوماً إلى مراعاة التناسب في السن، خلافاً للمشهور في سائر المذاهب الفقهية من عدم مراعاته. وكان الأفضل في نظري لو أطلق القانون الأمر في خصال الكفاءة، ولم يقيد بها بعدد معين، وذلك بأن ينص على مراعاة أعراف الزوجين بناءً على الرأي الراجح في الفقه الإسلامي، والذي أخذت به عدد من القوانين العربية⁽²⁾.

الفرع الثاني

التغيير في خصال الكفاءة

بعد ذكر الخصال المعتمدة في الكفاءة إجمالاً في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، سأتكلم في هذا الفرع عن التغيير في كل واحدة من تلك الخصال بشيء من التفصيل؛ باستثناء الحرية، والسلامة من العيوب؛ أما الحرية فلعدم وجود العبودية في زماننا، وأما السلامة من العيوب فسيأتي الكلام عنها في مطلب مستقل (التغيير في العيوب الزوجية).

أولاً - التغيير في الديانة

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة⁽³⁾ على مراعاة الديانة أو التدين⁽⁴⁾ في الكفاءة، ولم يخالف في ذلك إلا محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة⁽⁵⁾.

والصحيح هو اعتبارها من الكفاءة؛ لتضافر نصوص الشرعية على مراعاتها كما سبق.

(1) في تزويج القاصرة يشترط ألا يتجاوز الفارق 15 سنة، حسب المادة 4/4 من تعليمات قاضي القضاة المتعلقة بتزويج القصر.

(2) جاء في المادة 35/ب بحريني قولها: «العبرة في الكفاءة بالصلاح في الدين وكل ما قام العرف على اعتباره.» وينظر في معناها المواد: 22 إماراتي؛ 15/ج لبيبي؛ 28 سوري. ويراجع: شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي، م.س، 156/1-157.

(3) ينظر: البحر الرائق، م.س، 141/3-142؛ التنف في الفتاوى، م.س، 1/305؛ منح الجليل، م.س، 3/324؛ أسنى المطالب، م.س، 3/138؛ العزيز شرح الوجيز، م.س، 7/576؛ المغني، م.س، 9/391، 397؛ الفروع، م.س، 8/234.

(4) يُقصد بالديانة أو التدين في الكفاءة: التَّقْوَى وَالرُّهْد، وَالصَّلَاح وَالِاسْتِقَامَة، وهي ضد الفُسُوق. ينظر: البحر الرائق، م.س، 3/141-142؛ منح الجليل، م.س، 3/324؛ مغني المحتاج، م.س، 4/274؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 2/649.

(5) جاء في بدائع الصنائع، م.س، 2/320: «قَالَ مُحَمَّدٌ: لَا تُعْتَبَرُ الْكِفَاةُ فِي الدِّينِ؛ لِأَنَّ هَذَا مِنْ أُمُورِ الْآخِرَةِ، وَالْكَفَاةُ مِنْ أَحْكَامِ الدُّنْيَا، فَلَا يُقَدِّحُ فِيهَا الْفُسُوقُ إِلَّا إِذَا كَانَ شَيْئًا فَاحِشًا، بَأَنَّ كَانَ الْفَاسِقُ مِمَّنْ يُسْحَرُ مِنْهُ، وَيُضْحَكُ عَلَيْهِ، وَيُصَفَّعُ، فَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يُهَابُ مِنْهُ بَأَنَّ كَانَ أَمِيرًا قِتَالًا يَكُونُ كُفْمًا؛ لِأَنَّ هَذَا الْفُسُوقُ لَا يُعَدُّ شَيْئًا فِي الْعَادَةِ، فَلَا يُقَدِّحُ فِي الْكَفَاةِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْفَاسِقَ إِذَا كَانَ مُعْلَبًا لَا يَكُونُ كُفْمًا، وَإِنْ كَانَ مُسْتَبْرَأً يَكُونُ كُفْمًا.»

وبناءً عليه فلا يكون الفاسق كُفُفًا للعفيفة الصالحة؛ سواء كان فسقه مُعْلَنًا أم لا، وسواء كان ذلك بترك الفرائض، كالصلاة والصيام، أو بفعل المنكرات، كالزنا وشرب الخمر. كما لا يكون المبتدع كُفُفًا للسنيّة؛ كأصحاب البدع الضالة، المخالفة لعقيدة أهل السنة⁽¹⁾. كالمعتزلة، والخواج، والشيعية، وغيرها من البدع التي لم تبلغ حدّ الكفر⁽²⁾، فإن بلغته امتنع الزواج أصلاً⁽³⁾.

ومن صور التعبير في صفة الديانة ما يأتي:

1- إدعاء الخاطب أو تظاهره أمام المخطوبة أو أولياءها أنه من أهل الاستقامة والصلاح، وبعد العقد يظهر أنه بعكس ذلك، كأن يكون تاركًا للصلاة، أو زانيًا، أو معاقراً للخمر والمخدرات، أو لصا سارقاً، أو مرابياً مستغرق الذمة بالمال الحرام، أو كثير الأيمان بالطلاق⁽⁴⁾. فهذا تعبير مؤثر في لزوم العقد عند فقهاء المذاهب الأربعة⁽⁵⁾.

2- إدعاء الخاطب أو تظاهره بأنه من أهل السنّة، ثم يتبين بعد العقد أنه بخلاف ذلك، كأن يكون شيعياً، أو معتزلياً، أو خارجياً⁽⁶⁾، وغير ذلك من فرق المبتدعة. فهذا تعبير مؤثر في العقد عند فقهاء المذاهب الأربعة، حيث قالوا بمنع تزويج السنية من أهل البدع، وأن من غرّ منهم أهل السنّة

(1) قال ابن حجر الهيتمي في الفتاوى الفقهية الكبرى، م.س، 101/4: «صَرَّحُوا بِأَنَّ الْمُبْتَدِعَ لَيْسَ كُفُفًا لِلْسُّنِّيَّةِ، وَلَا مَعْنَى لِلْمُبْتَدِعِ إِلَّا مُعْتَقِدُ مَذْهَبٍ مِنْ مَذَاهِبِ أَهْلِ الْبِدْعَةِ، فَالْإِعْتِقَادُ بِمُجَرَّدِهِ مَانِعٌ لِمُكَافَأَتِهِ لِلْسُّنِّيَّةِ.»

(2) قال ابن عابدين في حاشيته، م.س، 178/7: «الصَّحِيحُ فِي الْمُعْتَزَلَةِ وَالرَّافِضَةِ وَعَبْرِهِمْ مِنَ الْمُبْتَدِعَةِ، أَنَّهُ لَا يُكْفَرُ بِكُفْرِهِمْ، وَإِنْ سَبُّوا الصَّحَابَةَ، أَوْ اسْتَحْلَوْا قَتْلَنَا بِشِبْهِهِ دَلِيلٍ، كَالْخَوَارِجِ الَّذِينَ اسْتَحْلَوْا قَتْلَ الصَّحَابَةِ، بِخِلَافِ الْغُلَاةِ مِنْهُمْ، كَالْقَائِلِينَ بِالنُّبُوَّةِ لِعَلِيٍّ، وَالْقَائِدِينَ لِلصِّدِّيقَةِ، فَإِنَّهُ لَيْسَ لَهُمْ شِبْهُهُ دَلِيلٌ فَهُمْ كُفَّارٌ.» وينظر: البيان والتحصيل، م.س، 201/17.

(3) قال ابن تيمية: «من سبَّ السلف من الروافض فليس بكفء ولا يُزَوَّج، ومن رمى عائشة رضي الله عنها بما برأها الله منه فقد مرق من الدين، ولم ينعد له نكاح على مسلمة؛ إلا أن يتوب ويظهر توبته، وهذا في الجملة قول عمر بن عبد العزيز، وعاصم الأحول، وغيرهما من التابعين.» ينظر: الصارم المسلول على شاتم الرسول: ابن تيمية، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، نشر الحرس الوطني السعودي، السعودية، (د.ط، د.ت)، ص.568.

(4) ذكر المالكية أن من كان زانياً أو سكيراً، أو كُلُّ كسبه حراماً، أو كثير الأيمان بالطلاق؛ فلا يكون كففاً؛ لأن المرأة تتضرر من مخالطته ومعاشرته، فقد تقلده في معصيته، وتأكل من كسبه الحرام، أو تقع في الزنا معه؛ لأنَّ الغالب على من يكثر الحلف بالطلاق أن يحنث ويتمادى معها. ينظر: التبصرة للحمي، م.س، 1819/4؛ مواهب الجليل، م.س، 461/3؛ البهجة شرح التحفة، م.س، 412/1-413؛ النوازل الجديدة الكبرى، م.س، 382/3.

(5) يقول الخطّاب في مواهب الجليل، م.س، 461/3: «قَالَ حَوْزِرٌ مَنَادٍ: مَنْ كَانَ مَعْرُوفًا بِالزَّيْنِ، أَوْ بَعِيْرِهِ مِنَ الْمُسُوْقِ مُعْلَنًا بِهِ، فَتَزَوَّجَ إِلَى أَهْلِ بَيْتِ سَيِّرٍ، وَعَزَّهْمُ مِنْ نَفْسِهِ، فَلَهُمُ الْخِيَارُ فِي الْبُقَاءِ مَعَهُ وَفِرَاقِهِ، وَذَلِكَ كَعَيْبٍ مِنَ الْعِيُوبِ.» وينظر: تفسير القرطبي، م.س، 171/12؛ البحر الرائق، م.س، 145/3؛ الفتاوى الهندية، م.س، 291/1؛ الفتاوى الفقهية الكبرى، م.س، 100/4؛ مجموع الفتاوى، م.س، 43/32.

(6) مثال ذلك أن يكون منتبياً للجماعات التكفيرية الإرهابية، كالقاعدة، وداعش، وبوكو حرام وغيرها. وقد جاء في فتاوى البرزلي، م.س، 317/2-318 سؤال عن: «سُنِّيَّةٌ تَزَوَّجَتْ خَارِجِيًّا جَهْلًا [أي دون علمها بمعتقده الفاسد]، فلما علمت طلبت فراقه، فقال: أرجع عن مذهبي، ولم يرجع إلى الآن؟» فكان جوابه: «إن لم يتب فُزِّقَ بينهما؛ لأنه يُخْشَى منه أن يفتنهما ويُفسد دينها.»

حتى زَوْجُوهُ، فَهَلَمْ فَسَخَ الْعَقْدَ لِلتَّغْيِيرِ. يَقُولُ ابْنُ تَيْمِيَّةَ: «لَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ أَنْ يُنْكَحَ مُوَلِّيَّتَهُ رَافِضِيًا، وَلَا مَنْ يَتْرُكُ الصَّلَاةَ، وَمَنْ يَزْوَجُهُ عَلَى أَنَّهُ سَيُّي يَصْلِي، فَصَلَّى الْخَمْسَ، ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ رَافِضِي، أَوْ لَا يُصَلِّي، أَوْ عَادَ إِلَى الرَّفْضِ وَتَرَكَ الصَّلَاةَ؛ فَإِنَّهُمْ يَفْسُخُونَ النِّكَاحَ.»⁽¹⁾

وفي القانون الأردني يُعْتَدُ بالتدين في الكفاءة (م21/أ)، ويكفي في ذلك العدالة الظاهرة، فالفاسق المستهتر ليس كُفْفًا للصالحة المتدينة⁽²⁾. فإذا وقع التغيير في ذلك من قِبَلِ الخاطب، بأن ادعى أنه متدين فيظهر فاسقا مستهترا، فإن هذا التغيير يؤثر في لزوم العقد، ويعطي للمغرور (الزوجة أو الولي) حق الفسخ⁽³⁾. وهذا ما تضمنته المادة 22/ب التي جاء فيها: «إذا اشترطت الكفاءة حين العقد، أو أخبر الزوج، أو اصطنع ما يوهم أنه كفء، ثم تبين أنه غير ذلك؛ فلكل من الزوجة والولي حق طلب فسخ الزواج...»⁽⁴⁾

أما القانون المغربي فلم ينص على الكفاءة في الزواج أصلا؛ إلا أن نصه على أحكام التغيير في الزواج عموما (م63) يجعل التغيير في خصال الكفاءة داخلا تحت ذلك العموم. فمن تزوج امرأة مدعيا أنه متدين، فتبين بعد العقد أنه بخلاف ذلك، فإن للزوجة حق الفسخ؛ لأنه دلّس عليها؛ سواء شرطت كونه متدينا أم لا، ما دامت تلك الصفة المدعاة كذبا هي الدافع لها لقبول الزواج به؛ ولكن حق الفسخ يثبت للمرأة دون الأولياء⁽⁵⁾.

وبعد استعراض حكم التغيير في الديانة، يتبين لي أن الفقه الإسلامي والقانون الأردني متفقان حول اعتبار الديانة من خصال الكفاءة، وأن الفاسق ليس كُفْفًا للصالحة، وأنه إذا حصل تغيير في ذلك، فلا يكون العقد لازما للمغرور، سواء كانت زوجة أو وليا. أما القانون المغربي وإن لم ينص على الكفاءة أصلا، فإن نصه على حكم التدليس عموما يسمح بفسخ العقد إذا حصل تغيير في صفة التدين؛ لكن هذا الحق يثبت للزوجة المغرورة، ولا يثبت لأولياها.

(1) مجموع الفتاوى، م.س، 43/32. وينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 167/5؛ المدونة، م.س، 177/1؛ تبصرة الحكام، م.س، 15/2؛ المعيار المعرب، م.س، 276/3؛ المغني، م.س، 397/9؛ موقف أهل السنة والجماعة من أهل الأهواء والبدع: إبراهيم الرحيلي، مكتبة الغرباء الأثرية، المدينة النبوية، السعودية، ط1، 1415هـ، 373/1-388.

(2) ينظر: الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، 86/1؛ المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي، م.س، ص.118.

(3) ينظر: الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، 86/1.

(4) ومثائلها في المعنى المواد الآتية: 24 إماراتي؛ 38 كويتي؛ 35/ج بحريني؛ 34 قطري؛ 15/د لبي؛ 32 سوري.

(5) جاء في قرار المجلس الأعلى المغربي رقم 674، بتاريخ 21 ماي 1994: «ما دامت المرأة المتدينة إذا عقد عليها زوجها، ثم تبين لها أنه فاسق، فإن من حقها المطالبة بتطبيقها عن طريق القضاء.» نقلا عن شرح مدونة الأسرة، م.س، ص.290-291. ويلاحظ بأن القرار حكم بالتطبيق بسبب الضرر، وفقا للمدونة الملغاة. أما المدونة الجديدة فتقتضي الحكم بالفسخ للتدليس.

ثانيا- التغيير في النسب والحسب

التغيير في صفة النسب والحسب⁽¹⁾ له عدة صور منها:

1- إدعاء الخاطب نسباً معيناً، وزعمه أنه فلان ابن فلان، ثم يتبين بعد العقد أنه بلا نسب شرعي ثابت، كأن يكون لقيطاً مجهول النسب، أو ابن زنا. وقد يتم هذا التغيير مثلاً بتزوير بطاقات الهوية، أو شهادات الميلاد، أو غير ذلك من وسائل التغيير.

2- إدعاء الخاطب أو تظاهره بأنه من بني فلان، أو من قبيلة كذا وكذا ممن عُرفوا بالشرف والرفعة، والمكانة المرموقة، ثم يظهر أنه بخلاف ذلك، كأن يكون الأمر مجرد تشابه في الألقاب.

فإذا ادعى الخاطب نسباً معيناً، فظهر بعد الزواج أنه ابن زنا، أو أنه أدنى نسباً مما ادعاه، بحيث لا يكون كفتاً لنسب الزوجة؛ فهذا تغيير مؤثر في العقد عند فقهاء المذاهب الأربعة، فيثبت الخيار للزوجة والأولياء⁽²⁾. أما إذا ظهر نسب الخاطب بخلاف ما ادعاه؛ لكنه كفاء للمرأة، بأن يكون مساوياً لها، أو أدنى منها نسباً دون أن يقدر ذلك في كفاءته، فلا خيار للمرأة ولا لأولياءها عند المالكية والشافعية والحنابلة؛ لعدم فقد الكفاءة. وعند الحنفية ووجه عند الحنابلة أنه يثبت الخيار للمرأة دون الأولياء. وذهب أبو يوسف من الحنفية إلى أن للمرأة الخيار ولو ظهر نسبه أرفع من نسبها؛ لأنها قد تقصد النسب الأقل؛ لعجزها عن المقام مع الأرفع نسباً منها⁽³⁾. وثبت الخيار في الحالتين الأخيرتين إنما هو بسبب التغيير، وليس لفقد الكفاءة⁽⁴⁾.

وبالنسبة للقانون الوضعي لم يرد النص على اعتبار النسب من خصال الكفاءة في القانون الأردني، فلا يُتصور عنده حصول التغيير في النسب كخصلة في الكفاءة. أما القانون المغربي فإن نصه على التدليس في الزواج (م63 أسرة) يشمل بعمومه حالة تغيير الزوج في نسبه؛ إذا كانت الزوجة إنما قبلت الزواج به لأجل ذلك النسب الذي ادعاه.

(1) يُقصد بالنسب: القرابة، وانتماء الشخص إلى أصول معلومة، من الآباء والأجداد، وأنه من بني فلان، أو قبيلة علان. أما الحسب فيقصد به: ما للشخص أو آباءه وأجداده من مآثر، وصفات حميدة، ترفع من قدر صاحبها وتعلي من شأنه، كالعلم والصلاح، والكرم والشجاعة. فالنسب معلوم النسب إلى الأب، والحسب صاحب الجاه والحشمة والمنصب. ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 297/3؛ الذخيرة، م.س، 214/4؛ فتح الباري، م.س، 135/9؛ المطلع على ألفاظ المقنع، م.س، ص.387.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 321/2؛ البحر الرائق، م.س، 137/3؛ البيان والتحصيل، م.س، 126/5؛ منح الجليل، م.س، 409/3؛ الأم، م.س، 90/5؛ المغني، م.س، 449/9.

(3) ينظر: البحر الرائق، م.س، 137/3؛ منح الجليل، م.س، 409/3؛ الأم، م.س، 90/5؛ المغني، م.س، 449/9.

(4) يقول ابن عابدين في حاشيته، م.س، 167/5: «ثُبُوتُ حَقِّ الْفُسْخِ لَهَا لِتَغْيِيرِهَا لِإِعْدَمِ الْكِفَاءَةِ؛ بِدَلِيلِ أَنَّهَا لَوْ ظَهَرَ كُفْئًا يَثْبُتُ لَهَا حَقُّ الْفُسْخِ لِأَنَّهَا عَرَفَتْهَا، وَلَا يَثْبُتُ لِلْأَوْلِيَاءِ لِأَنَّ التَّغْيِيرَ لَمْ يَحْصُلْ لَهُمْ، وَحَقَّقَهُمْ فِي الْكِفَاءَةِ، وَهِيَ مَوْجُودَةٌ، وَعَلَيْهِ فَلَا يَلْزَمُ مِنْ ثُبُوتِ الْخِيَارِ لَهَا فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ ظُهُورُهُ غَيْرَ كُفٍّ.»

ثالثاً- التغيير في المال

اختلف الفقهاء في المال، هل يُعتبر في الكفاءة أم لا؟ فالمعتمد عند المالكية، والأصح عند الشافعية عدم اعتباره. والمذهب عند الحنفية، والمشهور عند الحنابلة اعتباره. واختلف المعتمدون لكفاءة المال في المقصود بها؛ فقيل: هي كون الزوج قادراً على المهر والنفقة، فالفقير الذي يملك المهر والنفقة كفاء للغنية، وهذا مذهب الحنفية والحنابلة. وقيل: أن يكون ماثلاً للزوجة في الغنى واليسار، وهو رواية عن أبي حنيفة. وقيل: أن يكون بحيث لا يُعَيَّرَ عليها عادتاً في النفقة حين كانت في بيت أبيها⁽¹⁾.

أما القانون الأردني فأخذ بمذهب الحنفية والحنابلة، فاعتبر المال من خصال الكفاءة، وفسرته المادة 21/أ بقولها: «... وكفاءة المال أن يكون الزوج قادراً على المهر المعجل ونفقة الزوجة.»

ومن صور التغيير في صفة المال أن يدَّعي الخاطب أنه غني موسر، أو يتصنَّع الغنى، فيظهر بمظهر الأغنياء في لباسه وركوبته، وكل ذلك إما مُستأجر أو مسروق، وقد يستظهر وثائق مزورة بأموال موهومة، فتغتر به المخطوبة ووليها فيزوجونه، ثم تنكشف حقيقته، ويتبين أنه فقير معسر، أو مفلس، أو أقل مالا مما ادَّعاه.

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة تبعاً لاختلافهم في اعتبار المال من خصال الكفاءة؛ فمن لم يعتبره منها لم يثب للمرأة وأولياتها الخيار في فسخ النكاح. أما من اعتبر المال في الكفاءة، فقد أجاز للمرأة وأولياتها فسخ النكاح إذا ظهر الزوج المغرر غير كفاء لها، كأن يكون فقيراً عاجزاً عن النفقة، أو يكون أقل منها مالا، على قول من اشترط المساواة في الغنى⁽²⁾.

والراجع هو إثبات الخيار بسبب التغيير الذي صدر عن الزوج، خاصة إذا ظهر فقيراً عاجزاً عن الوفاء بحقوق الزوجة من مهر ونفقة؛ لأن ذلك يلحق الضرر بها في منعها حقها، وقد تضطر للإففاق من مالها، وربما كان قصد الزوج المغرر أن يُتلف مالها بهذه الكيفية⁽³⁾.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 319/2؛ شرح فتح القدير، م.س، 300/3؛ حاشية الدسوقي، م.س، 249/2؛ حاشية الصاوي، م.س، 400/2؛ مغني المحتاج، م.س، 276/4؛ المبدع في شرح المقنع، م.س، 125/6.

(2) جاء في حاشية ابن عابدين، م.س، 167/5: «لَوْ تَزَوَّجْتَهُ عَلَى أَنَّهُ... قَادِرٌ عَلَى الْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ، فَبَانَ بِخِلَافِهِ... كَانَ لَهَا الْخِيَارُ.» وقال ابن القيم في زاد المعاد، م.س، 465/5: «وَالَّذِي تَفْتَضِيهِ أَصُولُ الشَّرِيعَةِ وَقَوَاعِدُهَا... أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا عَزَّ الْمَرْأَةَ بِأَنَّهُ ذُو مَالٍ فَتَزَوَّجْتَهُ عَلَى ذَلِكَ فَظَهَرَ مُغْدِمًا لَا شَيْءَ لَهُ... أَنَّ لَهَا الْفُسْحَ.» وينظر: البحر الرائق، م.س، 137/3؛ المغني، م.س، 449/4.

(3) ذكر الونشريسي في المعيار العربي، م.س، 113/3-114: أن الفقيه أبا محمد بن خرزج سئل عن تزوج فتاة بتيمة، ودفع لها المهر، ودعا إلى البناء؛ ثم أفلس وأحاطت الديون بماله، والبيّمة ذات مال وكرهتُه، فأجاب بقوله: «إن كان عَزَّهَا بماله، ولم تعلم بديونه، فلها رُدُّ النكاح؛ لأنه غير كفاء؛ لاغتراق الديون لماله.»

وفي قانون الأحوال الشخصية الأردني (م/22/ب) يثبت حق الفسخ للمرأة وأوليائها إن غرّر الزوج بوضعيته المالية، بحيث ظهر بعد العقد أنه عاجز عن معجل المهر والنفقة⁽¹⁾. أما مدونة الأسرة المغربية فعموم نصها في التديس في الزواج (م/63) يشمل تغيير الزوج في وضعيته المالية؛ إذا اشترطت فيه الزوجة وضعية معينة فظهر دونها، أو أخبر كذبا بغناه فظهر فقيرا، فلها المطالبة بفسخ العقد، ولو كان فقره لا يُعجزه عن المهر والنفقة.

ويتبين مما سبق أن القانون الأردني قد أخذ بالمذهب الحنفي، في أن التغيير بالمال يثبت للمرأة وأوليائها حق الخيار، إذا ظهر الزوج عاجزا عن المهر والنفقة، أما القانون المغربي، فأجاز للزوجة دون أوليائها طلب الفسخ للتغيير في المال، لا على أساس فقد الكفاءة وإنما على أساس التغيير.

رابعاً- التغيير في الحرفة

اختلف الفقهاء في اعتبار الحرفة⁽²⁾ من خصال الكفاءة؛ فالمعتمد في المذهب المالكي عدم اعتبارها. أما بقية المذاهب الفقهية فيرون اعتبارها، فدو الحرفة الدنيئة لا يُكافئ من حرفتها أو حرفة أبيها شريفة؛ لأنّ الناس يتفاخرون بشرف الحرف، ويتعيرون بدناءتها؛ لكنهم اختلفوا في تحديد الحرف المتكافئة والحرف غير المتكافئة، وأرجع بعضهم تحديدها للعرف، فما عدّه العرف حرفاً متكافئاً فهو كذلك؛ وإلا فلا⁽³⁾.

ومن صور التغيير في الحرفة أن يدعي الخاطب أن حرفته أو وظيفته كذا وكذا من الحرف الشريفة في نظر العرف، ككونه طبيبا، أو محاميا، أو أستاذا، أو قاضيا... ثم يتبين بعد العقد أنه يعمل في مهنة مبتدلة في عرف الناس، كالبواب، والحمال، وعامل النظافة... الخ

فعند جمهور الفقهاء الذين يعتدّون بالحرفة، تعتبر هذه الصورة تغييرا بالكفاءة، إذا ظهر أن الزوج لا يكافئ المرأة لدناءة حرفته، فيثبت للزوجة وأوليائها خيار الفسخ؛ ولأن ما ذكره الخاطب من الكفاءة المكذوبة في الحرفة هو كالشرط، وتختلف الشرط يوجب الخيار⁽⁴⁾.

(1) ينظر: الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، 91/1-92.

(2) يُقصد بالحرفة أو الصنعة في الكفاءة: العمل والمهنة التي يمارسها الشخص لكسب رزقه، بغض النظر عن نوعها، كالصناعة، والزراعة، والتجارة، والوظائف الحكومية وغيرها.

(3) ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 301/3-302؛ حاشية الدسوقي، م.س، 249/2؛ مغني المحتاج، م.س، 275/4؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 650/2.

(4) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 208/4، 167/5؛ المحيط البرهاني، م.س، 28/3؛ أسنى المطالب، م.س، 178/3؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 672/2.

أما القانون الأردني فلم يرد فيه نص على اعتبار الحرفة من خصال الكفاءة، فلا يُتصور فيه حصول التغير في الحرفة. أما القانون المغربي فعموم نصه في التدليس في الزواج (م63) يشمل حالة تغير الزوج في حرفته، كأن يدعي أنه طبيب، أو أستاذ، أو قاضٍ، فيظهر بخلاف ذلك، أو أنه بلا وظيفة أصلاً، فللزوجة فسخ العقد إذا كانت إنما قبلت الزواج به لأجل تلك الوظيفة المزعومة.

وعليه يمكن القول بأن القانون الأردني قد أخذ بالمعتمد لدى المالكية من عدم مراعاة الحرفة في الكفاءة، وبالتالي عدم تأثير التغير فيها. أما القانون المغربي فجعل هذا التغير مؤثراً، وبالتالي يتفق ظاهرياً مع رأي الجمهور، أي يتفق معهم في حكم التغير دون حكم الكفاءة.

خامساً- التغير في السن

والمعتمد عند فقهاء المذاهب الأربعة هو عدم اعتبار تقارب السن⁽¹⁾ في الكفاءة؛ فالشيخ كفاء للشابة ولو كان في عمر أبيها أو جدها؛ ولذلك لم يذكروا السن في خصال الكفاءة⁽²⁾. وفي وجه عند الشافعية أن الشَّيْخَ لا يكون كفوًّا للشابة⁽³⁾.

وقد يُستدل لمراعاة تقارب السن بما رُوِيَ عَنْ بُرَيْدَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: (خَطَبَ أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فَاطِمَةَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إِنَّهَا صَغِيرَةٌ، فَخَطَبَهَا عَلِيٌّ، فَزَوَّجَهَا مِنْهُ)⁽⁴⁾.

فالحديث يدل على أن المقاربة بين الزوجين في السن من الأمور المرعية؛ لكونها أقرب إلى الألفة والمودة. فلا ينبغي أن يُترك ذلك إلا لما هو أعلى منه، كأن يكون للزوج فضل يُجْبِرُ ذلك، فلا بأس بالتفاوت في السن عندئذ. ولذلك تزوج النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عائشة رضي الله عنها وهي بنت ست

(1) يُقصد بالتقارب في السن بين الزوجين، عدم وجود تفاوت كبير في عمرهما. وقد حدد الماوردي في الحاوي الكبير، م.س، 106/9 هذا التفاوت بكون أحدهما في أول العمر (شباب)، والآخر في آخره (شيخ). ونص قانون الأحوال الشخصية الأردني (م11) على أن التفاوت الكبير هو أن يكون الخاطب أكبر من المخطوبة بأكثر من عشرين سنة.

(2) ينظر: البحر الرائق، م.س، 143/3؛ الذخيرة، م.س، 212/4؛ مغني المحتاج، م.س، 276/4؛ المغني، م.س، 449/9.

(3) قال الماوردي في الحاوي الكبير، م.س، 106/9: «الشرط السادس: هو السن مما لم يختلفا في طرفيه، فهو غير معتبر في الكفاءة؛ فيكون الحدث كفوًّا للشباب، والشاب كفوًّا للكهل، والكهل كفوًّا للشيخ. ولكن إذا اختلفا في طرفيه، فكان أحدهما في أول سنه، كالغلام والجارية، والآخر في غاية سنه، كالشيخ والعجوز، ففي اعتباره في الكفاءة وجهان: أحدهما: أنه شرط معتبر؛ فلا يكون الشيخ كفوًّا للطفلة، ولا العجوز كفوًّا للطفل؛ لما بينهما من التناهي والتباين؛ ولأن مع غايات السن تقل الرغبة ويعدم المقصود بالزوجية. والوجه الثاني: غير معتبر؛ لأنه قد يطول عمر الكبير ويقصر عمر الصغير...» واعتبار السن من الكفاءة هو قول القاضي الرُّوْيَانِي من الشافعية. ينظر: حاشية الرملي على أسنى المطالب، م.س، 139/3.

(4) سنن النسائي، م.س، كتاب النكاح، باب تزوج المرأة مثلها في السن، 62/6، حديث رقم: 3221؛ صحيح ابن حبان، م.س، كتاب إخباره صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن مناقب الصحابة، باب ذكر الإخبار عما قال المصطفى صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لأبي بكر، 399/15، حديث رقم: 6948. وقال عنه الحاكم في المستدرک، م.س، 181/2: «هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ، وَلَمْ يُجْرَحْ».

سنين، وهو فوق الخمسين. وأما أبو بكر وعمر، فلا يُنكر فضلها؛ إلا أنّ لعلّي زيادة فضل عليهما بالنسبة لفاطمة، لكونه مقاربا لها في السن، وهو الذي يحقق الغرض من الزواج⁽¹⁾.

وروي عن عمر رضي الله عنه أنه: (أُتِيَ بِامْرَأَةٍ شَابَّةٍ زَوْجُهَا شَيْخًا كَبِيرًا فَفَقَلْتُهُ، فَقَالَ: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ، اتَّقُوا اللَّهَ، وَابْتَئُوا مِنَ الرِّجَالِ لِمَتِّهِ مِنَ النِّسَاءِ، وَابْتَئُوا مِنَ النِّسَاءِ لِمَتِّهِنَّ مِنَ الرِّجَالِ.»⁽²⁾ ولذلك استحَب الفقهاء مراعاة المماثلة في السن، وأن تُزَوَّجَ الشَّابَّةُ من شاب مثلها، ويكره للولي تزويجها لشيخ كبير هرم، وذكروا أنه من التَّغْفِيلِ أَنْ يَنْزَوِّجَ الشَّيْخُ فَتَاةً شَابَّةً⁽³⁾.

والراجح هو مراعاة التقارب في السن بين الزوجين؛ لما له من تأثير كبير في استقرار الحياة الزوجية، على أن يكون الحق في ذلك خاصا بالزوجة دون الأولياء، فإذا رضيت الزوجة أن تتزوج من يكبرها فلا حق للأولياء في الاعتراض. ويترك تحديد مقدار التفاوت المؤثر للعرف.

وقد نص القانون الأردني على ضرورة مراعاة التقارب في السن بين الزوجين، فمِنع القاضي من إجراء عقد زواج المرأة بمن يكبرها، حتى يتأكد من رضاها، فالمادة 11 تقول: «يُمنع إجراء العقد على امرأة إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين عاما؛ إلا بعد أن يتحقق القاضي من رضاها واختيارها.» وتعليق إجراء العقد هنا على رضا المرأة وحدها، يدل على أن التناسب في السن حق خاص بها دون الأولياء⁽⁴⁾.

وبعد عرض موقف الفقه والقانون من التعبير في السن، يتبيّن بوضوح أن القانون الأردني خالف المعتمد في المذاهب الأربعة، وأخذ بالقول المذكور وجها عند الشافعية في مراعاة تناسب السن بين الزوجين؛ لأنه أدعى للتفاهم والانسجام بينهما، وبالتالي نجاح الزواج، بخلاف التباين الذي يؤدي غالبا لسوء التفاهم، وضياع مصلحة الزوجة الشابة، بسبب عجز زوجها الهرم عن إعفافها⁽⁵⁾.

ومن صور التعبير في السن أن يدعي الخاطب أنه صغير السن، فيظهر بمظهر الشباب، وربما زوّر شهادة الميلاد لهذا الغرض، وقد يستخدم وسائل التَّجَمُّلِ والزَّيْنَةِ؛ ليُزِيلَ أو يُخْفِيَ مظاهر الهرم

(1) ينظر: حاشية السندي على سنن النسائي، م.س، 62/6؛ ذخيرة العقبى في شرح المحتجى: محمد بن آدم الإثيوبي، دار آل بروم للنشر والتوزيع، ط1، 2003، 58/27.

(2) سنن سعيد بن منصور، م.س، 243/1، الأثر رقم: 810.

(3) ينظر: البحر الرائق، م.س، 87/3؛ القوانين الفقهية، م.س، ص. 132؛ الذخيرة، م.س، 214/4؛ تحفة المحتاج، م.س، 279/7؛ نهاية المحتاج، م.س، 256/6؛ مطالب أولي النهى، م.س، 11/5؛ كشف القناع، م.س، 2361/7.

(4) صرحت بعض قوانين الأحوال الشخصية بكون التناسب في السن حقا خاصا بالزوجة. ينظر المواد: 36 كويتي؛ 35/د بحريني.

(5) ينظر: الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية، م.س، 61/1؛ شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي، م.س، 134/1.

والشيخوخة، كصبغ الشيب بالسواد، وإزالة التجاعيد بالجراحة التجميلية، وغيرها من الطرق الاحتيالية التي تهدف إلى إخفاء السن الحقيقي للشخص.

والمعتمد في المذاهب الفقهية الأربعة أن هذا التغيير مع كونه محرماً شرعاً، فلا يؤثر في لزوم العقد، ولا يُثبت للزوجة المغرورة خيار الفسخ؛ لأنّ التناسب في السن ليس من خصال الكفاءة عندهم. والشيخوخة ليست عيباً ولا عاراً في الإنسان. أما من ذهب إلى اعتبار التقارب في السن من خصال الكفاءة (وجه عند الشافعية)، فينبغي وفقاً لرأيهم إثبات الخيار للزوجة المغرورة إذا كان التفاوت في السن كبيراً، كأن تكون شابة وهو شيخ. ولا يثبت الخيار للزوج إن كان هو المغرور؛ لأنّ الكفاءة تراعى في الرجل دون المرأة.

والذي يظهر لي هو إثبات الخيار لكلا الزوجين بالتغيير بالسن إذا كان التفاوت كبيراً، ليس لأجل فقد الكفاءة فقط؛ بل لأجل العيب أيضاً، فإن الهرم والشيخوخة في أحد الزوجين عيب يُنقّر الزوج الشاب عادة. فليس من العدل أن يلزم بالبقاء مع زوج شيخ مُغرّر يُنقّر منه⁽¹⁾.

وقد رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: (أَعْلِنُوا هَذَا النِّكَاحَ، وَاجْعَلُوهُ فِي الْمَسَاجِدِ، وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِاللُّدُوفِ، وَلْيُؤْمَرِ أَحَدُكُمْ وَلَوْ بِشَاةٍ، فَإِذَا حَطَبَ أَحَدُكُمْ امْرَأَةً وَقَدْ حَضَبَ بِالسَّوَادِ فَلْيُعْلِمْهَا وَلَا يَغُرَّنْهَا)⁽²⁾. ورُوي: (أَنَّ رَجُلًا تَزَوَّجَ عَلَى عَهْدِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَكَانَ قَدْ حَضَبَ بِالسَّوَادِ، فَفَصَلَ خِضَابُهُ، وَظَهَرَ شَيْبُهُ، فَرَفَعَهُ أَهْلُ الْمَرْأَةِ إِلَى عُمَرَ، فَرَدَّ نِكَاحَهُ، وَأَوْجَعَهُ ضَرْبًا، وَقَالَ: غَرَزْتُ الْقَوْمَ بِالسَّبَابِ، وَلَبَسْتُ عَلَيْهِمْ شَيْبَكَ)⁽³⁾.

وبالنسبة للقانون الجزائري فإنه لم يتعرض لمسألة التقارب في السن، إلا أنّ القضاء حكم بعدم جواز التطليق لكبر سن الزوج⁽⁴⁾. أما القانون المغربي والأردني فالتغيير في سن الزوج يكون مؤثراً في العقد؛ فإذا تظاهر الخاطب بأنه أقل من عمره الحقيقي، فتزوجته المرأة مغترّة بمظهره الشبابي المزيف، فلها أن تطالب بفسخ العقد للتغيير، وهذا واضح من المادة 63 مغربي. وهو ما يمكن فهمه أيضاً من المادة 11 أردني التي تعلق إجراء عقد زواج المرأة بمن يكبرها بأكثر من عشرين سنة على تحقق

(1) نقل المرادوي في الإنصاف، م.س، 199/8 عن أبي البقاء العكبري قوله: «لو ذهب ذاهب إلى أن الشيخوخة في أحدهما يُفسخ بها لم يبعد.» ومقصوده اعتبار الشيخوخة عيباً يثبت بها خيار الفسخ للتغيير. وينظر: الشرح الممتع، م.س، 221/12.

(2) السنن الكبرى للبيهقي، م.س، كتاب الصداق، باب ما يستحب من إظهار النكاح، 473/7، حديث رقم: 14699؛ وقد وضعه البيهقي لضعف أحد رواياته وهو: عيسى بن ميثم. وذكر الألباني في إرواء الغليل، م.س، 50/7، أن الجملة الأولى من الحديث (أَعْلِنُوا هَذَا النِّكَاحَ) صحيحة، وبقية الحديث ضعيف.

(3) أورد هذا الأثر أبو حامد الغزالي في إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت، دون معلومات النشر، 143/1. ولكن لم يذكر سنده ولا من رواه، ولم أجده في كتب الأحاديث والآثار المشهورة، ولم يُخرجه العراقي في تحريجه للإحياء، فكأنه لا أصل له.

(4) ينظر: قرار المجلس الأعلى، غ.أ.ش، ملف رقم: 42681، بتاريخ: 1986/11/3، المجلة القضائية 1989، عدد 2، ص.94.

القاضي من رضاها واختيارها، وهذا يقتضي علمها بالعمر الحقيقي للزوج الكبير⁽¹⁾. فإذا رضيت بعمره المزيف كان رضاها معيبا، وكان لها الحق في المطالبة بالفسخ للتغيير في السن.

ومن خلال ما سبق عرضه حول التغيير في السن، يتبين أنّ المشهور في المذاهب الأربعة هو عدم اعتبار هذا التغيير مؤثرا في الزواج؛ والقضاء الجزائري أخذ بهذا الرأي، بخلاف القانونين المغربي والأردني اللذين أخذوا بالرأي الراجح فقهيًا، والذي يعتبر التغيير في السن مؤثرا في لزوم الزواج.

سادسا- التغيير في المستوى العلمي

المعتمد في المذاهب الفقهية الأربعة هو عدم الاعتداد بالمستوى العلمي⁽²⁾ في الكفاءة؛ فالجاهل كفاء للعالم؛ ولذلك لم يذكروا العلم في خصال الكفاءة⁽³⁾. وذهب بعض فقهاء الشافعية إلى اعتبار التقارب في العلم من خصال الكفاءة، فلا يكون الجاهل كُفئًا للعالم⁽⁴⁾.

وقد يُستدل لمراعاة المستوى العلمي في الكفاءة بقوله تعالى: ﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الزمر، 9]. فالعلم أشرف المناصب والمراتب⁽⁵⁾، وهو أصل كل حسب، والناس يتفاخرون بالعلم، ويشرفون بالانتساب إليه، ويتعبرون بالجهل ويتبرؤون منه. وقد ذكر الحنفية والشافعية في كفاءة الحرفة، أن التاجر والبزاز ليس كُفئًا لبنت عالم أو بنت قاض⁽⁶⁾. كما ذكر الحنفية في كفاءة النسب أن العالم العجمي كفاء للجاهل العربية والعلوية، والعالم الفقير كفاء للغني الجاهل؛ لأنّ شرف العلم فوق شرف النسب والمال⁽⁷⁾.

(1) جاء في المادة 2/21 أحوال شخصية إماراتي قولها: «إذا كان الخاطبان غير متناسبين سنا؛ بأن كانت سن الخاطب ضعف سن المخطوبة أو أكثر، فلا يعقد الزواج إلا بموافقة الخاطبين وعلمهما، وبعد إذن القاضي...»

(2) يُقصد بالمستوى العلمي في باب الكفاءة كون الزوج مساويا أو مقاربا للزوجة في درجة التحصيل العلمي. بحيث لا يكون بينهما تفاوت كبير في المستوى العلمي والمعرفي، كالجاهل الأمي يخاطب العالم، أو صاحب المستوى التعليمي الابتدائي يخاطب الجامعية صاحبة الشهادات العليا.

(3) ينظر: البحر الرائق، م.س، 143/3؛ الذخيرة، م.س، 212/4؛ مغني المحتاج، م.س، 276/4؛ المغني، م.س، 449/9.

(4) قال شهاب الدين الرملي في حاشيته على أسنى المطالب، م.س، 139/3: «قَالَ الرَّوَّايِيُّ: وَالشَّيْخُ لَا يَكُونُ كُفئًا لِلشَّابَّةِ وَالْجَاهِلِ لِلْعَالِمَةِ. قَالَ صَاحِبُ الرَّوْضَةِ [النووي]: وَهُوَ ضَعِيفٌ. قَالَ [الأردبيلي] فِي الْأَنْوَارِ: وَهَذَا التَّضْعِيفُ فِي الْجَاهِلِ وَالْعَالِمَةِ ضَعِيفٌ؛ لِأَنَّ عِلْمَ الْآبَاءِ إِذَا كَانَ شَرَفًا لِلْأَوْلَادِ فَكَيْفَ يَعْلَمُهُمْ؟ وَلِأَنَّ الْحَرْفَةَ تُرْعَى فِي الرَّوْجَةِ مَعَ أَنَّهَا لَا تُوَارِي الْعِلْمَ، وَقَدْ قَطَعَ بِمُؤَافَقَةِ الرَّوَّايِيِّ شَارِحُ مُخْتَصَرِ الْجَوَائِبِ وَغَيْرُهُ. قَالَ شَيْخُنَا: وَالْمُعْتَمَدُ مَا فِي الْأَنْوَارِ.» وينظر: نهاية المحتاج، م.س، 259/6.

(5) يقول صديق حسن خان: «وأعلى الصنائع المعترية في الكفاءة في النكاح على الإطلاق: العلم؛ لحديث: (العلماء ورثة الأنبياء).» ينظر: الروضة الندية شرح الدرر البهية: صديق حسن خان، تحقيق: علي حسن عبد الحميد، دار ابن القيم للنشر والتوزيع، الرياض/ دار ابن عفان للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 2003م، 149/2؛ نيل الأوطار، م.س، 155/6.

(6) ينظر: النهر الفائق شرح كنز الدقائق، م.س، 223/2؛ تحفة المحتاج، م.س، 282/7؛ نهاية المحتاج، م.س، 259/6.

(7) ينظر: البحر الرائق، م.س، 140/3؛ حاشية ابن عابدين، م.س، 218/4.

والراجع في نظري هو مراعاة المستوى العلمي في الكفاءة، على أن يعطى الحق في ذلك للمرأة دون الأولياء. وبشرط أن يكون العرف جاريا على مراعاته، كما هو الحال في زماننا، حيث تستنكف الفتاة الجامعية غالبا عن الزواج برجل جاهل، ويشق عليها ذلك جدا، وقد تعير بذلك في بعض المناطق.

ومن صور التغير في المستوى العلمي أن يدعي الخاطب كذبا أنه ذو علم وفقه، أو يزعم زورا أنه حاصل على شهادات عليا في تخصصات علمية معينة، وربما استظهر بشهادات مزورة عن تلك الدرجات العلمية المزعومة. وبعد العقد تتبين حقيقته، ويظهر أنه جاهل أممي، أو أن مستواه دون ما ادعاه بكثير. وحكم هذا التغير هو نفسه حكم التغير في السن. فالمعتمد في المذاهب الأربعة أنه غير مؤثر في العقد؛ لعدم اعتباره في الكفاءة عندهم⁽¹⁾. أما الذين يعتبرونه فيها، كبعض الشافعية، فللزوجة وفق رأيهم خيار الفسخ إذا غرّها الزوج بمستواه العلمي، وتبين أنه دونها علما بكثير.

والراجع في نظري هو إثبات الخيار للمغرور في المستوى العلمي؛ لأنّ هذا الأخير يُعدّ صفة مرغوبة في هذا الزمان، وتتم مراعاة الناس له في عقودهم، فكان التغير فيه موجبا للخيار؛ كالتغير في أي صفة مرغوبة أخرى.

وفي القانون المغربي يُعدّ التغير في المستوى العلمي مؤثرا في الزواج، فيعطي للمغرور حق طلب الفسخ ليس على أساس فقد الكفاءة، وإنما على أساس التغير (م63). أما القانون الأردني فلا يكون التغير في المستوى العلمي مؤثرا في لزوم العقد؛ لعدم الاعتداد به في خصال الكفاءة (م21). وبهذا يتبين أنّ القانون المغربي يوافق ظاهريا ما ذهب إليه بعض الشافعية من تأثر الزواج بالتغير في المستوى العلمي، بينما يوافق القانون الأردني المعتمد في المذاهب الأربعة من عدم تأثره بذلك.

سابعا- التغير في الجمال

المعتمد في المذاهب الأربعة هو عدم الاعتداد بالجمال⁽²⁾ في الكفاءة؛ فالقبيح كفاء للجميلة؛ ولذلك لم يذكروا الجمال في خصال الكفاءة⁽³⁾. وذهب بعض الشافعية إلى اعتبار الجمال في

(1) قال الحجاوي في الإقناع، م.س، 195/3: «وَإِنْ غَرَّهَا بِنَسَبٍ، فَبَانَ دُونَهُ، وَكَانَ ذَلِكَ مُجَالاً بِالْكَفَاءَةِ، فَلَهَا الْحَيَاةُ... وَإِنْ لَمْ يُجَلَّ بِهَا فَلَا خِيَارَ، أَشْبَهَ مَا لَوْ شَرَطْتَهُ فَبَانَ بِخِلَافِهِ... فَلَا خِيَارَ لَهَا»؛ لَأَنَّهُ مِمَّا لَا يُعْتَبَرُ فِي الْكَفَاءَةِ، فَلَا يُؤَثِّرُ اشْتِرَاؤُهُ وَلَا التَّغْيِيرُ فِيهِ. وينظر: المغني، م.س، 449/9؛ مطالب أولي النهى، م.س، 136/5.

(2) الجمال لغة: الحسن والبهاء. (تاج العروس، م.س، 236/28). والمقصود به في باب الكفاءة أن يكون الرجل مساويا أو مقاربا للمرأة في جمال الخلق، وحسن الصورة، واعتدال القوام. فالقبيح لا يكافئ الجميلة.

(3) ينظر: البحر الرائق، م.س، 143/3؛ الذخيرة، م.س، 212/4؛ مغني المحتاج، م.س، 276/4؛ المغني، م.س، 449/9.

الكفاءة؛ فالرجل الدميم القبيح المنظر، أو المشوّه الصورة، أو الفاحش الطول أو القصر، أو المفرط النحافة أو السمن؛ ليس كفتا للمرأة الجميلة المعتدلة الأوصاف⁽¹⁾.

وقد يُستدل لما ذهب إليه بعض الشافعية بما روي عن عُمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: (لَا تُكْرَهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الرَّجُلِ الْقَبِيحِ، فَإِنَّهُنَّ يُحِبُّنَ مَا تُحِبُّونَ)⁽²⁾. فالجمال صفة مرغوبة في كل من الزوج والزوجة، وهي مما يؤلّد المحبة والمودة بين الزوجين، ويساعد على إعفافهما؛ ولذلك استحب الفقهاء للولي أن يختار لوليته زوجا جميلا، وكَرَهُوا له أن يزوجه رجلا قبيحا⁽³⁾.

ومن صور التعبير في الجمال أن يكون الخاطب قبيحا دميما، فيستعمل أدوات الزينة ومواد التجميل؛ لإخفاء أوصافه القبيحة، وإظهار الجمال الموهوم الخادع، الذي سرعان ما ينكشف بعد العقد أو الدخول. ومن ذلك مثلا: صبغ الشعر ووصله بغيره، أو لبس الشعر المستعار؛ لإخفاء عيوب الشعر، كالصلع والشيب. أو وضع الأصباغ على الوجه لإخفاء اللون الحقيقي للبشرة، أو لبس العدسات الملونة، لإخفاء عيوب العين، وغير ذلك من أساليب التعبير.

ففي المعتمد عند فقهاء المذاهب الأربعة لا يؤثر هذا التعبير في عقد الزواج، ولا يثبت للمغرور الخيار؛ لأن الجمال لا يعتبر من صفات الكفاءة عندهم، مثله مثل السن والعلم. أما على رأي بعض الشافعية المعتدين بصفة الجمال، فإن التعبير فيها يؤثر في العقد، ويثبت الخيار.

والراجح هو إثبات الخيار بسبب التعبير في صفة الجمال للزوجة المغرورة دون أوليائها؛ بل يثبت الخيار للزوج إذا غرته الزوجة بجمالها المصطنع، وذلك إذا تبين أن المغرّر منهما قبيح قبحا منفرا عادة؛ لأن ذلك بمنزلة العيب، وتدلّيس العيوب يوجب الخيار.

وقد روي: (أَنَّ رَجُلًا حَاصِمًا إِلَى الْقَاضِي شُرَيْحٍ، فَقَالَ لَهُ: إِنَّ هَؤُلَاءِ قَالُوا لِي: إِنَّا نُرَوِّجُكَ بِأَحْسَنِ النَّاسِ، فَجَاؤُونِي بِامْرَأَةِ عَمَشَاءَ. فَقَالَ: إِنْ كَانَ ذَلِكَ عَلَيْكَ عَيْبًا لَمْ يَجُزْ)⁽⁴⁾.

(1) قال الخطيب الشيرازي في معني المحتاج، م.س، 276/4: «وَلَا يُعْتَبَرُ أَيْضًا [في الكفاءة] الْجَمَالُ وَالْبَلَدُ، وَلَا السَّلَامَةُ مِنْ عَيْبٍ آخَرَ مُنْفَرٍ، كَالْعَمَى وَالْقَطْعَ، وَتَشْوُّهُ الصُّوْرَةَ، وَإِنْ اِعْتَبَرَهَا الرُّوْيَانِيُّ... قَالَ فِي زِيَادَةِ الرُّوْضَةِ: وَلَيْسَ الْبُخْلُ وَالْكَرْمُ، وَالطُّوْلُ وَالْقِصْرُ مُعْتَبَرًا. قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَفِيمَا إِذَا أَفْرَطَ الْقِصْرُ فِي الرَّجُلِ نَظْرًا، وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يُجَوِّزَ لِلْأَبِّ تَرْوِيحَ ابْنَتِهِ بِمَنْ هُوَ كَذَلِكَ، فَإِنَّهُ مِمَّنْ تُعَيَّرُ بِهِ الْمَرْأَةُ.»

(2) سنن سعيد بن منصور، م.س، 244/1، رقم: 811؛ مصنف ابن أبي شيبة، م.س، 49/4، الأثر: 17667؛ مصنف عبد الرزاق، م.س، 158/6، رقم: 10339. والأثر منقطع؛ لأنه يرويه عروة عن عمر، ولم يسمع منه. ينظر: مسند الفاروق؛ إسماعيل بن كثير، تحقيق: إمام بن علي بن إمام، دار الفلاح، الفيوم، مصر، ط1، 2009م، 137/2، (التحقيق، هامش 1).

(3) قال البهوتي في كشف القناع، م.س، 2361/7: «يُسْتَحَبُّ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُزَوِّجَ ابْنَتَهُ أَنْ يَنْظُرَ لَهَا شَابًّا مُسْتَحْسَنَ الصُّوْرَةَ، وَلَا يُزَوِّجُهَا دَمِيمًا [أي قبيحا].» وجاء في الفتاوى الهندية، م.س، 2361/7: «التَّصِيحَةُ أَنْ يُرَاعِيَ الْأَوْلِيَاءُ الْمُجَانَسَةَ فِي الْحُسْنِ وَالْجَمَالِ.» وينظر: البحر الرائق، م.س، 87/3؛ القوانين الفقهية، م.س، ص.132؛ الذخيرة، م.س، 214/4.

(4) مصنف عبد الرزاق، م.س، 245/6، الأثر رقم: 10685.

فقد اعتبر القاضي شُرَيْحَ الْعَمَشِ⁽¹⁾ قُبْحًا يُنَافِي الْجَمَالَ، وجعله عيبًا يُوجِبُ تَدْلِيْسَهُ الْخِيَارَ. وأفتي بعض المالكية فيمن تزوج امرأة بيضاء، وهو رجل أسود البشرة، وكان قد غَرَّهم في لون بشرته، أن لها ولوليتها خيار الفسخ، ولو لم تشترط صراحة كون الزوج أبيضاً؛ لأن العرف كالشرط، إذا كان عرفهم يقتضي أن البيضاء ليست من مناحح السُّود، وأن المعرَّة تلحقها⁽²⁾. وفي القانون المغربي يكون التعبير بإخفاء الخاطب لقبحه، وتظاهره بالجمال المصطنع مؤثراً في العقد، ويعطي الزوجة حق المطالبة بالفسخ ليس على أساس فقد الكفاءة، وإنما على أساس التدليس، وهذا الحق يثبت للزوج أيضاً في حال تغيير الزوجة بجمالها؛ لأنَّ المادة 63 أسرة جاءت بصيغة عامة تشمل التغيير في كل المواصفات المؤثرة في الرضا بالزواج، ومنها الجمال. أما القانون الأردني فلا يكون التغيير في الجمال مؤثراً في لزوم العقد؛ لعدم اعتباره من خصال الكفاءة (م21). وبهذا يتبين أنَّ القانون المغربي يوافق ظاهرياً ما ذهب إليه بعض الشافعية من تأثر الزواج بالتغيير في الجمال، بينما يوافق القانون الأردني المعتمد في المذاهب الأربعة من عدم تأثره بذلك.

المطلب الثالث

التغيير في العيوب الزوجية

سأبين هنا حقيقة العيوب الزوجية (الفرع الأول)، وصور التغيير فيها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حقيقة العيوب الزوجية

سأتكلم في هذا الفرع عن تعريف العيوب الزوجية (أولاً)، وعددها (ثانياً).

أولاً- تعريف العيوب الزوجية

سأحاول هنا تعريف العيوب⁽³⁾ الزوجية في كل من الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي.

1- تعريف العيوب الزوجية في الفقه الإسلامي

لم أجد من عرّف العيوب الزوجية في الفقه الإسلامي؛ باستثناء ما ورد عن الشافعية من قولهم: «عَيْبُ النِّكَاحِ هُوَ: مَا يُجِلُّ بِمَقْصُودِهِ الْأَصْلِيّ، كَالْتَنْفِيرِ عَنِ الْوَطْءِ، وَكَسْرِ الشَّهْوَةِ.»⁽⁴⁾

(1) الْعَمَشُ: ضَعْفُ رُؤْيَةِ الْعَيْنِ مَعَ سِيلَانِ دَمْعِهَا فِي أَكْثَرِ أَوْقَاتِهَا، وَيُقَالُ لِلرَّجُلِ أَعْمَشٌ، وَلِلْمَرْأَةِ عَمَشَاءُ. لسان العرب، م.س، 6/320.

(2) ينظر: النوازل الجديدة الكبرى، م.س، 3/475؛ المسالك في شرح موطأ مالك: أبو بكر بن العربي، قرأه وعلّق عليه: محمد بن الحسين

السُّلَيْمَانِي، وعائشة بنت الحسين السُّلَيْمَانِي، دار العَرَبِ الْإِسْلَامِي، بيروت، ط1، 2007م، 5/464.

(3) سبق تعريف العيوب لغة في هذا البحث، ص.43.

(4) حاشية الجمل على شرح المنهج، م.س، 3/126، حاشية قليوبي، م.س، 2/245. وينظر: نهاية المحتاج، م.س، 4/25.

ووفقا لهذا التعريف يعتبر عيبا في الزواج: كل خلل أو نقص يوجد في أحد الزوجين أو كليهما، مما تخلو منه الحلقة السوية للإنسان، سواء كان هذا الخلل بدنيا أو عقليا، بشرط أن يؤدي إلى تفويت المقاصد الأصلية للزواج، كالاستمتاع والإحصان. ويؤخذ على هذا التعريف أنه ركز على مقصد الاستمتاع، والأولى تعميم التعريف ليشمل كل مقاصد الزواج.

وقد صاغ المعاصرون تعريفات متقاربة، تدور حول هذا المعنى، كتعريف محمد مصطفى شليبي له بأنه: «نقصان بدني أو عقلي في أحد الزوجين، يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة، أو قلقة لا استقرار فيها.»⁽¹⁾

2- تعريف العيوب الزوجية في القانون الوضعي

تناولت قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة موضوع العيوب الزوجية؛ لكنها لم تعرفها، وتركت ذلك للفقهاء. وقد حاول فقهاء القانون تعريفها، فقال محمد أحمد القضاة بأنها: «ما يعتري الزوج أو الزوجة أو كليهما من نقص أو علة، ظاهرة أو باطنة، بدنية أو عقلية، تمنع استمتاع أحد الزوجين بالآخر بالحياة الزوجية استمتعا كاملا، أو لا يمكن لأحد الزوجين المقام مع الآخر مع وجوده إلا بالضرر والأذى.»⁽²⁾

وهذا تعريف فيه شيء من الطول، فلو اختصر لكان أفضل، على نحو ما قال معوض عبد التواب في تعريفه لعب النكاح بأنه: «نقص بدني أو عقلي في أحد الزوجين، يمنع من تحصيل مقاصد الزواج، والتمتع بالحياة الزوجية.»⁽³⁾

ويتبين مما سبق أنّ العيوب الزوجية في اصطلاح فقهاء الشريعة وخاصة المعاصرين منهم، لا يختلف في المعنى عن تعريف فقهاء القانون الوضعي؛ بل تكاد تكون التعريفات متطابقة.

ثانيا: عدد العيوب الزوجية

اختلفت المذاهب الفقهية في تحديد عدد العيوب الزوجية المبيحة للتفريق بين الزوجين، والخلاف أيضا موجود في قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة. وهذا ما سأبيّنه في هذا العنصر.

(1) أحكام الأسرة في الإسلام، م.س، ص.567. وينظر: التفريق بالعيوب بين الزوجين والآثار المترتبة عليه، دراسة مقارنة: وفاء بنت علي الحمدان، مكتبة كنوز المعرفة، ط1، 1999م، ص.163-164.

(2) الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد، م.س، 180/2؛ وينظر: أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، م.س، 1/236.

(3) الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، م.س، 1/172.

1- عدد العيوب الزوجية في الفقه الإسلامي

اختلفت المذاهب الفقهية في تحديد عدد العيوب الزوجية المحوّزة للتفريق بين الزوجين؛ فقد حصرها بعضهم في عدد معين، وأطلقها آخرون دون تحديد.

أ- القول بحصر العيوب الزوجية

هذا القول هو المشهور في المذاهب الأربعة؛ لكن أصحابه مختلفون في تعداد تلك العيوب، على النحو الآتي:

أ.أ- مذهب الحنفية

منع الحنفية التفريق بين الزوجين بسبب عيوب المرأة مطلقاً، فلا يجوز عندهم للزوج طلب التفريق لعيب في زوجته مهما كان نوع العيب، فإن شاء أمسك وإن شاء طلق. أما المرأة فيحق لها طلب التفريق لعيب في زوجها؛ لكنهم مختلفون في تعداد عيوب الزوج. فقصرها أبو حنيفة وأبو يوسف في العيب المانع من الوطء، وهو العنة⁽¹⁾ وما في حكمها، كالجب⁽²⁾، والتأخذ⁽³⁾، والخصاء⁽⁴⁾، والخنثوة⁽⁵⁾. وزاد محمد بن الحسن العيوب المضرة التي لا يمكن للزوجة المتقام معها إلا بضر⁽⁶⁾، كالجنون، والجدام⁽⁷⁾، والبرص⁽⁸⁾، فيكون مجموع العيوب عندهم سبعة.

(1) العنة: هي العجز عن الجماع، والمصاب بها يُسمى عنيّناً، أو مُعترِضاً، وهو من له ذكر؛ لكن لا يستطيع أن يجامع زوجته في القُبُل، وإن رغب في ذلك واشتهاه، إما لشدة صغر ذكره، أو لعدم انتصابه، وقد يكون ذلك بسبب مرض، أو سحر، أو هرم. ينظر: البحر الرائق، م.س، 4/133؛ شرح حدود ابن عرفة، م.س، ص.168؛ مغني المحتاج، م.س، 4/345.

(2) الجب: هو قطع جميع الذكر مع الخصيتين أو دونهما، ويُلقب بالمَجْبُوب من حلق بغير ذكر أصلاً، وكذا من كان ذكره صغيراً جداً لا يمكن الجماع به، وكذلك من قُطع أكثر ذكره، ولم يبق منه ما يمكن به الجماع، فإن بقي من ما يمكن به الجماع، فليس مجبُوباً. ينظر: البحر الرائق، م.س، 4/133؛ الذخيرة، م.س، 4/428؛ مغني المحتاج، م.س، 4/340.

(3) التأخذ، أو التأييد: مصدر أخذ، بمعنى قيد وربط، ويطلق على حبس السحرة للأزواج عن جماع زوجاتهم، ويسمى المسحور مربوطاً. ينظر: لسان العرب، م.س، 3/472.

(4) الخصاء: هو قطع الخصيتين (أي بجلدهما)، أو سألهما (مع بقاء الجلدة)، أو رَضُّهُمَا (قطع عروقهما حتى تموتان)، مع بقاء الذكر. وقال المالكية: الخصاء قطع الذكر أو الخصيتين، والصحيح أن قطع الذكر جبّ وليس خصاءً. ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 4/302؛ شرح حدود ابن عرفة، م.س، ص.168؛ أسنى المطالب، م.س، 2/56؛ المبدع في شرح المقنع، م.س، 6/171.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 2/327؛ شرح فتح القدير، م.س، 4/305؛ الميسوط للسرخسي، م.س، 5/95.

(6) الجدّام: مرض النهائي مزمن، يصيب الجلد والأعصاب، والأغشية المخاطية، تسببه بكتيريا من نوع العصيات، تسمى عصيات هانس، وينتقل عن طريق التماس المباشر مع المريض، ويؤدي إلى إتلاف الأعصاب الطرفية، ويترك تشوهات شديدة، وليس له دواء شاف. ينظر: موسوعة الأمراض التناسلية والبولية الجلدية: إسماعيل الحسيني، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2004م، ص.283؛ موسوعة صحة العائلة: تأليف مجموعة من الأطباء تحت إشراف الدكتور توني سميث، ترجمة مجموعة من الأخصائيين ومراجعة الدكتور جميل الحلبي، دار العلم للملايين، بيروت، ط4، 2008م، ص.583.

(7) البرص: هو ما يسمى بالمهق، وهي حالة جلدية نادرة وموروثة، حيث لا تتمكن الخلايا القتامينية من إنتاج القيتامين، فيصبح جلد المصاب وشعره شديد البياض، وتكون عيونهم قرنفلية أو زرقاء فاتحة. ينظر: موسوعة صحة العائلة، م.س، ص.262.

أ.ب- مذهب المالكية

أجاز المالكية لكلا الزوجين طلب الفسخ بثلاثة عشر عيباً⁽¹⁾؛ يشترك الزوجان في أربعة: الجُنُونُ، والجُدَامُ، والبَرَصُ، والعَدِيْطَةُ⁽²⁾، ويختصُّ الرَّجُلُ بأربعة: الجَبُّ، والخِصَاءُ، والإِعْتِرَاضُ⁽³⁾، والعُنَّةُ، وتختصُّ المرأة بخمسة: الرَّتْقُ⁽⁴⁾، والقَرْنُ⁽⁵⁾، والعَقْلُ⁽⁶⁾، والإِفْضَاءُ⁽⁷⁾، ويَخْرُجُ الفَرْجُ⁽⁸⁾.

أ.ج- مذهب الشافعية

أجاز الشافعية لكل من الزوج والزوجة طلب الفسخ بعيوب محددة، وهي عندهم سَبْعَةٌ⁽⁹⁾؛ يشترك الزوجان في ثلاثة: الجُنُونُ، والجُدَامُ، والبَرَصُ، ويختصُّ الرَّجُلُ باثنين: الجَبُّ، والعُنَّةُ، وتختصُّ المرأة باثنين: الرَّتْقُ، والقَرْنُ.

أ.د- مذهب الحنابلة

أجاز الحنابلة لكلا الزوجين طلب الفسخ لثمانية عيوب؛ يشترك الزوجان في ثلاثة: الجُنُونُ، والجُدَامُ، والبَرَصُ، ويختصُّ الرَّجُلُ باثنين: الجَبُّ، والعُنَّةُ، وتختصُّ المرأة بثلاثة: الرَّتْقُ، والقَرْنُ، والعَقْلُ. وزاد المتأخرون: الخِصَاءُ، والفَتَقُ، وبَخْرُ الفَمِ والفَرْجِ، واستِطْلَاقُ⁽¹⁰⁾ البول والغائط، والبَاسُورُ والنَّاسُورُ⁽¹¹⁾، والقُرُوحُ السَّيَّالَةُ⁽¹²⁾ في الفَرْجِ، والاستِحَاضَةُ⁽¹³⁾، والْحُنُوْثَةُ المُشْكِلَةُ⁽¹⁴⁾.

(1) ينظر: الشرح الكبير للدردير، م.س، 2/277؛ الشرح الصغير للدردير، م.س، 2/468؛ الفواكه الدواني، م.س، 2/37.

(2) العَدِيْطَةُ: هِيَ التَّبَوُّلُ أَوْ التَّغَوُّطُ اللإِرَادِي أثناء الجماع. ينظر: الشرح الصغير للدردير، م.س، 2/469.

(3) الإِعْتِرَاضُ: عند المالكية عَدَمُ انْتِصَابِ الذَّكَرِ؛ لمرض أو خوف أو سحر. ينظر: الشرح الكبير للدردير، م.س، 2/272.

(4) الرَّتْقُ: هُوَ انْسِدَادُ مَحَلِّ الْجَمَاعِ بِلَحْمٍ يَنْبُثُ فِيهِ، وَقِيلَ: أَنْ يَكُونَ الْقَرْحُ مَلْتَحِمًا مُلْتَصِقًا. ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 4/304،

الشرح الكبير للدردير، م.س، 2/278؛ أسنى المطالب، م.س، 3/176؛ المبدع في شرح المقنع، م.س، 6/169.

(5) القَرْنُ: هُوَ انْسِدَادُ مَحَلِّ الْجَمَاعِ بِعَظْمٍ يَنْبُثُ فِيهِ، وَقِيلَ: بِلَحْمٍ كَالْوَرْمِ أَوْ الْغَدَةِ يَخْرُجُ فِيهِ. ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 4/304؛

الشرح الكبير للدردير، م.س، 2/278؛ أسنى المطالب، م.س، 3/176؛ المبدع في شرح المقنع، م.س، 6/169.

(6) العَقْلُ: هُوَ رَغْوَةٌ تَوْجِدُ فِي الْفَرْجِ تَمَنُّعٌ لِدَّةِ الْوَطْءِ، وَقِيلَ لَحْمٌ يَنْبِتُ فِيهِ لَا يَسْلَمُ غَالِبًا مِنْ رَشْحٍ. ينظر: شرح فتح القدير، م.س،

6/365؛ الشرح الكبير للدردير، م.س، 2/278؛ الحاوي الكبير، م.س، 9/341؛ المبدع في شرح المقنع، م.س، 6/170.

(7) الإِفْضَاءُ أَوْ الْفَتَقُ: هُوَ انْحِرَاقٌ مَا بَيْنَ مَحَلِّ الْوَطْءِ وَخُرْجِ الْبَوْلِ، وَقِيلَ: انْحِرَاقٌ مَا بَيْنَ السَّيْلَيْنِ، أَيْ مَحَلِّ الْوَطْءِ وَخُرْجِ الْغَائِطِ. ينظر:

الشرح الكبير للدردير، م.س، 2/278؛ مغني المحتاج، م.س، 5/327؛ المبدع في شرح المقنع، م.س، 6/170.

(8) البَخْرُ: هُوَ نَثْرُ رَائِحَةِ الْفَمِ أَوْ الْفَرْجِ. ينظر: الشرح الكبير للدردير، م.س، 2/278؛ المبدع في شرح المقنع، م.س، 6/170.

(9) ينظر: الحاوي الكبير، م.س، 9/338؛ أسنى المطالب، م.س، 3/175-176.

(10) الاستِطْلَاقُ أَوْ السَّلْسُلُ: هُوَ فَقْدُ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّحْكَمِ فِي الْبَوْلِ وَالْغَائِطِ. ينظر: مطالب أولي النهى، م.س، 5/148.

(11) البَاسُورُ وَالنَّاسُورُ: هُمَا دَاءَانِ يَكُونَانِ فِي الْمَقْعَدَةِ عَلَى شَكْلِ دَوَالٍ أَوْ قُرُوحٍ. ينظر: مطالب أولي النهى، م.س، 5/148.

(12) القُرُوحُ السَّيَّالَةُ: هِيَ الْجُرُوحُ وَالبثور إذا التهب، فتورمت وتقيحت، وسال منها الصديد. ينظر: كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم،

م.س، 1/556، 2/1314؛ الشرح الممتع، م.س، 12/213.

(13) الإِسْتِحَاضَةُ: هِيَ اسْتِمْرَارُ خُرُوجِ الدَّمِ مِنْ فَرْجِ الْمَرْأَةِ، فِي غَيْرِ زَمَنِ الْحَيْضِ وَالنَّفَاسِ. ينظر: مطالب أولي النهى، م.س، 1/240.

(14) ينظر: الكافي لابن قدامة، م.س، 3/43؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 2/675-678.

واستدل القائلون بحصر العيوب في عدد معين، بأن الأصل في عقد الزواج الصحة واللزوم، فلا يجوز فسخه؛ إلا بعيوب ورد النص عليها دون سواها. وحيث لم يرد في الآثار الشرعية إثبات الخيار إلا بعدد محدود من العيوب، فيجب الاقتصار عليها. ومن تلك الآثار ما يأتي:

- الآثار المروية عن عُمر، وعليٍّ، وابنِ مسعودٍ، والمُغيرةِ بنِ شُعبةٍ رضي الله عنه أن: (العَيْنُ يُؤَجَّلُ سَنَةً، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا؛ وَإِلَّا فُرِقَ بَيْنَهُمَا)⁽¹⁾.

- قول عُمر رضي الله عنه: (أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً، وَهِيَ جُنُونٌ، أَوْ جَذَامٌ، أَوْ بَرَصٌ، فَمَسَّتْهَا؛ فَلَهَا صَدَاقُهَا كَامِلًا، وَذَلِكَ لِزَوْجِهَا غُرْمٌ عَلَى وَلِيِّهَا). وفي لفظ: (أَيُّمَا امْرَأَةٍ غُرِّ بِهَا رَجُلٌ، بِهَا جُنُونٌ، أَوْ جَذَامٌ، أَوْ بَرَصٌ، فَلَهَا مَهْرُهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا، وَصَدَاقُ الرَّجُلِ عَلَى وَلِيِّهَا الَّذِي غَرَّهَ)⁽²⁾.

- قول عليٍّ رضي الله عنه: (يُرَدُّ مِنَ الْقَرْنِ، وَالْجَذَامِ، وَالْجُنُونِ، وَالْبَرَصِ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَعَلَيْهِ الْمَهْرُ، إِنْ شَاءَ طَلَّقَهَا، وَإِنْ شَاءَ لَمْ يُطَلَّقْهَا، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ، وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فُرِقَ بَيْنَهُمَا)⁽³⁾.

- قول ابن عباس رضي الله عنه: (أَرْبَعٌ لَا يُجْزَنُ فِي بَيْعٍ وَلَا نِكَاحٍ: الْمَجْنُونَةُ وَالْمَجْدُومَةُ وَالْبَرَصَاءُ، وَالْعَفْلَاءُ)⁽⁴⁾.

فهذه الآثار تدل بمجموعها على أنّ التفريق بالعيوب المغرّر به في المرأة أمر مشروع، وكان معمولاً به عند الصحابة رضي الله عنهم⁽⁵⁾؛ لكن يُقتصر على ما ورد عنهم من العيوب دون توسع.

ب- القول بعدم حصر العيوب الزوجية

يرى أصحاب هذا القول أن لكل من الزوجين طلب الفسخ بكل عيب مُغرّر به في أحدهما، إذا كان يسبب الضرر، ويُخل بمقاصد النكاح، من غير حصر لتلك العيوب في عدد معين.

(1) ينظر: السنن الكبرى للبيهقي، م.س، 368/7-370؛ مصنف ابن أبي شيبة، م.س، 503/3-504؛ مصنف عبد الرزاق، م.س، 253/6-254. وقد صحح الألباني أثر ابن مسعود، وضعّف ما سواه. ينظر: إرواء الغليل، م.س، 322/6-326.

(2) موطأ مالك، م.س، كتاب النكاح، باب ما جاء في الصداق والحياء، 526/2، الأثر رقم: 9؛ السنن الكبرى للبيهقي، م.س، 349/7، الأثر رقم: 14222؛ سنن الدارقطني، م.س، 398/4، الأثر رقم: 3672. واللفظ الأول لمالك والبيهقي، والثاني للدارقطني. وهذا الأثر رواه كلهم ثقات؛ لكنه من رواية سعيد بن المسيب عن عمر، فهو مرسل؛ إلا أن مراسيل ابن المسيب كلها صحيحة محتج بها؛ لأنه كان لا يرسل إلا عن ثقة من كبار التابعين، أو عن صحابي معروف، وهذا ما قرره جمع من أئمة الحديث. ينظر: زاد المعاد، م.س، 166/5-167.

(3) مصنف عبد الرزاق، م.س، 243/6، الأثر رقم: 10677؛ السنن الكبرى للبيهقي، م.س، 350/7، الأثر رقم: 14229؛ سنن سعيد ابن منصور، م.س، 245/1، الأثر رقم: 821. والأثر مروى بألفاظ مختلفة، واللفظ المثبت لعبد الرزاق، ولكنه أثر منقطع كما قال الترمذاني في الجوهر النقي، م.س، 215/7.

(4) السنن الكبرى للبيهقي، م.س، 350/7، الأثر رقم: 14228؛ سنن الدارقطني، م.س، 399/4، الأثر رقم: 3674. والأثر جود إسناده الصنعاني في سبل السلام، م.س، 198/2.

(5) ينظر: الاستدكار، م.س، 419/5-420؛ سبل السلام، م.س، 198/2.

وبهذا الرأي قال عدد من فقهاء التابعين وغيرهم⁽¹⁾. واستدلوا على رأيهم في عدم حصر العيوب بما يأتي:

ب.أ- استدلوا بنفس أدلة الجمهور السابقة، وأولوها بأنها لا تفيد حصر العيوب في عدد أو نوع معين؛ لأن ما ذكر فيها ورد على سبيل التمثيل لا الحصر، فيُقاس عليها ما هو في معناها.
ب.ب- أن بعض الآثار ذكرت العيوب الموجبة للتفريق إجمالاً دون تمثيل، ومن ذلك:
- ما روي عن عُمَرَ رضي الله عنه أنه قَضَى بَأَنَّ: (أَيُّمَا امْرَأَةً نُكِحْتَ وَبِهَا شَيْءٌ مِنْ هَذَا الدَّاءِ، وَلَمْ يَعْلَمْ حَتَّى مَسَّهَا، فَلَهَا مَهْرُهَا بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، وَيُعْرَمُ وَلِيَّهَا زَوْجُهَا مِثْلَ مَهْرِهَا)⁽²⁾.
- ما روي عن الزُّهْرِيِّ: أَنَّ النِّكَاحَ يُرَدُّ مِنْ كُلِّ دَاءٍ عُضَالٍ⁽³⁾. وما روي عن قَتَادَةَ فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً، وَبِهِ جُنُونٌ، أَوْ دَاءٌ عُضَالٌ لَا يُعْلَمُ بِهِ، قَالَ: «هِيَ بِالْخِيَارِ إِذَا عَلِمَتْ.»⁽⁴⁾
فعبارة «الداء العضال»⁽⁵⁾ تشمل عددا كثيرا من الأمراض المستحكمة والمستعصية على العلاج، وهي تختلف باختلاف الزمان، وتطور الطب.

ب.ج- أن الآثار التي ذكرت العيوب الموجبة للتفريق لم تحصرها في عدد معين، وإنما ذكرت أمثلة عنها فقط؛ ولذلك تنوعت الأمثلة بتعدد الروايات؛ بل ذكرت بعض الآثار أمثلة لم يذكرها جمهور الفقهاء، كالعَمَى والعَمَش والعُقْم.
- فقد روي عن عُمَرَ رضي الله عنه قَالَ: (إِذَا تَزَوَّجَهَا بَرِّصَاءً أَوْ عَمِيَاءً، فَدَخَلَ بِهَا، فَلَهَا الصَّدَاقُ، وَيَرْجِعُ عَلَيَّ مِنْ غَرَّةٍ)⁽⁶⁾.

- وعن ابن سيرين قال: (بَعَثَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَجُلًا عَلَى السَّعَايَةِ⁽⁷⁾ فَأَتَاهُ، فَقَالَ: تَزَوَّجْتُ امْرَأَةً، فَقَالَ: أَحْبَبْتَهَا أَنْتَ عَقِيمٌ لَا يُؤَلَّدُ لَكَ؟ قَالَ: لَا، قَالَ: فَأَحْبِرْهَا، وَحَبِرْهَا)⁽⁸⁾.

(1) من هؤلاء الفقهاء: قَتَادَةَ، وَالزُّهْرِيَّ، وَشُرَيْحَ، وَأَبُو ثَوْرٍ، وَالْقَاضِي حَسِينُ مِنَ الشَّافِعِيَّةِ، وَابْنُ تَيْمِيَّةَ وَابْنُ الْقَيْمِ مِنَ الْحَنَابِلَةِ. ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 304/4؛ المحلى بالآثار، م.س، 283/9؛ العزيز شرح الوجيز، م.س، 135/8؛ الفتاوى الكبرى، م.س، 464/5؛ زاد المعاد، م.س، 166/5؛ الإنصاف، م.س، 199-198/8.

(2) السنن الكبرى للبيهقي، م.س، 349/7، الأثر رقم: 14223؛ سنن سعيد ابن منصور، م.س، 245/1، الأثر رقم: 819.

(3) ينظر: المحلى، م.س، 283/9؛ الاستنكار، م.س، 421/5.

(4) مصنف ابن أبي شيبة، م.س، 487/3؛ مصنف عبد الرزاق، م.س، 249/6.

(5) الداء العضال: الشديد الذي يُعْيِي الأطباء، فلا يُهْتَدَى لدوائه، ولا يُوقَفُ على علاجه. ينظر: لسان العرب، م.س، 452/11.

(6) المحلى بالآثار، م.س، 283/9؛ زاد المعاد، م.س، 167/5.

(7) السَّعَايَةُ: سَعَى يَسْعَى سَعَايَةً، فَهُوَ سَاعٍ؛ إِذَا عَمِلَ عَلَى جَمْعِ الزَّكَاةِ وَتَفْرِيقِهَا. ينظر: لسان العرب، م.س، 386/14.

(8) مصنف عبد الرزاق، م.س، 162/6، الأثر رقم: 10346؛ سنن سعيد بن منصور، م.س، 81/2، الأثر رقم: 2021. والأثر منقطع بين ابن سيرين وعمر؛ لكن ابن حزم رواه في المحلى، م.س، 207/9، عن ابن سيرين عن أنس عن عمر، فيكون بذلك موصولاً صحيحاً، إن ثبت ما جاء في المحلى.

- وعن ابن سيرين أيضا قال: حَاصِمَ رَجُلٍ إِلَى شَرِيحٍ فَقَالَ: إِنَّ هَؤُلَاءِ قَالُوا لِي: إِنَّا نَزَوَّجُكَ أَحْسَنَ النَّاسِ، فَجَاؤُونِي بِامْرَأَةٍ عَمَشَاءَ؟ فَقَالَ شَرِيحٌ: «إِنْ كَانَ دُلَسَ عَلَيْكَ بَعِيْبٌ لَمْ يَجْزُ». (1)

فهذه الآثار تفيد أن الصحابة والتابعين لم يحصروا العيوب في عدد محدد، كصنيع الفقهاء (2).

ب.د- قياس العيوب غير المذكورة في الآثار على تلك المذكورة فيها؛ لاشتراكها في علة التنفير والإضرار، وتفويت مقاصد النكاح. وكذلك قياس النكاح على البيع في مشروعية الردّ بالعيب المغرر به، من غير حصر لعدد العيوب. يقول ابن القيم: «وَأَمَّا الإِقْتِصَارُ عَلَى عَيْبَيْنِ أَوْ سِتَّةٍ أَوْ سَبْعَةٍ أَوْ ثَمَانِيَةٍ، ذُونَ مَا هُوَ أَوْلَى مِنْهَا أَوْ مُسَاوٍ لَهَا، فَلَا وَجْهَ لَهُ؛ فَالْعَمَى، وَالْحَرْسُ، وَالطَّرَشُ، وَكَوْنُهَا مَقْطُوعَةً الْيَدَيْنِ أَوْ الرَّجْلَيْنِ أَوْ إِحْدَاهُمَا، أَوْ كَوْنُ الرَّجُلِ كَذَلِكَ؛ مِنْ أَعْظَمِ الْمُنْقِرَاتِ، وَالسُّكُوثُ عَنْهُ مِنْ أَفْبَحِ التَّدْلِيْسِ وَالْغِيْسِ، وَهُوَ مُنَافٍ لِلدَّيْنِ، وَالْإِطْلَاقُ إِتْمَا يَنْصَرِفُ إِلَى السَّلَامَةِ، فَهُوَ كَالْمَشْرُوطِ عُرفًا... وَالْقِيَاسُ أَنَّ كُلَّ عَيْبٍ يُنْقِرُ الرَّوْجَ الْآخَرَ مِنْهُ، وَلَا يَحْصُلُ بِهِ مَقْصُودُ النِّكَاحِ مِنَ الرَّحْمَةِ وَالْمَوَدَّةِ، يُوجِبُ الْخِيَارَ، وَهُوَ أَوْلَى مِنَ الْبَيْعِ، كَمَا أَنَّ الشُّرُوطَ الْمُشْتَرِطَةَ فِي النِّكَاحِ أَوْلَى بِالْوَفَاءِ مِنَ شُرُوطِ الْبَيْعِ، وَمَا أَلْزَمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ مَغْرُورًا قَطُّ وَلَا مَغْبُوتًا بِمَا عُرِّرَ بِهِ وَعُيِّنَ بِهِ. وَمَنْ تَدَبَّرَ مَقَاصِدَ الشَّرْعِ فِي مَصَادِرِهِ وَمَوَارِدِهِ، وَعَدْلِهِ وَحِكْمَتِهِ، وَمَا اشْتَمَلَ عَلَيْهِ مِنَ الْمَصَالِحِ، لَمْ يَخْفَ عَلَيْهِ رُجْحَانُ هَذَا الْقَوْلِ وَقُرْبُهُ مِنْ قَوَاعِدِ الشَّرِيعَةِ». (3)

والراجح هو عدم حصر العيوب في عدد معين. وبه قال أغلب المعاصرين (4). فكل عيب يسبب النفرة والمضرة، ويحول دون تحقيق مقاصد الزواج، يكون مبررا للتفريق؛ سواء ذكره المتقدمون أم لا. فقد تظهر أمراض لم تكن في زمنهم، كالإيدز (5). وقد يختفي بعضها الآخر، أو يصبح سهل المعالجة بعد أن كان مستعصيا، كالبخر والباسور والناصور وغيرها. فالعلوم الطبية في تطور مستمر، وكذلك الأمراض في تغير. والشريعة الإسلامية العادلة، تقتضي التسوية في حكم التفريق بين العيوب المشتركة في نفس العلة.

(1) مصنف عبد الرزاق، م.س، 245/6، الأثر رقم: 10685؛ المحلى بالآثار، م.س، 283/9.

(2) ينظر: زاد المعاد، م.س، 167/5.

(3) زاد المعاد، م.س، 166/5. وينظر: الفتاوى الكبرى، م.س، 464/5؛ الشرح الممتع، م.س، 222-221/12.

(4) ينظر: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، م.س، 36/9؛ الفقه الإسلامي وأدلته، م.س، 7051/9؛ التفريق بالعيب بين الزوجين، م.س، ص. 241؛ بحوث فقهية محكمة لأحمد القضاة، ص. 312؛ الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي: صالح حسين أبو زيد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2012م، ص. 127.

(5) الإيدز أو السيدا: ويسمى بمتلازمة نقص المناعة المكتسبة، وهو مرض خطير جدا، يسببه فيروس هيب (HIV) الذي يهاجم الكريات البيضاء، فيضعف الجهاز المناعي للجسم، فيكون المريض عرضة للإصابة بمختلف الأمراض، وتكون النتيجة عادة الموت. ينظر: موسوعة الأمراض التناسلية والبولية والجلدية، م.س، ص. 150، موسوعة صحة العائلة، م.س، ص. 445.

2- عدد العيوب الزوجية في القانون الوضعي

نصت قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة على جواز التفريق للعيوب الزوجية؛ لكن مسلكها في تحديد تلك العيوب يختلف من قانون إلى آخر، على النحو الآتي:

أ- قانون الأسرة الجزائري

نص المشرع الجزائري على إعطاء الزوجة دون الزوج حق المطالبة بالتطليق لعيب في زوجها؛ لكنه لم يحدد عدد تلك العيوب، ولم يذكر أمثلة عنها، واكتفى بوصفها في المادة 2/53 بقوله: «العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزوج.» وهذا نص عام تتسع دلالاته لعيوب كثيرة، ويمكن سحب حكمه على حالات عديدة، كالعجز الجنسي⁽¹⁾، والعقم⁽²⁾، وغيرها⁽³⁾.

ب- مدونة الأسرة المغربية

أجاز المشرع المغربي طلب التفريق للعيوب لكلا الزوجين. ورغم أنه لم يحدد عددها ولم يذكر أمثلة عنها؛ إلا أنه وصفها بكونها تؤثر سلباً على الحياة الزوجية، وقسمها إلى نوعين. حيث قال في المادة 107: «تعتبر عيوباً مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية وتحول طلب إنائها: 1- العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية. 2- الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته، التي لا يرجى الشفاء منها داخل سنة.» فهذان النوعان يدخل تحتها العديد من العيوب الجنسية، والأمراض الخطيرة المستحكمة. أما العقم والعرج والعمور وغيرها، فلا تدخل تحتها.

ج- قانون الأحوال الشخصية الأردني

أجاز المشرع الأردني طلب التفريق للعيوب لكلا الزوجين، وكان أكثر تفصيلاً في أحكامها⁽⁴⁾. وذكر عدداً منها على سبيل التمثيل لا الحصر. فنص على العيوب المانعة من الدخول، ومثل لها بالجلب والعنة والخصاء بالنسبة للرجل (م128)، والرتق والقرن بالنسبة للمرأة (م132). ونص على

(1) العجز الجنسي: يُقصد به طبيًا كون الرجل غير قادر على تحقيق انتصاب الذكر عند الإثارة الجنسية، أو عدم قدرته على المحافظة على انتصابه لوقت كافٍ لممارسة الجماع. وقد يكون السبب نفسيًا أو عضويًا. ينظر: موسوعة صحة العائلة، م.س، ص.636.

(2) العقم: هو عدم القدرة على الإنجاب؛ لوجود خلل في الأعضاء التناسلية، أو مرض يؤثر على وظيفتها، أو غير ذلك من الأسباب. ينظر: الموسوعة الطبية الفقهية والنوازل العصرية، م.س، 338/2-340؛ موسوعة صحة العائلة، م.س، ص.627-628.

(3) ينظر: عيوب الزوجية وأثرها في تقويض الروابط الأسرية: باسم محمد شهاب، مقال منشور بمجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 3، السنة 33، سبتمبر 2009م، ص.379.

(4) خصص القانون الأردني للتفريق للعيوب إحدى عشرة مادة (28 إلى 38)، أما القانون المغربي فخصص لها خمس مواد (107 إلى 111)، أما القانون الجزائري فخصص لها فقرة واحدة تتكون من جملة قصيرة (الفقرة 2 من المادة 53).

العلل المنفرة والمضرة المشتركة بين الزوجين، ومثل لها بالجذام والبرص والسُّل⁽¹⁾، والزُّهري⁽²⁾، والإيدز (م131). كما نص على جنون الزوج (م135)، وعقمه (م136).

ومن خلال ما سبق بيانه عن عدد العيوب الزوجية المحيطة للتفريق، يتبين لي بأن قوانين الأحوال الشخصية تتفق فيما بينها عموماً على عدم حصر العيوب المحيطة للتفريق، وبذلك تتوافق إجمالاً مع الرأي الفقهي الراجح القائل بعدم حصر العيوب، خلافاً للمشهور في المذاهب الأربعة. كما يظهر لي أن القانون الجزائري يتفق مع الحنفية في قصر حق التفريق على الزوجة دون الزوج. أما القانون المغربي والأردني فيتفقان مع رأي الجمهور في منح هذا الحق لكلا الزوجين.

الفرع الثاني

صور التغيير في العيوب الزوجية

سأتكلم في هذا الفرع عن التفريق بين العيب المغرر به والعيب غير المغرر به (أولاً)، وضابط العيوب التي يحصل بها التغيير (ثانياً)، وأمثلة عن أساليب التغيير فيها (ثالثاً).

أولاً - التفريق بين العيب المغرر به والعيب غير المغرر به

التغيير في العيوب الزوجية يتحقق عندما يكون أحد الخاطبين معيباً بإحدى العيوب، ورغم علمه بذلك لا يقوم هو ولا من ينوب عنه، بمصارحة الخاطب الآخر به؛ بل يكتمه عنه إن كان خفياً، أو يخفيه ويستتره إن كانت ظاهراً. ويظهر نفسه بمظهر السليم المعافي، أو يُخبره بأنه سليم من العيوب، مما يجعل الخاطب الآخر يتوهم السلامة ويغتر بما سمع ورأى، ويقدم على عقد الزواج، ليُفاجأ بعد تمام العقد، أو عند الدخول بحقيقة الأمر، ويكتشف أن زوجه معيب.

إذن فالعيب المغرر به يكون موجوداً في الزوج المعيب قبل العقد، ويعلم به صاحبه، ثم يكتمه ويُخفيه عن الزوج الآخر الذي لا يعلم به إلا بعد العقد أو الدخول. أما العيب غير المغرر به، فلا يكون موجوداً قبل العقد، وإنما طراً بعد ذلك، أو قد يكون موجوداً قبله؛ لكن الزوج المعيب لم يعلم به أصلاً، أو أن الزوج السليم قد علم ورضي به.

(1) السُّل: مرض شديد العدوى، ينتقل عبر الهواء، أو من الحليب الملوّث، تسببه جرثومة الميكروبيكتريوم، وهي تهاجم الرئتين عادة، وقد تنتقل إلى أجزاء الجسم الأخرى. وقد يؤدي إلى الموت إذا لم يعالج في وقت مبكر، وقد يترك ندوباً بليغة بالعضو المصاب حتى مع العلاج الناجح، ومن أخطر أنواعه السل المقاوم للأدوية المعروفة اليوم. ينظر: موسوعة صحة العائلة، م.س، ص.581.

(2) الزُّهري (السفلس): هو مرض يُنقل جنسياً، تسببه جرثومة "اللولبية الشاحبة"، يكون في البداية على شكل قرحة صلبة في مكان دخول العدوى، ثم يتطور ليظهر بشكل طفح جلدي عام، وفي المرحلة الثالثة، وبعد سنوات من السكون يهاجم القلب والجهاز العصبي، مما يسبب مضاعفات خطيرة قد تؤدي إلى الوفاة أو الشلل. ينظر: موسوعة صحة العائلة، م.س، ص.634؛ الأمراض الجنسية أسبابها وعلاجها: محمد علي البار، دار المنارة للنشر والتوزيع، جدة، السعودية، ط2، 1986م، ص.314 وما بعدها.

فهذا هو الفرق بين العيبين، وهو فرق واضح⁽¹⁾ ومهم، وكلامي في هذا البحث، إنما هو عن العيب المغرر به، أما العيب غير المغرر به فهو خارج عن موضوع البحث.

ورغم وجود هذا الفرق الجوهرى، فإن جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة)، لم يفرقوا بين هذين النوعين، وسووا بينهما في الأحكام⁽²⁾. وذهب المالكية في المشهور، وهو القول القديم للشافعي، ووجه عند الحنابلة، إلى التفريق بينهما في بعض الأحكام⁽³⁾.

والقول بعدم التفريق في نظري غير سديد، ولا يتفق مع ما تقتضيه مقاصد التشريع من العدل والحكمة، والتفريق بين الأمور المختلفة. فليس من العدل التسوية بين الزوج الذي علم بعيبه قبل الزواج، وكتمه تغيراً بزوجه، وبين الزوج الذي كان سليماً ثم أصابه العيب بعد الزواج؛ فالأول غاشٌّ ظالم لزوجته مستحق للعقاب. والثاني مبتلى ومصاب، فهو محتاج للمساعدة والتعاطف، وخاصة من زوجته السليم. فقواعد الشريعة وعدلها يقتضي التفريق بين النوعين، فتسهّل التفريق للعيب المغرر به، منعا للغش والتدليس، ورفعاً للظلم عن المغرور. وتشدّد في التفريق للعيب غير المغرر به.

ولذلك أرجح القول بضرورة التفريق بين هذين النوعين من العيوب، وتخصيص كل واحد منهما بأحكام تناسبه، على نحو ما يأتي:

1- العيب القديم يُثبت الخيار لكلا الزوجين، أما العيب الحادث بعد العقد فيثبت الخيار للزوجة دون الزوج. وهذا مذهب المالكية⁽⁴⁾. وهو القول القديم للشافعي، ووجه عند الحنابلة⁽⁵⁾.

2- العيب القديم يثبت به خيار الردّ سواء كان يسراً أو فاحشاً، أما العيب الحادث فلا ردّ به إلا إذا كان فاحشاً، فالبرص مثلاً عند المالكية إذا كان قديماً قبل العقد يثبت به الردّ يسيراً كان أو كثيراً، أما إذا حدث بعد العقد فلا ردّ إلا بالكثير⁽⁶⁾.

(1) جاء في كتب الفقه وصف العيب الذي يكون قبل العقد بالقديم، أما العيب الذي يحصل بعد ذلك فوصفوه بالحادث؛ ولكن هذين الوصفين غير دقيقين في التعبير عما قصدته من التفريق؛ لأن العيب القديم لا يكون دائماً محل تغير، فقد يكون العيب قديماً ولا يعلم به صاحبه، وقد يعلم به الزوج الآخر ويرضى به، ففي كلتا الحالتين لا يتحقق التعبير رغم قدم العيب.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 327/2؛ حاشية الدسوقي، م.س، 278/2؛ المهذب، م.س، 450/2؛ المغني، م.س، 60/10-61.

(3) ينظر: حاشية الدسوقي، م.س، 278/2؛ منح الجليل، م.س، 382/3؛ كفاية النبيه، م.س، 161/13؛ المغني، م.س، 60/10-61.

(4) قال الدسوقي في حاشيته، م.س، 278/2: «الغُيوب إن كانت قبل العقد، كان لكل من الزوجين ردّ صاحبه بها، وإن وُجدت بعد العقد، كان للزوجة أن تردّ بها الزوج دون الزوج، فليس له أن يردّ الزوجة؛ لأنّه قادرٌ على مفارقتها بالطلاق إن تضرّر؛ لأنّ الطلاق بيده بخلاف المرأة، فلذا ثبت لها الخيار.» وينظر: منح الجليل، م.س، 382/3.

(5) ينظر: كفاية النبيه، م.س، 161/13؛ المغني، م.س، 60/10-61.

(6) ينظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، م.س، 278/2-279؛ منح الجليل، م.س، 382/3-383.

3- العيب القديم يُثبت الخيار بلا تأجيل، أما العيب الحادث فلا يثبت إلا بعد التأجيل، إذا كان مما يُرجى برؤه، كالجنون والجذام والبرص. وبهذا قال المالكية على خلاف بينهم⁽¹⁾.

4- العيب القديم بالزوجة يوجب للزوج حق الردّ، مع حق الرجوع بالمهر على الغارّ. وهذا قول المالكية والشافعية والحنابلة⁽²⁾. أما العيب الحادث فلا رجوع فيه بالمهر؛ لانتفاء التغيير.

5- التفريق بين الزوجين في العيب المغرر به سببه التغيير⁽³⁾، وهو يتحقق سواء كان العيب يسيراً أو كثيراً. أما التفريق في العيب غير المغرر به فسببه الضرر، وهو لا يحصل إلا إذا كان العيب فاحشاً، ومستحكماً مئوساً من شفائه. وبناءً على اختلاف سبب التفريق بين نوعي العيوب، ينبغي في نظري أن يكون التفريق للعيب المغرر به فسخاً، والتفريق بالعيب غير المغرر به طلاقاً.

وفي ضوء هذا التفريق بين النوعين، ينبغي فهم ما رجحته من عدم حصر العيوب المغرر بها في عدد معين، وأنه ينبغي التوسع في الردّ بها منعا للغش والتغيير، وأن يُقابل ذلك بالتضييق والتشديد في التفريق بين الزوجين بالعيوب الحادثة غير المغرر بها؛ بل وينبغي قصر حق التفريق بهذه الأخيرة على الزوجة دون الزوج؛ لأنه يملك الطلاق، ويملك أن يتزوج بأخرى⁽⁴⁾.

وفي قانون الأسرة الجزائري، لم يفرّق المشرع بين العيوب المغرر بها وغير المغرر بها⁽⁵⁾.

أما القانون المغربي فإنه بنصه على جواز التطلق للعيوب (م107-111)، إضافة إلى جواز الفسخ للتدليس (م63) يكون قد فتح مجال التفريق للعيوب واسعاً، بحيث أن كل عيب لا تنطبق عليه أحكام التطلق، كالعقم، والعمى والعرج... يمكن أن يكون محلاً لطلب الفسخ على أساس التغيير متى توفرت شروطه، والعكس فكل عيب لا تنطبق عليه أحكام التغيير، كالعيوب الطارئة بعد العقد، يمكن أن يكون محلاً للتطلق إذا توفرت شروطه.

(1) ينظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، م.س، 279/2؛ منح الجليل، م.س، 385/3.

(2) ينظر: الشرح الكبير للدردير، م.س، 286/2؛ مغني المحتاج، م.س، 344/4؛ المغني، م.س، 64/10.

(3) قال ميارة الفاسي في شرح تحفة الحكام، م.س، 203/1: «الْعَيْبُ الْمُؤْجِدُ فِي أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ، إِذَا كَانَ سَابِقًا عَلَى عَقْدِ النِّكَاحِ، أَوْ حَادِثًا بَعْدَ عَقْدِهِ؛ فَإِنْ كَانَ سَابِقًا عَلَى الْعَقْدِ ثَبَتَ بِهِ الْخِيَارُ لِأَخْرَجٍ؛ لِأَنَّ صَاحِبَ الْعَيْبِ مُدْلَسٌ حَيْثُ كَتَمَ وَكَمْ يُبَيِّنُ، وَسَوَاءٌ كَانَ الْعَيْبُ بِالزَّوْجِ أَوْ الزَّوْجَةِ، وَإِنْ كَانَ حَادِثًا بَعْدَ الْعَقْدِ فَإِنْ حَدَثَ بِالْمَرْأَةِ، فَلَا مَقَالٌ لِلزَّوْجِ، وَهِيَ مُصِيبَةٌ نَزَلَتْ بِهِ؛ لِأَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى الْفِرَاقِ بِالطَّلَاقِ.»

(4) ينظر: الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، م.س، 177/1.

(5) ومع ذلك يمكن القول بأن هناك فرقا بين العيين؛ إذا العيب المغرر به يمكن أن يكون محلاً للمسؤولية التقصيرية، باعتبار التغيير عملاً غير مشروع؛ فيجوز للزوجة طلب التعويض للضرر زيادة على طلب التطلق (م53 مكرر). كما يجوز للزوج أن يطلب تحميل زوجته المغررة به مسؤولية الطلاق بحرمانها من حقوقها. أما العيب غير المغرر به فلا يبرر طلب الزوجة للتعويض زيادة على التطلق؛ لأن الزوج ليس له ذنب فيما يطرأ عليه من عيوب غالباً.

أما القانون الأردني فسوى بين نوعي العيوب بالنسبة للزوج، فيجوز لزوجته طلب التفريق لعيبه، سواء حدث قبل العقد أم بعده (م128، 131)؛ أما الزوجة ففرق بين العيب الموجود فيها قبل الدخول فيجوز التفريق به (م132)، والعيب الحادث بعده فيمتنع التفريق به⁽¹⁾. فالمادة 133 تقول:

«العلل الطارئة على الزوجة بعد الدخول لا تُسمع فيها دعوى طلب الفسخ من الزوج.»

ومما سبق بيانه، يتبين لي أن القوانين محل الدراسة لا تفرق بين العيوب المغرّر بها والعيوب غير المغرّر بها، وهو ما يتفق مع رأي جمهور الفقهاء. ويستثنى من ذلك ما ذهب إليه القانون الأردني من التفريق بين العيب القديم والحادث في الزوجة، فحق الزوج في الفسخ يثبت بالأول دون الثاني. وهذا يتفق مع مذهب المالكية. وهو ما رجحته في هذا البحث.

ثانياً- ضابط العيوب التي يحصل التعبير بها في الزواج

بعد قولي بأن العيب المغرّر به يجوز التوسع في إثبات التفريق بين الزوجين بسببه، خلافاً للعيوب غير المغرّر به، ينبغي وضع ضابط لتحديد العيوب المجرّزة لطلب التفريق، حتى لا يُتصوّر أن كل عيب غرّر به يُجرّز ذلك.

وبالرجوع لكلام فقهاء الشريعة، نجدهم قد عللوا التفريق بتلك العيوب، فتعددت تعليلاتهم بتعدددها. فقالوا بأن العلة في بعضها هي المنع من الوطء، وفي بعضها الآخر حصول النفرة، وفي البعض الآخر العدوى، وفي أخرى خوف الجنابة. فقد علل الشافعي التفريق بالجذام والبرص بأنهما يُعديان الزوج الآخر، وينتقلان إلى النسل، وينفران عن الوطء. وأمّا الجنون فيمنع تأدية الحقوق الزوجية، وقد يقتل أحدهما زوجه وولده⁽²⁾. وقد ذكر سائر الفقهاء عللاً قريبة من هذا المعنى⁽³⁾.

فبناءً على هذه التعليلات ينبغي القول بجواز التفريق بكل عيب وُجدت فيه واحدة من تلك العلل، وإن لم يذكره الفقهاء السابقون، قياساً للعيوب المشتركة في العلة على بعضها⁽⁴⁾.

(1) ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، م.س، ص.290؛ شرح قانون الأحوال الشخصية للسرطاوي، م.س، ص.311.

(2) ينظر: الأم، م.س، 92/5.

(3) قال ابن قدامة في المغني، م.س، 57/10: «إِنَّمَا اخْتَصَّ الْفُسْخُ بِهَذِهِ الْعُيُوبِ؛ لِأَنَّهَا تَمْنَعُ الْإِسْتِمْتَاعَ الْمَقْصُودَ بِالنِّكَاحِ، فَإِنَّ الْجَذَامَ وَالْبَرَصَّ يُبْزِرَانِ نَفْرَةً فِي النَّفْسِ تَمْنَعُ قُرْبَانَهُ، وَيُحْشَى تَعَدِّيهِ إِلَى النَّفْسِ وَالنَّسْلِ، فَيَمْنَعُ الْإِسْتِمْتَاعَ، وَالْجُنُونُ يُبْزِرُ نَفْرَةً وَيُحْشَى ضَرَرُهُ، وَالْجُبُّ وَالرَّنْقُ يَتَعَدَّرُ مَعَهُ الْوَطْءُ، وَالْفَتَقُ يَمْنَعُ لَدَّةَ الْوَطْءِ وَفَائِدَتَهُ، وَكَذَلِكَ الْعَقْلُ.» وينظر: بداية المجتهد، م.س، 74/3؛ الذخيرة، م.س، 420/4؛ العزيز شرح الوجيز، م.س، 135/8؛ الفتاوى الكبرى، م.س، 464/5؛ زاد المعاد، م.س، 166/5.

(4) قال ابن العربي في المسالك شرح موطأ مالك، م.س، 464/5. بعد أن عدّد أربعة وعشرين عيباً: «فهذه العيوب كلّها وأمثالها ممّا يُرَدُّ النِّكَاحُ عِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ بِهَا، وَإِنْ كَانَ فِيهَا اخْتِلَافٌ وَنِزَاعٌ، وَلَكِنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ النِّكَاحِ الْأُلْفَةُ وَالْإِسْتِمْتَاعُ، وَهَذِهِ الْعُيُوبُ كُلُّهَا تَنْفِي الْأُلْفَةَ، وَتَقْوِئُ الْإِسْتِمْتَاعَ وَكَمَالَهُ... وَلَيْسَ سَكَوْتُ مَالِكٍ عَنِ مَسْأَلَةِ يُوجِبُ أَنْ تَكُونَ خِلَافَ مَا تَكَلَّمَ عَلَيْهَا؛ بَلْ يُلْحَقُ التَّظْيِيرُ بِالتَّظْيِيرِ، وَيُجْمَلُ الْمِثْلُ عَلَى الْمِثْلِ... فَهَذِهِ الْمَعَانِي إِذَا تَبَيَّنَتْ عَلَى مَلاحِظَةِ الْمَقْصُودِ، فَمَا قَوَّتَهُ حُكْمًا كَالَّذِي يُقَوِّتُهُ حِسًّا.»

أما قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة، فقد راعت أيضا تلك التعليلات التي ذكرها الفقهاء، فنصت على جواز التفريق بكل عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، سواء كان يمنع الوطء والاستمتاع، أو يسبب النفرة والمضرة⁽¹⁾.

إذن ومن خلال ما سبق يمكن القول بأن ضابط العيب المُعَرَّر به، والمجوز لطلب التفريق بين الزوجين، في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، هو كونه يُجَلِّ بمقاصد الزواج، فيمنع حصولها كلياً أو جزئياً، بحيث يؤثر هذا العيب تأثيراً سلبياً في الحياة الزوجية، فيكون الاستمرار فيها مع وجوده سبباً لحصول الضرر لأحد الزوجين أو الأبناء. فكل عيب تحقق فيه هذا الضابط، فإن كتمانها أو إخفائه يُعدُّ تعغيراً مؤثراً في الزواج، فيثبت للمغرور حق التفريق.

وهذا الضابط ينتظم تحته جملة من العيوب، يمكن تفصيلها كالآتي:

1- العيوب التي تمنع من الوطء والاستمتاع فكتمانها تعغير مؤثر؛ لأن الاستمتاع من مقاصد الزواج، وبه يتحقق الإحصان والعفاف؛ ولذلك وصف النبي ﷺ الزواج بأنه: (أَعْضُ لِلْبَصْرِ، وَأَخْصَنُ لِلْفَرْجِ)⁽²⁾. فإذا امتنع الاستمتاع تعذر تحقق هذا المقصد. ومثال هذه العيوب العجز الجنسي الناتج إما عن تشوهات خلقية في الأعضاء التناسلية⁽³⁾، كالحنثونة والرتق، والفتق، والقرن. أو ناتج عن حوادث وإصابات، كالجب، والحصاء. أو ناتج عن أمراض وعلل كالعنة. فالتفريق بهذه العيوب محل اتفاق بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية.

2- العيوب المسببة للنفرة، فكتمانها تعغير مؤثر؛ لأن النفرة تمنع الاستمتاع، وتؤدي إلى الشقاق والنزاع، فتمنع تحقق أهم مقاصد الزواج، وهي المساكنة والمودة والرحمة بين الزوجين⁽⁴⁾. قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِمْ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الروم، 21]. ومثال هذه العيوب الأمراض الجلدية المنفرة، خاصة ما كان منها مزمناً مستعصياً، كالجدام، والبرص. والتفريق بها محل اتفاق بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية.

(1) ينظر المواد: 2/53 جزائري؛ 107 مغربي؛ 128، 131، 132 أردني.

(2) صحيح البخاري، م.س، كتاب الصوم، باب الصوم لمن خاف على نفسه العزبة، 26/3، حديث رقم: 1905؛ صحيح مسلم، م.س، كتاب النكاح، باب استحباب النكاح لمن تافت نفسه إليه، 1018/2، حديث رقم: 1400.

(3) تشوهات الأعضاء التناسلية يسببه عادة خلل في إفراز الهرمونات الجنسية لدى الجنين، فيؤدي ذلك إلى نقص نمو تلك الأعضاء أو تشوهها؛ ولكن أغلب هذه التشوهات يمكن معالجتها بالعمليات الجراحية. ينظر: موسوعة صحة العائلة، م.س، ص. 676.

(4) قال ابن القيم في زاد المعاد، م.س، 166/5: «القياس أن كلَّ عيبٍ يُنْفِرُ الرَّوْحَ الْآخَرَ مِنْهُ، وَلَا يَحْضُلُ بِهِ مَقْصُودُ النِّكَاحِ مِنَ الرَّحْمَةِ وَالْمَوَدَّةِ، يُوجِبُ الْحَيْزَارَ.»

ومثالها أيضا العاهات والإعاقات البدنية، كالعمى، والحرس، والطرش، والشلل، وقطع الأطراف. فهذه العاهات وما في معناها تسبب النفرة عادة، كما يؤدي بعضها إلى العجز عن القيام بالواجبات الزوجية؛ بل ويحتاج المصاب بها إلى رعاية خاصة. وقد رجحت القول بجواز التفريق بها إذا كانت محلا للتغيير، خلافا للمشهور في المذاهب الأربعة من منع التفريق بها.

وقد صرح القانون الأردني بمنع التفريق بالعاهات البدنية، كالعمى والعرج (م131). وهذا المنع في نظري لا يستقيم إلا إذا لم تكن محلا للتغيير، أما مع التغيير فينبغي إثبات حق التفريق بسببها⁽¹⁾.

3- الأمراض التي تُشكل خطرا على صحة وحياة الزوج المريض نفسه، فكتمانها تغيير مؤثر، كأن تكون نسبة حصول الوفاة بها مرتفعة، أو أنها تسبب العجز وعدم القدرة على القيام بالواجبات الزوجية؛ لأن نجاح واستقرار الحياة الزوجية متوقف على قيام كل طرف بواجباته. كما أن الزواج عقد العمر، والإنسان يتزوج شخصا ليعيش معه، وليس ليفقده بعد حين.

ومثالها الأمراض المزمنة التي بلغت مستويات متقدمة من الخطورة، كأمراض القلب، والسكتة الدماغية، والسرطان، والسكري، والأمراض التنفسية المزمنة. فهي من الأسباب الرئيسة للوفاة؛ حيث تقف وراء 63% من مجموع الوفيات التي تسببها الأمراض⁽²⁾. ومع كونها تهدد صاحبها بالوفاة، فهي أيضا تؤثر سلبا على حياته الزوجية؛ فتضعف القدرة على القيام بواجباته الزوجية، سواء ما تعلق بالممارسة الجنسية، أو الحمل والإنجاب، أو خدمة الأهل والأبناء. فهذه الأمراض إذن تعدُّ من العيوب التي يجب بيانها وعدم كتمانها؛ وإلا عدَّ ذلك تغييرا مؤثرا⁽³⁾.

4- الأمراض التي تُشكل خطرا على صحة وحياة الزوج الآخر، فكتمانها تغيير مؤثر؛ لأن الحياة الزوجية تقوم على حسن المعاشرة، وتُسببُ أحد الزوجين بالإضرار بزوجه ليس من الإحسان في شيء؛ بل هو من الإضرار المنهي عنه شرعا؛ لقوله ﷺ: (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ)⁽⁴⁾.

ومثالها الجنون وسائر الأمراض العقلية والنفسية والعصبية المستعصية، كالصرع، والحبل، والدُّهان، والهذيان، والفُصام، والهستيريا، والوسواس⁽⁵⁾ وغيرها من الاضطرابات التي تصيب العقل أو

(1) ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية للسرطاوي، م.س، ص.312.

(2) ينظر: موقع منظمة الصحة العالمية، الرابط: (who.int/topics/chronic-diseases/ar/)، تاريخ الزيارة: 2016/2/5.

(3) ينظر: الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية، م.س، ص.187-188؛ أثر الأمراض المزمنة على الحياة الزوجية في الفقه

الإسلامي: عائشة محمد صدقي موسى، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية، نابلس،

فلسطين، 2014م، ص.173-175؛ فتوى محمد علي فركوس رقم: 422، موقع الشيخ: (www.ferkous.com).

(4) سبق تخريجه، ص.157.

(5) يراجع في تعريف هذه الأمراض وبيان أعراضها: موسوعة صحة العائلة، م.س، ص.290-311.

الشخصية، فتفقد المصاب توازنه العقلي والعاطفي، وتجعله عاجزا عن معالجة مشاكله، وقد تسوء حالته فيفقد صلته بالواقع، وقد يشكل المريض بما خطرا على نفسه وعلى من حوله.

وقد اتفق الفقهاء على جواز التفريق للجنون، وألحقوا به المسّ والصرع والوسواس، والخبل⁽¹⁾. ويُلحق به كذلك سائر الأمراض العقلية والنفسية والعصبية، إذا بلغت درجة شديدة، وكانت مستعصية على العلاج⁽²⁾.

وقد صرح القانون الأردني بجواز التفريق لجنون الزوج في المادة 135.

ومثالها أيضا الأمراض المعدية الخطيرة، والتي تنتقل إلى الزوج السليم بالمخالطة الجسدية أو الجنسية، وأخطرها ما كان مزمنًا مستعصيا، مهددا لحياة المرضى بالموت. ومنها: الإيدز، والزُّهري، والسَّيْلان⁽³⁾، والهريس الجنسي⁽⁴⁾، والتهاب الكبد الفيروسي⁽⁵⁾، والسُّل وغيرها. فهذه الأمراض تعدُّ من العيوب الزوجية وإن لم يذكرها الفقهاء القدامى؛ إلا أنّ الفقهاء المعاصرون قاسوها على الجذام؛ لعلّة العدوى والضرر؛ بل بعضها أخطر من الجذام⁽⁶⁾.

وقد نص القانون الأردني على عدد من هذه الأمراض صراحة (م131).

(1) ينظر: الشرح الصغير للدردير، م.س، 469/2؛ شرح التلويح، م.س، 331/2؛ كشف الأسرار، م.س، 263/4-264؛ نهاية

المحتاج، م.س، 309/6؛ حاشية البجيرمي على شرح المنهج، م.س، 386/3؛ مطالب أولي النهى، م.س، 147/5-148.

(2) ينظر: الشرح الممتع، م.س، 216/12؛ أثر الاختلالات العقلية والاضطرابات النفسية في مسائل الأحوال الشخصية: نائل إبراهيم قرقز، ط1، 1999م، ص. 111-113؛ أحكام المريض النفسي في الفقه الإسلامي: خلود بنت عبد الرحمان المهيزع، رسالة دكتوراه في الفقه، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1432هـ، ص. 218، 228-236.

(3) السَّيْلان: هو مرض معدٍ، يُنقل جنسيا، تسببه البكتيريا التَّيْسِيرِيَّة البَيْتِيَّة، ويصيب الأعضاء التناسلية، فتحدث فيها التهابات شديدة، وقد ينتقل المرض إلى الأعضاء المجاورة، إذا لم يعالج، ومن مضاعفاته الإصابة بالعقم، وانتقال المرض إلى المواليد وإصابتهم بالعمى. ينظر: موسوعة صحة العائلة، م.س، ص. 633؛ الأمراض الجنسية أسبابها وعلاجها، م.س، ص. 289 وما بعدها.

(4) الهريس الجنسي (القوباء التناسلية): هو مرض معدٍ، يُنقل جنسيا، يسببه فيروس الهريس البسيط، فيحدث التهابات وتقرحات في الأعضاء التناسلية وما حولها، فتسبب ألما وحكة وتوعكا، وليس لهذا المرض علاج محدد، وتكرر نوبات المرض عند نصف المصابين، وقد يتكرر ذلك لسنوات عديدة، وقد يؤدي إلى الإصابة بسرطان عنق الرحم، وإصابة مواليد الأم المصابة بالتشوهات الخلقية. ينظر: موسوعة صحة العائلة، م.س، ص. 635؛ الأمراض الجنسية أسبابها وعلاجها، م.س، ص. 225 وما بعدها.

(5) التهاب الكبد الفيروسي: التهابات الكبد الفيروسية عديدة، تصنف على أساس الفيروس المسبب لها؛ لكن أخطرها هما الفيروسان «بي» و«سي» (b-c)، إذ يؤديان إلى الإصابة بالتهاب مزمن في الكبد، وقد ينتج عن ذلك الإصابة بتلثيف (تشمع) الكبد، وسرطان الكبد. ينظر: موسوعة صحة العائلة، ص. 500-503؛ موقع الطي، الرابط: (التهاب-الكبد/altibbi.com).

(6) ينظر: التفريق بالعيوب بين الزوجين، م.س، ص. 393-406؛ الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية، م.س، ص. 148-243؛ دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، م.س، ص. 53/1-54؛ الموسوعة الطبية الفقهية، م.س، ص. 611/2-657؛ أثر الأمراض المعدية في مسائل الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الماليزي: مجاهد بكر عبد الله، رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2010، ص. 168-174؛ مرض الإيدز وأثره في التفريق بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة: عبد الحليم منصور، مقال منشور بمجلة الجامعة الخليجية، البحرين، مجلد 1، عدد 2، 2009، ص. 53.

5- الأمراض التي تُشكل خطراً على صحة وحياة الذرية، كالأضرار المعدية الخطيرة التي تنتقل من الأم المصابة إلى جنينها، أو الأمراض الوراثية الخطيرة⁽¹⁾ التي تسبب إصابة الأبناء بالإعاقات والتشوهات والأمراض الخطيرة. فكتماها تعبير مؤثر؛ لأن من مقاصد الزواج إنجاب الذرية السليمة التي تكون سعادة للوالدين، وقوة للأمة. أما الذرية المريضة والمصابة بالتشوهات فهي آلام ومعاناة، وأعباء جسيمة ترهق كاهل المرضى والأسر والمجتمعات.

ولذلك فالعوامل الوراثية المسببة لإصابة الأبناء بالأمراض الوراثية الخطيرة تُعدُّ عيوباً زوجية يجب بيانها للخاطب أو المخطوبة قبل الزواج، منعاً للتغريب والغش، ورفعاً للظلم والضرر، وقد تقاس على البرص لعله انتقلها إلى الذرية؛ لأن البرص تسببه أيضاً عوامل وراثية⁽²⁾.

6- العقم المحقق في أحد الزوجين، فكتمانه تعبير مؤثر؛ لأن من مقاصد الزواج الإنجاب؛ ولذلك لما قال رجلٌ للنبي ﷺ: (إِنِّي أَصَبْتُ امْرَأَةً ذَاتَ حَسَبٍ وَجَمَالٍ، وَإِنَّهَا لَا تَلِدُ، أَفَأَتَزَوَّجُهَا؟ قَالَ: لَا. ثُمَّ أَتَاهُ الثَّانِيَةَ فَنَهَا. ثُمَّ أَتَاهُ الثَّلَاثَةَ، فَقَالَ: تَزَوَّجُوا الْوُدُودَ الْوُلُودَ؛ فَإِنِّي مُكَاتِرٌ بِكُمْ الْأُمَمِ)⁽³⁾.

وقد اختلف فقهاء الشريعة قديماً وحديثاً في جواز التفريق بالعقم⁽⁴⁾. ولكن الراجح في نظري أنه إذا تم التعبير به، كأن يعلم أحد الخاطبين عن نفسه العقم المحقق، ككونه خصياً، أو كونها قد

(1) الأمراض الوراثية: هي التي تنتقل وراثياً، وتسببها اختلالات في عدد أو تكوين الجينات أو الكروموسومات. وهي كثيرة ومتنوعة، فمنها الخطير وغير الخطير، ومنها النادر والشائع. ومن تلك الشائعة: أمراض الدم، كفقر الدم المنجلي، وفقر دم البحر المتوسط، وأمراض الجهاز العصبي، كضمور العضلات، وضمور المخ، وأمراض الغدد الصماء، وأمراض التمثيل الغذائي الناتجة عن نقص بعض الأنزيمات وغيرها. ينظر: فسخ عقد النكاح بالأمراض الوراثية، دراسة مقارنة: محمد أحمد المسترجي، (د.ط)، 2006، (دون دار نشر)، ص. 112-131؛ أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية، دراسة فقهية مقارنة: منال محمد العشي، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، 2008، ص. 40-42؛ موقع وراثية، الرابط: werathah.com/premarital.htm. تاريخ الزيارة: 2016/2/5.

(2) ينظر: مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الفقهية، م.س، ص. 379-383؛ فسخ عقد النكاح بالأمراض الوراثية، م.س، ص. 163-165؛ أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية، م.س، ص. 89-92.

(3) سنن أبي داود، م.س، كتاب النكاح، باب في تزويج الأبقار، 3/395، حديث رقم: 2050؛ سنن النسائي، م.س، كتاب النكاح، باب كراهية تزويج العقيم، 6/65، حديث رقم: 3227. وقد صححه الألباني في الإرواء، م.س، 6/195-196.

(4) قال ابن قدامة في المغني، م.س، 10/59-60: «إِلَّا أَنْ الْحَسَنَ قَالَ: إِذَا وَجَدَ الْآخَرَ عَقِيماً مُجَيَّباً. وَأَحَبُّ أَحْمَدُ أَنْ يَبَيَّنَ أَمْرَهُ، وَقَالَ: عَسَى امْرَأَتُهُ تُرِيدُ الْوَلَدَ، وَهَذَا فِي ابْتِدَاءِ النَّكَاحِ، فَأَمَّا الْمُسْخُ فَلَا يَتَّبَعُ بِهِ، وَلَوْ تَبَّتْ بِذَلِكَ لَكَبَّتْ فِي الْآيِسَةِ، وَلَأَنَّ ذَلِكَ لَا يُعْلَمُ، فَإِنَّ رَجَالاً لَا يُؤَلِّدُ لِأَحَدِهِمْ وَهُوَ شَابٌّ، ثُمَّ يُؤَلِّدُ لَهُ وَهُوَ شَيْخٌ، وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ مِنْهُمَا.» وينظر: المفصل في أحكام المرأة، م.س، 9/38-40؛ التفريق بالعيوب بين الزوجين، م.س، ص. 485-491؛ بحوث فقهية محكمة، م.س، ص. 313-316؛ حق الزوجة في فسخ النكاح بسبب عقم زوجها: ماهر السوسي، مقال منشور بمجلة الجامعة الإسلامية، غزة، مجلد 14، عدد 1، يناير 2006، ص. 17-20.

استؤصل رحمها أو مبيضيها، فيكتم ذلك عن الخاطب الآخر. فهذا مما يُثبت الحق في التفريق؛ لأنه تغير مؤثر. وقد رُوي أن رجلا عقيما تزوج امرأة دون أن يعلمها، فقال له عُمر رضي الله عنه: «أَنْطَلِقْ فَأَعْلِمَهَا ثُمَّ حَيِّرْهَا.»⁽¹⁾ وبهذا قال الفقهاء المعاصرون⁽²⁾.

وهذا ما تقتضيه المادة 63 من مدونة الأسرة المغربية، والمتعلقة بالتدليس في الزواج.

أما إذا كان الخاطب لا يعلم بعقمه أصلا، أو كان سليما وقت العقد، ثم أصيب به بعد ذلك، فليس لزوجه طلب التفريق إلا بشروط، كأن لا يكون لها ولد أصلا؛ لا منه ولا من غيره، وأن يُعطى للزوج أجل للعلاج إن كان الشفاء ممكنا. أما الزوج فلا حق له في التفريق لعقم زوجته غير المغرر به؛ لأنه يقدر على تطليقها أو الزواج عليها⁽³⁾.

وقد أعطى القانون الأردني (م136)⁽⁴⁾ للزوجة دون الزوج حق التفريق للعقم عند توافر شروط معينة⁽⁵⁾. وبنحو ذلك حكم القضاء الجزائري⁽⁶⁾.

ثالثا- أمثلة عن أساليب التغير في العيوب الزوجية

هناك أساليب كثيرة تستخدم للتغير في العيوب الزوجية، ومن أمثلة ذلك ما يأتي:

1- كتمان العيوب والأمراض الخفية، التي لا يمكن العلم بها إلا بطريق الإخبار، كعيوب الفرج، وتشوهات الأعضاء التناسلية، والأمراض الباطنية غير الظاهرة للعيان. فصاحب العيب أو المرض يكون عادة عالما بما فيه من عيوب وأمراض، فإذا كتمها كان غاشئا مغرّرا.

(1) سبق تخريجه، ص.310. وجاء في رواية البيهقي في معرفة السنن والآثار، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار الوفاء، المنصورة، القاهرة، ط1، 1991م، 190/10. أن هذا الرجل هو ابن سَنَدَرٍ، وأنه كان حَصِيًّا.

(2) ينظر: فتاوى اللجنة الدائمة، المجموعة الأولى، م.س، 13/19؛ فتاوى ورسائل محمد بن إبراهيم آل الشيخ، م.س، 165/10؛ مدى حرية الزوجين في الطلاق، م.س، 673-671/2؛ المفصل في أحكام المرأة، م.س، 39/9؛ التفريق بالعيوب بين الزوجين، م.س، ص489-491؛ بحوث فقهية محكمة، م.س، ص316؛ حق الزوجة في فسخ النكاح بسبب عقم زوجها، م.س، ص24-26.

(3) ينظر: المفصل في أحكام المرأة، م.س، 39/9؛ التفريق بالعيوب بين الزوجين، م.س، ص485-491؛ بحوث فقهية محكمة، م.س، ص315-316؛ حق الزوجة في فسخ النكاح بسبب عقم زوجها، ص27-29. مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة: عبد الرحمان الصابوني، دار الفكر، ط2، 1968م، 673/2.

(4) تنص المادة 136 أحوال شخصية أردني على أنه: «للزوجة القادرة على الإنجاب إن لم يكن لها ولد، ولم تتجاوز خمسين سنة من عمرها، حق طلب فسخ عقد زواجها، إذا ثبت بتقرير طبي مؤيد بالشهادة عقم الزوج وقدرتها على الإنجاب، وذلك بعد مضي خمس سنوات من تاريخ دخوله بها.»

(5) نص قانون الأحوال الشخصية العراقي على حكم مماثل (م5/43). أما قانون الأحوال الشخصية الإماراتي فأعطى حق التفريق للعقم لكلا الزوجين بشروط معينة، حيث جاء في المادة 2/114 أن من حالات جواز التفريق: «إذا ثبت بتقرير طبي عقم الآخر، بعد زواج دام خمس سنوات، وبعد العلاج الطبي، وبشرط عدم وجود أولاد لطلب الفسخ، وأن لا يجاوز عمره أربعين سنة.»

(6) ينظر: قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم: 87301، بتاريخ: 1992/12/22، المجلة القضائية، 1995، عدد 2، ص.92.

2- كتمان الأمراض العقلية والنفسية والعصبية، كالصرع والجنون، خاصة إذا كانت متقطعة وتحدث على نوبات متفرقة؛ وذلك باستخدام الأدوية المهدئة، فيظهر المريض وكأنه سليم معافى، وبعد الزواج ينكشف المستور، ويقع المحذور.

3- إخفاء العيوب الظاهرة وسترها، كإخفاء العمى والعمور باستعمال النظارات، والعدسات الملونة، أو تركيب العيون الاصطناعية، فيظهر صاحب العيب كأنه سليم.

4- إخفاء البرص والجذام والأمراض الجلدية المنفرة باستخدام الأصباغ والكريمات ومواد التجميل، فيبدو الجلد المريض كالجلد الطبيعي في شكله ولونه.

5- إخفاء قَطْع الأطراف بتركيب أطراف اصطناعية، كتركيب رجل اصطناعية بدل المبتورة، ولبس الثياب فوقها، فلا يُعرف كونه مقطوع الرجل. وكذلك لبس الحذاء ذو الكعب العالي جدا، لإظهار الطول وإخفاء القصر. وقد قال النبي ﷺ: (كَانَتْ امْرَأَةٌ مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ، قَصِيرَةٌ تَمْشِي مَعَ امْرَأَتَيْنِ طَوِيلَتَيْنِ، فَاتَّخَذَتْ رَجُلَيْنِ مِنْ خَشَبٍ، وَخَاتَمًا مِنْ ذَهَبٍ مُغْلَقٍ مُطْبَقٍ، ثُمَّ حَشَتْهُ مِسْكَ، وَهُوَ أَطْيَبُ الطَّيْبِ، فَمَرَّتْ بَيْنَ الْمَرَأَتَيْنِ، فَلَمْ يَعْرِفُوهَا)⁽¹⁾.

6- تزوير الشهادات والتقارير الطبية، والتلاعب بنتائج الفحوصات، من أجل إخفاء الأمراض الخطيرة، وخاصة إذا كانت تلك الفحوصات قد أجريت بمناسبة الزواج، أو ما يسمى بالفحص الطبي قبل الزواج، والذي تُلزم به قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة⁽²⁾.

والفحص الطبي قبل الزواج يعدّ من الوسائل المهمة للوقاية من التعبير في الأمراض والعيوب الزوجية؛ ولكن لتحقيق هذا الغرض لا بدّ من تفعيله ميدانيا، حتى لا يبقى مجرد ورقة تقدم في ملف الزواج. ويتم ذلك بتحديد الأمراض المستهدفة بالفحص بدقة، ونوع الفحوصات الواجبة، والجهة المختصة بإجرائها، وأن تتم العملية تحت إشراف الدولة، وبمساهمتها في تحمل نفقاتها⁽³⁾. ولو تمّ ذلك لاستراح الأزواج من كثير من حالات التعبير، وُرُفِع عنهم الإضرار، واستقرت بالتالي الأسرة، وسُتِرت الأعراض، وحصرت الأمراض، وقُلَّت القضايا المرفوعة أمام القضاء⁽⁴⁾.

(1) صحيح مسلم، م.س، كتاب الألفاظ من الأدب وغيرها، باب استعمال المسك وأنه أطيب الطيب، 1765/4، حديث رقم: 2252. قال النووي في شرح صحيح مسلم، م.س، 09/15: «أَمَّا إِتِّخَاذُ الْمَرْأَةِ الْقَصِيرَةِ رَجُلَيْنِ مِنْ خَشَبٍ حَتَّى مَشَتْ بَيْنَ الطَّوِيلَتَيْنِ فَلَمْ تُعْرَفْ، فَحَكَّمَهُ فِي شَرْعِنَا، أَمَا إِنْ قَصَدَتْ بِهِ مَقْصُودًا صَاحِبًا شَرْعِيًّا، بِأَنَّ قَصَدَتْ سَتَرَ نَفْسَهَا لِقَلِّ تُعْرَفْ، فَتُقْصَدَ

بِالْأَدَى أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ؛ فَلَا بَأْسَ بِهِ. وَإِنْ قَصَدَتْ بِهِ التَّعَاطُفَ، أَوْ التَّشْبِيهَ بِالْكَامِلَاتِ تَزْوِيرًا عَلَى الرِّجَالِ وَعَظِيمًا؛ فَهُوَ حَرَامٌ.»

(2) تراجع المواد: 7 مكرر أسرة جزائري؛ 4/65 أسرة مغربي؛ 4/4 من قانون الصحة العامة الأردني، رقم 47، لسنة 2008.

(3) ينظر: الفحص الطبي قبل الزواج، م.س، ص. 198-201؛ الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، ص. 139/1.

(4) ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية للسرطاوي، م.س، ص. 314؛ عيوب الزوجية وأثرها في تقويض الروابط الأسرية، م.س،

ص. 398-406؛ الفحص الطبي قبل الزواج، م.س، ص. 88-92.

المطلب الرابع

التعبير في الصفات المشترطة في الزوجين

أقصد بالتعبير في الصفات المشترطة هنا: أن يتفق الزوجان على اشتراط صفات معينة في أحدهما أو في كليهما، ويتم العقد بناءً على توافر تلك الصفات. ولكن بعد العقد أو الدخول يتبين تخلفها وعدم وجودها أصلاً، أي أنها كانت مفقودة قبل العقد، وأن من شرطت عليه كان يعلم بفقدانها، ولكنه وافق على اشتراطها، ورضي بإبرام العقد على أساسها؛ تغيراً بالزوج المشترط، وإيهاماً له بخلاف الواقع.

وسأتكلم في هذا المطلب عن ضوابط تحقق التعبير في الصفات المشترطة (الفرع الأول)، ثم أبيّن صور هذا التعبير (الفرع الثاني).

الفرع الأول

ضوابط تحقق التعبير في الصفات المشترطة في الزوجين

التعبير في الصفات المشترطة في الزوجين لا يتحقق إلا إذا توافرت فيه جملة من الضوابط، تتعلق إما بطبيعة الصفة المشترطة، أو وقت اشتراطها، أو صيغة الاشتراط، أو كيفية تخلفها.

أولاً - طبيعة الصفة المشترطة

ليس كل صفة تشترط في أحد الزوجين يُعتدُّ بها؛ بل ينبغي أن تكون من الصفات المقصودة المرغوبة التي تتضمن فائدة مشروعة لمشتراطها؛ بأن تكون مما يقصدها الناس في زواجهم، ويرغبون في وجودها في أزواجهم، فتكثر رغبتهم في الزواج بوجودها وتقل بعدمها. ولا تكون الصفة كذلك إلا إذا كانت ترجع على مشتراطها بفائدة مشروعة لا تخالف مقاصد الزواج ولا أحكام الشريعة⁽¹⁾.

وهذه الصفات قد تكون صفات كمالٍ يُراد وجودها فيمن اشترطت فيه، كالذكورة، والشباب، والجمال، والمال وغير ذلك. وقد تكون صفات نقصٍ تُشترط السلامة منها، كالعور، والعرج، والخرس وغير ذلك. وقد تكون الصفة مما لا يعدُّ نقصاً ولا كمالاً، كالصفات المتعلقة بلون الشعر، أو البشرة، أو العينين، أو النحافة والسمنة، وغيرها من الصفات التي تختلف فيها أذواق الناس⁽²⁾. فبعض الرجال مثلاً يحب المرأة السمينة، وبعضهم يحب النحيفة... وهكذا.

(1) ينظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، م.س، 699/2؛ العزيز شرح الوجيز، م.س، 287/8؛ مجموع الفتاوى، م.س، 175/29؛ الشرح الممتع، م.س، 200/12.

(2) ينظر: أسنى المطالب، م.س، 178/3؛ روضة الطالبين، م.س، 519/5.

فإذا كانت الصفة لا ترجع بفائدة مشروعة على مشترطها، فلا عبرة باشتراط، كاشتراط الرجل كون زوجته متبرجة، أو غير مصلية، أو كونها تمتهن عملا محرما (مغنية، وراقصة، عارضة أزياء...) والحكم نفسه بالنسبة لاشتراط الصفات التي لا فائدة فيها، كاشتراط المرأة كون زوجها قد مات والداه، أو اشتراط الرجل كون زوجته لم يخطبها أحد قبله. فاشتراط هذه الصفات نوع من العبث الذي ينبغي تنزيه عقد الزواج عنه.

ولو اشترطت صفة أدنى فوجدت صفة أعلى، كمن يشترطها ثيبا فيجدها بكرا، أو عقيما فيجدها ولودا، أو كتابية فيجدها مسلمة. فلا تغير هنا ولا خيار؛ ولا عبرة بشرط لا نفع فيه، أو لا ضرر في مخالفته. فالصفة الأعلى خير من الأدنى.

وهذا هو المشهور عند المالكية والحنابلة، وهو مذهب الشافعية⁽¹⁾. وفي قول عند المالكية والحنابلة أنه يثبت الخيار إذا كان للمشترط قصد معتبر لا يتحقق مع الصفة الأفضل، كالنصرانية تشترط كون الزوج على دينها؛ لأن المسلم قد يمنعها من الخمر والخنزير، وكالمسلم يشترطها نصرانية كي لا تشغل عنه بالعبادات الواجبة في الإسلام، وكمن يشترطها ثيبا لعجزه عن وطء البكر، وكمن يشترطها أقل منه مالا ونسبا وعلماء، لئلا تتكبر عليه، وغير ذلك من الأغراض⁽²⁾.

وهذه الأغراض في نظري، وإن أمكن وجودها نظريا فهي مستبعدة واقعا، وليست ذات أهمية معتبرة في الحياة الزوجية. فلا ينبغي تعريض الزواج للفسخ لأجلها، عدا الحالة الأولى.

أما قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة، فقد تكلمت عن الاشتراط في عقد الزواج عموما⁽³⁾؛ ولكنها لم تصرح بذكر اشتراط صفات معينة في أحد الزوجين، فقانون الأسرة الجزائري أجاز للزوجين اشتراط أي شرط لا يتناقى مع قانون الأسرة (م19)⁽⁴⁾، وهذا يقتضي جواز اشتراط صفات معينة في أحد الزوجين. والأمر نفسه في القانون المغربي (م47) والأردني (م37)؛ إلا أن مدونة الأسرة المغربية أشارت إلى إمكانية اشتراط صفات معينة في أحد الزوجين (م63)⁽⁵⁾، وقانون الأحوال الشخصية الأردني نص على إمكانية اشتراط الزوجة أو الولي للصفات المتعلقة بكفاءة

(1) ينظر: مواهب الجليل، م.س، 497/3؛ أسنى المطالب، م.س، 178/3؛ مغني المحتاج، م.س، 348/4؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 670/2.

(2) ينظر: النوادر والزيادات، م.س، 527/4؛ البيان والتحصيل، م.س، 459/4؛ المغني، م.س، 239/6.

(3) ينظر المواد: 19 جزائري؛ 47-49 مغربي؛ 37-38 أردني.

(4) نص المادة 19 جزائري كالاتي: «للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية... ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون.»

(5) نص المادة 63 كالاتي: «يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بما هو الدافع إلى قبول الزواج، أو اشتراطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ الزواج...»

الزوج (م/22ب)⁽¹⁾. ولكن هذين النصين الأخيرين وردا في سياق الكلام عن التعبير، وكان الأفضل في نظري لو تمّ ذكر ذلك في باب الاشتراط، وأن تتم صياغة النصوص بأسلوب واضح وصريح، وبصيغة عامة لتشمل الصفات المعتبرة في الكفاءة وغيرها، وتعم ما تشترطه الزوجة أو الزوج، وذلك على نحو ما فعلته بعض القوانين العربية⁽²⁾.

وقد نص قانون الأسرة المغربي (م/48)⁽³⁾، وقانون الأحوال الشخصية الأردني (م/37)⁽⁴⁾ على أن الشرط المعتبر في الزواج هو ما كان مشتملا على منفعة مشروعة لأحد الزوجين. فإن كان الشرط بلا منفعة أصلا فهو مجرد عبث لا يؤثر في الزواج. وإن كانت المنفعة المرجوة من ورائه محظورة شرعا، فهو شرط فاسد لا يؤثر في صحة العقد ولزومه⁽⁵⁾. وهذا المعنى يمكن فهمه أيضا من نصوص قانون الأسرة الجزائري الدالة على فساد الشروط المخالفة لأحكام القانون، أو المنافية لعقد الزواج ومقاصده، كالمواد: 19، 32، 35.

ومما سبق يمكنني القول بأن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي متفقان على جواز اشتراط صفات معينة في أحد الزوجين، على أن تكون من الصفات المرغوبة المتضمنة لمنفعة مشروعة، أو غرض صحيح لا يتعارض مع مقاصد الزواج وأحكامه الشرعية والقانونية.

ثانيا- وقت الاشتراط

اشتراط الصفة المرغوبة في أحد الزوجين قد يتم عند إبرام العقد أو قبل ذلك، أي عند الخطبة أثناء التفاوض حول شروط الزواج. وقد ذهب المالكية، وهو قول عند الشافعية، وظاهر مذهب الحنابلة، إلى أنه يُعتد بالشرط سواء كان مقارنا للعقد، أو سابقا عليه ما لم يتعرض الطرفان لإلغائه عند العقد. وذهب الشافعية في القول الصحيح عندهم، وهو قول عند الحنابلة، إلى أن الشرط الذي يُعتد به هو ما وقع مقارنا للعقد دون ما وقع قبله⁽⁶⁾.

(1) نص المادة 22/ب كالاتي: «إذا اشترطت الكفاءة حين العقد، أو أخبر الزوج، أو اصطنع ما يوهم أنه كفاء، ثم تبين أنه غير ذلك، فلكل من الزوجة والولي حق طلب فسخ الزواج....»

(2) جاء في المادة 5/20 أحوال شخصية إماراتي قولها: «إذا اشترط أحد الزوجين في الآخر وصفا معينا فتبين خلافه، كان للمشتراط طلب فسخ الزواج.» وتمثلها المادة 40/د أحوال شخصية كويتي.

(3) نص المادة 48 كالاتي: «الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشتراطها تكون صحيحة ملزمة لمن التزم بها من الزوجين....»

(4) نص المادة 37 كالاتي: «إذا اشترط حين العقد شرط نافع لأحد الزوجين، ولم يكن منافيا لمقاصد الزواج، ولم يلتزم فيه بما هو محظور شرعا، وسجل في وثيقة العقد؛ وجبت مراعاته....»

(5) ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، ص. 163-165.

(6) ينظر: الشرح الكبير للدردير، م.س، 280/2؛ روضة الطالبين، م.س، 520/5-521؛ أسنى المطالب، م.س، 179/3؛ الإنصاف، م.س، 154/8؛ كشاف القناع، م.س، 2446/7.

والراجح هو الاعتداد بالشرط وإن كان سابقا على العقد؛ لأن الأمر بالوفاء بالشروط جاء مطلقا، فيعم ما شرط قبل العقد أو أثناءه⁽¹⁾.

وقد نص القانون الأردني على أن الشرط الذي تجب مراعاته في الزواج هو ما اشترط حين العقد (م37)⁽²⁾، وهذا موافق لمذهب الشافعية. أما القانون الجزائري والمغربي فليس فيهما ما يشير لهذا الشرط. وعليه يمكن الاعتداد بالشرط المقارن والسابق، وفقا لمذهب المالكية والحنابلة.

ثالثا- صيغة الاشتراط

اشتراط الصفة المرغوبة قد يكون لفظيا أو عرفيا، والاشتراط اللفظي قد يكون صريحا أو ضمنيا. فالصريح هو ما تضمن الصيغة الشرطية، أو ذكرت الصفة في الإيجاب أو القبول، كأن يقول الزوج للولي: تَزَوَّجْتُ ابنتك هذه البكر، أو على أمها متعلمة، أو بشرط كونها موظفة. أما الشرط الضمني فهو ما يفيد معنى الاشتراط دون تصريح، وذلك من خلال القرائن وسياق الكلام، كأن توصف الزوجة عند العقد بصفة معينة، ثم يتم العقد دون التصريح باشتراطها؛ لكن عُرف من القرائن أن الزوج إنما تزوجها لأجل الصفة المذكورة، ولولاها ما تزوجها⁽³⁾.

أما الشرط العرفي فهو ما دل عليه العرف دون أن يجري له ذكر في العقد، كالسلامة من العيوب المثبتة للخيار، فحتى لو لم يتم اشتراطها صراحة، فهي مشروطة بحكم العرف المستقر على افتراض السلامة من العيوب دون حاجة للتصحيح على ذلك؛ لأن الأصل هو السلامة⁽⁴⁾.

(1) يقول ابن تيمية في القواعد النورانية، تحقيق: أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 1422هـ، ص302: «الشَّرْطُ الْمُتَقَدِّمُ عَلَى الْعَقْدِ بِمَنْزِلَةِ الْمُقَارِنِ لَهُ فِي ظَاهِرِ مَذْهَبِ فُقَهَاءِ الْحَدِيثِ أَحْمَدُ وَعَبْدُ اللَّهِ وَغَيْرُهُ، وَمَذْهَبِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ مَالِكُ وَعَبْدُ اللَّهِ وَهُوَ قَوْلُ فِي مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ... وَإِنْ كَانَ الْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِهِ وَمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الْمُتَقَدِّمَ لَا يُؤْتَرُ؛ بَلْ يَكُونُ كَالْوَعْدِ الْمُطْلَقِ، يُسْتَحَبُّ الْوَفَاءُ بِهِ... لَكِنَّ الْمَشْهُورَ فِي نُصُوصِ أَحْمَدَ وَأَبُوهِ، وَمَا عَلَيْهِ قَدَمَاءُ أَصْحَابِهِ، كَقَوْلِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ: إِنَّ الشَّرْطَ الْمُتَقَدِّمَ كَالشَّرْطِ الْمُقَارِنِ، فَإِذَا اتَّفَقَا عَلَى شَيْءٍ وَعَقِدَ الْعَقْدَ بَعْدَ ذَلِكَ، فَهُوَ مَصْرُوفٌ إِلَى الْمَعْرُوفِ بَيْنَهُمَا مِمَّا اتَّفَقَا عَلَيْهِ.»

(2) نص المادة 37 كالاتي: «إذا اشترط حين العقد شرط نافع لأحد الزوجين... وجبت مراعاته.»

(3) جاء في البيان والتحصيل، م.س، 406/4: «وسئل [ابن القاسم] عن الرجل يزوج ابنته أو وليته فيقول له الناكح: إني أخاف أن تكون وليتك سوداء أو عمياء أو عوراء، فقال: ليس لها من هذه العيوب شيء، وهي بريئة من ذلك، فيجد بها بعض ذلك هل يردّها بذلك؟ قال: نعم... وكذلك لو خطب رجل إلى رجل فقال: قد قيل لي: إن وليتك سوداء، فقال: قد كذب من قال ذلك، هي البيضاء الكذا، فنكحها فوجدها سوداء، إنما تُرد عليه لأنه غره، وهو كالشرط، وكذلك العمياء والعرجاء.» وجاء في الشرح الصغير للدردير، م.س، 472/2: «وَلَهُ الرَّدُّ وَلَوْ بَوَصَفِ الْوَلِيِّ لَهَا عِنْدَ الْخُطْبَةِ... كَأَنَّ يَقُولُ: هِيَ سَلِيمَةُ الْعَيْنَيْنِ، طَوِيلَةُ الشَّعْرِ، لَا عَيْبَ بِهَا، فَتُوجَدُ بِخِلَافِهِ؛ فَلَهُ الرَّدُّ؛ لِأَنَّ وَصْفَهُ لَهَا مَنَزَلٌ مَنَزِلَةُ الشَّرْطِ، وَكَذَا وَصَفَ غَيْرَهُ كَأَنَّهَا بِحُضُورِهِ وَهُوَ سَاكِتٌ.»

(4) جاء في النوازل الجديدة الكبرى، م.س، 475/3: «العرف كالشرط فلا بد من اعتباره، ومع العرف المقتضي أن البيضاء ليست من مناكح السم والسود، فالحجة ناهضة في ذلك للولي... في فسخ النكاح.» ويقول محمد التاودي: «العرف كالشرط، وحينئذ فإذا تزوج الرجل وأصدقها صدق البكر، وصنع لها ما يصنع بالبكر، ثم وجدها ثيبا فله الرّد.» حلى المعاصم لفكر ابن عاصم، مطبوع بhamash البهجة في شرح التحفة، دار الفكر، (د.ط، د.ت)، 598/2.

فالمشهور عند الحنفية والمالكية والحنابلة أنه يُعتد بالشرط سواء كان صريحاً أو ضمناً أو عرفياً⁽¹⁾. وفي قول للمالكية وهو مذهب الشافعية أنه لا بدّ أن يكون الشرط صريحاً⁽²⁾، وأنه لا يُعتدّ بالشرط الضمني⁽³⁾، ولا بالشرط العرفي⁽⁴⁾.

والراجح عندي هو أن صفات الكمال المرغوبة التي لا يُعتدّ فقدها عيباً، كالبركة والنسب والمال وغيرها، لا بدّ من التصريح باشتراطها. أما صفات النقص التي يُطلب انتفاؤها، ويُعد وجودها عيباً في العرف، كالعرج والعمى وغيرها؛ يُعتدّ فيها بالاشتراط الصريح والضمني والعرفي؛ لأن العرف يقتضي السلامة منها. والقاعدة عند الفقهاء أن: «المشروط عُرْفًا كالمشروط لفظاً»⁽⁵⁾.

وقد نص القانون المغربي (م63)⁽⁶⁾، والقانون الأردني (م38/أ)⁽⁷⁾، على أن الشرط الواجب مراعاته في الزواج هو ما كان اشتراطه صريحاً واضحاً، وهذا يقتضي التصريح بالاشتراط، مع تحديد الصفة المرغوبة بدقة ووضوح⁽⁸⁾. أما القانون الجزائري فليس فيه ما يدل على هذا الشرط؛ إلا أن القضاء ذهب إلى ضرورة التصريح بالاشتراط⁽⁹⁾، كما ذهب إلى عدم الاعتداد بالشرط العرفي⁽¹⁰⁾.

(1) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 167/5؛ البيان والتحصيل، م.س، 406/4؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، م.س، 280/2؛ منح الجليل، م.س، 387/3؛ كشف القناع، م.س، 2454/7.

(2) جاء في مغني المحتاج، م.س، 349/4: «التَّعْرِيزُ الْمُؤَيَّرُ فِي الْفَسْخِ بِحُلْفِ الشَّرْطِ تَعْرِيزٌ قَارَنٌ الْعَقْدَ، بِوُقُوعِهِ فِي ضَلْبِهِ، عَلَى سَبِيلِ الْاِشْتِرَاطِ، كَقَوْلِهِ: رَزَوْتُكَ هَذِهِ الْبِكْرَ أَوْ هَذِهِ الْمُسْلِمَةَ أَوْ الْحُرَّةَ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ إِنَّمَا يُؤَيَّرُ فِي الْعَقْدِ إِذَا ذُكِرَ فِيهِ، بِجِلَافٍ مَا إِذَا قَارَنَهُ لَا عَلَى سَبِيلِ الشَّرْطِ أَوْ سَبِيلِ الْعَقْدِ.»

(3) قال ابن رشد في البيان والتحصيل، م.س، 407/4: «لا اختلاف أعلمه في أن الخاطب إذا قال للمخطوب إليه: قيل لي: إن وليتك سوداء أو عوراء، فقال له: قد كذب من قال ذلك؛ بل هي البيضاء الكذا. أن ذلك شرط، بمنزلة قوله: ليس لك من هذه العيوب شيء. يكون للناكح ردها إن وجد بها بعض ذلك... وإنما اختلفوا إذا وصفها له الولي عند الخطبة بالبياض وصحة العينين ابتداء على غير سبب، وهي عوراء أو سوداء. فقيل: إن ذلك لازم للزوج ولا كلام له في ذلك؛ لأنه فرط إذ لم يتثبت ويستخبر لنفسه، وهو قول أصبغ، ومذهب ابن القاسم، واختيار محمد بن المواز، وقيل: إنه بالخيار. وهو قول ابن وهب وعيسى ابن دينار.»

(4) يقول الدسوقي في حاشيته، م.س، 280/2: «قَوْلُهُ: "إِن لَمْ يَشْرَطِ السَّلَامَةَ فَلَا خِيَارَ". ظَاهِرُهُ أَنَّ الْعُرْفَ لَيْسَ كَالشَّرْطِ... وَلَعَلَّ الْفَرْقَ بَيْنَ النِّكَاحِ وَبَيْنَ غَيْرِهِ مِنْ كَثِيرٍ مِنَ الْأَبْوَابِ، حَيْثُ جُعِلَ الْعُرْفُ فِيهَا كَالشَّرْطِ، أَنَّ النِّكَاحَ مَبْنِيٌّ عَلَى الْمَكَارَمَةِ.»

(5) ينظر: المبسوط، م.س، 85/23؛ حاشية الدسوقي، م.س، 02/4؛ شرح حدود ابن عرفة، م.س، ص. 169؛ الحاوي الكبير، م.س، 186/5؛ إعلام الموقعين، م.س، 03/3؛ الشرح الممتع، م.س، 196/12.

(6) نص المادة 63 كالاتي: «يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التذليل بها هو الدافع إلى قبول الزواج، أو اشتراطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ الزواج....»

(7) نص المادة 38/أ كالاتي: «ينبغي أن تكون عبارة الشرط واضحة... ليرتب على عدم الوفاء به أحكامه وآثاره.»

(8) ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، ص. 164.

(9) ينظر: قرار المجلس الأعلى، غ.أ.ش، ملف رقم: 55116، بتاريخ: 1989/10/2، المجلة القضائية، 1991، عدد 1، ص. 33.

(10) ينظر: قرار المجلس الأعلى، غ.أ.ش، ملف رقم: 49575، بتاريخ: 1988/6/20، المجلة القضائية، 1991، عدد 2، ص. 54. فقد قضى بعدم صحة إلزام الزوج بالعرف السائد في العاصمة، من أن الزوج ملزم بالبقاء مع زوجته بالعاصمة، ولا يخرجها منها.

ويتبين لي مما سبق عرضه أن قوانين الأحوال الشخصية قد أخذت بمذهب الشافعية وبعض المالكية من ضرورة التصريح بالاشتراط؛ وذلك منعا لتنازع الزوجين مستقبلا في حصول الاشتراط، أو في تحديد معنى الشرط. أما جمهور الفقهاء فيعتدون بالشرط ولو كان ضمنيا أو عرفيا.

رابعا- تخلف الصفة المشروطة

يتحقق التعبير بالاشتراط عندما تتخلف الصفة المشروطة، فيظهر الزوج أو الزوجة محل الشرط على وصف مخالف لما اشترط فيه، بحيث تنعدم فيه الصفة المشروطة تماما، أو توجد فيه صفة أدنى من تلك المشروطة. ويكون تخلف الصفة المشترطة مؤثرا إذا حصل ذلك قبل العقد أو عند إبرامه. أما إذا كانت الصفة موجودة عند العقد ثم زالت بعده، فلا يتحقق التعبير، ولا يتأثر العقد بزوال الوصف المشروط بعد العقد. كأن يشترط الزوج صفة البكارة في زوجته، وتكون بكرا حقيقة عند العقد؛ لكنها فقدت بكارتها بعده وقبل الدخول باغتصاب مثلا، فهنا لا يتحقق التعبير، ولا يثبت التخيير، وهي مصيبة نزلت بالزوج فإن شاء أمسك وإن شاء طلق⁽¹⁾.

وفي قوانين الأحوال الشخصية يتحقق التعبير أيضا عند تخلف الوصف المشروط في أحد الزوجين، بأن يظهر بخلاف تلك الصفة. وهذا ما تقتضيه المواد: 9/53 جزائري، 63 مغربي، 22/ب أردني. على أن تكون الصفة مفقودة أصلا عند العقد، كما لو اشترطت الكفاءة في الزوج، فتبين أنه خالٍ منها عند العقد، فهذا هو التعبير المؤثر. أما لو زالت بعد العقد، فلا يؤثر ذلك فيه؛ إذ لا تعبير عندها. وهذا ما نصت عليه المادة 21/ب أردني بقولها: «الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي، وتراعى عند العقد، فإن زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج.» وهذا النص وإن جاء بشأن خصال الكفاءة، فهو يسري على سائر الصفات المشترطة بطريق القياس.

وبهذا يتبين أن الفقه والقانون متفقان على أن تخلف الصفة يؤثر إذا كان قبل العقد لا بعده.

الفرع الثاني

صور التعبير في الصفات المشترطة

قبل أن أورد صور التعبير في بعض الصفات التي يكثر اشتراطها في الزواج، أتبه إلى أن المرأة لا تحتاج لاشتراط الصفات المعتبرة في الكفاءة، كالتدين والنسب والحرفة وغيرها. فالتعريف في مثل هذه الصفات يوجب الخيار دون اشتراط، ولا يؤثر اشتراطها إلا زيادة التأكيد على هذا الحق، إلا إذا كانت الصفة مما اختلف الفقهاء في اعتبارها في الكفاءة، فيكون من الاحتياط اشتراطها خروجاً من الخلاف. أما إذا كانت الصفة غير معتبرة أصلا في الكفاءة، فلا بدّ لثبوت الخيار من اشتراطها.

(1) ينظر: البهجة في شرح النخعة، م.س، 511/1؛ فتاوى البرزلي، م.س، 249/2؛ المعيار العربي، م.س، 130/3-131.

وأما بالنسبة للرجل فلا غنى له عن الاشتراط صراحة أو ضمناً، إن أراد أن يثبت له الخيار؛ لأن الكفاءة لا تراعى في جانب المرأة.

كما أتبّه إلى أن الصفات المرغوبة التي يمكن اشتراطها في أحد الزوجين، غير محصورة في عدد معين، فهي تختلف باختلاف الأزواج وروايتهم، كالحرفة، والعلم، والسّن، والجمال، والبلد وغيرها. فإذا وقع اشتراط إحداها صراحة، أو ضمناً، ثم تبين أنها غير موجودة أصلاً؛ فهذا تعبير مؤثر في العقد، يوجب الخيار للمغرور عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة⁽¹⁾.

أما الحنفية فلا يعتدون بمثل هذه الشروط أصلاً؛ باستثناء اشتراط خصال الكفاءة⁽²⁾. في قوانين الأحوال الشخصية، تدل النصوص العامة في الاشتراط في الزواج على أن لكل واحد من الزوجين أن يشترط في الآخر ما شاء من الأوصاف المرغوبة المشروعة، وأن تخلفها يمثل تعبيراً مجوزاً لطلب التفريق⁽³⁾. وهذا ما يتفق عموماً مع مذهب الجمهور خلافاً للحنفية.

وسأشرع الآن في بيان صور التعبير في عدد من تلك الصفات التي يكثر اشتراطها من قبل الزوجين، وسأركز خاصة على ما يشترطه الزوج في زوجته، في مقابل صفات الكفاءة المطلوبة في الزوج دون اشتراط. وهذه الصفات هي: الديانة، النسب، الغنى واليسار، البكارة، عدم التعدد.

أولاً- التعبير في صفة الديانة

التعبير في صفة الديانة المشتربة له عدة صور منها:

1- قد يشترط الخاطب المسلم كون زوجته مسلمة، أو يظنها كذلك بسبب تعبيرها، كأن تشبه بالمسلمات في لباسها وكلامها، أو يقول وليها للخاطب: زوجتك هذه المسلمة، ثم يظهر بعد العقد أنها يهودية أو نصرانية. فهذا تعبير مؤثر يثبت بسببه للزوج الخيار⁽⁴⁾.

(1) جاء في أسنى المطالب، م.س، 178/3: «إِذَا شُرِّطَ فِي الْعَقْدِ فِي أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ: حُرِّيَّةٌ، أَوْ نَسَبٌ، أَوْ جَمَالٌ، أَوْ يَسَارٌ، وَتَحْوُّهَا مِنْ صِفَاتِ الْكَمَالِ، كَشَبَابٍ، وَبَكَارَةٍ، أَوْ ضِدِّهَا مِنْ صِفَاتِ النَّقْصِ، أَوْ كَانَ بِمَّا لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ نَقْصٌ وَلَا كَمَالٌ... أَوْ السَّلَامَةُ مِنَ الْغُيُوبِ، أَوْ إِسْلَامُ الْمُنْكَوْحَةِ، أَوْ إِسْلَامُ الزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ كِتَابِيَّةً؛ فَبَانَ خِلَافُهُ صَحَّ النِّكَاحُ... فَإِنْ خَرَجَ الْمُؤَصِّفُ خَيْرًا بِمَّا شُرِّطَ فِيهِ، كَانَ شُرْطُ فِي الزَّوْجَةِ أَنَّهَا تَيْبٌ فَخَرَجَتْ بِكْرًا، أَوْ كِتَابِيَّةً فَخَرَجَتْ مُسْلِمَةً... فَلَا خِيَارَ؛ لِأَنَّهُ أَفْضَلُ، أَوْ خَرَجَ دُونَهُ... تَبَّتْ لِلْفَائِزِ شُرْطُهُ الْخِيَارُ... لِخُلْفِ الشَّرْطِ وَالتَّعْيِيرِ.» وينظر: مواهب الجليل، م.س، 497/3؛ مجموع الفتاوى، م.س، 175/29.

(2) جاء في شرح فتح القدير، م.س، 305/4: «فِي التَّكَاحِ لَوْ شُرِّطَ [الزوج] وَصْفًا مَرْغُوبًا فِيهِ، كَالْعُدْرَةِ، وَالْجَمَالِ، وَالرِّشَاقَةِ، وَصِغْرِ السِّنِّ، فَظَهَرَتْ [الزوجة] تَيْبًا، عَجُورًا، شَوْهَاءَ، ذَاتَ شِقِّ مَائِلٍ، وَلُعَابِ سَائِلٍ، وَأَنْفٍ هَائِلٍ، وَعَقْلٍ زَائِلٍ؛ لَا خِيَارَ لَهُ فِي فسخِ التَّكَاحِ بِهِ.»

(3) تراجع المواد: 19، 53/9 أسرة جزائري؛ 48، 63 أسرة مغربي؛ 37، 38 أحوال شخصية أردني.

(4) يقول عبد الرحمن البغدادي المالكي: «إِذَا غَرَّتْ الْكِتَابِيَّةُ بِإِسْلَامِهَا، أَوْ الْأَمَةُ بِحُرِّيَّتِهَا، تَبَّتْ لَهُ الْخِيَارُ.» أسهل المدارك شرح إرشاد السالك للكشناوي، م.س، 99/2. وينظر: البيان والتحصيل، م.س، 460/4؛ الأم، م.س، 10/5؛ العزيز شرح الوجيز، م.س، 146/8؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 670/2؛ الشرح الممتع، م.س، 196/12.

2- وقد تشترط المرأة الكتابية كون زوجها على دينها، أو يدعي خاطبها المسلم أنه على دينها⁽¹⁾. أو يُظهِر لها ما يجعلها تتوهم ذلك، فتقبل الزواج به، ثمَّ يتبين بعد العقد أنه مسلم. فهذا تعرير يثبت الخيار للكتابية؛ ليس لكون الإسلام عيباً في الزواج، ولا لكون المسلم غير كفءٍ لها؛ ولكن بسبب التعرير وتخلف الصفة المشترطة. وهذا أظهر الروايتين عن الإمام مالك⁽²⁾. والمشهور عند المالكية والحنابلة، وهو مذهب الشافعية، أنه لا خيار لها؛ لأن المسلم أفضل من الكتابي⁽³⁾.

والصواب هو الرأي الأول؛ لأنه قد يكون لها قصد صحيح وغرض معتبر في كون الزوج على دينها، كأن تقصد التوافق في الدين باعتباره سبباً لحصول المودة واستقرار الأسرة. وقد تقصد تجنب ما قد يحصل من المسلم من منعها مما يحل في دينها، من الخمر والخنزير وغيره.

3- أن يشترط الزوج كون زوجته سُنيَّة سليمة المعتقد، سواء كان شرطه صريحاً، أو كان ضمناً، كأن نُخبر الزوجة أو وليها أنها سُنيَّة، أو تُظهِر وتتصنع ما يوهم ذلك، وبعد الزواج يتبين بأنها بخلاف ذلك، كأن يجدها مبتدعة فاسدة المعتقد. ففي هذه الحالة يتوقف حكم النكاح على نوع تلك البدعة؛ فإن كانت مُكفِّرة، فالنكاح باطل؛ لأنها مرتدة لا يحل نكاحها. وإن لم تكن بدعتها مُكفِّرة فالنكاح صحيح؛ إلا أن للزوج خيار فسخه للتعرير وفوات الوصف المشروط⁽⁴⁾.

4- أن يشترط الزوج كون زوجته صالحة عفيفة، ثم يظهر بعد العقد أنها زانية. فحكم الزواج هنا يختلف باختلاف حالات الزنا؛ فإن كانت قد زنت واستبرأت، وتابت من ذلك كله قبل العقد، فالزواج صحيح باتفاق الفقهاء. أما إن كانت مشهورة بالزنا، ولم تُعرف لها توبة منه، فالفقهاء مختلفون في صحة النكاح من الزانية المجاهرة؛ فالجمهور على صحته خلافاً للحنابلة والظاهرية⁽⁵⁾. وعلى القول بصحته فللزواج الخيار للتعرير وفوات الشرط⁽⁶⁾.

(1) تنبيه: إذا قال المسلم للكتابية بأنه على دينها؛ يقصد تعريرها لأجل الزواج، فلا يكون بذلك مرتداً؛ لعدم قصده للكفر. ينظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، م.س، 281/2؛ أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، م.س، 100/2.

(2) قال ابن أبي زيد القيرواني في النوادر والزيادات، م.س، 527/4: «أما المُسْلِمُ يَعْزُ النَّصْرَانِيَّةَ فيقول: أَنَا عَلَى دِينِكَ فَتَزَوَّجْتَهُ ثُمَّ عَلِمْتُ. قال مالك: لَهَا الْخِيَارُ؛ لِأَنَّهَا عَزَّهَا، وَمَنْعَهَا مِنْ كَثِيرٍ؛ مِنْ شَرْبِ الْخَمْرِ وَعَيْرِهِ. وقال ربيعة: لا خيار لها، وليس الإسلام بعيب، وقول مالك أحب إلينا.» وينظر: البيان والتحصيل، م.س، 459/4؛ شرح مختصر خليل للخرشي، م.س، 240/3.

(3) ينظر: مواهب الجليل، م.س، 497/3؛ أسنى المطالب، م.س، 178/3؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 670/2.

(4) ينظر: المعيار العرب، م.س، 87/3؛ البهجة شرح التحفة، م.س، 415/1-417.

(5) ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 246/3؛ التبصرة للحمي، م.س، 2012/5؛ نهاية المطلب، م.س، 219/12؛ المغني، م.س، 562/9-563؛ المحلى بالآثار، م.س، 63/9.

(6) جاء في حاشية العدوي على شرح الخرشي لمختصر خليل، م.س، 172/3: «الْمَرْأَةُ النَّصْرَانِيَّةُ الْمُسِيحِيَّةُ فَزَوَّجَهَا لِغَيْرِ لَأَ صَدَاقٌ لَهَا عَلَى زَوْجِهَا [أي إذا فارقها]، وَيَنْبَغِي أَنْ يُقْبَدَ بِمَا إِذَا تَزَوَّجَهَا وَهُوَ غَيْرُ عَالِمٍ.» وينظر: حاشية الدسوقي، م.س، 220/2؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير، م.س، 350-349/2؛ أسنى المطالب، م.س، 178/3.

وأما إن وجدها حاملا من الزنا، ففي صحة العقد عليها وهي حامل خلاف بين الفقهاء؛ فالحنفية والشافعية يصححون العقد ويجوزون الوطء. والمالكية والحنابلة يمنعون العقد حتى تضع حملها، فإن تم قبل الوضع فهو باطل يجب فسخه؛ لوجوب الاستبراء من الزنا قبل حلِّ الزواج⁽¹⁾.

أما قوانين الأحوال الشخصية فلم يرد فيها نص خاص بشأن التغير في صفة الديانة؛ إلا أن الأحكام العامة للاشتراط والتغير تدل على جواز اشتراطها. فلكل واحد من الزوجين أن يشترط في الآخر ما يرغب فيه من الأوصاف التي ترجع إلى الديانة، ككونه على دين أو مذهب معين، أو كونه عفيفا عن الفواحش (زنا، خمر، مخدرات...) أو ملتزما بأحكام الشريعة (حجاب، صلاة...). فإن تخلف الوصف المشروط تحقق التغير المجوّز للتفريق⁽²⁾. وهذا ما يتفق عموما مع الفقه الإسلامي.

وأما بقية التفصيلات غير المنصوص عليها، فيرجع فيها إلى أحكام الفقه الإسلامي، وخاصة ما تعلق بزواج المرتدة والزانية؛ فالقوانين محل الدراسة لم تنص على منع الزواج بالمرتدة، باستثناء القانون الأردني الذي اعتبر الردة من الموانع المؤقتة للزواج (م/28ج)⁽³⁾، وإن كان بعض القانونيين يرى أن مانع الردة يدخل في مانع الكفر المنصوص في هذه القوانين⁽⁴⁾؛ فالمرتدة غير مسلمة، ولا تُقَرُّ على دين كتابي، ولو كانت ردتها إليه⁽⁵⁾.

كما أن هذه القوانين لم تنص على منع الزواج بالزانية كمذهب الحنابلة، ولا قيدت الزواج بها بمضي فترة الاستبراء كمذهب المالكية، وإن كان نص القانون المغربي على منع الزواج بالمستبرأة (م/39/5)⁽⁶⁾ قد يشمل الزانية؛ لأن الاستبراء يكون من الوطء في زنا أو نكاح باطل، أو شبهة نكاح⁽⁷⁾. وقد حكم القضاء الجزائري ببطالان الزواج بالمرأة الحامل من الزنا⁽⁸⁾. وحكم بفسخ الزواج للردّة⁽⁹⁾.

(1) ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 241/3؛ منح الجليل، م.س، 262/3؛ نهاية المطلب، م.س، 219/12؛ المغني، م.س، 561/9-562؛ مجموع الفتاوى، م.س، 106-105/32.

(2) تراجع المواد: 19، 9/53 أسرة جزائري؛ 48، 63 أسرة مغربي؛ 37، 38 أحوال شخصية أردني.

(3) تنص المادة 28/ج على أنه يجرم بصورة مؤقتة: «زواج المرتد عن الإسلام أو المرتدة، ولو كان الطرف الآخر غير مسلم». كما نصت المادة 142 أردني على فسخ الزواج إذا ثبتت ردة أحد الزوجين. وكانت المادة 32 جزائري تنص قبل التعديل على بطلان الزواج إذا ثبتت ردة الزوج؛ لكن حذفت هذه الجملة بعد تعديل المادة بالأمر: 05-02.

(4) القانون المغربي يمنع زواج المسلم بغير الكتابية، وزواج المسلمة بغير المسلم (م/4/39)؛ وكذلك القانون الأردني (م/28أ، ب). أما القانون الجزائري فاقصر على منع زواج المسلمة بغير المسلم (م/5/30)، وأغفل النص على منع زواج المسلم بغير الكتابية.

(5) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 186-184/1.

(6) المادة 4/39 تنص على أنه من الموانع المؤقتة للزواج: «وجود المرأة في علاقة زواج، أو في عدّة، أو استبراء».

(7) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 180/1.

(8) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم: 371562، بتاريخ: 2006/10/11، مجلة المحكمة العليا، 2007، عدد 2، ص.457.

(9) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم: 699785، بتاريخ: 2012/4/12، مجلة المحكمة العليا، 2012، عدد 2، ص.274.

ثانيا- التعبير في صفة النسب

إذا اشترط الزوج نسبا معيناً في زوجته، أو ادعت هي أو وليها نسبا معيناً، فتزوجها لأجل ذلك النسب المذكور، ثم تبين بأنها لقيطة مجهولة النسب، أو أنها ابنة زنا، أو ذات نسب دون ما ادعته. فللزوج الخيار إذا وجدها دون نسبه هو، ودون النسب الذي ادعته. وهذا مذهب المالكية والحنابلة والأصح عند الشافعية، ورواية عن أبي يوسف؛ وذلك بسبب التعبير وتختلف الشرط. أما عند الحنفية والقول الآخر للشافعية فلا يثبت للزوج الخيار حتى ولو اشترط ذلك صراحة⁽¹⁾.

والصحيح هو إثبات الخيار لأجل حصول التعبير، سواء كان اشتراط النسب صراحة أو ضمناً، كمن انتسبت لحاطبها فوجدها لِعِيَّة⁽²⁾، فله الخيار⁽³⁾.

ثالثا- التعبير في صفة الغنى

إذا اشترط الزوج كون زوجته غنيّة موسرة، أو ادعت هي أو وليها أنها كذلك، أو أخيرا الزوج أنها تملك كذا وكذا من العقارات أو المنقولات؛ وذلك ترغيباً للحاطب في نكاحها، أو تبريراً للمغلاة في مهرها، وبعد العقد يتبين أنها فقيرة لا تملك شيئاً مما ذكر من الأموال.

فالمذهب عند المالكية والشافعية والحنابلة أن للزوج الخيار؛ للتعبير وفوات الصفة المشروطة⁽⁴⁾. وقد ذكر المالكية مسألة من هذا القبيل، وهي أن تُخَطَّبَ المرأة إلى أبيها فيُعَالِي في مهرها، فيقول الحاطب منكراً: ماذا لابنتك؟ فيقول: لها كذا وكذا، لأموال يسميها، فيقبل الحاطب النكاح بالصداق المذكور، ثم يُوجد الأمر على خلاف ما ذكر الأب. فأفتى فيها بعضهم أنه إذا اكتُشِفَ الأمر قبل الدخول، يُقال للزوج: إن شئت فأقم على هذا النكاح، وإن شئت ففارق ولا شيء عليك من الصداق، لا قليل ولا كثير، وإن لم يُكْتَشَفَ إلا بعد الدخول، رُدَّتْ إلى صداق مثلها. وأفتى آخرون بأنه لا خيار للزوج؛ لأنه فرَطَ ولم يثبت. وقال ابن رشد الجَدُّ بأن الخلاف فيما إذا وصفها الولي بذلك من غير شرط، وأما مع اشتراط ذلك، فالمذهب أن للزوج رُدُّها عند اكتشاف الحقيقة، سواء قبل الدخول أو بعده⁽⁵⁾.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 321/2؛ منح الجليل، م.س، 408/3؛ الأم، م.س، 90/5؛ المغني، م.س، 449/9.

(2) عِيَّة: بفتح العين وكسرهما، يقال: فلان لِعِيَّة، إذا كان لغير رشدة، أي ابن زنا. ينظر: منح الجليل، م.س، 408/3.

(3) جاء في البيان والتحصيل، م.س، 126/5: أن ابن وهب سئل عن الرجل يتزوج المرأة ثم يجدها لِعِيَّة. فأجاب بقوله: «إن كانت حين خطبها انتسبت له، فقالت: أنا فلانة ابنة فلان، فإني أرى النكاح مفسوخاً». وأفتى محمد علي فركوس بجواز فسخ الزواج للتدليس، إذا كتبت الزوجة كونها تنتسب إلى أمها فقط. ينظر الفتوى رقم: 615 على الموقع الرسمي للشيخ: (ferkous.com).

(4) ينظر: إعانة الطالبين، م.س، 384/3؛ أسنى المطالب، م.س، 178/3؛ مجموع الفتاوى، م.س، 175/29.

(5) ينظر: البيان والتحصيل، م.س، 63/5-64؛ النوادر والزيادات، م.س، 488/4.

وأما قوانين الأحوال الشخصية فلم يرد فيها نص خاص باشتراط صفة النسب أو اليسار أو الغنى؛ لكن النصوص العامة المتعلقة بالاشتراط تفيد جواز اشتراطها، فإذا اشترط أحد الزوجين في الآخر نسبا معيناً فوجده ذا نسب أدنى، أو بلا نسب أصلاً، كمجهول النسب وابن الزنا. أو اشترط فيه الغنى واليسار فوجده بخلاف ذلك، كالزوجة التي تشترط كون الزوج يملك سكناً مستقلاً، فتجده بلا سكن أصلاً؛ فللمشترط في هذه الحالات الحق في التفريق للتغيرير، وتختلف الوصف المشروط، وفقاً لتلك النصوص العامة⁽¹⁾.

وبهذا يتبين بأن قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة تتفق مع رأي جمهور الفقهاء المشتهرين للخيار لفوات الوصف المشروط، خلافاً للحنفية الذين لا يثبتون ذلك.

رابعاً- التغيرير في صفة البكارة

ذهب فقهاء المذاهب الأربعة إلى أن الثوبية وفقد البكارة ليس عيباً تُردّ به المرأة، حتى لو كتبت ذلك عن الخاطب؛ لأن البكارة تزول بأشياء كثيرة، فينبغي إحسان الظن بالمرأة، وحمل أمرها على الصلاح؛ ولذلك لو تزوج رجل امرأة يظنها بكرًا فوجدها ثيباً، فلا خيار له بمجرد خُلف الظن⁽²⁾. لكن إذا اشترط فيها البكارة فوجدها ثيباً، فقد اختلف الفقهاء في ثبوت الخيار بخلف هذا الشرط، وفوات هذا الوصف المرغوب على ثلاثة أقوال هي:

1- القول بنفي الخيار مطلقاً

يرى أصحاب هذا القول أنه لا يثبت للزوج الخيار باشتراطه عذرية وبكارة الزوجة؛ إذ لا عبرة بهذا الشرط؛ لأن البكارة تزول بأشياء عديدة. بل ولو زالت بالوطء فلا خيار أيضاً؛ لأن البكارة لا تستحق بالنكاح، ويجب عليه المهر كاملاً؛ لأنه شُرِعَ في مقابل الاستمتاع وليس في مقابل البكارة. وهذا مذهب الحنفية، وقول عند الشافعية خلاف الأظهر، ووجه عند الحنابلة⁽³⁾.

وقد رَوَى الرَّهْرِيُّ: أَنَّ رَجُلًا تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَلَمْ يَجِدْهَا عَذْرَاءً، كَانَتْ الْحَيْضَةُ أَحْرَقَتْ عُذْرَتَهَا، فَأَرْسَلَتْ إِلَيْهِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: «أَنَّ الْحَيْضَةَ تُذْهِبُ الْعُدْرَةَ يَقِينًا»⁽⁴⁾. وقال عدد من التابعين،

(1) تراجع المواد: 19، 53/9 أسرة جزائري؛ 48، 63 أسرة مغربي؛ 37، 38 أحوال شخصية أردني.

(2) قال ابن عبد البر في الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد أحمد ولد ماديك، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط2، 1980م، 566/2-567 (بتصرف يسير): «لا تُرَدُّ المرأة بأتمها غير عذراء؛ لأن العذرة تزول بوجوه كثيرة؛ إلا أن يشترط السلامة في ذلك، فإن اشترطها ثم وجدها ثيباً كان له الرد إن شاء.» وينظر: الشرح الكبير للدردير، م.س، 281/2؛ حاشية ابن عابدين، م.س، 266/4؛ حاشية الرملي على أسنى المطالب، م.س، 179/3؛ حاشية الروض المربع، م.س، 328/6.

(3) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 266/4؛ المحيط البرهاني، م.س، 17/3؛ درر الحكام شرح غرر الأحكام، م.س، 345/1؛ روضة الطالبين، م.س، 519/5؛ كفاية النبيه، م.س، 180/13-181؛ المغني، م.س، 451/9.

(4) سنن سعيد بن منصور، م.س، 103/2، الأثر رقم: 2118.

كالحسن البصري، والنخعي، والشَّعْبِيّ، فيمن لم يجد امرأته عذراء: «لَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ، الْعُدْرَةُ تَذْهَبُ مِنْ غَيْرِ رَبِيبَةٍ؛ تَذْهَبُهَا الْوُثْبَةُ، وَكَثْرَةُ الْحَيْضِ، وَالْتَعْنِيسُ، وَالْحِمْلُ الثَّقِيلُ.»⁽¹⁾

لكن يمكن الرد على هذه الآثار بأنها محمولة على من لم يشترط العذرية، أو أنها أقوال قيلت في سياق نفي اللعان والقذف عنن قال لامرأته: «لم أجدك عذراء.» ويؤيد هذا الاحتمال الثاني ما جاء في ألفاظ بعض تلك الروايات. فقد روي عن الشَّعْبِيّ في الرَّجُلِ يَقُولُ لِامْرَأَتِهِ: لَمْ أَجِدْكِ عَذْرَاءً، قَالَ: «لَا يُضْرَبُ، إِلَّا أَنْ يَزْمِيَهَا بِالزَّانَا؛ لِأَنَّ الْعُدْرَةَ تَذْهَبُ بِهَا الْحَيْضَةُ وَالشَّيْءُ.»⁽²⁾

2- القول بثبوت الخيار مطلقاً: يثبت الخيار للزوج إن اشترط بكارة الزوجة فوجدها ثيباً؛ سواء كانت ثيبوتها بوطء أو غيره، وسواء كان الوطاء حلالاً أم حراماً. وهذا الرأي هو القول الأصح عند الشافعية⁽³⁾، والوجه الثاني المعتمد عند الحنابلة⁽⁴⁾.

واستدلوا بأن البكارة صفة مرغوبة وفيها منفعة مشروعة، وقد رَغِبَ فِيهَا النَّبِيُّ ﷺ، وَبَيَّنَ فَائِدَتَهَا بِقَوْلِهِ: (عَلَيْكُمْ بِالْأَبْكَارِ؛ فَإِنَّهُنَّ أَعْدَبُ أَفْوَاهًا، وَأَنْتَقُ أَرْحَامًا، وَأَرْضَى بِالْيَسِيرِ)⁽⁵⁾.

3- القول بثبوت الخيار على التفصيل

يثبت الخيار بشرط البكارة على التفصيل، وهذا ما ذهب إليه المالكية حيث فرّقوا بين شرط البكارة وشرط العذرية؛ فقالوا: إن شَرَطَهَا عَذْرَاءً فوجدها غير ذلك، كان له الرد مطلقاً، سواء فقدت عذرتها بنكاح أو غيره، وسواء علم الولي بأمرها وكنم أو لم يعلم. أما إن شرطها بكراً فبانت غير عذراء، فله الرد إن كان زوال العذرة بنكاح، أو كان زوالها بوثبة أو زناً أو غيره، وَعَلِمَ الْوَلِيُّ وَكَنِمَ عَلَى الزَّوْجِ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْوَلِيُّ فِي الرَّدِّ تَرَدَّدَ وَاخْتَلَفَ⁽⁶⁾. وأساس هذا التفصيل هو التفريق بين صفتي «البكر» و«العذراء» اصطلاحاً؛ فالبكر هي من لم يسبق لها الزواج، سواء كانت عذراء أم لا، ومن زالت عذرتها بغير الوطاء، كوثة أو سقطت فهي بكر غير عذراء⁽⁷⁾.

(1) سنن سعيد بن منصور، م.س، 102/2-103؛ مصنف عبد الرزاق، م.س، 106/7.

(2) مصنف عبد الرزاق، م.س، 106/7، الأثر رقم: 12405.

(3) ينظر: روضة الطالبين، م.س، 519/5؛ كفاية النبيه، م.س، 180/13-181.

(4) ينظر: المغني، م.س، 451/9؛ مطالب أولي النهى، م.س، 131/5؛ الشرح الممتع، م.س، 197/12.

(5) سنن ابن ماجه، م.س، كتاب النكاح، باب تزويج الأبكار، 598/1، حديث رقم: 1861؛ السنن الكبرى للبيهقي، م.س، كتاب النكاح، باب استحباب التزويج بالأبكار، 130/7، حديث: 13473. وحسنه الألباني في الصحيحة، م.س، 192/2-195.

(6) ينظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير، م.س، 472/2؛ شرح مختصر خليل للخرشي، م.س، 239/3.

(7) قال الدسوقي في حاشيته، م.س، 281/2: «الْبَكْرُ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ هِيَ الَّتِي لَمْ تُوْطَأْ بِعَقْدٍ صَحِيحٍ أَوْ فَاسِدٍ جَارٍ مَجْرَى الصَّحِيحِ، وَأَمَّا الْعَذْرَاءُ فَهِيَ الَّتِي لَمْ تُزَلَّ بِكَارْتِهَا بِمُزِيلٍ، فَلَوْ أُزِيلَتْ بِكَارْتِهَا بِنِزْنٍ أَوْ بِوُثْبَةٍ أَوْ بِنِكَاحٍ لَا يُفْرَانِ عَلَيْهِ فَهِيَ بَكْرٌ، فَهِيَ أَعْمٌ مِنَ الْعَذْرَاءِ.» وينظر: فقه الأسرة المسلمة في المهاجر، م.س، 440/1-445.

لكن إذا جرى العرف على اعتبار البكر مرادفة للعدراء، فلا ينبغي التردد والاختلاف، فيثبت الخيار لمشترط البكارة متى وجدها غير عدراء، بغض النظر عن سبب زوال العذرة، والحكم نفسه إذا اشترط العذرية بأي لفظة تدل عرفاً على ذلك، كطفلة أو بنت⁽¹⁾.

والراجع أن اشتراط البكارة أو العذرية أو ما يدل على ذلك من الألفاظ العرفية، يُثبت للزوج الخيار إن وجدها غير عدراء، بشرط أن يثبت أن زوال العذرة كان بالوطء؛ سواء كان الوطء في سفاح أو نكاح أو شبهة نكاح. أما إذا زالت العذرة بغير الوطء، كسقطه أو حيضة أو مرض فلا يثبت الخيار بذلك؛ إذ لا يؤثر ذلك في صفة البكارة، ولا يعد عيباً في المرأة، خاصة وأن المقصد من اشتراط البكارة ليس هو تلك الجلدة (العذرة) في حد ذاتها، وإنما ما ترمز إليه من العفة، وعدم سبق الزواج. وهذا ما يشير إليه حديث النبي ﷺ: (عَلَيْكُمْ بِالْأَبْكَارِ، فَإِنَّهُنَّ أَعْدَبُ أَفْوَاهًا، وَأَنْتَقُ أَرْحَامًا، وَأَرْضَى بِالْيَسِيرِ)⁽²⁾. حيث علل الترغيب في نكاح الأبكار بذكر صفات ترجع إلى الأخلاق، دون التعرض لذكر الوطء؛ لأنه لا يتأثر بزوال العذرة.

وأما اشتراط صفة البكارة في قوانين الأحوال الشخصية، فلم يرد بشأنها نص خاص كما هو الحال في سائر الصفات؛ لكن النصوص العامة المجوّزة لاشتراط الصفات المرغوبة في أحد الزوجين تفيد جواز اشتراطها؛ سواء في القانون الجزائري أو المغربي أو الأردني⁽³⁾.

وقد أكدّ القضاء الجزائري جواز اشتراط عذرية الزوجة في عقد الزواج، وأن تخلفها يبرر للزوج تطليقها مع تحميلها مسؤولية الطلاق، فقد جاء في إحدى قرارات المجلس الأعلى: «من المقرر شرعاً أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار طلب إسقاط حقوق المطلقة، بسبب فقد بكارتها قبل البناء بها، إلا إذا كان الزوج قد اشترط ذلك في عقد الزواج.»⁽⁴⁾

(1) قال الناودي المالكي في حلى المعاصم لفكر ابن عاصم، م.س، 597/2: «واعلم أن الزوج إذا لم يجدها عدراء، إما أن يكون شرط ذلك أو ما يفيد عرفاً، كبكر، وبننت وطفلة، أو يشترط بكراً... فإن شرط عدراء أو ما في معناه، فله ردها، تُبَيِّت بنكاح أو غيره... وإن شرط بكراً لم تُرد إلا إن تُبَيِّت بنكاح.» وينظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، م.س، 281/2؛ فتاوى البرزلي، م.س، 201/2-203؛ البيان والتحصيل، م.س، 103/5-104؛ فتح العلي الملك، م.س، 404/1.

(2) سبق تخريجه، ص.334.

(3) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 153/1؛ هل عدم عذرية الزوجة سبب لفسخ عقد الزواج، مقال منشور على موقع العلوم القانونية، الرابط: (www.marocdroit.com/a6260.html).

(4) قرار المجلس الأعلى، غ.أ.ش، ملف رقم: 33715، بتاريخ: 1984/6/25، المجلة القضائية، عدد 4، سنة 1989، ص.99؛ وينظر: قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم: 243417، بتاريخ: 2000/5/23، اجتهاد قضائي، عدد خاص، سنة 2001، ص.109؛ قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم: 480264، بتاريخ: 2009/2/11، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، سنة 2009، ص.283.

أما القضاء المغربي فقد قضى في ضوء مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بأن فقد العذرية ليس عيباً تُرد به الزوجة⁽¹⁾. وهذا محمول على كون الزوج لم يشترط العذرية، أو لم يكن مغروراً بذلك. أما على فرض اشتراطها، أو حصول التغير بشأنها، فإن المادة 63 من مدونة الأسرة الجديدة صريحة في اعتبار ذلك تدليسا يميز طلب الفسخ، وهذا ما حكم به القضاء في ضوء المدونة الجديدة⁽²⁾.

وهذا الموقف هو الصحيح في نظري؛ لأن البكارة صفة جوهرية في الزوجة، وكتمان فقدتها بسبب وطء سابق، في زواج أو غيره، يؤثر بلا شك في رضا الزوج الغيور على زوجته، المغرور ببكارتها، وهذا أمر معروف في ثقافة المجتمعات الإسلامية، خلافاً للمجتمعات الغربية⁽³⁾.

ومما سبق يتبين أن قوانين الأحوال الشخصية تعدد باشتراط صفة البكارة دون تفريق بين العذرية والبكارة، وهذا يتفق عموماً مع رأي الشافعية والحنابلة؛ ولكن نتيجة تخلف هذه الصفة هو جواز الفسخ في هذين المذهبين وكذا القانون المغربي والأردني، خلافاً للقانون الجزائري الذي لا يميز الفسخ، وإنما يبرر للزوج تطليقها مع تحميلها مسؤولية الطلاق.

خامساً - التغير في صفة التعدد

يُقصد بالتعدد هنا كون الرجل متزوجاً بأكثر من زوجة. فإذا اشترطت المرأة على خاطبها أنه غير متزوج، أي ليس في عصمته أية امرأة أخرى، أو ادعى هو ذلك، فتزوجته على هذا الأساس،

(1) ينظر: قرار محكمة الاستئناف بمراكش، بتاريخ: 28 يوليوز 1986، نقلاً عن شرح مدونة الأسرة، م.س، ص.316.

(2) جاء في حكم صادر عن ابتدائية وجدة، قسم قضاء الأسرة، ملف رقم: 2340/04، بتاريخ: 2005/5/9، ما يأتي: «وحيث أن المدعى عليها فرعياً بإخفاء واقعة كونها كانت قبل زواجها متزوجة بغيره، وأنها طلقت من ذلك الزوج، يكون باعتمادها شهادة الخطوبة الدالة على أنها عازبة، والحال أنها ليست كذلك، قد استعملت الاحتيال معه... وحيث أصيبت إرادة الزوج نتيجة تدليسها عليه بغلط في شخصها فعاب بذلك إرادته، مما يكون معه طلب فسخ عقد الزواج بسبب التدليس، والذي تقدم به الزوج، مستنداً على أساس قانوني، ويتعين الاستجابة له.» الحكم غير منشور، منقول عن مقال: ما مدى إعمال عيوب الإرادة في مدونة الأسرة المغربية، م.س، (<http://www.marocdroit.com/%D9%85%D8%A7-%>)، تاريخ الزيارة: 2016/3/8.

(3) في القضاء الفرنسي طُرحت قضية على المحكمة العليا بـ"ليل - Lille" في: 2008/4/1، حيث طلب فيها زوج من أصل مغربي إبطال الزواج إثر اكتشافه أنّ زوجته لم تكن عذراء. فقضت المحكمة بإبطال الزواج على أساس غلط الزوج بسبب كذب زوجته عليه بشأن عذريتها، واعتبرت المحكمة أنّ العذرية تعد صفة جوهرية في الجذور الثقافية للزوج. وقد أثار هذا الحكم جدلاً واسعاً حول إمكانية اعتبار العذرية صفة جوهرية، وذهب أغلب الفقه الفرنسي إلى رفض ذلك؛ بدعوى أن فيه تمييزاً بين الرجل والمرأة، بما أنّ الزوجة لا يمكنها أن تتحقق من وجود هذه الصفة في زوجها. وتم وصف الحكم بالرجعي؛ لأنه يكرس بزعمهم الهيمنة الذكورية الموجودة في المجتمع الإسلامي، كما يحدّ من الحرية الجنسية للمرأة، التي تتمتع بها المرأة في المجتمع الغربي. وحين تم استئناف الحكم من قبل النيابة العمومية، أصدرت محكمة الاستئناف بـ"دواي - Douai" حكماً في: 2008/11/17 نقضت فيه الحكم الأول، ورفضت إبطال عقد الزواج، واعتبرت أنّ الكذب الذي لا يتسلط على صفة جوهرية لا يكون أساساً لإبطال الزواج، مثلما هو الحال في الكذب حول الحياة العاطفية السابقة للزوجة، وحول عذريتها التي لا يمكن أن تمثل صفة جوهرية، نظراً لعدم تأثيرها في الزواج.

وبعد العقد تبين أنه متزوج بامرأة أخرى أو أكثر، وأنه مثلاً زوّر شهادة طلاق زوجته الأولى، بينما هو في الحقيقة لم يطلقها، أو أن شهادة العزوبة التي استظهرها غير صحيحة؛ لأنه متزوج زواجا عرفيا بامرأة أخرى.

ففي الفقه الإسلامي لم أجد من نص على اشتراط هذه الصفة تحديداً، لكن قول الفقهاء بجواز اشتراط الصفات المرغوبة عموماً يدل على أنه يجوز للزوجة اشتراط كون الزوج غير متزوج بغيرها؛ لأنها صفة مقصودة مشروعة. فإن اشترطت الزوجة ذلك، أو أخبرها الزوج كذباً بأنه غير متزوج، ثم تبين العكس، فلها الخيار للتغيير وحُلف الشرط. وهذا مقتضى مذهب الجمهور، خلافاً للحنفية الذين لا يعتدون بمثل هذه الشروط⁽¹⁾.

أما إذا كتم الزوج زواجه السابق، ولم يصدر منه أي تصريح كاذب بشأنه، ولم يقع من الزوجة اشتراط خلوه من الزواج؛ فلا يكون ذلك تغييراً، وليس للزوجة طلب التفريق؛ لأن التعدد ليس عيباً يُرَدُّ به الزوج، وعليه فكتمانه لا يكون تغييراً مجوزاً للتفريق، والمرأة هي المقصرة بترك الاشتراط، وتفريطها في السؤال والتحري عن هذا الأمر.

أما قوانين الأحوال الشخصية فقد ألزمت الزوج الراغب في التعدد بإعلام الزوجة الجديدة بأنه متزوج بغيرها؛ لتكون على بينة من أمرها⁽²⁾. وجاء ذلك في المواد: 2/8 جزائري، 46 مغربي، 13/أ/3 أردني⁽³⁾.

ويتبين من قراءة هذه المواد أن هذا الإلزام بالإعلام عن حالة التعدد ليس شرطاً لصحة الزواج الجديد، وإنما هو شرط شكلي إجرائي لأجل الحصول على الإذن القضائي، أو لإجراء العقد وتوثيقه⁽⁴⁾. والهدف منه هو منع الغش والتغيير⁽⁵⁾؛ ولذلك يُفترض التغيير بمجرد الإخلال بهذا

(1) ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 305/4؛ حاشية ابن عابدين، م.س، 167/5؛ مواهب الجليل، م.س، 497/3؛ أسنى المطالب، م.س، 178/3؛ مجموع الفتاوى، م.س، 175/29.

(2) نص الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية (الأمر المؤرخ في: 13/8/1956، ج.ر: 66) على منع التعدد وتجريمه، فقال: «تعدد الزوجات ممنوع. كل من تزوج وهو في حالة الزوجية، وقبل فك عصمة الزواج السابق، يعاقب بالسجن لمدة عام، وبخطية قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك، أو بإحدى العقوبتين، ولو أن الزواج الجديد لم يبرم طبق أحكام القانون...»

(3) جاء في المادة 2/8 جزائري قولها: «يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة، والمرأة التي يُقبل على الزواج بها...» وجاء في المادة 46 مغربي قولها: «في حالة الإذن بالتعدد، لا يتم العقد مع المراد التزوج بها إلا بعد إشعارها من طرف القاضي بأن مرید الزواج بها متزوج بغيرها، ورضاها بذلك...» أما المادة 13/أ/3 أردني فجاء فيها: «يجب على القاضي قبل إجراء عقد زواج المتزوج التحقق مما يلي: ... (3) - إفهام المخطوبة بأن خاطبها متزوج بأخرى.»

(4) ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، ص.77.

(5) ينظر: شرح مدونة الأسرة، م.س، ص.185؛ فلسفة نظام الأسرة، م.س، ص.219؛ الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد، م.س، 66/1.

الالتزام، ويكون الزوج مغررا بكتمانه لصفة التعدد عن الزوجة الجديدة، أو بتصريحه الكاذب بانتفائها، ولو لم تشترط الزوجة خلوها من التعدد⁽¹⁾.

وقد أفادت المادة 8 مكرر أسرة جزائري⁽²⁾ بأن الإخلال بهذا الالتزام يعد تدليسا يجيز طلب التطلق لكل من الزوجة السابقة والزوجة الجديدة، وأكدت ذلك المادة 6/53.

أما المادتان: 63، 66 أسرة مغربية فتفيدان جواز طلب الفسخ لتغيير الزوج في صفة التعدد، على أن هذا الحق قاصر على الزوجة الجديدة دون الزوجة السابقة. وهذا ما أكدته محكمة النقض المغربية في إحدى قراراتها، الذي جاء فيه بأن: «تدليس الزوج لا يقتضي بطلان العقد؛ لأن شرط الإذن من القاضي ليس شرطا في صحة الزواج، وإنما هو شرط لتوثيقه، وعليه فلا يجوز المطالبة بالفسخ إلا من قبل من تعيب رضاه من الزوجة الجديدة التي أخبرها الزوج بأنه مطلق، وأحضر لها وثيقة طلاق مزورة، في حين أنه ما زال متزوجا بالزوجة الأولى.»⁽³⁾

ويتبين مما سبق بأن القوانين الوضعية تشددت بخصوص التغيير في صفة التعدد أكثر من أي صفة أخرى، فألزمت الزوج الراغب في التعدد بإخبار الزوجة الجديدة، وجعلت مجرد كتمان زواجه السابق تغييرا مؤثرا في العقد. وهذا ما لم يقل به فقهاء الشريعة الإسلامية، فهم لا يرون تحقق التغيير إلا في حال اشتراط الزوجة كون زوجها غير معدد، أو كذب الزوج في ذلك.

كما أن القانون الجزائري كان أكثر تشددا من القوانين الأخرى، حيث أجاز طلب التطلق حتى للزوجة السابقة، ولو لم تشترط في العقد ألا يتزوج عليها زوجها؛ بل ذهب إلى أبعد من ذلك حين قال بفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يحصل الزوج على إذن القاضي بالتعدد (مكرر1). وهذه المبالغة لا مبرر لها في نظري؛ إذ لا تُعقل التسوية بين الزواج دون ترخيص والزواج الفاسد لاختلال شرط من شروط الصحة (مكرر33)، خاصة وأن ترخيص القاضي بالتعدد لم يرد ذكره في شروط صحة الزواج (مكرر9). ثم إن المادة 8 مكرر 1 لم تذكر من يحق له طلب الفسخ، مما يفيد جواز طلبه من قبل النيابة العامة، وللمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها بمجرد الاطلاع عليه. وهنا أقول: ما فائدة الفسخ، إذا كانت الزوجتان السابقة والجديدة راضيتين؟!

(1) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 163/1، 194.

(2) جاء في المادة 8 مكرر قولها: «في حال التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطلق.»

(3) ينظر القرار عدد: 439، الملف عدد: 2011/1/2/154، بتاريخ: 23 غشت 2011، مجلة قضاء محكمة النقض، الإصدار

المبحث الثالث

أحكام الزواج المشوب بالتغيير

إذا تم إبرام عقد الزواج تحت تأثير التغيير، فهذا العقد يكون مشوبا بعيب التغيير. وسأتكلم في هذا المبحث عن أحكامه، وذلك في أربعة مطالب؛ أخصص الأول لحكم عقد الزواج المشوب بالتغيير، والثاني لأحكام خيار التغيير، والثالث لإثبات التغيير في عقد الزواج، أما الرابع فأبين فيه آثار الزواج المشوب بالتغيير.

المطلب الأول

حكم عقد الزواج المشوب بالتغيير

سأتكلم في هذا المطلب عن حكم عقد الزواج المشوب بالتغيير من حيث الصحة والبطالان واللزوم. ونظرا لكون التغيير له صور متعددة، فإن عقد الزواج يختلف حكمه باختلاف صور التغيير التي شابته؛ ولذلك سأحاول بيان تأثير كل صورة من تلك الصور على حكم عقد الزواج المشوب بها، على أن أخصص لكل صورة فرعا مستقلا.

الفرع الأول

حكم عقد الزواج المشوب بالتغيير في ذاتية الزوجين

التغيير في ذاتية أحد الزوجين إما أن يكون عند العقد، بتغيير أحد الخاطبين، أو يكون عند الدخول، بتغيير أحد الزوجين. فما حكم عقد الزواج المشوب بإحدى هاتين الصورتين؟

أولا- حكم الزواج المشوب بالتغيير في ذاتية الزوجين عند العقد

اختلف الفقه الإسلامي في حكم الزواج المشوب بالتغيير في ذاتية الزوجين عند العقد، على ثلاثة أقوال: قول بصحته مع عدم لزومه، وقول بطلانه، وقول بالتفصيل.

1- القول بعدم لزوم عقد الزواج المشوب بالتغيير في ذاتية الزوجين عند العقد

ذهب الحنفية إلى أن العقد في هذه الحالة يكون صحيحا لكنه غير لازم، فيثبت للمغرور خيار الفسخ. فقد جاء في بعض كتبهم القول بأنه: «إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى أَنَّهُ فُلَانٌ بِنُ فُلَانٍ، فَإِذَا هُوَ أَحْوَهُ أَوْ عَمَّهُ، فَلَهَا الْخِيَارُ»⁽¹⁾ وهذا أيضا ما يفهم من كلام المالكية في مسألة الوكيل الذي عقد على امرأة، وأظهر لها ولوليتها أنه الزوج، وأشهد في الباطن أن العقد لموكله. فقد أفتوا فيها بأن النكاح لا ينعقد للوكيل وإنما للموكل؛ ولكن المرأة بالخيار بين الرضا بالنكاح أو فسخه⁽²⁾.

(1) البحر الرائق، م.س، 137/3؛ المحيط البرهاني، م.س، 27/3.

(2) ينظر: التبصرة للحمي، م.س، 4624/10؛ مواهب الجليل، م.س، 412/3؛ المنهج الفائق، م.س، 513/2.

2- القول ببطان عقد الزواج المشوب بالتغيرير في ذاتية الزوجين عند العقد

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن هذا العقد باطل لا ينعقد أصلاً؛ لعدم تطابق الإيجاب والقبول، فكل عاقد قصد بإيجابه أو قبوله شخصاً غير الذي قصد الآخر، فلا ينعقد النكاح في حق أي واحد من الشخصين.

يقول ابن قدامة: «وَمَنْ حَظَبَ امْرَأَةً فَرُوجَ بِغَيْرِهَا، لَمْ يَنْعَقِدِ النِّكَاحَ؛ مَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ يَحْتَبُ الرِّجُلُ امْرَأَةً بِعَيْنِهَا، فَيَجَابَ إِلَى ذَلِكَ، ثُمَّ يُوجِبُ لَهُ النِّكَاحَ فِي غَيْرِهَا، وَهُوَ يَعْتَقِدُ أَنَّهَا الَّتِي حَظَبَهَا، فَيَقْبَلُ، فَلَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحَ؛ لِأَنَّ الْقَبُولَ انْصَرَفَ إِلَى غَيْرِ مَنْ وُجِدَ الْإِيجَابُ فِيهِ، فَلَمْ يَصِحَّ.»⁽¹⁾

وتُقاس هذه المسألة بما لو وكل الرجل غيره ليزوجه بامرأة معينة، فزوجه بامرأة أخرى. وكذلك لو أذنت المرأة لوليها بتزويجها من رجل معين، فزوجه بامرأة أخرى. ففي كلتا الحالتين يكون الزواج باطلاً عند الشافعية⁽²⁾.

والقول ببطان العقد يستلزم وجوب التفريق بين الزوجين ولو بعد الدخول، ويُدرأ الحد إذا حصل الوطء لوجود الشبهة، ويثبت النسب، وتستحق المرأة المهر، وللرجل إن كان هو المغرور أن يرجع بالمهر على من غره⁽³⁾.

3- القول بالتفصيل في حكم الزواج المشوب بالتغيرير في ذاتية الزوجين عند العقد

فصل ابن حجر الهيتمي الشافعي في مسألة الخاطب المتسبي بغير اسمه، ففرق بين حالتين؛ الأولى: أن يقصد كل متعاقد بإيجابه أو قبوله ذات المتعاقد الآخر، دون اعتبار لاسمه ونسبه، فيصح العقد هنا على تلك الذات المقصودة. والثانية: أن يقصد أحد المتعاقدين الذات، ويقصد الآخر الاسم والنسب المخالف لتلك الذات، فيبطل العقد هنا؛ لعدم تطابق الإيجاب والقبول⁽⁴⁾.

ويظهر لي قوة ووجاهة هذا التفصيل؛ ولكن لا يتصور ذلك إلا إذا كان كل من الزوجين حاضراً في مجلس العقد، فهنا يمكن أن تتعين ذات الزوجين بالإشارة إليهما ولو تسميا باسم مخالف،

(1) المغني، م.س، 480/9-481، وينظر: مغني المحتاج، م.س، 234/4؛ أسنى المطالب، م.س، 122/3؛ كشف القناع، م.س، 2396/7؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، م.س، 74/13-75.

(2) ينظر: الأم، م.س، 89/5؛ الحاوي الكبير، م.س، 547/6، 140/9.

(3) سئل الإمام أحمد عن رجل خطب امرأة، فزوجه أختها، ثم علم بعد ذلك بالحقيقة، فأجاب بأنه يُفَرَّقُ بينهما، ويكون الصداق على وليها؛ لأنه غره، فإن حملت منه لحقه الولد، وله أن يعقد على أختها التي خطبها عقداً جديداً بالصداق الأول، بعد انقضاء عدة أختها التي دخل بها. ينظر: المغني، م.س، 481/9؛ كشف القناع، م.س، 2396/7.

(4) سئل ابن حجر الهيتمي الشافعي عن حكم النكاح إذا سمي الخاطب نفسه بغير اسمه، فأجاب بقوله: «إِنْ وَقَعَتْ إِشَارَةٌ قَلْبِيَّةٌ أَوْ حِسِّيَّةٌ مِنْهَا إِلَيْهِ فِي الْإِذْنِ صَحَّ، كَمَا لَوْ خَاطَبَهُ الْوَلِيُّ بِالنِّكَاحِ وَلَمْ يَزِبْطُهُ بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ، وَإِنْ زَبَطَهُ هُوَ أَوْ هِيَ الْقَبُولُ أَوْ الْإِيجَابُ بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ الْغَيْرِ الْمَطَابِقِ لَمْ يَصِحَّ.» الفتاوى الفقهية الكبرى، م.س، 102/4.

فالذات لا تتغير بتغيير اسمها. فيصح العقد هنا مراعاة للقصد الحقيقي للعاقدين؛ لأن «العبرة في العُقودِ لِلْمَقَاصِدِ وَالْمَعَانِي لَا لِلأَلْفَافِ وَالْمَبَانِي.»⁽¹⁾ أما مع غيابهما عن مجلس العقد، فالعبرة في تعينهما إنما هي بالاسم، فإن ذكر في الإيجاب والقبول اسم مخالف للاسم الحقيقي بقصد التعبير فلا ينعقد الزواج أصلاً؛ لأن الاسم المذكور غير صحيح ولا يطابق تلك الذات⁽²⁾.

وبالنسبة لقوانين الأحوال الشخصية، لم أجد من صرح بحكم الزواج المشوب بالتغيير في ذاتية الزوجين عند العقد؛ لا في القانون الجزائري ولا في القانون الأردني. أما القانون المغربي فيمكن استنباط حكم هذا الزواج من خلال ما جاء في المادة 2/11 من مدونة الأسرة، حيث اشترطت لصحة الإيجاب والقبول في الزواج كونهما متطابقين. كما نصت المادة 3/57 من نفس المدونة على بطلان الزواج إذا انعدم هذا التطابق. وعليه يمكن القول بأن التغيير في ذاتية الزوجين إذا نتج عنه عدم تطابق الإيجاب والقبول؛ بأن يقصد أحد المتعاقدين شخصاً ويقصد المتعاقد الآخر شخصاً آخر، فالزواج باطل وإلا فلا؛ فلو خطب رجل امرأة رآها ولم يعرف اسمها، وعند العقد زوجه الولي بغيرها تدليسا عليه، فالزواج باطل؛ لأنه كان يقصد امرأة والولي يقصد امرأة أخرى.

ولو خطب رجل امرأة وتسمى لها بغير اسمه الحقيقي، وكانت هي تقصد صاحب الاسم الحقيقي الذي كان معروفاً لديها، فالزواج هنا أيضاً باطل. أما لو كانت تقصد ذات الشخص الذي خطبها دون اعتبار لاسمه، ولم تكن تعرف أصلاً صاحب الاسم الحقيقي، فالزواج في هذه الحالة يكون صحيحاً؛ لتطابق الإيجاب والقبول، فكلا المتعاقدين قصد نفس الشخص⁽³⁾.

والقول ببطلان الزواج لعدم تطابق الإيجاب والقبول، وإن لم يرد التصريح به في القانون الجزائري والأردني، فإن القواعد العامة تدل عليه، كذلك التي تنص على أن الزواج ينعقد بتبادل رضا الزوجين (م9 جزائري)، أي إيجاب أحد الطرفين وقبول الآخر (م6 أردني)، ولا يتصور ذلك إلا بتطابق الإيجاب مع القبول⁽⁴⁾؛ لأن عدم تطابقهما يبطل الزواج (م1/33 جزائري).

وبناءً على هذا التفسير، يمكن القول بأن قوانين الأحوال الشخصية تتفق مع الرأي الفقهي المفصل في حكم الزواج المشوب بالتغيير في ذاتية الزوجين عند العقد، وقد بينت وجاهته وقوته.

(1) هذه قاعدة فقهية كلية عند الحنفية والمالكية، واختلف فيها الشافعية والحنابلة. ينظر: البحر الرائق، م.س، 94/3؛ مجلة الأحكام العدلية، م.س، المادة 3، ص.16؛ البهجة في شرح التحفة، م.س، 46/2؛ القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط1، 2006م، 403/1.

(2) يراجع هذا البحث، ص.49-51.

(3) ينظر: المشكلات العملية في دعاوى الطلاق والفسخ والخلع، م.س، ص.95-96.

(4) ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، م.س، ص.74؛ الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية، م.س، 60/1.

ثانيا- حكم الزواج المشوب بالتغيرير في ذاتية الزوجين عند الدخول

إذا عُقد زواج صحيح بين رجل وامرأة؛ ولكن عند الدخول حصل تغيرير أدى إلى أن يدخل أحد الزوجين بغير من تزوجه حقيقة. ففي هذه الحالة لا خلاف في الفقه الإسلامي في أن العقد الذي بين الرجل وزوجته الحقيقية صحيح لا إشكال فيه، ولا يؤثر فيه ذلك التغيرير؛ وعليه يحق للزوج أن يدخل بزوجته الحقيقية بالمهر المسمى في العقد. أما المرأة المدخول بها من قبل الأجنبي تغيريرا، فلا يجوز لزوجها الحقيقي الدخول بها حتى تستبرئ من ذلك الوطء⁽¹⁾.

أما الدخول بالمرأة الأجنبية بسبب التغيرير إن حصل فيه وطء عُدد ذلك وطئا بشبهة؛ فيُدْرَأُ الحدُّ عن الشخص المغرور؛ لأنه معذور. أما من وَطِئَ أو مَكَّنَ من الوطء مع علمه بالحقيقة، فهو زان يُقام عليه الحد. كما يثبت بهذا الوطء بشبهة النسب، ويثبت فيه أيضا مهر المثل للموطوءة الجاهلة بالحال أو المكرهة على الوطء، دون العاملة المطاوعة⁽²⁾، ويكون المهر على الرجل الذي وطئها، ويرجع به على من غرَّه عند الجمهور، وعند الحنفية ليس له الرجوع عليه⁽³⁾.

وقد دلت على هذه الأحكام عدَّة آثار وردت عن الصحابة رضي الله عنهم، منها ما يأتي:

1- عن ابن عباس رضي الله عنه: (أَنَّهُ قَضَى فِي رَجُلٍ حَطَبَ امْرَأَةً إِلَى أَبِيهَا، وَهَذَا أُمُّ عَرَبِيَّةٌ فَأَمْلَكَهُ، وَهَذَا أُخْتُ مِنْ أَبِيهَا مِنْ أَعْجَمِيَّةٍ، فَأَدْخَلَتْ عَلَيْهِ ابْنَةَ الْأَعْجَمِيَّةِ فَجَامَعَهَا، فَلَمَّا أَصْبَحَ اسْتَنْكَرَهَا، فَقَضَى: أَنَّ الصَّدَاقَ لِلَّتِي دَخَلَ بِهَا، وَجَعَلَ لَهُ ابْنَةَ الْعَرَبِيَّةِ، وَجَعَلَ عَلَى أَبِيهَا صَدَاقَهَا، وَقَالَ: لَا يَدْخُلُ بِهَا حَتَّى يَنْتَلُوَ أَجَلَ أُخْتِهَا)⁽⁴⁾. قال قتادة: «لِلَّتِي بَنَى بِهَا صَدَاقَهَا عَلَى زَوْجِهَا، وَهُوَ لِزَوْجِهَا عَلَى أَبِيهَا، وَالْأُولَى امْرَأَتُهُ، وَلَا يَفْرُبُهَا حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّةَ الْتِي وَطِئَ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ.»⁽⁵⁾

2- عَنْ عَلِيٍّ رضي الله عنه: (أَنَّ رَجُلًا كَانَ لَهُ خَمْسُ بَنَاتٍ فَزَوَّجَ إِحْدَاهُنَّ رَجُلًا، فَزُفَّتْ إِلَيْهِ أُخْتُهَا. فَقَالَ عَلِيُّ: لَهَا الصَّدَاقُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، وَعَلَى أَبِيهَا صَدَاقُ هَذِهِ لِزَوْجِهَا، وَعَلَيْهِ أَنْ يَرْفُقَهَا إِلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ أَتَاهَا مُتَعَمِّدًا فَعَلَيْهِ الْحُدُّ)⁽⁶⁾. أي إذا وطئها علما أنها ليست زوجته، فهو زان يُحدُّ حدَّ الزنا؛ لانتفاء الشبهة.

(1) ينظر: النوادر والزيادات، م.س، 501/4؛ المغني، م.س، 481/9؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 681/2.

(2) قال ابن حزم في المحلى، م.س، 191/12: «وَلَوْ أَنَّ امْرَأَةً دَلَّسَتْ نَفْسَهَا لِأَجَنِّيٍّ، فَوَطَّئَهَا يَطُّنُ أَنَّهَا امْرَأَتُهُ؛ فَهِيَ زَانِيَةٌ تُرْجَمُ وَتُجَدُّ إِنْ كَانَتْ مُحْصَنَةً، أَوْ تُجَدُّ وَتُنْفَى إِنْ كَانَتْ غَيْرَ مُحْصَنَةٍ، وَلَا يَلْحَقُ الْوَلَدُ فِي ذَلِكَ.»

(3) ينظر: البحر الرائق مع حاشية منحة الخالق، م.س، 15/5-16؛ النوادر والزيادات، م.س، 500/4-501؛ البيان والتحصيل، م.س، 394/4-395؛ الحاوي الكبير، م.س، 164/7؛ المغني، م.س، 481/9.

(4) مصنف عبد الرزاق، م.س، 251/6، الأثر رقم: 10712.

(5) المصدر نفسه، 252/6، الأثر رقم: 10717.

(6) المصدر نفسه، 252/6، الأثر رقم: 10715.

وفي قوانين الأحوال الشخصية، لم أجد من صرح بحكم الزواج المشوب بالتغيير في ذاتية الزوجين عند الدخول، وعليه يجب الرجوع لأحكام الفقه الإسلامي؛ لعدم وجود النص⁽¹⁾.

الفرع الثاني

حكم عقد الزواج المشوب بالتغيير في موانع الزواج

الزواج المشوب بالتغيير في موانع الزواج، هو زواج باطل باتفاق فقهاء الشريعة، ويجب فسخه قبل وبعد الدخول؛ لأن الزواج مع وجود أحد الموانع باطل حتى مع جهل الزوجين وحسن نيتهم، فمع حصول التغيير وثبوت سوء نية المغير يتأكد البطلان، مع وجوب العقوبة التعزيرية على المغير، إذا لم يقع الدخول. أما إن تم الدخول، فمع وجوب الفسخ والتفريق، يجب حُدُّ الزنا على الواطئ المغير أو العالم بالتحريم، أما إن كان الواطئ جاهلاً، فهو وطء شبهة؛ يُدرأ فيه الحد، ويثبت فيه النسب والمهر. وهذا ما اتفق عليه الفقهاء في الجملة⁽²⁾، وإن اختلفوا في بعض التفاصيل، كوجوب الحدِّ، والرجوع بالمهر⁽³⁾.

وقد دلت على هذه الأحكام آثار عديدة عن الصحابة رضي الله عنهم والتابعين، منها ما يأتي:

أولاً- ما رُوِيَ عن سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ: (أَنَّ طَلِيحَةَ الْأَسَدِيَّةَ، كَانَتْ تَحْتَ رُشَيْدِ الثَّقَفِيِّ فَطَلَّقَهَا، فَنَكَحَتْ فِي عِدَّتِهَا، فَضَرَبَهَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ، وَضَرَبَ زَوْجَهَا بِالْمُخَفَّةِ ضَرْبَاتٍ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ قَالَ عُمَرُ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ فِي عِدَّتِهَا، فَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا الَّذِي تَزَوَّجَهَا لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ اعْتَدَّتْ بَقِيَّةَ عِدَّتِهَا مِنْ زَوْجِهَا الْأَوَّلِ، ثُمَّ كَانَ الْآخِرُ حَاطِبًا مِنَ الْخَطَّابِ، وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ اعْتَدَّتْ بَقِيَّةَ عِدَّتِهَا مِنَ الْأَوَّلِ، ثُمَّ اعْتَدَّتْ مِنَ الْآخِرِ ثُمَّ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا.» وقال سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ: وَلَهَا مَهْرُهَا بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْهَا⁽⁴⁾.

(1) ينظر المواد الآتية من قوانين الأحوال الشخصية: م 222 جزائري؛ م 400 مغربي؛ م 325 أردني.

(2) ينظر: البناية شرح الهداية، م.س، 306/6؛ المبسوط، م.س، 45/5؛ التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، م.س، 130-129/4؛ العزيز شرح الوجيز، م.س، 148-147/11؛ المغني، م.س، 237-236/10؛ مجموع الفتاوى: 126/32؛ المحلى بالآثار، م.س، 190/12 وما بعدها.

(3) يقول ابن تيمية فيمن تزوجت وهي في عصمة زوج غائب: «إِنْ كَانَتْ تَزَوَّجَتْ الثَّلَاثِي قَبْلَ فُسْخِ نِكَاحِ الْأَوَّلِ، فَنِكَاحُهُ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ الرَّوْحُ وَالرَّوْجَةُ عَلِيمَا أَنَّ نِكَاحَ الْأَوَّلِ بَاقٍ؛ وَأَنَّهُ يَحْرُمُ عَلَيْهِمَا النِّكَاحُ، فَيَجِبُ إِقَامَةُ الْحَدِّ عَلَيْهِمَا، وَإِنْ جَهِلَ الرَّوْحُ نِكَاحَ الْأَوَّلِ، أَوْ نَفَاهُ، أَوْ جَهِلَ تَحْرِيمَ نِكَاحِهِ قَبْلَ الْفُسْخِ، فَنِكَاحُهُ نِكَاحٌ شُبْهَةٌ؛ يَجِبُ عَلَيْهِ فِيهِ الصَّدَاقُ، وَيَلْحَقُ فِيهِ النَّسَبُ، وَلَا حَدَّ فِيهِ، وَإِنْ كَانَتْ عَرَّتْهُ الْمَرْأَةُ أَوْ وُلِّيَتْهَا، فَأَخْبِرَهُ أَنَّهَا خَلِيَّةٌ عَنِ الْأَزْوَاجِ، فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِالصَّدَاقِ الَّذِي آدَاهُ عَلَى مَنْ عَرَّتْهُ فِي أَصْحِ قَوْلِي الْعُلَمَاءِ.» مجموع الفتاوى، م.س، 126/32.

(4) موطأ مالك، م.س، كتاب النكاح، باب جامع ما لا يجوز من النكاح، 536/2، الأثر رقم: 27؛ السنن الكبرى للبيهقي، م.س، كتاب العدد، باب اجتماع العديتين، 745/7، الأثر رقم: 15539. والأثر صححه الألباني في إرواء الغليل، م.س، 203/7.

ثانيا- ورُويَ أَنَّ عَلِيًّا رضي الله عنه: (رَجِمَ امْرَأَةً كَانَتْ ذَاتَ زَوْجٍ فَجَاءَتْ أَرْضًا، فَتَزَوَّجَتْ، وَلَمْ تَعْتَلْ أَنَّهُ جَاءَهَا مَوْتُ زَوْجِهَا، وَلَا طَلَاقُهَا)⁽¹⁾. فقوله: «لَمْ تَعْتَلْ»، أي لم تتعلّل بذكر عذر لما أقدمت عليه، كأن تدعي أنه بلغها موت أو طلاق زوجها، فلو فعلت لدري عنها الحدّ للشبهة.

ثالثا- وعن ابن شهاب الزهري في رجلٍ نكح الخامسة فدخل بها، قال: «إِنْ كَانَ عَلِمَ ذَلِكَ أَنَّ الْخَامِسَةَ لَا تَحِلُّ لَهُ رُجْمًا، وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا جُلِدَ أَدْنَى الْحَدِّينِ، وَلَهَا مَهْرُهَا بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْهَا، ثُمَّ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا، وَلَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا.»⁽²⁾

فهذا هو حكم الزواج المشوب بالتعريف في الموانع في الفقه الإسلامي، وهو يسري على جميع أنواع الموانع؛ سواء كانت مؤبدة أم مؤقتة، وسواء كانت من نسب أو رضاع أو مصاهرة، ويشمل هذا الحكم أيضا مانع التماثل الجنسي، فإذا حصل تعريف في الحقيقة الجنسية للشخص فأدى ذلك إلى تزوج الشخص بمن يماثله جنسيا (زواج المثليين)، فهذا الزواج أيضا باطل ممنوع شرعا؛ إذ من شروط صحة الزواج شرعا اختلاف جنس الزوجين، بأن يكون أحدهما ذكرا متحقق الذكورة، والآخر أنثى متحققة الأنوثة. وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يصح نكاح خُنْثَى مُشَكِّلٍ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أمره، هل هو ذكر أم أنثى؟ فإن وقع النكاح مع قيام الإشكال كان باطلا. وذهب الحنفية إلى أن نكاح الخُنْثَى المُشَكِّلِ إذا وقع يكون موقوفا، حتى يتبين أمره، فإن ظهر جنسه مماثلا لجنس من تزوجه بطل النكاح⁽³⁾.

أما قوانين الأحوال الشخصية، فاشتطت أيضا لصحة عقد الزواج كون الزوجين خاليين من الموانع الشرعية⁽⁴⁾، فإذا اختل هذا الشرط، فتمّ الزواج مع وجود إحدى تلك الموانع فالعقد باطل في القانون الجزائري والمغربي بغض النظر عن نوع المانع⁽⁵⁾، ويجب التفريق بين الزوجين قبل وبعد الدخول، ولا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول، أما بعد الدخول فيترتب عليه بعض الآثار، كالمهر والاستبراء، وثبوت النسب وحرمة المصاهرة عند حسن النية⁽⁶⁾.

(1) مصنف عبد الرزاق، م.س، 399/7، الأثر رقم: 13626؛ المحلى بالآثار، م.س، 191/12.

(2) مصنف عبد الرزاق، م.س، 400/7، الأثر رقم: 13632؛ المحلى بالآثار، م.س، 191/12.

(3) ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 61/4؛ الشرح الصغير للدردير، م.س، 373/2؛ مغني المحتاج، م.س، 341/4؛ كفاية النبيه، م.س، 95/13؛ مطالب أولي النهى، م.س، 118/5؛ مشروعية التحول الجنسي في الفقه الإسلامي: طارق حسن كستار، مقال منشور بمجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية، جامعة ذي قار، مجلد 5، عدد 1، آذار 2015، ص.230.

(4) تنص المادة 23 أسرة جزائري على أنه: «يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة.» وفي معناها المواد: 9 مكرر (فقرة 5) أسرة جزائري؛ 5/13 أسرة مغربي.

(5) تنص المادة 32 أسرة جزائري على أنه: «يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع.» وفي معناها المادة 2/57 أسرة مغربي.

(6) ينظر المواد: 34 أسرة جزائري؛ 58 أسرة مغربية.

أما القانون الأردني ففرق بين أنواع الموانع؛ فجعل بعضها مبطلاً للزواج، وهي موانع النسب والمصاهرة، والعدة والعصمة، واختلاف الدين، واشترط للبطلان بما ثبت علم الزوجين بالتحريم (م30). وجعل بقية الموانع مفسدة للزواج، كالرضاع، والجمع بين المحارم، والمطلقة ثلاثاً... الخ (م31). وهذا التفريق ليس له أي أساس معقول؛ إذ ما الفرق بين النوعين؟! خاصة وأن بعض الموانع المفسدة هي أيضاً كالمبطللة محل إجماع بين العلماء؛ بل ومذكورة في القرآن⁽¹⁾.

وعلى كل حال فهناك تقارب كبير بين هذه القوانين الثلاثة؛ لأن القانون الأردني يعطي للعقد الفاسد حكماً مشابهاً لما أعطاه القانون الجزائري والمغربي للعقد الباطل. فالفاسد عنده يجب فسخه قبل وبعد الدخول، ولا يترتب أي أثر قبل الدخول، ويرتب بعده بعض الآثار، كالمهر والعدة، وثبوت النسب وحرمة المصاهرة، ولا يترتب بقية الأحكام كالنفقة والإرث (م34).

ويحرم الدخول في الزواج المشتتم على الموانع، فإن وقع مع العلم بالتحريم فهو زنا، وبهذا حكم القضاء الجزائري⁽²⁾، والأردني⁽³⁾. أما مع الجهل فهو وطء شبهة لا يستوجب العقوبة⁽⁴⁾.

وتسري الأحكام السابقة أيضاً على مانع التماثل الجنسي؛ لأن اختلاف الجنس عنصر جوهري في ماهية الزواج⁽⁵⁾، فلا يُتصور قيامه قانوناً بين متحدي الجنس. فزواج المثليين إذن باطل؛ سواء كانت المثلية طبيعية، أو بسبب الخنوثة المشككة، أو بسبب جراحة تغيير الجنس، وسواء تم هذا الزواج عمداً أو خطأً أو تغيراً⁽⁶⁾.

ومما سبق يتبين أن هناك توافقاً عاماً بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية حول بطلان الزواج المشوب بالتغيير في الموانع، بغض النظر عن نوع المانع، باستثناء ما ذهب إليه القانون الأردني من التفريق بين أنواع الموانع، حيث قرر لبعضها البطلان وللبعض الآخر الفساد. وهو موقف غريب.

(1) ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، م.س، ص 145-146.

(2) جاء في قضاء المجلس الأعلى، غ.خ، قرار رقم 271، بتاريخ: 13/5/1986، ما يأتي: «من المقرر قانوناً أنه يعتبر زنا حالة الزوجة التي لم تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينهما وبين زوجها، والتي تزوجت مع شخص آخر بالفاحة، رغم عدم صدور الحكم بالطلاق». وينظر كذلك: المجلس الأعلى، غ.ج، قرار رقم 570، بتاريخ: 6/6/1989. والقرارات غير منشورين نُقلا عن: قانون الأسرة وفقاً لأحدث التعديلات: بلحاج العربي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2012م، ص.120.

(3) جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية أن دخول الرجل بمن تزوجها في عدتها من غيره، إن كان بعلمه فهو زنا لا عدة فيه. ينظر القرار رقم: 11581، بتاريخ: 8/8/1961، (القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، م.س، 1/422-423).

(4) ينظر: الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، 1/131-132.

(5) ينظر المواد: 4 جزائري؛ 4 مغربي؛ 5 أردني.

(6) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، م.س، 1/124-125؛ الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة، م.س، ص.40؛ الجنس والزواج والقانون، م.س، ص.796-797؛ الأحكام القانونية لنظام تغيير الجنس، م.س، ص.360.

الفرع الثالث

حكم عقد الزواج المشوب بالتغيير في الكفاءة

اختلف الفقه الإسلامي في حكم عقد الزواج المشوب بالتغيير في الكفاءة على ثلاثة أقوال؛ تبعاً لاختلافهم في حكم الكفاءة؛ فمن جعلها شرطاً لصحته قال ببطلان العقد عند فقدها. ومن لم يعتد بها أصلاً قال بصحته ولزومه. ومن اعتبرها شرطاً للزوم قال بعدم لزومه.

أولاً- القول ببطلان الزواج المشوب بالتغيير في الكفاءة

يرى أصحاب هذا القول بأن زواج المرأة بغير الكفاءة باطل، ويجب فسخه ولو رضيت الزوجة وأولياؤها؛ لأن فسخه حق لله. فقد رُوِيَ عن أبي حنيفة (رواية الحسن)، أن نكاح المرأة لغير الكفاءة باطل لا ينعقد، واختار هذه الرواية بعض متأخري الحنفية للفتوى احتياطاً لحق المرأة؛ لأن المنع أسهل من الرفع. كما أن المذهب عندهم هو بطلان تزويج الصغيرة بغير كفاءة، إذا كان مزوجها غير الأب والجد⁽¹⁾. وفي قول عند المالكية أن الكفاءة في الديانة شرط لصحة الزواج، فلا يصح تزويج الفاسق، ولو رضيت الزوجة والولي، ويجب فسخه مراعاة لحق الله؛ لما يترتب عن مخالطة الفاسق من أضرار⁽²⁾. وروي عن أحمد بن حنبل أن المولى إذا تزوج عريثة فُرِقَ بينهما⁽³⁾. واستدل أصحاب هذا الرأي بما يأتي:

- 1- قوله تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحَرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور، 3]. فقد صرحت الآية بتحريم زواج المؤمنين من الزناة؛ لانعدام كفاءة الدين بينهم، والتحريم يقتضي بطلان الزواج ووجوب التفريق⁽⁴⁾.
- 2- قوله ﷺ: (تَحْيِرُوا لِنُطْفِكُمْ، وَأَنْكِحُوا الْأَكْفَاءَ، وَأَنْكِحُوا إِلَيْهِمْ)⁽⁵⁾.
- 3- ما رُوِيَ عنه ﷺ أنه قال: (لَا تُنْكِحُوا النِّسَاءَ إِلَّا الْأَكْفَاءَ، وَلَا يُزَوِّجُهُنَّ إِلَّا الْأَوْلِيَاءُ)⁽⁶⁾.

(1) ينظر: البحر الرائق، م.س، 3/144-145؛ حاشية ابن عابدين، م.س، 4/206؛ الفتاوى الهندية، م.س، 1/292.

(2) قال القاضي عياض في إكمال المعلم بفوائد مسلم، م.س، 4/568-569: «حكى أبو حامد عن ابن الماجشون من أصحابنا: أنها إذا تزوجت غير كفاءة فُسخ النكاح وإن رضوا أجمعون، ولعله يريد: إذا تزوجت فاسد الدين، ممن يغلب على الظن أنه يفسد دينها، فيصير ذلك حقاً لله سبحانه، فيفسخ حينئذ». ينظر: الشرح الصغير، م.س، 2/401؛ منح الجليل، م.س، 3/324.

(3) ينظر: المغني، م.س، 9/387؛ معالم السنن، م.س، 3/181؛ فتح الباري، م.س، 9/132؛ نيل الأوطار، م.س، 6/154.

(4) ينظر: تفسير القرطبي، م.س، 12/69؛ الشرح الممتع، م.س، 12/102.

(5) سنن ابن ماجه، م.س، كتاب النكاح، باب الأكفاء، 1/633، حديث رقم: 1968؛ سنن الدارقطني، م.س، كتاب النكاح، باب المهر، 4/458، حديث رقم: 3788. وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة، م.س، 3/56-57.

(6) سنن الدارقطني، م.س، كتاب النكاح، باب المهر، 4/358، حديث رقم: 3601؛ السنن الكبرى للبيهقي، م.س، كتاب النكاح، باب اعتبار الكفاءة، 7/215، حديث رقم: 13760. وقال البيهقي عقبه: «هَذَا حَدِيثٌ ضَعِيفٌ بِمَرَّةٍ».

4- قول عُمر رضي الله عنه: (لَأَمْتَعَنَّ فُرُوجَ ذَوَاتِ الْأَحْسَابِ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مِنَ الْأَكْفَاءِ)⁽¹⁾.

فهذه الأحاديث والآثار وما في معناها، فيها الأمر بمراعاة الكفاءة، والنهي عن تزويج النساء لغير الأكفاء، مما يقتضي حرمة النكاح بغير الكفاء وبطلانه⁽²⁾. ويُرد على ذلك بأن الصريح منها ضعيف لا يحتج به، والصحيح منها كالحديث الأول لا دلالة فيه على بطلان الزواج بغير الكفاء؛ فأقصى ما فيه أن الكفاءة معتبرة إجمالاً، لكن ليست شرطاً لصحة الزواج.

ثانياً- القول بصحة ولزوم الزواج المشوب بالتعير في الكفاءة

مضمون هذا القول أن زواج المرأة بغير الكفاء صحيح لازم، ولو تم ذلك بطريق التعير؛ لأن الكفاءة ليست شرطاً لصحة الزواج ولا للزومه، بحيث ينعقد الزواج صحيحاً لازماً ما دام الزوج مسلماً، ولو كان أقل من زوجته في كل شيء. وهذا الرأي هو قول لبعض الحنفية⁽³⁾، وهو إحدى الروايات عن مالك والشافعي⁽⁴⁾، وهو مذهب الظاهرية⁽⁵⁾. واستدلوا بما يأتي:

1- استدلوا بعمومات الآيات الدالة على أن المسلمين إخوة متوالون، كقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا

الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾ [الحجرات، 10]. وقوله: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَى﴾ [الحجرات، 13].

فهذه الآيات وما في معناها تدل على تكافؤ المسلمين وعدم تفاضلهم؛ إلا في التقوى⁽⁶⁾.

2- استدلوا بعمومات الأحاديث الدالة على تكافؤ المسلمين، كقوله صلى الله عليه وسلم: (الْمُسْلِمُونَ تَكَافَأُوا

دِمَائِهِمْ)⁽⁷⁾. فكل مسلم كفاء لكل مسلمة يتزوجها، والنكاح صحيح لازم⁽⁸⁾.

ويمكن الرد على هذا الاستدلال بأن هذه النصوص العامة لا تفيد إلغاء اعتبار الكفاءة؛ فكل

ما فيها أن الزواج دون الكفاءة صحيح؛ لكن هذا لا يعني أنه لازم، خاصة مع حصول التعير.

(1) مصنف ابن أبي شيبة، م.س، 52/4، الأثر رقم: 17702؛ مصنف عبد الرزاق، م.س، 152/6، الأثر رقم: 10324. وقد وضعه الألباني في إرواء الغليل، م.س، 265/6-266.

(2) ينظر: المغني، م.س، 387/9-388؛ فتح الباري، م.س، 132/9-133؛ نيل الأوطار، م.س، 155/6.

(3) قال به أبو بكر الجصاص، وأبو الحسن الكرخي. ينظر: المبسوط، م.س، 24-22/5؛ بدائع الصنائع، م.س، 317/2.

(4) ينظر: معالم السنن، م.س، 180/3؛ فتح الباري، م.س، 132/9؛ نيل الأوطار، م.س، 154/6؛ المغني، م.س، 388/9.

(5) يقول ابن حزم في المحلى بالآثار، م.س، 151/9: «وأهل الإسلام كلهم إخوة، لا يُحْرَمُ عَلَى ابْنِ مَنْ زَجَّجَتْ لِعَيْتِهِ نِكَاحَ ابْنَةِ الْخَلِيفَةِ الْمَهْشَمِيِّ، وَالْقَاسِقُ الَّذِي بَلَغَ الْعَايَةَ مِنَ الْفَسْقِ، الْمُسْلِمُ، مَا لَمْ يَكُنْ زَانِياً، كُفَّةً لِلْمُسْلِمَةِ الْقَاضِلَةِ، وَكَذَلِكَ الْقَاضِلُ الْمُسْلِمُ كُفَّةً لِلْمُسْلِمَةِ الْقَاضِلَةِ مَا لَمْ تَكُنْ زَانِيَةً.»

(6) ينظر: تفسير القرطبي، م.س، 346/16-347؛ المبسوط للسرخسي، م.س، 23/5؛ المحلى بالآثار، م.س، 151/9.

(7) مسند الإمام أحمد، م.س، مسند عبد الله بن عمرو بن العاص، 403-402/11، حديث رقم: 6797؛ سنن أبي داود، م.س، كتاب الجهاد، باب في السرية ترد على أهل العسكر، 379/4، حديث رقم: 2751؛ سنن ابن ماجه، م.س، كتاب الديات، باب المسلمون تتكافؤ دماؤهم، 895/2، حديث رقم: 2685. وصححه الألباني في إرواء الغليل، م.س، 265/7-266.

(8) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 317/2؛ المحلى بالآثار، م.س، 152/9؛ سبل السلام، م.س، 189/2-190.

ثالثاً- القول بعدم لزوم الزواج المشوب بالتغريب في الكفاءة

مضمون هذا القول أن زواج المرأة بغير الكفاءة هو عقد صحيح؛ لكنه غير لازم لمن لم يرض بفقد الكفاءة، أو غرر به فيها، فيثبت له الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه. وهذا رأى جمهور الفقهاء؛ فهو الأظهر عند الحنفية، والمشهور عند المالكية والشافعية والحنابلة⁽¹⁾.

وقد استدل أصحاب هذا القول بأدلة الفريقين السابقين، وجمعوا بينها؛ فأدلة الفريق الأول الدالة على اعتبار الكفاءة، محمولة على حالة عدم رضا الزوجة وأوليائها بفقد الكفاءة، واختيارهم لفسخ العقد. وأما أدلة الفريق الثاني الدالة على عدم اعتبار الكفاءة، فهي محمولة على ما لو رضيت الزوجة وأوليؤها بإسقاط حقهم فيها، فيلزم العقد عندها ولا يُفسخ.

كما استدلوا بأدلة أخرى خاصة تفيد إثبات حق الخيار عند فقد الكفاءة، ومنها ما يأتي:

1- حديث عائشة رضي الله عنها: (أَنَّ فَتَاةً دَخَلَتْ عَلَيْهَا، فَقَالَتْ: إِنَّ أَبِي رَزَّجَنِي ابْنَ أَخِيهِ لِيَرْفَعَ بِي حَسِيَّتَهُ، وَأَنَا كَارِهَةٌ، قَالَتْ: اجْلِسِي حَتَّى يَأْتِيَ النَّبِيُّ ﷺ، فَجَاءَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَأَخْبَرْتَهُ، فَأَرْسَلَ إِلَى أَبِيهَا فَدَعَاهُ، فَجَعَلَ الْأَمْرَ إِلَيْهَا، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَدْ أَجَزْتُ مَا صَنَعَ أَبِي؛ وَلَكِنْ أَرَدْتُ أَنْ أَعْلَمَ أَلِلنِّسَاءِ مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ)⁽²⁾. فقولها: (لِيَرْفَعَ بِي حَسِيَّتَهُ)، تعني أن من زوجت به كان خسيساً⁽³⁾؛ لحقارة شأنه وفقره. والمقصود أنه ليس كفتا لها، فخيرها النبي ﷺ بين إمضاء النكاح وبين فسخه. وهذا يدل على عدم لزوم النكاح عند فقد الكفاءة⁽⁴⁾.

2- حديث عائشة رضي الله عنها: (أَنَّهَا اشْتَرَتْ بَرِيرَةَ فَأَعْتَقَتْهَا، وَكَانَ زَوْجُهَا عَبْدًا⁽⁵⁾، فَخَيْرَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، فَأَخْتَارَتْ نَفْسَهَا)⁽⁶⁾. فهو يدل على مراعاة الحرية في الكفاءة، وأن فقدها يثبت الخيار. وهذا يفيد صحة النكاح بغير الكفاءة وعدم لزومه؛ ولذلك جاز فيه التخيير⁽⁷⁾.

(1) يقول الشافعي في الأم، م.س، 16/5: «وَلَيْسَ نِكَاحٌ غَيْرُ الْكُفِّ مُحَرَّمًا فَأَرَدُهُ بِكُلِّ خَالٍ، إِنَّمَا هُوَ نَقْصٌ عَلَى الْمُرُوجَةِ وَالْوَلَاةِ، فَإِذَا رَضِيَتْ الْمُرُوجَةُ وَمَنْ لَهُ الْأَمْرُ مَعَهَا بِالنَّقْصِ لَمْ أَرَدَهُ.» وينظر: شرح فتح القدير، م.س، 291/3؛ الشرح الصغير للدردير، م.س، 401-400/2؛ منح الجليل، م.س، 324/3؛ أسنى المطالب، م.س، 139/3؛ المغني، م.س، 390/9.

(2) سبق تخريجه، ص.194.

(3) الخسيس: الذي، والحساسة والحسنة: هي الدناءة والرزالة والحقارة. ينظر: لسان العرب، م.س، 64/6-65.

(4) ينظر: نيل الأوطار، م.س، 153/6؛ ذخيرة العقبى في شرح المجتبى، م.س، 228/27-229.

(5) زوج بريرة اسمه مُغِيثٌ؛ ففي حديث ابن عباس عند البخاري، م.س، 48/7: (كَانَ زَوْجُ بَرِيرَةَ عَبْدًا أَسْوَدًا، يُقَالُ لَهُ مُغِيثٌ، عَبْدًا لِيَنِي فُلَانٍ، كَأَنِّي أَنْظُرُ إِلَيْهِ يَتَّبِعُنِي فِي سِكَكِ الْمَدِينَةِ، يَبْكِي عَلَيَّهَا)، أي حين اختارت فراقه.

(6) صحيح البخاري، م.س، كتاب العتق، باب بيع الولاء وهبته، 147/3، حديث رقم: 2536؛ صحيح مسلم، م.س، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، 1141/2-1144، حديث رقم: 1504.

(7) نقل البيهقي في السنن الكبرى، م.س، 213/7 عن الشافعي قوله: «أَصْلُ الْكُفَاءَةِ مُسْتَنْبَطٌ مِنْ حَدِيثِ بَرِيرَةَ؛ كَانَ زَوْجُهَا غَيْرُ كُفٍّ لَهَا، فَخَيْرَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ.»

والراجع من الآراء السابقة هو القول بأن التغيير في الكفاءة لا يؤثر في صحة العقد، وإنما يؤثر في لزومه، فيكون الزواج صحيحاً غير لازم؛ وذلك لقوة أدلة هذا القول، وما فيه من الجمع بين أدلة القولين الآخرين. ثم إن إثبات الخيار فيه رفع لظلم التغيير، ودفع لضرر المعرّة عن الزوجة وأوليائها، وهذا مقتضى العدل والإنصاف⁽¹⁾.

أما بالنسبة لحكم الزواج المشوب بالتغيير في الكفاءة في القانون الوضعي، فقد سبق القول بأن القانونين الجزائري والمغربي لم يذكر أحكام الكفاءة مطلقاً، وأن الراجع عندي أنهما لا يعتبرانها شرطاً لصحة الزواج ولا للزومه⁽²⁾.

ولكن في القانون المغربي يمكن للزوجة المغرورة بكفاءة الزوج طلب فسخ العقد على أساس التغيير (م63، 66 أسرة)، وليس على أساس فقد الكفاءة، وهذا الحق ثابت للزوجة دون أوليائها. أما قانون الأحوال الشخصية الأردني فقد صرح بكون الكفاءة شرطاً للزوم الزواج (م21/أ)⁽³⁾، كما صرح بأن التغيير فيها يعطي للمرأة ووليها المغرورين حق المطالبة بفسخ العقد، حيث جاء في المادة 22/ب أنه: «إذا اشترطت الكفاءة حين العقد، أو أخبر الزوج، أو اصطنع ما يوهم أنه كفاء، ثم تبين أنه غير ذلك؛ فلكل من الزوجة والولي حق طلب فسخ الزواج...»⁽⁴⁾ وهذا يعني أن الزواج المشوب بالتغيير في الكفاءة هو عقد صحيح غير لازم. ورغم أن القانون الأردني اقتصر على ذكر ثلاثة أوصاف لعقد الزواج، هي الصحة والبطلان والفساد، ولم يذكر وصف الصحيح غير اللازم، إلا أن هذا الوصف معروف في الفقه الإسلامي، وقد نصت عليه بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية⁽⁵⁾.

ومن خلال ما سبق يتبين لي أن الرأي الراجع في الفقه الإسلامي، الذي عليه جماهير الفقهاء هو اعتبار الزواج المشوب بالتغيير في الكفاءة عقداً صحيحاً غير لازم، بحيث يثبت للمغرور الخيار بين الفسخ والإمضاء. وهذا ما أخذ به القانون الأردني ونص عليه صراحة. أما القانون الجزائري فيظهر لي أنه أخذ برأي من لا يعتد بالكفاءة أصلاً، وبالتالي فلا يؤثر فقداً في صحة الزواج. أما القانون المغربي فهو كالقانون الجزائري لا يعتد بالكفاءة؛ لكنه يميز للزوجة دون الولي طلب الفسخ لا لفقد الكفاءة؛ وإنما للتغيير الزوج في صفاته عموماً، والتي قد تتعلق بكفاءته.

(1) ينظر: أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، م.س، ص.220، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، م.س، 6/328-329.

(2) ينظر هذا البحث، ص.290-291.

(3) جاء في المادة 21/أ: «يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفاً للمرأة...»

(4) ومثالها في المعنى المواد الآتية: 24 إماراتي؛ 38 كويتي؛ 35/ج بحريني؛ 34 قطري؛ 15/د لبيبي؛ 32 سوري.

(5) ينظر المواد: 44، 45/ب كويتي؛ 55، 56/ب سوداني.

الفرع الرابع

حكم عقد الزواج المشوب بالتغير في العيوب الزوجية

اختلفت مذاهب الفقه الإسلامي في حكم عقد الزواج المشوب بالتغير في العيوب الزوجية، على قولين: قول بالصحة مع لزوم، وقول بالصحة مع عدم اللزوم.

أولاً- القول بصحة ولزوم الزواج المشوب بالتغير في العيوب الزوجية

يرى أصحاب هذا القول أن عقد الزواج المشوب بالتغير في العيوب الزوجية يكون صحيحاً لازماً، فلا يحق لأَيٍّ من الزوجين طلب التفريق بسبب العيوب مطلقاً، مهما كان نوعها وطبيعتها، وهذا مذهب الظاهرية⁽¹⁾. وهو مذهب الحنفية أيضاً بالنسبة لعيوب الزوجة فقط، فلا يحق للزوج طلب التفريق بسببها، أما عيوب الزوج فيحق للزوجة طلب التفريق بسببها⁽²⁾.

واستدلوا على رأيهم بما يأتي:

1- حديث عائشة رضي الله عنها: (أَنَّ رِفَاعَةَ الْقُرْظِيَّ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا، فَتَزَوَّجَتْ آخَرَ، فَأَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ فَذَكَرَتْ لَهُ أَنَّهُ لَا يَأْتِيهَا، وَأَنَّهُ لَيْسَ مَعَهُ إِلَّا مِثْلُ هُدْبَةٍ، فَقَالَ: لَا، حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتِكَ)⁽³⁾. فقد استدلت الظاهرية بهذا الحديث على منع التفريق بسبب عيوب الزوج، حيث أن المرأة شكّت عن زوجها إلى النبي ﷺ، فلم يُفَرِّقْ بينهما، ولم يضرب لزوجها أجلاً⁽⁴⁾.

ويُرَدُّ على هذا الاستدلال بأن النبي ﷺ لم يفرق بينهما؛ لأنها كانت مُتَّهَمَةً برغبتها في الرجوع إلى زوجها الأول. فقد قال لها في بعض الروايات: (لَعَلَّكَ تُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَى رِفَاعَةَ)⁽⁵⁾. ولأن زوجها أنكر قولها، كما جاء في رواية أخرى⁽⁶⁾. ثم إن قولها يحتمل أنها تقصد دِقَّةَ ذَكَرَ زوجها ولا تقصد عُنَّتَهُ⁽⁷⁾.

(1) قال ابن حزم في المحلى، م.س، 279/9: «لَا يُفْسَخُ الْبَيْعُ بَعْدَ صِحَّتِهِ بِحُدَامِ حَدِيثٍ، وَلَا بِرِصِّ كَذَلِكَ، وَلَا بِجُنُونِ كَذَلِكَ، وَلَا بِأَنْ

يَجِدَ بِهَا شَيْئًا مِنْ هَذِهِ الْعُيُوبِ، وَلَا بِأَنْ تَجِدَهُ هِيَ كَذَلِكَ، وَلَا بِعِنَانَةٍ، وَلَا بِدَاءِ فَرْجٍ، وَلَا بِشَيْءٍ مِنَ الْعُيُوبِ.»

(2) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 327/2؛ شرح فتح القدير، م.س، 305/4؛ المبسوط، م.س، 95/5.

(3) صحيح البخاري، م.س، كتاب الطلاق، باب إذا طلقها ثلاثاً، 56/7، حديث: 5317؛ صحيح مسلم، م.س، كتاب النكاح، باب لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره، 1055/2، حديث: 1433. والهدبة: طَرَفُ الثَّوْبِ الَّذِي لَمْ يُنْسَخْ، فَأُخُوذُ مِنْ هُدْبِ الْعَيْنِ، ومرادها أَنَّ ذَكَرَهُ كَالْهُدْبَةِ فِي الْاسْتِزْحَاءِ وَعَدَمِ الْإِثْبَارِ. ينظر: فتح الباري، م.س، 465/9.

(4) ينظر: المحلى لابن حزم، م.س، 209/9.

(5) صحيح البخاري، م.س، كتاب الأدب، باب التبسم والضحك، 22/8، حديث رقم: 6084.

(6) صحيح البخاري، م.س، كتاب اللباس، باب ثياب الخضمر، 148/7-149، حديث رقم: 5825. وفي هذه الرواية أن زوجها لما علم بشكواها جاء إلى النبي ﷺ وقال له: (كَذَّبَتْ، وَاللَّهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي لَأَنْفُضُهَا نَفْضَ الْأَدِيمِ؛ وَلَكِنَّهَا نَاشِئٌ، تُرِيدُ رِفَاعَةَ.)

(7) ينظر: فتح الباري، م.س، 466/9-468؛ بدائع الصنائع، م.س، 322/2-323.

- 2- ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: (لَا تُرَدُّ الْحُرَّةُ مِنْ عَيْبٍ)⁽¹⁾. فالزواج ممنوع من رد زوجته بالعيب، تنزيها للزوجة الحرة أن تُبتذل كالأمه التي تُباع وتشتري وتُرَدُّ بالعيوب.
- 3- ما روي عن علي رضي الله عنه قال: (أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً، فَوَجَدَهَا مَجْنُونَةً، أَوْ مَجْدُومَةً، أَوْ بَرِصَاءً، فَهِيَ امْرَأَتُهُ، إِنْ شَاءَ طَلَّقَ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ)⁽²⁾. فالأثر يفيد أن الزواج بالمرأة المعيبة صحيح لازم، ولا يجوز للزوج طلب الفسخ؛ لأنه يملك التخلص من ضرر العيب بالطلاق، أو الزواج بامرأة أخرى مع الإبقاء على المعيبة، فلا يحتاج إلى إثبات حق الفسخ⁽³⁾.
- ويُرد عليهم بأن الأثر ضعيف. وأن امتلاك الزوج للطلاق لا يبرر حرمانه من الخيار؛ لوجود سببه وهو التغرير. ثم إن إثبات الخيار يفيد في إسقاط المهر، أو الرجوع به، بخلاف الطلاق.
- 4- أنكر أصحاب هذا القول وجود دليل صحيح صريح يميز الفسخ بالعيوب⁽⁴⁾.
- ويُرد عليهم بأن الأدلة الصحيحة الصريحة موجودة⁽⁵⁾. وسيأتي ذكرها في القول الثاني.

ثانياً- القول بعدم لزوم الزواج المشوب بالتغرير في العيوب الزوجية

ذهب أصحاب هذا القول إلى أن عقد الزواج المشوب بالتغرير في العيوب الزوجية يكون صحيحاً غير لازم؛ فيثبت للمغرور من الزوجين خيار فسخه. وهذا رأي جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة⁽⁶⁾. وهو أيضاً رأي الحنفية بالنسبة لعيوب الزوج، فيحق للزوجة طلب التفريق بعيوب زوجها، ولا يثبت هذا الحق للزوج⁽⁷⁾.

واستدل أصحاب هذا الرأي على قولهم بما يأتي:

- 1- قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229]. فالإمساك بمعروف يقتضي وفاء الزوج بحق زوجته في الاستمتاع، فإن عجز عن ذلك لعيب فيه، وجب عليه تسريحها،

(1) مصنف ابن أبي شيبة، م.س، 487/3، الأثر رقم: 16305. وقال ابن تيمية في مجموع الفتاوى، م.س، 353/29: «وَقَوْلُ مَنْ قَالَ: "لَا تُرَدُّ الْحُرَّةُ بِعَيْبٍ". فَهَذَا لَيْسَ لَهُ أَصْلٌ فِي كَلَامِ الشَّارِعِ أَلَيْبَةً؛ بَلْ مَتَى كَانَ الشَّرْطُ صَاحِبًا وَقَاتٍ، فَلِمُشْرَطِهِ الْقَسْحُ.»

(2) سنن سعيد ابن منصور، م.س، 245/1، الأثر رقم: 820؛ سنن الدارقطني، م.س، 399/4، الأثر رقم: 3675؛ سنن البيهقي، م.س، 351/7، الأثر رقم: 14230. وهذا الأثر منقطع كما قال التركماني في الجوهر النقي، م.س، 215/7.

(3) ينظر: المبسوط، م.س، 95/5، 97.

(4) يقول الشوكاني في نيل الأوطار، م.س، 187/6: «وَمَنْ أَمْعَنَ النَّظَرَ لَمْ يَجِدْ فِي الْبَابِ مَا يَصْلُحُ لِلِاسْتِدْلَالِ بِهِ عَلَى الْقَسْحِ بِالْمَعْنَى الْمَذْكُورِ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ.» وينظر: الروضة الندية، م.س، 203/2-204.

(5) قال الألباني تعقيباً على كلام القنوجي بنفي الدليل على التفريق بالعيوب: «كلا؛ بل الدليل قائم؛ وهو النهي عن المضارة وعن الغش.» التعليقات الرضية على الروضة الندية: محمد ناصر الدين الألباني، تحقيق: علي حسن عبد الحميد، دار ابن القيم للنشر والتوزيع، الرياض/ دار ابن عقان للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 2003م، 204/2، هامش 1.

(6) ينظر: الشرح الكبير للدردير، م.س، 277/2؛ أسنى المطالب، م.س، 175/3-176؛ الفروع، م.س، 280/8-283.

(7) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 327/2؛ شرح فتح القدير، م.س، 305/4.

أي تطليقها بإحسان، فإن أمسكها مع عجزه كان ظالماً لها، وعندها يثبت لها خيار الفسخ أو التفرير رفعا للظلم⁽¹⁾.

2- حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: (تَزَوَّجَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ امْرَأَةً مِنْ بَنِي غِفَارٍ، فَلَمَّا أُدْخِلَتْ عَلَيْهِ رَأَى بِكَشْحِهَا وَضَحًا⁽²⁾ فَرَدَّهَا إِلَى أَهْلِهَا، وَقَالَ: دَلَّسْتُمْ عَلَيَّ⁽³⁾). فالحديث يدل على جواز رد المرأة بداء البرص المغرر به⁽⁴⁾؛ ولكن الحديث ضعيف فلا تقوم به حجة.

3- قول النبي ﷺ: (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ)⁽⁵⁾. فالزام أحد الزوجين بالبقاء مع زوجه العاجز عن الوفاء بحقه في الاستمتاع ضرر بين. والضرر مرفوع شرعا، ويكون ذلك بإقرار حق الخيار⁽⁶⁾.

4- قول النبي ﷺ: (لَا يُورَدَنَّ مُرِضٌ عَلَى مُصِحِّ)⁽⁷⁾. وقوله أيضا: (فِرٌّ مِنَ الْمَجْدُومِ كَمَا تَفِرُّ مِنَ الْأَسَدِ)⁽⁸⁾. فالحديثان يرشدان للتفرير بين الزوجين لأجل المرض؛ منعاً لانتقال العدوى⁽⁹⁾.

5- الآثار المروية عن عمر، وعلي، وابن مسعود، والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم أن: (العَيْنَ يُوجَلُ سَنَةً، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا؛ وَإِلَّا فُرِقَ بَيْنَهُمَا)⁽¹⁰⁾.

6- قول عمر رضي الله عنه: (أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً، وَهِيَ جُنُونٌ، أَوْ جُدَامٌ، أَوْ بَرَصٌ، فَمَسَّهَا؛ فَلَهَا صَدَاقُهَا كَامِلًا، وَذَلِكَ لِزَوْجِهَا عُرْمٌ عَلَى وَلِيِّهَا)⁽¹¹⁾.

7- قول ابن عباس رضي الله عنهما: (أَرْبَعٌ لَا يُجْزَنُ فِي بَيْعٍ وَلَا نِكَاحٍ: الْمَجْنُونَةُ وَالْمَجْدُومَةُ وَالْبَرَصَاءُ وَالْعُقَلَاءُ)⁽¹²⁾.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 323/2؛ المسبوط، م.س، 102/5.

(2) الكشخ: ما بين الحاصرة إلى الضلع الفصوى من الجنب. والوضخ: البياض، أي البرص، والمعنى أنه رأى بجنبها برصا. ينظر: طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية: نجم الدين النسفي، المطبعة العامرة، مكتبة المثنى، بغداد، (د.ط)، 1311هـ، ص.47.

(3) السنن الكبرى للبيهقي، م.س، كتاب النكاح، باب ما يرد به النكاح من العيوب، 348/7، حديث رقم: 14219. والحديث ضعفه البيهقي في السنن الكبرى، م.س، 348/7؛ والهيثمي في مجمع الزوائد، م.س، 300/4؛ وقال عنه الألباني في الإرواء، م.س، 328/6: «جملة القول أن الحديث ضعيف جدا؛ لو هاء جميل بن زيد، وتفرد به، واضطرابه فيه.»

(4) ينظر: سبل السلام، م.س، 198/2.

(5) سبق تخريجه، ص.157.

(6) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 323/2.

(7) صحيح البخاري، م.س، كتاب الطب، باب لا هامة، 138/7، حديث رقم: 5771؛ صحيح مسلم، م.س، كتاب السلام، باب لا عدوى ولا طيرة، 1743/4، حديث رقم: 2221.

(8) صحيح البخاري، م.س، كتاب الطب، باب الجذام، 126/7، حديث رقم: 5707.

(9) ينظر: التوضيح لشرح الجامع الصحيح، م.س، 426/27؛ مغني المحتاج، م.س، 340/4-341.

(10) سبق تخريجه، ص.309.

(11) سبق تخريجه، ص.309.

(12) سبق تخريجه، ص.309.

8- قول عليّ عليه السلام: (يُرَدُّ مِنَ الْقَرْنِ، وَالْجُدَامِ، وَالْجُنُونِ، وَالْبَرَصِ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَعَلَيْهِ الْمَهْرُ، إِنْ شَاءَ طَلَّقَهَا، وَإِنْ شَاءَ لَمْ يُطَلِّقْهَا، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ، وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا)⁽¹⁾.

فهذه الآثار تفيد بمجموعها أن التفريق للعيوب المغرّر به أمر جائز، وبه قال الصحابة رضي الله عنهم⁽²⁾.

والراجح هو الرأي الثاني القائل بعدم لزوم عقد الزواج المشوب بالتغيرير في العيوب الزوجية، وأن للمغرور حق الخيار بين الرضا بالاستمرار في الزواج، أو المطالبة بالفسخ؛ سواء كان المغرور زوجا أو زوجة. فهذا الرأي هو الأقوى دليلا، والأقرب إلى مقاصد الشريعة القائمة على منع الغش والتغيرير، ورفع الظلم والضرر عن المغرّر بهم⁽³⁾.

أما قوانين الأحوال الشخصية فقد ذهبت إلى أن التغيرير في العيوب الزوجية لا يؤثر على صحة عقد الزواج، فيبقى العقد المشوب بالتغيرير في العيوب صحيحا؛ لكنه غير لازم؛ لجواز المطالبة بالتفريق؛ سواء كان هذا التفريق فسخا أو تطليقا. لكن هذه القوانين اختلفت فيمن يثبت له هذا الحق. فقانون الأسرة الجزائري أعطى حق طلب التطلاق للزوجة فقط (م2/53)، أما الزوج فلم يُقرّر له هذا الحق⁽⁴⁾؛ لأنه يملك طلاقها متى شاء بإرادته المنفردة (م48).

وأما مدونة الأسرة المغربية فمنحت حق التطلاق للعيوب لكل واحد من الزوجين وفقا للمادتين: 107، 108. ويمكن أيضا للزوج أو الزوجة المغرورين طلب الفسخ على أساس التبدليس⁽⁵⁾، وفقا للمادتين: 63، 66. والاستناد لهاتين المادتين الأخيرتين، وإن كان لا يصلح إلا في حالة العيوب المغرر بها؛ إلا أنهما تشملمان كل عيب يكون وجوده مؤثرا في رضا الطرف المغرور، كالعقم والعمى، والعرج وغير ذلك، دون الاقتصار على العيوب المانعة من الاستمتاع، والأمراض الخطيرة المستحكمة الواردة في المادة 107.

(1) سبق تخريجه، ص. 309.

(2) ينظر: الاستدكار، م.س، 419/5-420؛ سبل السلام، م.س، 198/2.

(3) هذا ما رجحه أيضا عدد من المعاصرين. ينظر: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، م.س، 17/9؛ التفريق بالعيوب بين الزوجين، م.س، ص. 210-213؛ بحوث فقهية محكمة، م.س، ص. 304-305.

(4) ينظر: أبحاث ومدكرات في القانون والفقہ الإسلامي، م.س، 1/236-237.

(5) وقد ذهب القضاء المغربي إلى فسخ الزواج للتبدليس بسبب كتمان الزوجة لعجزها الجنسي. فجاء في حكم صادر عن ابتدائية السطات، قسم قضاء الأسرة، بتاريخ: 2008/01/03، عدد: 08/29، ملف رقم: 7/1363، ما يلي: «حيث تحدف الدعوى إلى فسخ الزواج للتبدليس. وحيث ادعى الزوج المدعي أن زوجته ترفض معاشرته، دائما، وهو الأمر الذي أكدته الزوجة خلال جلسات البحث التي أجريت معها. وحيث أن من أهم أسباب الزواج التناسل وتحقق الرغبة الجنسية، لتهدأ النفوس وتستقيم، مما يشكل معه عدم تمكين الزوجة نفسها ضررا بالغا لا يمكن أن تستمر معه العلاقة الزوجية. وحيث إن رفع هذا الضرر يستلزم الاستجابة لطلب الزوج.» الحكم غير منشور، منقول عن مقال: ما مدى إعمال عيوب الإرادة في مدونة الأسرة المغربية، م.س، (www.marocdroit.com/%D9%85%D8%A7-%)، تاريخ الزيارة: 2016/3/8م.

وذهب قانون الأحوال الشخصية الأردني أيضا إلى أن لكل واحد من الزوجين أن يطلب فسخ الزواج بسبب العيوب الزوجية المغرر بها، وفقا للمواد من 128 إلى 138.

ومن خلال ما سبق عرضه في كل من الفقه والقانون، يتبين أن قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة متفقة عموما مع رأي جمهور الفقهاء القائل بعدم لزوم الزواج المشوب بالتغيير في العيوب، وبالتالي جواز المطالبة بالتفريق. لكن هناك اختلاف بينها حول من يثبت له هذا الحق؛ فالقانون الجزائري أخذ بمذهب الحنفية الذي يقصر حق التفريق على الزوجة دون الزوج. أما القانون المغربي والأردني فأخذا بمذهب الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) في إعطاء حق التفريق لكلا الزوجين.

الفرع الخامس

حكم عقد الزواج المشوب بالتغيير في الصفات المشتركة

اختلفت مذاهب الفقه الإسلامي في حكم عقد الزواج المشوب بالتغيير في الصفات المشتركة على ثلاثة أقوال؛ قول بطلانه، وقول آخر بصحته ولزوم، وقول ثالث بعدم اللزوم.

أولا- القول ببطلان الزواج المشوب بالتغيير في الصفات المشتركة

يرى أصحاب هذا القول أن التغيير في الصفات المشتركة يبطل العقد أصلا. وهذا مذهب الظاهرية⁽¹⁾، وقول عند الشافعية⁽²⁾. ومع بطلان العقد فلا يُتصور الخيار؛ بل حتى لو أراد المغرور إجازته فلا يصح ذلك؛ لأنّ العقد الباطل لا تلحقه الإجازة. واستدلوا لرأيهم بما يأتي:

1- قالوا بأن النكاح يعتمد في انعقاده على ما ذكر في الصيغة من صفات وأسماء الزوجين، ولو دون تعيين أو مُشاهدة. فيكون اختلاف الصفة المذكورة مؤثرا في الصحة كاختلاف العين، فإذا كان النكاح لا يصح مع اختلاف العين، كأن تقول لوليها: زوّجني من زيد، فزوّجها من عمرو. فكذلك لا يصح مع اختلاف الوصف، كأن يتزوج امرأة على أنها بيضاء، فيجدها سوداء؛ لأنّ السوداء التي أدخلت عليه غير البيضاء التي تزوجها، فالسوداء غير البيضاء حقيقة⁽³⁾.

2- كما أن الرضا قد تعلق بتلك الصفة المشروطة، فإذا تخلفت الصفة سقط الرضا، وصار العقد وكأنه تم بغير رضا العاقد، أشبه ما لو أذنت للولي بتزويجها من غني، فزوّجها من فقير.

(1) يقول ابن حزم في المحلى، م.س، 289/9: «فإن اشترط السلامة في عقد النكاح، فوجد عيبا -أي عيب كان- فهو نكاح مفسوخ مرذود لا خيار له في إجازته، ولا صدق فيه، ولا ميراث، ولا نفقة، دخل أو لم يدخل؛ لأنّ التي أدخلت عليه غير التي تزوّج، ولأنّ السالمة غير المعيبة بلا شك، فإذا لم يتزوّجها فلا زوجة بينهما.»

(2) القول الثاني الأظهر عندهم هو صحة النكاح. ينظر: الحاوي الكبير، م.س، 140/10-141؛ مغني المحتاج، م.س، 348/4.

(3) ينظر: المحلى بالآثار، م.س، 289/9؛ العزيز شرح الوجيز، م.س، 144/8؛ الحاوي الكبير، م.س، 141/9.

فتزويجها من الفقير باطل؛ لأنه تم بغير إذنها ولا رضاها، حيث أن رضاها وإذنها تعلق بالبغي دون الفقير⁽¹⁾. ويُرد على هذا الاستدلال بأن الصفة المشروطة من حق المشتراط، وله أن يُسقط شرطه، فإذا رضي بإسقاطه صح النكاح، ولا وجه لإبطاله عندها لتحقيق الرضا التام. فالقول بوجوب البطلان مبالغة لا مبرر لها، إذ فيها إزام للمشتراط بالتمسك بشرطه ولو بغير رضاه⁽²⁾.

ثانياً- القول بصحة ولزوم الزواج المشوب بالتغيير في الصفات المشترطة

يرى أصحاب هذا القول أن التغيير في الصفات المشترطة لا يؤثر في صحة الزواج ولزومه، فالعقد صحيح لازم، والشرط باطل لا عبرة به، سواء كان المشتراط هو الزوج أو الزوجة، فليس لأي منهما ردّ الآخر بتخلف ما اشترطه فيه. وهذا مذهب الحنفية، فقد جاء في كتبهم: «إِذَا شَرَطَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ السَّلَامَةَ عَنِ الْعَمَى وَالشَّلَلِ وَالرَّمَانَةِ، أَوْ شَرَطَ صِفَةَ الْجَمَالِ، أَوْ شَرَطَ الزَّوْجَ عَلَيْهَا صِفَةَ الْبَكَارَةِ، فَوُجِدَ بِخِلَافِ ذَلِكَ؛ لَا يَتَّبِثُ لَهُ الْخِيَارُ.»⁽³⁾ وروي مثل هذا عن الشافعي⁽⁴⁾؛ لكن أصحابه لم يأخذوا بهذه الرواية.

وقد احتج أصحاب هذا القول بما يأتي:

1- قول النبي ﷺ: (مَا بَالُ أَنْاسٍ يَشْتَرُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ اشْتَرَطَ مِائَةَ شَرْطٍ، شَرَطَ اللَّهُ أَحَقُّ وَأَوْثَقُ)⁽⁵⁾. فهو يدل على بطلان كل شرط ليس له أصل في كتاب الله⁽⁶⁾، أي لم يرد بجواز اشتراطه نص من الكتاب أو السنة. وهذا يقتضي أن الأصل في الشروط البطلان وعدم الصّحة إلا ما دلّ الدليل على صحته. ويُرد على هذا الاستدلال بأن المقصود بقوله: (لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ)، أي ليس في كتاب الله ما ينفيه أو يجرمه.

(1) ينظر: الحاوي الكبير، م.س، 141/9.

(2) ينظر: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، م.س، 14/9.

(3) الفتاوى الهندية، م.س، 273/1؛ وجاء في شرح فتح القدير، م.س، 305/4: «فِي النِّكَاحِ لَوْ شَرَطَ وَصْفًا مَرْغُوبًا فِيهِ، كَالْعُدْرَةِ، وَالْجَمَالِ، وَالرِّشَاقَةِ، وَصَعْرِ الْبَيْتِ، فَظَهَرَتْ نَيْبًا عَجُوزًا شَوْهَاءَ، ذَاتَ شِقِّ مَائِلٍ، وَلُعَابِ سَائِلٍ، وَأَنْفٍ هَائِلٍ، وَعَقْلٍ زَائِلٍ؛ لَا خِيَارَ لَهُ فِي فَسْخِ النِّكَاحِ بِهِ.» وينظر: المبسوط، م.س، 98/5؛ المحيط البرهاني، م.س، 14/3.

- تنبه: الحنفية لا يعتدّون بأي شرط يشترطه أحد الزوجين في الآخر، باستثناء اشتراط كفاءة الزوج، فهو شرط معتبر؛ وللزوجة وأوليائها، الخيار عند فقدها. ينظر: حاشية ابن عابدين، م.س، 208/4.

(4) قال الشافعي في الأم، م.س، 90/5: «لَوْ تَزَوَّجَ الرَّجُلُ امْرَأَةً عَلَى أَنَّهَا: جَمِيلَةٌ، شَابَةٌ، مُوسِرَةٌ، تَامَّةٌ، بِكَرٍّ، فَوَجَدَهَا عَجُوزًا، فَبِيحَةٌ، مُعْدَمَةٌ، قَطْعَاءٌ، نَيْبًا، أَوْ عَمِيَاءَ، أَوْ بِهَا ضُرٌّ، مَا كَانَ الضَّرُّ غَيْرَ الْأَرْزَعِ الَّتِي سَمَّيْنَا فِيهَا الْخِيَارَ؛ فَلَا خِيَارَ لَهُ... وَلَيْسَ النِّكَاحُ كَالْبَيْعِ، فَلَا خِيَارَ فِي النِّكَاحِ مِنْ عَيْبِ الْمَرْأَةِ فِي بَدَنِهَا، وَلَا خِيَارَ فِي النِّكَاحِ عِنْدَنَا إِلَّا مِنْ أَرْزَعٍ.»

(5) صحيح البخاري، م.س، كتاب البيوع، باب البيع والشراء مع النساء، 71/3، حديث رقم: 2155؛ صحيح مسلم، م.س، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، 1142/2، حديث رقم: 1504.

(6) ينظر: عمدة القاري شرح صحيح البخاري، م.س، 288/11.

فالشرط الباطل ما كان مخالفاً لنصوص الكتاب والسنة، أما الشرط الذي لم يرد النص بمنعه فالأصل فيه الجواز والصحة⁽¹⁾.

2- قالوا بأنّ النكاح عقد لا يقبل الفسخ، فلا يثبت فيه لا خيار الشرط ولا خيار العيب؛ باستثناء خيار الزوجة بعيوب الزوج المانعة من الوطاء، وكذلك خيار الزوجة وأوليائها بفقد الكفاءة، وأما الزوج فلا خيار له مطلقاً؛ لأنه يملك الطلاق⁽²⁾.

ويُرد على هذا القول بأنه لا دليل على كون النكاح لا يقبل الفسخ؛ بل هو عقد كسائر العقود يقبل الفسخ عند وجود ما يقتضي ذلك، كفقد الكفاءة على رأي الحنفية أنفسهم.

ثالثاً- القول بعدم لزوم الزواج المشوب بالتعريف في الصفات المشترطة

يرى أصحابه أن التعريف في الصفات المشترطة لا يؤثر في صحة النكاح؛ لكنه يؤثر في لزومه، فيكون العقد صحيحاً غير لازم، ولكل واحد من الزوجين خيار الردّ بتخلف ما اشترطه في زوجه. وهذا مذهب المالكية⁽³⁾، وأصح الوجهين عند الشافعية⁽⁴⁾، وأصح الروايتين عن أحمد⁽⁵⁾.

لكن المشهور عند الحنابلة هو التفريق بين الزوجة والزوج، فيثبتون الخيار للزوج دون الزوجة؛ وحبثهم أن الزوج دفع المهر لتكون الزوجة على تلك الصفة المشروطة، فإن وُجدت بخلافها كان له ردّها. أما الزوجة فلم تدفع مالا للزوج، فلا يكون لها ردّه بتخلف شرطها، ويكفيها ما ثبت لها من الخيار عند عدم كفاءة الزوج، أو كونه معيباً بعيب يثبت الخيار⁽⁶⁾.

واستدل أصحاب هذا القول على عدم لزوم العقد، وثبوت الخيار للمغرور، بما يأتي:

1- قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة، 1]. فالأمر بالوفاء

بالعقود يعم جميع العقود، ومنها الزواج، وهذا يستلزم وجوب الوفاء بجميع ما تتضمنه تلك العقود من بنود وشروط؛ فكل ذلك داخل في العقد⁽⁷⁾.

(1) ينظر: مجموع الفتاوى، م.س، 160/29-161؛ المغني، م.س، 485/9؛ فتح الباري، م.س، 353/5.

(2) ينظر: الفتاوى الهندية، م.س، 273/1؛ المحيط البرهاني، م.س، 14/3.

(3) ينظر: مواهب الجليل، م.س، 497/3؛ الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي، م.س، 280/2.

(4) ينظر: أسنى المطالب، م.س، 178/3؛ مغني المحتاج، م.س، 348/4؛ روضة الطالبين، م.س، 519/5.

(5) قال ابن تيمية في مجموع الفتاوى، م.س، 175/29: «لَوْ شَرَطَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ فِي الْآخِرِ صِفَةً مَقْضُودَةً، كَالْمَالِ وَالْجَمَالِ، وَالْبَكَارَةِ... صَحَّ ذَلِكَ، وَمَلَكَ الْمُشْتَرِطُ الْفُسْخَ عِنْدَ فَوَاتِهِ، فِي أَصْحَ الرِّوَايَتَيْنِ عِنْدَ أَحْمَدَ، وَأَصَحَّ وَجْهِي أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ، وَظَاهِرُ مَذْهَبِ مَالِكٍ... سِوَاهُ كَانَ الْمُشْتَرِطُ هُوَ الْمَرْءُ فِي الرَّجُلِ، أَوْ الرَّجُلُ فِي الْمَرْءِ؛ بَلِ اشْتَرَاطُ الْمَرْءِ فِي الرَّجُلِ أَوْ كَدُّ.»

(6) جاء في شرح منتهى الإرادات، م.س، 672/2: «إِنْ شَرَطَتْ زَوْجَةٌ فِي زَوْجٍ صِفَةً، كَكُونِهِ نَسَبِيًّا، أَوْ غَنِيًّا، أَوْ جَمِيلاً وَنَحْوَهُ، فَبَانَ أَقَلَّ بِمَا شَرَطْتَهُ، فَلَا فَسْخَ لَهَا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُعْتَبَرٍ فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ، أَشْبَهَ شَرْطُهَا طَوْلَهُ أَوْ قِصْرَهُ.»

(7) ينظر: تفسير القرطبي، م.س، 33/6؛ الشرح الممتع، م.س، 164/12.

- 2- قول النبي ﷺ: (الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَالًا، أَوْ شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا)⁽¹⁾. وقوله أيضا: (أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحَلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ)⁽²⁾. فالحديثان يدلان على لزوم الوفاء بالشروط في النكاح؛ بل في الحديث الثاني أن شروط النكاح أولى بالوفاء من شروط سائر العقود؛ وأنسب جزاء للإخلال بالشروط وعدم الوفاء بها هو ثبوت خيار الرد.
- 3- قول النبي ﷺ: (مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا)⁽³⁾. فالذي يَقْبَلُ بما اشترط فيه من مواصفات، ويعقد الزواج مع علمه بعدم وجودها، هو غاشٌّ لصاحبه، حيث أوهمه بوجود تلك المواصفات المشترطة. والغش ظلم يجب رفعه، وخير طريقة لرفعه، هي منح الخيار لمن وقع ضحية له.
- 4- والأصل في الاشتراط في الزواج الجواز⁽⁴⁾؛ إلا ما خالف من الشروط نصوص الشريعة وأحكامها، فتكون باطلة، وما لم يخالفها فهي شروط مشروعة صحيحة. وهي ملزمة للمشترط عليه، فإن وُفِيَ بها وإلا كان للمشترط خيار الفسخ، والأحاديث السابقة تدل على هذا الأصل.
- 5- ثم إن الزوج المشترط لصفة مرغوبة في زوجه، يكون رضاه متعلقا بتلك الصفة، فإذا تخلفت تأثر رضاه، ونقصت رغبته في الزواج، فاقتضى العدل تحييره بين فسخ العقد إن لم يرض بفقد الصفة، أو إمضائه والرضا بإسقاط شرطه، وعندها يكون الزواج قائما على الرضا التام.
- والراجع هو القول الثالث، فعقد الزواج المشوب بالتعريف في الصفات المشترطة، هو عقد صحيح غير لازم، وللمغرور من الزوجين حق الخيار عند تخلف شرطه؛ لقوة أدلة هذا القول؛ ولأن الأصل في الشروط هو الجواز، ولا فائدة من القول بمشروعية الشروط إن لم يترتب عن تخلفها حق الخيار. وهذا الحق ينبغي إثباته لكلا الزوجين، ولا وجه للتفريق بينهما؛ فلا يستقيم منح الخيار للزوج دون الزوجة بحجة أنه دفع المهر، فالمهر ليس في مقابل ثبوت الخيار. كما لا يستقيم منح الخيار للزوجة دون الزوج بحجة أن الزوج يملك الطلاق؛ لأن لثبوت الخيار آثارا لا تتحقق بالطلاق، وهي سقوط المهر، أو الرجوع به على الغار.

(1) سنن الترمذي، م.س، أبواب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، 626/3، حديث رقم: 1352؛ السنن الكبرى للبيهقي، م.س، كتاب الشركة، باب الشرط في الشركة وغيره، 131/6، حديث رقم: 11430. وقال الترمذي عقبه: «هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ». وصححه الألباني بمجموع طرقه، في إرواء الغليل، م.س، 145/5.

(2) سبق تخرجه، ص.19.

(3) سبق تخرجه، ص.256.

(4) يقول ابن تيمية في مجموع الفتاوى، م.س، 132/29: «الْأَصْلُ فِي الْعُقُودِ وَالشُّرُوطِ الْجَوَازُ وَالصَّحَّةُ، وَلَا يَحْرُمُ مِنْهَا وَيَبْطُلُ إِلَّا مَا دَلَّ الشَّرْعُ عَلَى تَحْرِيمِهِ وَإِبْطَالِهِ نَصًّا، أَوْ قِيَاسًا عِنْدَ مَنْ يَقُولُ بِهِ، وَأَصُولُ أَحْمَدَ الْمَنْصُوصَةُ عَنْهُ أَكْثَرُهَا يَجْرِي عَلَى هَذَا الْقَوْلِ، وَمَالِكٌ قَرِيبٌ مِنْهُ». وينظر: القواعد النورانية، م.س، ص.261، 272؛ القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، م.س، 833/2؛ مبدأ الرضا في العقود، م.س، 1188/2-1196؛ أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، م.س، ص.186-193.

وأما رأي الحنفية في عدم الاعتداد باشتراط الصفات المرغوبة في أحد الزوجين، وعدم إثبات الخيار بتخلفها، فرأي ضعيف؛ لأن مثل هذه الشروط لا تخالف نصوص الشريعة، ولا تعارض مقاصد الزواج، خاصة تلك الصفات التي جرت عادة الناس بمراعاتها، على نحو قوله ﷺ: (تُنكحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ: لِمَاهَا، وَحَسَبِهَا، وَجَمَاهَا، وَلِدِينِهَا، فَاطْفَرُ بِذَاتِ الدِّينِ تَرَبَّتْ يَدَاكَ)⁽¹⁾. ثم إن رضا المشتري متوقف عليها، فإذا تخلفت لم يتحقق رضاه، فكيف يُلزم بعقد لم يرض به؟!

وأما القول بأن رأي الحنفية يحقق الاستقرار لعقد الزواج، وأن المشتري يمكنه التحري عن الصفة المرغوبة دون الحاجة للاشتراط⁽²⁾. فهذا قول قاصر وضعيف؛ لأن استقرار الزواج لا يكون بالتغيير؛ فهذا الأخير هو الذي يسبب الاضطراب، ويكون سببا في الشقاق والفراق. أما التحري عن الصفات المرغوبة فقد يتعذر، خاصة مع الصفات التي لا يُطَّلَعُ عليها إلا بإخبار صاحبها، كالبركة مثلا، ثم إن المشتري لا يُعَدُّ مقصرا؛ إذ التقصير يكون بترك الاشتراط.

وأما بالنسبة لقوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة، فقد ذهبت إلى أن التغيير في الصفات المشتري لا يؤثر على صحة عقد الزواج، فإذا تخلف الوصف المشروط في أحد الزوجين يبقى العقد صحيحا؛ لكنه لا يكون لازما للطرف المغرور؛ فيجوز لهذا الأخير أن يطالب بالتفريق؛ سواء كان هذا التفريق فسخا أو تطليقا. لكن هذه القوانين اختلفت فيمن يثبت له هذا الحق.

فقانون الأسرة الجزائري ورغم أنه أجاز الاشتراط لكلا الزوجين (م19)؛ إلا أنه قصر حق المطالبة بالتطليق لمخالفة الشروط على الزوجة فقط (م9/53). أما الزوج فليس له هذا الحق؛ فإما أن يمسك زوجته المغرورة، ويرضى بتخلف الشرط، وإما أن يطلقها مع طلب تحميلها مسؤولية الطلاق، وحرمانها من حقوقها⁽³⁾. وأما ما ذهب إليه قانون الأسرة من فسخ الزواج الجديد للزوج المُعَدَّد قبل البناء (م8 مكرر1)، فهذا الفسخ ليس بسبب التغيير، وإنما بسبب تخلف شرط الإذن القضائي بالتعدد، فلا يمكن اعتباره حكما لعقد الزواج المشوب بالتغيير.

ونصت مدونة الأسرة المغربية أيضا على حق الزوجة في طلب التطليق لمخالفة الشرط (م1/98)، ولم تذكر للزوج حقا مماثلا⁽⁴⁾؛ لكنها في المقابل منحت لكلا الزوجين حق طلب الفسخ

(1) صحيح البخاري، م.س، كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدين، 7/7-8، حديث رقم: 5090؛ صحيح مسلم، م.س، كتاب الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين، 2/1086، حديث رقم: 1460.

(2) ينظر: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، م.س، 6/143؛ التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دراسة مقارنة: علي محمد علي قاسم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، (د.ط)، 2005م، ص.98-99.

(3) ينظر: قرار المجلس الأعلى، غ.أ.ش، ملف رقم: 33715، بتاريخ: 1984/6/25، المجلة القضائية، 1989، عدد 4، ص.99.

(4) ينظر: شرح مدونة الأسرة، م.س، ص.285-286.

في حال التدليس وفقا للمادة 63 التي تشمل التدليس في الشروط. أما قانون الأحوال الشخصية الأردني، فمنح حق المطالبة بفسخ الزواج لمخالفة الشروط لكلا الزوجين، دون تمييز بين ما تشترطه الزوجة وما يشترطه الزوج (م37).

ويظهر لي مما سبق أن الفقه الإسلامي وفقا للرأي الراجح الذي قال به الجمهور، يعتبر الزواج المشوب بالتعريف في الصفات المشترطة، عقدا صحيحا غير لازم، وأن للمغرور من الزوجين الخيار بين الرد والإمضاء. وهذا يتوافق إجمالا مع ما أخذت به القوانين محل الدراسة؛ لكن هذه الأخيرة لم تصرح بهذا الحكم، كما فعل الفقه الإسلامي، وكما فعلت بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية⁽¹⁾. وإنما ورد ذلك في نصوص عامة تتعلق بكل أنواع الشروط المشروعة، دون التنصيص بصفة خاصة على تخلف الصفات المشترطة في أحد الزوجين. كما أن القانون الجزائري والمغربي اكتفيا بالنص على حق الزوجة في طلب التطبيق عند تخلف الشرط، ولم يذكرهما حكما مماثلا بالنسبة للزوج، وهذا أقرب إلى رأي الحنفية منه إلى رأي الجمهور، إلا أن القانون المغربي قد فتح مجالا آخر للزوج لطلب الفسخ لتخلف الشرط على أساس التدليس (م63). أما القانون الأردني فكان موافقا لرأي الجمهور، حين صرح بحق كلا الزوجين في طلب الفسخ عند تخلف الشرط.

المطلب الثاني

أحكام خيار التعريف

سبق وبيّنت أن أغلب صور التعريف في عقد الزواج، كالتعريف في الكفاءة والعيوب، والصفات المشترطة، يكون معها العقد غير لازم للطرف المغرور، فيثبت له الخيار بين إنهاء الزواج أو إمضائه. وهذا ما يسمى بخيار التعريف⁽²⁾.

(1) صرح القانون الكويتي (م40/ج، د)، والإماراتي (م5/20)، بحق كلا الزوجين في طلب فسخ الزواج لفوات الوصف المشترط في زوجه؛ وذلك أخذًا برأي جمهور الفقهاء عموما، وما رجحه ابن تيمية وابن القيم خصوصا. ينظر: المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي، م.س، ص.121-123؛ المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، م.س، ص.55.

(2) الخيار لغة: هو طلبُ خَيْرِ الأمرين. ينظر: الصحاح للجوهري، م.س، ص.651/2-652.

- والخيار عموما في اصطلاح الفقهاء، عرّفه البهوتي في شرح منتهى الإرادات، م.س، ص.35/2، بأنه: «طَلَبُ خَيْرِ الأمرين، مِنْ إمضاء العَقْدِ أَوْ فسخه». وعرّفه عبد الستار أبو غدة في كتابه الخيار وأثره في العقود، مطبعة مقهوي، الكويت، ط2، 1985م، ص.43/1، فقال بأنه: «حَقُّ العَاقِدِ فِي فسخِ العَقْدِ أَوْ إمضائِهِ، لِظُهُورِ مُسَوِّغٍ شَرْعِيٍّ، أَوْ بِمَقْتَضَى اتِّفَاقِ عَقْدِيٍّ».

- أما في القانون الوضعي فعرّفته المادة 227 مدني بمغني بقولها: «الخيار هو أن يكون للمتعاقدين أو أحدهما إمضاء العقد أو فسخه».

- أما الخيار في عقد الزواج خاصة فقد عرفه العدوي في حاشيته على شرح الخرشني لمختصر خليل، م.س، ص.235/3، فقال: بأنه: «تَمَكُّينُ أَحَدِ الرُّوْجَيْنِ مِنْ رَدِّ صَاحِبِهِ، لِكَعْبِ يَظْهَرُ تَغْلُبُ السَّلَامَةُ مِنْهُ عَادَةً».

- أما خيار التعريف في الزواج فلم أجد من عرفه، ويمكنني تعريفه بأنه: تمكين أحد الزوجين أو الولي من الاختيار بين إمضاء عقد الزواج أو رده، بسبب التعريف؛ سواء كان التعريف في الكفاءة أو العيوب أو الشروط أو غير ذلك.

وسأتكلم في هذا المطلب عن أحكام هذا الخيار في أربعة فروع؛ أخصص الأول لبيان صاحب الحق فيه، والثاني لبيان شروطه، والثالث لمعرفة نوع الفرقة به، أما الفرع الرابع فأخصصه لمسقطاته.

الفرع الأول

صاحب الحق في خيار التغيير

لا إشكال في أن خيار التغيير في الزواج يثبت للمتعاقد المغرور، سواء كان زوجاً أو زوجة، وهذا أمر منطقي لا يحتاج إلى تقرير، فكل ما سبق من كلام عن التغيير في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يدل عليه. ولكن الإشكال الذي يحتاج إلى البيان هنا هو ما يتعلق بخيار الزوج أو الزوجة إذا كانا معيين، وكذا خيار الولي.

أولاً- خيار الزوج أو الزوجة المعيين

اختلفت المذاهب الفقهية في ثبوت خيار التغيير بسبب العيوب، إذا كان المغرور أيضاً معيباً.

1- فذهب الحنفية إلى أن الزوجة إن كانت معيبة بما يمنع وطأها، كالرثقاء والرثاء، فلا يحق لها طلب التفريق لعجز زوجها عن الوطء؛ لأنه لا حق لها في الوطء حينها⁽¹⁾. ويفهم من هذا أن لها الحق عندهم في طلب التفريق إن كانت معيبة بغير الرثق والقرن.

2- أما المالكية والشافعية والحنابلة، فإن المشهور عندهم أن حق الخيار يثبت لكل واحد من الزوجين إذا وجد في صاحبه عيباً مثنياً للخيار، ولو كان هو نفسه معيباً بإحدى تلك العيوب؛ سواء كان عيبهما متماثلاً أو متغايراً؛ لأن سبب الخيار قائم، ولأن الإنسان يعاف من عيب غيره ما لا يعاف من عيبه. ويستثنى من ذلك ما لو كان الزوج مجبُوباً والزوجة رثقاء، فلا خيار لأحدهما على الآخر؛ لأن امتناع الوطء ليس بسبب عيب صاحبه، وإنما بسبب عيب نفسه⁽²⁾.

3- وفي قول عند المالكية التفصيل بين أن يكون عيبهما متغايراً أو متماثلاً؛ فإن كان متغايراً ثبت الخيار لكليهما، وإن كان متماثلاً جنساً وجساماً، فالخيار يكون للزوج دون الزوجة؛ لأنه بذل الصداق لسالمة فوجدها معيبة⁽³⁾.

4- وفي قول عند الشافعية أن العيب إن كان متماثلاً لا يثبت معه الخيار لأي منهما؛ لتساويهما في العيب، فلا مزية لأحدهما على الآخر⁽⁴⁾.

(1) ينظر: البحر الرائق، م.س، 4/134-135.

(2) ينظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، م.س، 2/277؛ مغني المحتاج، م.س، 4/341؛ مطالب أولي النهى، م.س، 5/149.

(3) ينظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، م.س، 2/277.

(4) ينظر: مغني المحتاج، م.س، 4/341.

والراجح هو ثبوت الخيار للمغرور من الزوجين ولو كان هو أيضا معيبا؛ لوجود سبب الخيار وهو التغير؛ فالغرض من الخيار هو دفع الضرر، وهذا الأخير يكون أشد عند اجتماع العيوب، خاصة إذا كانت من الأمراض المعدية؛ فالإصابة بمرض واحد أهون من الإصابة بمرضين.

أما القانون الجزائري والمغربي، فلم يرد فيهما ما يشير إلى اشتراط السلامة في طالب التفريق للعيوب. ويفهم من ذلك أنهما يأخذان بمذهب الجمهور الذي رجحته.

وأما القانون الأردني فقد صرح باشتراط سلامة الزوجة من العيوب المانعة من الدخول، كالرتق والقرن، ليُقبل طلبها التفريق لعيوب زوجها المانعة من الدخول، كالجب والعنة والخصاء (م128). لكنه أغفل النص على هذا الشرط بالنسبة للزوج طالب التفريق لعيوب زوجته المانع من الدخول (م132). وهذا يتفق مع مذهب الحنفية؛ لأنهم لا يجيزون للزوج طلب التفريق لعيوب زوجته المانع من الدخول. وينبغي للقانون الأردني تحقيقا للعدل، أن يُسوّي بين الزوجين في شرط السلامة⁽¹⁾؛ لأن العدل يقتضي التسوية بينهما فيه؛ إما باشتراطه أو إلغائه في كليهما.

كما أن القانون الأردني اشترط أيضا في الزوجة طالبة التفريق لعقم زوجها، كونها قادرة على الإنجاب (م136)، فإن كانت غير قادرة على الإنجاب، فلا حق لها في طلب التفريق. وهذا الشرط لم يرد ذكره في القانون الجزائري والمغربي، ولم يذكره أيضا الفقه الإسلامي. لكنه شرط منطقي؛ إذ لا فائدة من طلبها التفريق ما دامت هي أيضا غير قادرة على الإنجاب.

ثانيا- خيار الولي

ذهب فقهاء المذاهب الأربعة إلى أن التغير إذا تعلق بالكفاءة، فإن الخيار يثبت للزوجة وأوليائها المغرّر بهم؛ لأن الكفاءة حقهم جميعا، فإذا أسقطت الزوجة حقها بقي حق الأولياء قائما. وتستثنى السلامة من العيوب عند من يعتبرها من خصال الكفاءة (المالكية والشافعية)، فليس للأولياء فيها خيار؛ لأن ضرر العيوب يقتصر على الزوجة، باستثناء الجنون والجدام والبرص، فللولي فيها الخيار لوجود العار؛ إذ يتعيّر الناس بمصاهرة من توجد به هذه الأمراض، وخاصة الجنون⁽²⁾.

ولكن هؤلاء الفقهاء اختلفوا في الأولياء الذين يثبت لهم خيار التغير في الكفاءة. فذهب الحنفية والشافعية إلى أن الخيار يكون للولي الأقرب، فإن رضي لم يكن للولي الأبعد خيار؛ لأنه لا حق له في الولاية مع وجود الأقرب⁽³⁾. وذهب الحنابلة إلى أن الخيار يثبت لجميع

(1) ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، ص.288.

(2) ينظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، م.س، 249/2؛ نهاية المحتاج، م.س، 254/6؛ مغني المحتاج، م.س، 342/4.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 318/2؛ نهاية المحتاج، م.س، 254/6.

الأولياء، القريب منهم والبعيد، حتى من يولد منهم بعد العقد؛ لتساويهم في حقوق العار بفقد الكفاءة، فإن رضي بعضهم كان لمن لم يرض منهم حق الفسخ⁽¹⁾.

وقصّر الخيار على الولي الأقرب هو الراجح في نظري؛ لأن القرابة يكثر انتشارها، فيشق اعتبار رضا جميع الأولياء. ثم إن الولي الأقرب يكون عادة أحرص من الأبعد على نفي ضرر حقوق العار بمصاهرة غير الكفاء، فإذا رضي الأقرب لم يكن لاعتراض الأبعد وجه معتبر.

كما أن الفقهاء اختلفوا أيضا في الأولياء المتساوين في الدرجة، هل رضا بعضهم يفقد الكفاءة يُسقط حق الآخرين أم لا؟ فعند أبي حنيفة وصاحبه محمد، يكون رضا أحدهم مسقطا لخيار الآخرين؛ لأن الكفاءة حق لا يتجزأ كالقصاص. وعند المالكية والشافعية، وأبي يوسف وزفر من الحنفية، لا يكون رضا أحدهم مسقطا لخيار الآخرين؛ لأن الحق في الكفاءة ثابت لجميع الأولياء المتساوين، وهو حق يتجزأ كالدين المشترك، فرضا أحد الأولياء يُسقط حقه فقط دون حق البقية⁽²⁾.

وأما القانون الجزائري والمغربي فلم يرد فيهما نص في هذه المسألة؛ لأنهما لم يتكلما أصلا عن أحكام الكفاءة، وبالتالي فلا حق للولي أصلا في الاعتراض على كفاءة الزوج.

أما القانون الأردني الذي نص على أحكام الكفاءة، فقد ذهب إلى أنها حق للزوجة والولي (م/21/ب)، فللولي كما للزوجة حق طلب فسخ العقد للتغيير في الكفاءة (م/22/ب). والولي الذي يثبت له الخيار هنا هو الولي الأقرب دون الأبعد، فإن كانوا متساوين في الدرجة فإن رضا أحدهم يسقط الخيار، وليس للبقية حق الاعتراض. فقد جاء في المادة 16 قولها: «رضا أحد الأولياء بالخطاب يسقط اعتراض الآخرين إذا كانوا متساوين في الدرجة، ورضا الولي الأبعد يسقط اعتراض الولي الغائب....»

ومن خلال ما تمّ عرضه بشأن حق الولي في خيار التغيير في الكفاءة، يتبين أن القانونين الجزائري والمغربي لم يمنحا الولي هذا الحق، وبالتالي خالفا المذاهب الفقهية الأربعة، التي تعطي الولي حق الخيار والاعتراض على العقد عند التغيير في الكفاءة. أما القانون الأردني فقد وافق هذه المذاهب، وأعطى للولي هذا الحق. أما من حيث تحديد وترتيب الأولياء الذين يثبت لهم هذا الحق، فقد أخذ بمذهب الحنفية في هذه المسألة، فقصر حق الخيار على الولي الأقرب دون الأبعد، وجعل رضا أحد الأولياء المتساوين في الدرجة يسقط حق البقية. وهذا بخلاف رأي الجمهور.

(1) ينظر: المغني، م.س، 390/9؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 649/2.

(2) ينظر: المبسوط، م.س، 26/5-27؛ الذخيرة، م.س، 216/4؛ أسنى المطالب، م.س، 139/3.

الفرع الثاني

شروط خيار التعبير

سأتكلم في هذا الفرع عن شروط ممارسة حق خيار التعبير في الزواج، وهي كالآتي:

أولاً - عدم العلم بحقيقة الأمر المغرَّر به

يشترط لثبوت خيار التعبير في الزواج ألا يكون الزوج المطالب بالخيار قد علم بحقيقة الأمر المغرَّر به أثناء العقد أو قبله، كأن تكون الزوجة قد علمت قبل العقد أن زوجها معيب أو غير كفاء، أو أنه خالٍ من المواصفات التي اشترطتها فيه. ففي هذه الحال لا يثبت لها خيار التعبير؛ لأنها مع علمها لا تكون مغرورة؛ بل تكون راضية بالنقص والعيب الذي علمته.

وهذا الشرط متفق عليه إجمالاً بين فقهاء المذاهب الأربعة. فعند الحنفية لو تزوجت المرأة وهي تعلم أن زوجها معيب أو غير كفاء فلا خيار لها⁽¹⁾. وعند المالكية لا يثبت الخيار لأحد الزوجين إذا كان علمه بالعيب سابقاً على العقد؛ وتستثنى زوجة المعترض إذا علمت بعيبه حال العقد ورجت بُرءه، فلها الخيار إذا لم يحصل البرء⁽²⁾. وعند الشافعية لا خيار لأحد الزوجين إذا نكح عالماً بالعيب؛ إلا عيب العُتَّة، فللزوجة الخيار وإن علمت بعنته قبل العقد؛ لأن العنة لا يُتحقق منها إلا بعد الدخول وثبوت العجز عن الوطاء، فقد يكون الرجل عنيماً في حق امرأة دون أخرى، وفي نكاح دون آخر⁽³⁾. وعند الحنابلة لا يثبت الخيار لأحد الزوجين إذا كان عالماً بالعيب وقت العقد؛ بل حتى لو ظن العيب يسيراً فبان كثيراً لا يثبت له الخيار، وإن علم بعيب فظهر به عيب آخر كان له الخيار للعيب الآخر دون العيب الذي علم به⁽⁴⁾.

أما قانون الأسرة الجزائري الذي أجاز للزوجة طلب التطليق لعيوب الزوج (م2/53)، فلم يرد فيه النص على هذا الشرط، مما يقتضي الرجوع لأحكام الفقه الإسلامي وفقاً للمادة 222. وأما القانون المغربي فاشترط صراحة في طالب التفريق للعيوب، عدم علمه بالعيب حين العقد (م1/108)⁽⁵⁾. كما صرح القانون الأردني أيضاً بهذا الشرط في الزوجة (م129)، والزوج (م132)؛ لأن العلم بالعيب عند العقد يمتنع معه حصول التعبير، كما أن العلم يدل على الرضا⁽⁶⁾.

(1) ينظر: البحر الرائق، م.س، 135/4.

(2) ينظر: حاشية الدسوقي، م.س، 277/2؛ حاشية العدوي على شرح الخرشي لمختصر خليل، م.س، 235/3.

(3) ينظر: أسنى المطالب، م.س، 176/3؛ مغني المحتاج، م.س، 341/4.

(4) ينظر: مطالب أولي النهى، م.س، 150/5.

(5) المادة 108: «يشترط لقبول طلب أحد الزوجين إنهاء علاقة الزوجية للعيب: 1- ألا يكون الطالب عالماً بالعيب حين العقد.»

(6) ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، ص.288؛ شرح مدونة الأسرة، م.س، ص.317.

وعملا بمقتضى هذا الشرط، نص القانون الأردني على أنه إذا تم التفريق بين الزوجين بسبب العيوب، ثم جدد الطرفان عقد الزواج، فليس لأي منهما طلب التفريق لنفس السبب (م137). لكنه استثنى من ذلك عيب العنة، فإن علم الزوجة بها قبل العقد لا يمنعها من طلب التفريق (م129)⁽¹⁾؛ لأنها قد تكون آملة في شفائه⁽²⁾، أو لأن العنة لا يمكن التحقق منها إلى بعد الدخول، فلا يُعتد بالعلم السابق للدخول.

ومما سبق يتبين أن كلا من الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية تشترط عدم علم صاحب الخيار بالأمر الموجب له قبل العقد؛ لأن العلم به دليل الرضا. وقد جاء هذا الشرط صريحاً في الفقه الإسلامي والقانون المغربي والأردني، وخاصة فيما يتعلق بخيار العيب. أما القانون الجزائري فلم ينص على هذا الشرط؛ لكن الإحالة لأحكام الفقه الإسلامي تقتضي الأخذ به. وقد استثنى المالكية والشافعية عيب العنة (الاعتراض) من هذا الشرط، خلافاً للحنفية والحنابلة؛ فلو علمت الزوجة بعنة زوجها قبل العقد ورجت زوالها، فلا يسقط حقها في الخيار، وبهذا أخذ القانون الأردني، ولم يرد هذا الاستثناء في القانون الجزائري والمغربي.

ثانياً- الفورية في الاختيار

المقصود بالفورية في الاختيار أن يمارس صاحب الخيار حقه فوراً بمجرد علمه بالتغيير دون تأخير. وقد اختلف فقهاء المذاهب الأربعة في الاعتداد بهذا الشرط على قولين:

1- القول باشتراط الفورية: ذهب الشافعية إلى أن خيار التغيير في الزواج تجب ممارسته على الفور، قياساً على خيار عيب المبيع، فلا بدّ لصاحبه أن يبادر لرفع دعوى التفريق بمجرد علمه بالعيب. ولا يتنافى ذلك مع ضرب الأجل للعنين؛ لأن العنة لا تتحقق إلا بعد مضي ذلك الأجل، فإذا مضى وتحققت، وجبت المطالبة بالتفريق فوراً بمجرد انتهاء الأجل. لكن إذا ادعى أحد الزوجين أنه علم بالعيب، ولم يبادر للخيار جهلاً منه بكون الخيار على الفور، فإنه يقبل قوله بيمينه؛ لأن هذا الحكم مما يخفى على كثير من الناس⁽³⁾.

2- القول بعدم اشتراط الفورية: ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أن خيار التغيير في الزواج يكون على التراخي، ولا تشترط فيه الفورية، قياساً على خيار القصاص. فيجوز طلب التفريق

(1) جاء في المادة 126 أحوال شخصية أردني: «الزوجة التي تعلم قبل عقد الزواج بعيب زوجها المانع من الدخول بما... يسقط حقها

في التفريق، ما عدا العنة؛ فإن العلم بما قبل عقد الزواج لا يسقط حقها، حتى لو سلّمت نفسها.»

(2) ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، ص.288.

(3) ينظر: أسنى المطالب، م.س، 177/3؛ مغني المحتاج، م.س، 344/4.

بعد العلم بالعيب ولو طال الزمان، ولا يسقط الحق بمجرد السكوت عن المطالبة مدة من الزمن؛ لأن ذلك لا يُعدُّ رضا بالعيب، إذ قد يكون سبب تأخير المطالبة هو التروي والتثبت في الأمر⁽¹⁾. والراجح في نظري هو أن خيار التغيير يثبت على التراخي⁽²⁾؛ لأن الاختيار بين الفراق والاستمرار في الزواج ليس بالأمر الهين، فهو يحتاج إلى تثبت وروية. وقد يرى صاحب الخيار أن ينتظر ويصبر لبعض الوقت رجاء حصول مصلحة يتوقعها، كالبراء من العيب مثلاً. ثم إن التراخي لا يترتب عليه ضرر غالباً، بخلاف التسرع في الخيار فقد يؤدي إلى الندم بسبب سوء الاختيار.

وأما القوانين الوضعية، فلم أجد فيها من اشترط الفورية لطلب التفريق للتغيير في الزواج؛ بل جاء فيها ما يدل على أن المطالبة بالتفريق للتغيير تكون على التراخي، لكن هذا التراخي ليس على إطلاقه؛ بل هو محدد بآجال معينة. فالقانون المغربي حدد المدة بشهرين من تاريخ العلم بالتغيير (م63). والقانون الأردني حدد للولي مدة ثلاثة أشهر من تاريخ علمه بالزواج، ليطلب التفريق لفقد الكفاءة، وإلا سقط حقه، كما يسقط حقه وحق الزوجة أيضاً بحصول الحمل (م23). أما القانون الجزائري فلم يحدد لطلب التفريق أجلاً.

ومما سبق يتبين لي بأن القوانين الوضعية تتفق مع مذهب الجمهور، القائل بأن حق الخيار على التراخي؛ لكنها لم تطلق الأمر وإنما قيدته بمدة معينة، وهذا التقييد أمر مستحسن، حتى تستقر الأنكحة، ولا تبقى مهددة بالفسخ لمدة طويلة⁽³⁾. وهذه المدة وإن كان تحديدها محل خلاف بين القانون المغربي والأردني، فإن الأفضل في نظري هو أن تكون بالقدر الذي يسمح للزوج المغرور بأن يفكر ويشاور ويقرر، وأظن أن مدة شهرين كافية لتحقيق ذلك.

ثالثاً- المطالبة بالخيار أمام القضاء

يشترط لصحة ممارسة حق خيار التغيير في النكاح أن تتم المطالبة به أمام القضاء، بأن يرفع الزوج المغرور دعوى التفريق أما القضاء المختص بنظر هذه الدعوى؛ لأن التفريق بسبب التغيير من الأمور الاجتهادية التي كثر فيها الخلاف بين الفقهاء، فلا بدّ من حكم القاضي ليرفع الخلاف، ثم إن هذه المسائل يشتد فيها النزاع عادة، فتحتاج للقضاء من أجل التثبت من الدعاوى والبينات.

(1) ينظر: البحر الرائق، م.س، 134/4؛ الفتاوى الهندية، م.س، 524/1؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير، م.س، 474/2؛

شرح منتهى الإرادات، م.س، 649/2؛ مطالب أولي النهى، م.س، 84/5، 150.

(2) ومن قال بذلك أيضاً: عبد الكريم زيدان في المفصل، م.س، 54/9-55؛ أحمد مصطفى القضاة في بحوث فقهية محكمة، م.س،

ص.330؛ محمد بن حسن آل الشيخ في مقاله: تدليس الزوج وأثره في عقد النكاح، م.س، ص.514.

(3) أغلب القوانين المدنية نصت على مدة طويلة للمطالبة بإبطال العقد للتغيير (التدليس)، فهي سنة في القانون المغربي (م311)؛ وفي

القانون الجزائري 5 سنوات (م101)؛ أما القانون العماني فجعلها شهراً واحداً (م2/108).

وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على هذا الشرط إجمالاً، واختلفوا في بعض التفاصيل. فعند الحنفية لا تكون الفرقة بسبب العيوب أو فقد الكفاءة إلا عند القاضي⁽¹⁾. وهذا ما يفهم أيضاً من كلام المالكية بأن التفريق لفقد الكفاءة أو العيوب يكون طلاقاً يوقعه القاضي أو يأمر به الزوج أو الزوجة ثم يحكم به رفعاً للخلاف⁽²⁾. وعند الشافعية يشترط حضور القاضي ليطمئن خيار الفسخ بالعيوب، أما خيار الفسخ بتخلف الوصف المشترط فلا يُشترط فيه حضور القاضي؛ إذ يصح الفسخ بتراضيهما عليه⁽³⁾. وعند الحنابلة لا يصح الفسخ للتغير في الكفاءة أو العيوب أو الشروط إلا بحكم القاضي، بعد طلب من له الخيار، فيوقع القاضي الفسخ بنفسه، أو يأمر صاحب الخيار بإيقاعه⁽⁴⁾. كما أن قوانين الأحوال الشخصية اتفقت أيضاً حول هذا الشرط؛ إذ الطلاق والتطليق والفسخ عندها لا يتم إلا أمام القضاء، ولا يثبت إلا بحكم قضائي، وهذا الأخير يتم تسجيل مضمونه في سجلات الحالة المدنية. وهذا ما تدل عليه نصوص كثيرة في هذه القوانين⁽⁵⁾. وبهذا يتبين أن الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية متفقة على اشتراط هذا الشرط.

رابعاً- الخيار يكون بعد التأجيل

هذا الشرط خاص بالتغير في العيوب الزوجية. فإذا وجد أحد الزوجين صاحبه معيباً بعيب يثبت الخيار، وطلب التفريق من القضاء، فإن القاضي لا يحكم بذلك حتى يؤجل الزوج المعيب مدة للمعالجة، رجاء أن يبرأ من عيبه.

أما العيوب التي يؤجل فيها صاحبها، ومدة التأجيل، فقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على تأجيل العنين، أو ما يسمى بالمعترض لمدة سنة كاملة⁽⁶⁾. واستدلوا بما رُوي عن عُمرَ، وَعَلِيٍّ، وابنِ مَسْعُودٍ، وَالْمُعِيزَةَ بِنِ شُعْبَةَ رضي الله عنهما أن: (الْعِنِينَ يُؤَجَّلُ سَنَةً، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا؛ وَإِلَّا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا)⁽⁷⁾. وأما سائر العيوب عدا العنة فقد اختلف الفقهاء في التأجيل بها؛ فذهب الحنفية إلى أن المؤخَّذ، والخصي، والخنثى، حكمهم حكم العنين في التأجيل؛ بل هذه العيوب هي مجرد أسباب

(1) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 336/2.

(2) ينظر: مواهب الجليل، م.س، 460/3-461، 489؛ حاشية الدسوقي، م.س، 282/2-283.

(3) ينظر: أسنى المطالب، م.س، 177/3؛ مغني المحتاج، م.س، 343/4.

(4) ينظر: المبدع في شرح المقنع، م.س، 123/6؛ مطالب أولي النهى، م.س، 151/5.

(5) يراجع المواد الآتية: 49-53 مكرر أسرة جزائري؛ 77-83 أسرة مغربية؛ 35، 97، 128-135 أحوال شخصية أردني.

(6) ينظر: البحر الرائق، م.س، 134/4-135؛ حاشية الدسوقي، م.س، 281/2؛ مغني المحتاج، م.س، 345/4؛ مطالب أولي

النهي، م.س، 142/5.

(7) سبق تخريجه، ص.309.

للعنة. أما المجهوب فلا يؤجل لعدم رجاء برئه⁽¹⁾. وذهب المالكية إلى أن كل العيوب يثبت فيها التأجيل، سواء عيوب الرجل أو المرأة، بشرط أن تكون مما يُرجى برؤها، أما ما لا يُرجى برؤه كالجذب فلا تأجيل فيه، وأما مدة الأجل فهي سنة في العيوب المشتركة والعيوب الخاصة بالرجل، أما العيوب الخاصة بالمرأة فمدة التأجيل فيها تكون بحسب اجتهاد القاضي بعد مشاورة أهل المعرفة بالطب⁽²⁾. أما الشافعية والحنابلة فقد قصرُوا التأجيل على العنة دون سائر العيوب⁽³⁾.

ويظهر لي أن التأجيل الواجب بسبب التغيير ينبغي قصره على عيب العنة، إذا أشار أهل الطب بإمكان البرء منها؛ لعدم إمكانية التحقق من العنة إلا بعد مضي تلك المدة. وأما سائر العيوب فلا يلزم فيها التأجيل ولو مع إمكان البرء، إلا إذا كانت المدة يسيرة لا يكون في انتظارها ضرر على صاحب الخيار، كنحو شهرين مثلا. أما إذا كانت المدة أطول فلا يُضرب الأجل إلا بموافقة صاحب الخيار. وهذا الذي قلته هو المناسب في نظري للعيوب المغرَّر بها؛ لأنه ليس من العدل إلزام الزوج صاحب الخيار أن ينتظر زوجه الذي غشَّه وغرَّر به، إلا إذا رضي بذلك⁽⁴⁾.

وأما العيوب التي ليست محلا للتغيير، كالحادثة بعد العقد، فقول المالكية هو أعدل الأقوال؛ لما فيه من تسوية بين سائر العيوب من جهة، وتسويته بين عيوب الزوج والزوجة من جهة ثانية.

وبالنسبة للقوانين الوضعية، فإن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على شرط التأجيل؛ إلا أن القضاء حكم بوجود تأجيل الزوج سنة كاملة للعلاج، إذا كان مصابا بعيب جنسي يرجى شفاؤه⁽⁵⁾. أما القانون المغربي فلم يصرح بهذا الشرط، وإن كانت المادة 2/107 تشير إلى التأجيل بنصها على أن الأمراض الخطيرة التي تجيز طلب التفريق هي «التي لا يُرجى الشفاء منها داخل سنة». فيفهم من هذا أن المرض الذي يرجى شفاؤه خلال سنة، لا يُحكم بالتفريق بسببه إلا بعد ضرب أجل سنة للعلاج قبل التفريق⁽⁶⁾. وبخصوص تفاصيل أحكام هذا التأجيل فالمرجع فيها إلى الفقه المالكي وفقا للمادة 400.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 327/2؛ البحر الرائق، م.س، 134/4-135.

(2) ينظر: حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير، م.س، 283/2-284.

(3) ينظر: مغني المحتاج، م.س، 345/4؛ مطالب أولي النهى، م.س، 142/5-143.

(4) ومن ذكر قولاً قريبا مما قلته محمد بن صالح العثيمين في الشرح الممتع، م.س، 207/12، 219.

(5) جاء في قرار المجلس الأعلى، غ.أ.ش، رقم: 34784، بتاريخ: 19/11/1984، المجلة القضائية، 1989، عدد 3، ص.73:

«من المقرر في الفقه الإسلامي، وعلى ما جرى به القضاء، أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته، يُضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج... على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها، وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه، حكم للزوجة بالتطويق... والحال أن الاجتهاد القضائي استقر على أن السنة التي تُمنح للزوج يبدأ مفعولها من يوم تنفيذ الحكم القاضي بها.»

(6) ينظر: عيوب الزوجية وأثرها في تفويض الروابط الأسرية، م.س، ص.419.

وأما القانون الأردني فكان أكثر وضوحاً وتفصيلاً من سابقه، حيث نص صراحة على أن عيوب الزوج مهما كان نوعها، إذا كانت مما لا يرجى شفاؤها خلال سنة، فإنه يُحکم بالتفريق بها دون تأجيل، أما العيوب التي يرجى شفاؤها خلال هذه المدة، فيؤجل فيها التفريق سنة للعلاج، فإذا لم تزل العلة بعد انقضائها، وأصرّت الزوجة على طلبها حكم القاضي بالتفريق. وهذا ما قرره المواد: 130، 131، 135، وكلها تتعلق بتأجيل الزوج، أما تأجيل الزوجة فلم يرد النص عليه، مع أن عيوبها أيضاً قد تقبل الشفاء، وعليه فإن عدم التسوية بين الزوج والزوجة في حق التأجيل لا يستقيم مع ما يقتضيه العدل، مما يستلزم مراجعته⁽¹⁾.

ويتبيّن من خلال ما سبق تفصيله، أنّ المذاهب الفقهية اتفقت على وجوب تأجيل العنين سنة للعلاج قبل الحكم بالتفريق، أما بقية العلل فلم يقل بالتأجيل فيها إلا المالكية، بشرط أن تكون مما يرجى الشفاء منها. وقد أخذت قوانين الأحوال الشخصية إجمالاً بمذهب المالكية في تعميم التأجيل في سائر العيوب التي يرجى شفاؤها، وذلك بهدف الحفاظ على العلاقات الزوجية قدر الإمكان. لكن هناك اختلافاً في بعض التفاصيل بين مذهب المالكية وما أخذت به القوانين الوضعية؛ فالمالكية يسوون بين الزوج والزوجة في التأجيل، بينما يقصره القانون الأردني على الزوج. كما أن المالكية لا يسوون بين جميع العلل في مدة التأجيل (سنة)؛ بل تختلف المدة باختلاف العلل، والمرجع في ذلك هو ما يقرره أهل الطب. أما القانون المغربي والأردني فقد جعلوا التأجيل سنة في كل العلل.

الفرع الثالث

نوع الفرقة بخيار التغيير

إذا طالب أحد الزوجين بالتفريق بمقتضى خيار التغيير، فاستجاب له القاضي وحكم بالتفريق، فما نوع تلك الفرقة؟ هل تكون طلاقاً⁽²⁾ أم فسخاً⁽³⁾؟ علماً بأن اعتبارها طلاقاً يقتضي احتسابها في عدد التطليقات التي يملكها الزوج على المرأة. أما فرقة الفسخ فلا تحسب في عدد التطليقات. وقد اختلف فقهاء المذاهب الأربعة في تحديد نوع الفرقة بخيار التغيير على ثلاثة أقوال كالاتي:

أولاً - القول بأن الفرقة طلاق بائن مطلقاً

معنى هذا القول أن الفرقة بخيار التغيير تكون طلاقاً بائناً في جميع صور التغيير، أي سواء تعلق الأمر بالعيوب، أو بفقد الكفاءة، أو بتخلف الصفات المشتركة. وبالتالي تحتسب هذه الطلقة من

(1) ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، ص.289.

(2) الطلاق: إزالة النكاح أو نقصان حله بلفظ مخصوص. ينظر: كشاف اصطلاحات الفنون، م.س، 2/1136.

(3) الفسخ: حل ارتباط العقد؛ إما من أصله، أو رفع حكمه بالنسبة للمستقبل فقط. ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، م.س، 2/1273.

عدد التطبيقات التي يملكها الزوج على تلك المرأة. وهذا القول هو مذهب المالكية، والقاعدة عندهم أن كُلاً نكاحٍ ثبت للوليِّ أو أحد الزوجين الخيار بين إمضائه وفسخه، فإنه يُفسخ بطلقةٍ بآئنة؛ لأنه كان قابلاً للصحة لو اختاروا إمضاه. وقولهم: «يُفسخ بطلقةٍ بآئنة.» معناه أن الفسخ نفسه يُحكّم عليه بأنه طلاقٌ، سواء تَلَفَّظ القاضي أو الزوج بلفظة الطلاق أو بلفظة الفسخ⁽¹⁾.

ثانياً- القول بأن الفرقة فسخ مطلقاً

معنى هذا القول أن الفرقة بخيار التغيير تكون فسخاً في جميع صور التغيير، ولا يحتسب هذا الفسخ في عدد التطبيقات. وهذا القول هو مذهب الشافعية والحنابلة؛ لأن الفرقة في هذه الحال لا يوقعها الزوج؛ بل يوقعها القاضي بعد رفع الأمر إليه. والقاعدة عندهم أن كل فرقة لا يوقعها الزوج أو نائبه تُعدُّ فسخاً لا طلاقاً. أما إذا أوقع الزوج الطلاق قبل رفع الأمر للقضاء فيُعدُّ ذلك طلاقاً. ثم إن القياس على فسخ البيع للتغيير يقتضي جعل التفريق في النكاح فسخاً أيضاً⁽²⁾.

ثالثاً- القول بأن نوع الفرقة يختلف حسب نوع التغيير

يرى أصحاب هذا القول أن الفرقة بخيار التغيير تكون أحياناً طلاقاً، وأحياناً فسخاً، وذلك حسب نوع التغيير. وهذا مذهب الحنفية؛ فالفرقة بسبب عيوب الزوج تكون عندهم طلاقاً بآئناً؛ لأن سبب ثبوتها حصل من الزوج، وهو عجزه عن إيفاء حق زوجته في الوطاء، والأصل أن الفرقة إذا حصلت بسبب من جهة الزوج تكون طلاقاً. أما الفرقة في فقد الكفاءة فتكون عندهم فسخاً؛ لأن سببها لم يكن من الزوج، وإنما من الزوجة أو الأولياء حيث لم يرضوا بفقد الكفاءة، وكل فرقة لا تكون من الزوج فهي فسخ⁽³⁾.

والراجح هو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة من اعتبار الفرقة للتغيير فسخاً مطلقاً⁽⁴⁾؛ لما يأتي:

1- كون هذه الفرقة سببها التغيير، وهذا خلل أصاب العقد عند نشأته، حيث نشأ متضمناً عيباً في رضا المغرور. وهذا الخلل كان يمكن إصلاحه لو رضي المغرور بإمضاء العقد، وحيث أنه لم يفعل ذلك واختار الفرقة، فإن المناسب لذلك هو الفسخ. وهذا بخلاف التفريق للعيب الحادث بعد العقد، فالمناسب له هو الطلاق؛ لأن العقد نشأ منذ البداية صحيحاً لازماً لا خلل فيه.

(1) ينظر: حاشية الدسوقي، م.س، 239/2؛ الذخيرة للقراي، م.س، 446/4؛ الفواكه الدواني، م.س، 13/2.

(2) ينظر: مغني المحتاج، م.س، 343/4؛ المغني، م.س، 70/10، 84؛ مطالب أولي النهي، م.س، 152/5.

(3) ينظر: البحر الرائق، م.س، 135/4؛ بدائع الصنائع، م.س، 336/2.

(4) ومن قال بذلك أيضاً: وفاء بنت علي الحمدان في: التفريق بالعيب بين الزوجين، م.س، ص.514؛ محمد بن حسن آل الشيخ في:

تدليس الزوج وأثره في عقد النكاح، م.س، ص.518.

2- كما أن اعتبار الفرقة طلاقاً يُنقص عدد التطليقات التي يملكها الزوج على المرأة. وهذا نوع إضرار بمصلحة الزوجين لو أرادا الرجوع إلى الحياة الزوجية مستقبلاً، ولا مبرر لذلك خاصة إذا كان الزوج هو المغرور، حيث يكون إنقاص عدد التطليقات نوع عقوبة له، رغم كونه ضحية للتغيير. وفي قوانين الأحوال الشخصية، ذهب القانون الجزائري إلى اعتبار الفرقة تطليقا، أي طلاقاً بائناً؛ سواء في التغيير في صفة التعدد (م8 مكرر)، أو التغيير في العيوب (م2/53)، أو التغيير في الشروط (م9/53). وذهب القانون المغربي إلى أن الفرقة بسبب التغيير تكون فسخاً بغض النظر عن صورة التغيير (م63، 66). أما نصه على التطليق في التفريق لحلف الشروط (م1/98)، والعيوب (م5/98)، فهذا من باب التغليب؛ لأن التغيير لا يُتصور في كل العيوب ولا في كل الشروط المتخلفة؛ فإذا كان العيب مغرراً به كان التفريق فسخاً⁽¹⁾، وإن لم يكن مغرراً به كان تطليقا. وأما القانون الأردني فيعتبر الفرقة للتغيير فسخاً في جميع الصور، سواء تعلق التغيير بالكفاءة (م22/ب)، أو الشروط (م37)، أو العيوب (م138).

ويظهر لي مما سبق بيانه أنّ القانون الجزائري قد أخذ بمذهب المالكية، بينما أخذ القانون المغربي والأردني بمذهب الشافعية والحنابلة. لكن القانون المغربي كان أكثر دقة حيث ميّز بين التفريق بسبب التغيير فجعله فسخاً مطلقاً، والتفريق لغير التغيير فجعله طلاقاً بائناً، سواء تعلق الأمر بالعيوب الحادثة أو الإخلال بالشروط.

الفرع الرابع

مسقطات خيار التغيير

يسقط خيار التغيير لعدة أسباب، تسمى بمسقطات الخيار، وهي كالاتي:

أولاً- الرضا بإمضاء العقد بعد العلم بالتغيير

إذا علم أحد الزوجين بما عُرِّر به، فرضي بما وجدته في زوجه من عيب، أو فقد كفاءة، أو تخلف شرط؛ فإن حقه في الخيار يسقط، ويلزمه الزواج. وهذا باتفاق المذاهب الأربعة؛ لكن عند الشافعية القائلين بكون الخيار على الفور يُعدُّ مجرد السكوت عن المطالبة بالتفريق رضا بإسقاطه. أما الجمهور القائلين بكون الخيار على التراخي فلا بدّ عندهم من وجود ما يدل على الرضا صراحة أو ضمناً⁽²⁾.

(1) حكم القضاء المغربي بالفسخ للعيب الجنسي. ينظر: الحكم الصادر عن ابتدائية السطات، قسم قضاء الأسرة، بتاريخ:

2008/01/03، عدد: 08/29، ملف رقم: 7/1363، غير منشور، منقول عن مقال: ما مدى إعمال عيوب الإرادة في مدونة

الأسرة المغربية، م.س، (%D9%85%D8%A7-%)، تاريخ الزيارة: 2016/3/8 م.

(2) ينظر: البحر الرائق، م.س، 134/4؛ حاشية الدسوقي، م.س، 277/2؛ أسنى المطالب، م.س، 177/3؛ مطالب أولي النهى،

م.س، 84/5، 150.

1- الرضا الصريح

ويكون بالقول الدال على الرضا بلا احتمال، كقوله: رضيت بما وجدت، أو أسقطت خياري.

2- الرضا الضمني

ويكون بالفعل الدال على الرضا، كالاستمتاع والوطء بعد الاطلاع على العيب، أو العلم بتخلف الوصف المشروط، أو تمكين الزوجة زوجها المعيب أو غير الكفاء من نفسها. فالوطء والاستمتاع والتمكين أفعال تدل على الرضا؛ باستثناء زوجة العنين فلا يكون تمكينها لزوجها بعد علمها بعُتته رضا منها بعينه، إذا فعلت ذلك رجاء بُرئه؛ أو فعلته في مدة التأجيل؛ لأنها مطالبة أصلاً بتمكينه في هذه المدة، فلا يسقط خيارها إلا إذا أخبرت عن رضاها بالقول الصريح⁽¹⁾.

وفي قوانين الأحوال الشخصية، لم ينص القانون الجزائري على سقوط حق طلب التطليق بوجود ما يدل على سبق الرضا بالعيب. أما القانون المغربي فصرح بأنه يشترط في طالب التفريق للعيوب ألا يصدر منه ما يدل على الرضا بالعيب بعد العلم بتعذر الشفاء (م2/108). وأما القانون الأردني فقد نص على أن الحق في طلب الفسخ للتغريب في الكفاءة يسقط بسبق الرضا (م23). كما نص على أن رضا أحد الزوجين بعيب صاحبه يُسقط حقه في طلب الفسخ؛ سواء كان الرضا صراحة أم دلالة وضمناً (م129، 132). باستثناء عيب العنة، فلا بدّ فيه من الرضا الصريح؛ فلا يُعدّ تسليم الزوجة نفسها لزوجها، ولا علمها السابق بعنته مسقطاً لحقها في الفسخ (م129، 130)⁽²⁾.

ومن خلال ما سبق يتبين أن رضا الزوج المغرور بما عُرِّ به، يُسقط حقه في الخيار، في كل من الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية؛ سواء كان الرضا صريحاً أم ضمناً؛ لأن ذلك يقتضي تنازل المغرور عن حقه، ورضاه بالاستمرار في الزواج. لكن زوجة العنين لا يكفي رضاها الضمني، حتى تصرح بالرضا. وهذا ما صرح به الفقه الإسلامي والقانون الأردني، وأغفله القانون الجزائري والمغربي.

ثانياً- زوال موجب الخيار قبل المطالبة به

قررت المذاهب الفقهية أن زوال السبب الموجب للخيار يسقطه. ومثال ذلك أن يكون أحد الزوجين معيباً قبل العقد بعيب يثبت الخيار؛ ولكنه بعد العقد برئ من عيبه، سواء قبل علم الزوج الآخر، أو بعد علمه وقبل مطالبته بالتفريق. فهنا يسقط الخيار لزوال سببه. وهذا هو الحكم أيضاً فيما لو تحققت الصفة المشترطة، أو حصلت الكفاءة بعد العقد وقبل المطالبة بالتفريق⁽³⁾.

(1) ينظر: الفواكه الدواني، م.س، 38/2؛ المدع في شرح المقنع، م.س، 173/6.

(2) ينظر: عيوب الزوجية وأثرها في تفويض الروابط الأسرية، م.س، ص. 424-430.

(3) ينظر: أسنى المطالب، م.س، 177/3؛ مغني المحتاج، م.س، 340/4؛ مطالب أولي النهى، م.س، 150/5.

وفي قوانين الأحوال الشخصية، لم أجد من نص على هذا السبب المسقط لخيار التعبير؛ ولكن ما ذهبت إليه هذه القوانين من تأجيل الميعب يفيد هذا المعنى، فلو رُفعت دعوى التفريق للميعب، فأثبت العيب، وأجل الزوج الميعب للعلاج، وتحقق شفاؤه في هذا الأجل؛ فإن دعوى التفريق تنتهي لزوال سببها، وهو العيب⁽¹⁾. كما أن القانون الأردني نص على سقوط حق الزوجة والولي في الفسخ لفقد الكفاءة، إذا أصبح الزوج كفتاً حين الخصومة (م/22/ب)، كأن يكون عاجزاً عن المهر والنفقة، لكنه صار قادراً على ذلك عند رفع الدعوى، بحصوله على وظيفة أو ميراث ونحوه⁽²⁾. إذن فالفقه الإسلامي والقوانين الوضعية متفقة على سقوط الخيار بزوال سببه قبل طلب التفريق.

ثالثاً- حصول الطلاق قبل المطالبة بالخيار

قررت المذاهب الفقهية أن الزوج المغرور، إذا طلق زوجته التي غرّته، قبل المطالبة بالخيار، يسقط خياره، ولا سبيل له إلى الفسخ؛ لأن الفرقة قد تحققت بالطلاق، فيلزم تطبيق أحكامه، من حساب عدد التطليقات، واستحقاق المهر، وعدم إمكان الرجوع به على الغارّ. فالزوج حين طلق قبل أو بعد العلم بسبب الخيار يكون قد أسقط حقه في الخيار، ورضي بالتزام أحكام الطلاق⁽³⁾. ولم أجد في قوانين الأحوال الشخصية ما يشير لهذا السبب المسقط للخيار؛ إلا ما جاء في القانون المغربي من أن الزوج إذا طلق زوجته المعيبة قبل البناء لزمه نصف الصداق (م/110)، وهذا يعني إلزامه بأحكام الطلاق الواقع قبل المطالبة بالتفريق، وهذا يعني سقوط حقه في طلب التفريق⁽⁴⁾. وبهذا يكون القانون المغربي متفقاً مع الفقه الإسلامي حول هذا السبب المسقط للخيار. أما القانون الجزائري والمغربي فعدم وجود النص يقتضي الرجوع للفقه الإسلامي، مما يحقق التوافق أيضاً.

رابعاً- حدوث الموت قبل المطالبة بالخيار

قررت المذاهب الفقهية أن حق خيار التعبير يسقط بموت أحد الزوجين أو كليهما قبل المطالبة به؛ سواء كان الميت هو صاحب الخيار أو الزوج الآخر؛ لأن الزواج ينتهي بالموت، فلا سبيل لفسخه بعده. ولذلك يثبت الصداق والتوارث بين الزوجين، ولا يحق لورثة الزوج المغرور أن يرجعوا بالمهر على ورثة الزوج الغارّ، كما لا يحق للمغرور أن يرجع بالمهر على ورثة الغارّ⁽⁵⁾.

(1) ينظر: عيوب الزوجية وأثرها في تفويض الروابط الأسرية، م.س، ص.416.

(2) ينظر: الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، 92/1.

(3) ينظر: حاشية الدسوقي، م.س، 290/2؛ أسنى المطالب، م.س، 177/3؛ مطالب أولي النهى، م.س، 153/5.

(4) ينظر: شرح مدونة الأسرة، م.س، ص.319.

(5) ينظر: حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير، م.س، 290/2؛ أسنى المطالب، م.س، 177/3؛ مغني المحتاج، م.س، 341/4؛ مطالب أولي النهى، م.س، 153/5.

ولم يرد في قوانين الأحوال الشخصية ما يشير إلى هذا السبب، فيرجع فيه إلى ما قرره الفقه الإسلامي. علما بأن القانون المدني الأردني قد نص على سقوط خيار التغيير بالموت (م150)⁽¹⁾.

خامسا- الدخول بالزوجة يسقط خيار الأولياء في الفسخ لفقد الكفاءة

ذهب الحنفية إلى أن خيار أولياء المرأة في فسخ زواجها بغير الكفاءة يسقط بولادة الزوجة، أو ظهور الحمل عليها؛ وذلك حماية لمصلحة الولد، ومنعا لضياعه بسبب التفريق بين والديه؛ لأن مفسدة ضياع الولد أعظم من مفسدة فقد الكفاءة⁽²⁾. أما المالكية فكانوا أكثر احتياطا، حيث أسقطوا خيار الأولياء بمجرد الدخول بالزوجة، فيبقى الخيار بعده للزوجة فقط دون الأولياء⁽³⁾. أما الشافعية والحنابلة فلم أجد عندهم ذكرا لهذا الأمر، مما يعني أنهم لا يسقطون خيار الأولياء بمجرد الدخول بالمرأة أو حملها أو ولادتها؛ فلا بدّ لسقوط الخيار من رضا الأولياء صراحة أو ضمنا. والراجح هو مذهب المالكية، فيسقط خيار الأولياء بمجرد الدخول؛ لأن التفريق بعده قد يلحق الضرر بالزوجة وولدها، فقد تكون حاملا ولا يظهر حملها إلا بعد التفريق. ثم إن إطلاق حق الأولياء في الفسخ دون تقييده بمدة معينة يؤثر سلبا على استقرار عقود الزواج. وقد أخذ القانون الأردني بمذهب الحنفية، فأسقط حق الفسخ لفقد الكفاءة بحمل الزوجة (م23). أما القانون الجزائري والمغربي فلم ينصا على مراعاة الكفاءة أصلا خلافا للمذاهب الأربعة.

المطلب الثالث

إثبات التغيير في الزواج

سبق وبيّنت في شروط خيار التغيير أن التفريق بين الزوجين للتغيير يكون أمام القضاء، وذلك من أجل إثبات واقعة التغيير، والتحقق من توافر شروطها. وسأحاول في هذا المطلب بيان كيفية إثبات ذلك، بحيث أتكلم عن القاعدة العامة في إثبات التغيير (الفرع الأول)، ثم أتناول أدلة إثباته (الفرع الثاني).

الفرع الأول

القاعدة العامة في إثبات التغيير في الزواج

سأتكلم في هذا الفرع عن القاعدة العامة التي يقوم عليها الإثبات في موضوع التغيير في عقد الزواج، بداية بالفقه الإسلامي (أولا)، ثم القانون الوضعي (ثانيا).

(1) جاء في المادة 150 ما يأتي: «يسقط الحق في الفسخ بالتغيير والغبن الفاحش، ويلزم العقد بموت من له الحق في الفسخ...»

(2) ينظر: البحر الرائق، م.س، 294/3؛ حاشية ابن عابدين، م.س، 156/4.

(3) ينظر: حاشية الدسوقي، م.س، 249/2.

أولاً- القاعدة العامة في إثبات التغيير في الفقه الإسلامي

القاعدة العامة في إثبات التغيير هي نفسها القاعدة العامة في الإثبات عموماً، وهي حديث: (البَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ)⁽¹⁾. ووفقاً لهذه القاعدة يقع عبء الإثبات على من يدعي حصول التغيير في عقد الزواج؛ لأن دعواه خلاف الأصل؛ فالأصل عدم التغيير⁽²⁾.

وبالتالي ينبغي الحكم بصحة النكاح ولزومه إلى أن يثبت ما يقتضي فسخه. فإذا اختلف الزوجان في وجود ما يثبت خيار التغيير، فالقول لمن ينفيه حتى يقيم المدعي البينة على صحة دعواه؛ سواء تعلق الأمر بالتغيير في ذاتية الزوجين، أو في موانع الزواج، أو في العيوب الزوجية، أو في خصال الكفاءة، أو في الصفات المشتركة.

فالأصل في الزوج هو الكفاءة، وعلى من يدعي عدم كفاءته، إثبات ذلك بالبينة⁽³⁾. والأصل هو السلامة من العيوب الزوجية، وعلى من يدعي وجودها إثبات ذلك بالبينة⁽⁴⁾. والأصل عدم الاشتراط، وعلى من يدعي أنه اشترط في زوجه صفة معينة ثم لم يجدها فيه، أن يثبت أولاً وقوع الاشتراط، ثم يثبت بعد ذلك غياب تلك الصفة المشتركة⁽⁵⁾.

وإذا ثبت السبب الموجب لخيار التغيير، من عيب أو فقد كفاءة أو غير ذلك، فادعى المغرّر وجود ما يسقط الخيار، كعلم الطرف الآخر بالعيب قبل العقد، أو رضاه به بعده، فعلى هذا المدعي إثبات دعواه؛ لأن الأصل عدم العلم وعدم الرضا⁽⁶⁾.

ثانياً- القاعدة العامة في إثبات التغيير في القانون الوضعي

القاعدة العامة في الإثبات عموماً، سواء في المسائل المدنية أو مسائل الأحوال الشخصية هي أن «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر». وقد سبق تقرير هذه القاعدة في هذا البحث⁽⁷⁾.

(1) سبق تخرجه، ص. 207.

(2) يقول النفراوي في الفواكه الدواني (240/2): «الأصل عدمُ العُزُورِ وَعَدَمُ العِلْمِ». وينظر: تبصرة الحكام، م.س، 141/1؛ التغيير في النكاح، م.س، ص. 24.

(3) ينظر: البحر الرائق، م.س، 323/2؛ فتاوى الرملي: شهاب الدين الرملي الشافعي، جمعها ابنه: شمس الدين الرملي، المكتبة الإسلامية، (د.ط، د.ت)، 160/3؛ القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، م.س، 112/1.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 323/2؛ الفواكه الدواني، م.س، 38/2؛ المغني، م.س، 83/10.

(5) ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 125/4؛ الذخيرة، م.س، 213/4-214؛ البهجة في شرح التنفة، م.س، 149/2؛ مغني المحتاج، م.س، 626/3؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 110/2.

(6) ينظر: الذخيرة، م.س، 213/4؛ أسنى المطالب، م.س، 176/3؛ مطالب أولي النهى، م.س، 153/5.

(7) يراجع هذا البحث، ص. 207-208.

ووفقا لهذه القاعدة العامة فإنه إذا تم إبرام عقد الزواج، ثم ادعى أحد المتعاقدين أن رضاه بالعقد قد تعيب بالتغيير الصادر من المتعاقد الآخر، فإن عبء إثبات حصول هذا التغيير يقع عليه؛ لأنه يدعي خلاف الأصل، الذي هو سلامة الإرادة، وخلو الرضا من العيوب التي تفسده⁽¹⁾. ويتم إثبات التغيير بإثبات وسائله وشروطه، وأنه هو الدافع للتعاقد، وأنه صدر من المتعاقد الآخر⁽²⁾. فإن صدر من الغير وجب على المغرور إثبات تواطؤ المتعاقد الآخر مع ذلك الغير، أو علمه بتغييره⁽³⁾.

ويظهر جليا مما سبق أن الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية متوافقة على كون القاعدة العامة في إثبات التغيير في الزواج هي أن البينة على مدعي التغيير؛ لأنه يدعي خلاف الأصل، فيقع عليه بالتالي عبء الإثبات، أي إثبات حصول التغيير بشروطه التي تجعله مؤثرا في العقد.

الفرع الثاني

أدلة إثبات التغيير في الزواج

التغيير في الزواج واقعة مادية يمكن إثباتها بكل أدلة الإثبات المعتبرة شرعا وقانونا، كالكتابة، والإقرار، والشهادة، واليمين، والمعينة والخبرة، والقرائن. وسأتكلم عن كل دليل منها على حدة.

أولا- إثبات التغيير بالكتابة

يمكن إثبات التغيير بالكتابة، ومن أهم أمثلة ذلك التغيير بالاشتراط؛ فلو اختلف الزوجان في اشتراط صفة معينة، فادعى أحدهما أنه اشترطها في زوجه ولم يجدها فيه، وأنكر الزوج الآخر حصول الاشتراط أصلا، ففي هذه الحالة يمكن للمدعي إثبات حصول الاشتراط عن طريق الكتابة، بأن يستظهر وثيقة الزواج المحررة من قبل موثق الأنكحة⁽⁴⁾، إذا تم النص فيها على ذلك الشرط⁽⁵⁾.

(1) ينظر: نظرية عيوب الإرادة، م.س، ص.53؛ شرح القانون المدني الجزائري للسعدي، م.س، 1/188.

(2) ينظر: النظرية العامة للالتزام لبلحاج العربي، م.س، 1/114؛ شرح القانون المدني الجزائري للسعدي، م.س، 1/188.

(3) جاء في المادة 148 مدني أردني: «إذا صدر التغيير من غير المتعاقدين، وأثبت المغرور أن المتعاقد الآخر كان يعلم بالتغيير وقت العقد جاز له فسخه»، وقريب منها المادة: 87 مدني جزائري. وينظر: المسبوط في شرح القانون المدني، م.س، ج1، ص.439.

(4) توثيق العقود وكتابتها أمر معروف في الفقه الإسلامي، فقد أمر الله في آية المدائنة بكتابة الديون، وقد كتب النبي ﷺ المعاهدات مع اليهود، وكتب صلح الحديبية مع كفار قريش، واشتهرت صناعة التوثيق لسائر العقود، ومنها عقود الزواج منذ العصور الأولى في تاريخ الحضارة الإسلامية. يراجع: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي: محمد بن الحسن الحجوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ/1995م، 2/172-175؛ المنهج الفائق بأداب الموثق وأحكام الوثائق، م.س، 1/14-40.

(5) ذكر القرابي في الذخيرة، م.س، 10/335، عند كلام عن أحكام الوثائق، أن مما ينبغي على الموثق ذكره في عقود الأنكحة، الشروط التي تكون بين الزوجين، فقال: «وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا شُرُوطٌ مِنْ عَدَمِ التَّزْوِيجِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ذَكَرَتْهُ». وينظر أيضا: المنهج الفائق بأداب الموثق وأحكام الوثائق، م.س، 1/182.

ولكن يجوز للمدعى عليه أن يطعن في هذا الدليل الكتابي، وذلك بإقامة البينة على كونه مزورا، أو كون ذلك الشرط مما لم يتفق عليه الزوجان، وإنما هو من تليف الموثقين وتزويقهم للعقد⁽¹⁾.

وبالنسبة لقوانين الأحوال الشخصية، فإنه يجوز إثبات الشروط في الزواج بالكتابة؛ بل صرح القانون الأردني بأن الكتابة الرسمية هي الطريق الوحيد لإثبات هذه الشروط، وذلك بأن يتم تسجيلها في وثيقة عقد الزواج. حيث جاء في المادة 37 منه قولها: «إذا اشترط حين العقد شرط نافع لأحد الزوجين... وسُجل في وثيقة العقد؛ وجبت مراعاته.»⁽²⁾

أما القانون الجزائري والمغربي فلم يرد فيهما ما يقتضي حصر وسائل إثبات الشروط في الكتابة، وبالتالي يخضع إثباتها لقواعد الإثبات العامة⁽³⁾، فيجوز إثباتها بالكتابة أو الإقرار أو البينة⁽⁴⁾. ورغم أن نص المادة 19 جزائري قد يفهم منها أن الشرط لا يعتد به إلا إذا كان مسجلا في وثيقة العقد، وخاصة عبارة: «في عقد الزواج»؛ فحرف "في" قد يفيد معنى الظرفية المكانية، وكلمة "عقد" قد تعني وثيقة العقد، فيكون المعنى: «في وثيقة عقد الزواج». لكن ينبغي في نظري عدم الأخذ بهذا التفسير الضيق؛ لأن المادة لم تذكر التسجيل ولا الوثيقة، خلافا للقانون الأردني. كما أن سجلات الحالة المدنية الجزائرية الخاصة بتسجيل عقود الزواج لا تتضمن حيزا خاصا بتدوين الشروط، مما يدفع الراغبين في تدوينها إلى اللجوء إلى الموثق لإبرام عقود الزواج مع الشروط.

ومما سبق يظهر أن الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية متوافقون على إمكانية إثبات التعبير في شروط الزواج بواسطة الكتابة؛ إلا أن القانون الأردني يحصر إثبات الشروط في الكتابة الرسمية. وهذا الحصر والتضييق لم يرد في الفقه الإسلامي ولا في القانونين الجزائري والمغربي. ويمكن القول بأن موقف القانون الأردني له وجهة من الناحية الواقعية؛ لما فيه من تقليل الخلاف حول الشروط.

(1) قال الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير (281/2-280): «إن كَتَبَ الْمُؤْتَقُّ فِي وَثِيقَةِ الْعَقْدِ الصَّحَّةَ؛ بَأَن كَتَبَ: تَزَوَّجَ فُلَانٌ فُلَانَةَ الشَّابَّةَ الصَّحِيحَةَ الْعَقْلَ وَالْبَدْنَ، بِصَدَاقٍ قَدْرُهُ كَذَا وَكَذَا، وَتَوَجَّدَ عَلَيَّ خِلَافِي، وَتَنَازَعَ الْوَلِيُّ وَالزَّوْجُ؛ فَقَالَ الزَّوْجُ: أَنَا شَرَطْتُ ذَلِكَ، وَأَنْكَرَ الْوَلِيُّ، وَلَا بَيِّنَةَ لِوَاحِدٍ، فَقَالَ ابْنُ أَبِي زَيْدٍ: لَا رَدَّ بِهِ، وَلَا يَكُونُ مَا كَتَبَهُ الْمُؤْتَقُّ دَلِيلًا عَلَى اشْتِرَاطِهِ؛ لِأَنَّ الْمُؤْتَقَّ جَرَتْ الْعَادَةُ بِأَنَّهُ يُلْفَقُ الْكَلَامَ وَجُمِلَهُ، وَيَذْكَرُ فِيهِ مَا لَيْسَ مُشْتَرَطًا. وَقَالَ الْبَاجِي: لَهُ الرَّدُّ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ أَنَّ الْمُؤْتَقَّ لَا يَكْتُبُ "الصَّحِيحَةَ" إِلَّا إِذَا اشْتَرَطَ الصَّحَّةَ... فَإِن كَتَبَ الْمُؤْتَقُّ "سَلِيمَةَ الْبَدَنِ"، اتَّفَقَ ابْنُ أَبِي زَيْدٍ وَالْبَاجِي عَلَى أَنَّهُ شَرَطَ؛ أَي فَلَهُ الرَّدُّ إِنْ وَجَدَهَا غَيْرَ سَلِيمَةٍ. قَالَ بَعْضُهُمْ: لَعَلَّهُ إِنَّمَا فَرَّقَ بَيْنَ "صَّحِيحَةٍ" و "سَلِيمَةٍ"؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ عَادَةُ الْمُؤْتَقِّينَ جَارِيَةٌ بِتَلْفِيظِهِ، أَي بِذِكْرِهِ مِنْ عِنْدِ أَنْفُسِهِمْ، وَمَنْ بَجَّرَ عَادَتُهُمْ بِتَلْفِيظِ النَّائِي.» وينظر أيضا: شرح مختصر خليل للخرشي، م.س، 238/3-239.

(2) وهذا ما سارت عليه بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية، كالقانون الكويتي الذي يقول في المادة 41: «يجب أن يكون الشرط مسجلا في وثيقة العقد.» وينظر كذلك المادة 6/20 إماراتي.

(3) ينظر: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، م.س، ص.132.

(4) وهذا ما صرحت به بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية، فقد جاء في المادة 5/ج من قانون الأسرة البحريني ما يأتي: «لا يُعْتَدُ بأي شرط إلا إذا نُصَّ عليه صراحة في عقد النكاح، أو ثبت بالبينة، أو أقر به الزوجان.» وينظر كذلك المادة 53 قطري.

ثانيا- إثبات التعرير بالإقرار

يجوز في الفقه الإسلامي إثبات التعرير في الزواج بالإقرار، فإذا ادعى أحد الزوجين أن بزوجه ما يثبت خيار التعرير، كفقده كفاءة، أو وجود عيب، أو تخلف شرط، فسأل القاضي الزوج المدعى عليه، فأقر بما نُسب إليه، فإن إقراره حجة يُعمل بها، دون الحاجة للبيّنة؛ فالإقرار أبلغ البيّنات، وهو أبلغ من الشهادة⁽¹⁾. ومثال ذلك أن تدعي الزوجة أن بزوجها عيبا جنسيا، كان موجودا فيه قبل العقد، وأنه كتمه عنها، وتزوجها دون إخبارها، فإذا أقرّ الزوج بكل ذلك، فهنا يثبت التعرير بإقراره، ويثبت للزوجة حق الخيار⁽²⁾.

كما يثبت التعرير بإقامة البيّنة على إقرار أحد الزوجين بالتعير، خارج مجلس القضاء⁽³⁾. وينبغي التنبيه هنا إلى مسألة تتعلق بإقرار الزوجة الصغيرة المحجور عليها من قبل أبيها، فإذا أقرت بعيوب الفرج الموجبة للخيار لزوجها، مع سقوط حقها في المهر، فهل يُقبل إقرارها أم لا؟ اختلف فقهاء المالكية في هذه المسألة؛ فقال بعضهم: لا يُقبل إقرارها؛ لأنها أقرت بما يُخرج بعض ماله من يدها. وقال آخرون: يُقبل إقرارها؛ لأنّ عيوب الفرج أمر لا يُعلم إلا من قبلها. والقول الأول هو المُعتمد؛ إذ المحجور لا يقبل إقراره فيما يرجع على ماله. وإذا لم يُقبل إقرارها، فالقول حينئذ لوليها في نفي العيب، أو ادعاء حدوثه بعد العقد، أو كونه من فعل الزوج⁽⁴⁾. أما المذاهب الثلاثة الأخرى، فلم أجد فيها من ذكر هذه المسألة؛ إلا أنهم تكلموا عن حكم إقرار السفية المحجور عليه عموما. فيصح إقراره فيما يتعلق بالمال عند أبي حنيفة، والصحيح من مذهب الحنابلة. ولا يصح ذلك عند الشافعية، وأبي يوسف ومحمد من الحنفية⁽⁵⁾. وفي القانون الوضعي يمكن إثبات التعرير بجميع وسائل الإثبات؛ لأنه واقعة مادية، ومن هذه الوسائل الإقرار، أي إقرار المتعاقد الغارّ أمام القضاء بما نُسب إليه من التعرير في الزواج، كاعترافه بالكذب بشأن كفاءته، أو تزويره للوثائق الدالة على وضعيته المالية أو الاجتماعية، أو كتمانته للأمراض والعيوب الموجودة فيه. فإذا أقر بشيء من ذلك كان إقراره حجة قاطعة عليه⁽⁶⁾.

(1) ينظر: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، م.س، ص.125؛ تبصرة الحكام، م.س، 51/2؛ جواهر العقود، م.س، 20/1؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 617/3.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 327/2؛ تبصرة الحكام، م.س، 198/2؛ الحاوي الكبير، م.س، 348/9؛ مطالب أولي النهى، م.س، 142/5.

(3) ينظر: البحر الرائق، م.س، 134/4؛ جواهر العقود، م.س، 28/2؛ كشاف القناع، م.س، 2461/7.

(4) ينظر: البهجة في شرح التحفة، م.س، 511/1-512.

(5) ينظر: المبسوط، م.س، 145/18-146؛ جواهر العقود، م.س، 20/1؛ الإنصاف، م.س، 127/12.

(6) جاء في المادة 1/342 من مدي جزائري: «الإقرار حجة قاطعة على المُقر». وبمائلها الفصل 410 التزامات مغربي؛ 51 بينات أردني.

وقد حكم القضاء المغربي بفسخ الزواج للتدليس استنادا لإقرار الزوجة بكتمان عجزها الجنسي عن الزوج⁽¹⁾.

ثالثا- إثبات التغيير بشهادة الشهود

يثبت التغيير في النكاح في الفقه الإسلامي بشهادة الشهود، كأن يُحضر أحد الزوجين شهودا عدولا يشهدون بأن الزوج الآخر المدعى عليه، قد غرّر به في الكفاءة أو العيوب أو الشروط؛ ولكن يشترط للأخذ بهذه الشهادة أن يتحقق فيها النصاب المطلوب شرعا. وهو عند الحنفية شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين. أما الجمهور فلا يعتدون إلا بشهادة رجلين، ولا تُقبل شهادة النساء فيما يترتب عليه الحكم بالفراق؛ لأن الزواج وما يتعلق به من فسخ أو طلاق أخطر من باب الأموال⁽²⁾.

ويستثنى من ذلك ما يتعلق بالتغيير بعيوب الزوجة مما لا يطلع عليه الرجال، كالعيوب التي تكون تحت الثياب، وعيوب الفرج، والبكارة والثيوبة؛ لما روي عن ابن شهاب الزُّهريّ قَالَ: (مَضَتْ السُّنَّةُ أَنْ تَجُوزَ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِيمَا لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ غَيْرُهُنَّ مِنْ وِلَادَاتِ النِّسَاءِ وَعُيُوبِهِنَّ).⁽³⁾

وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على جواز شهادة النساء في هذه المسائل؛ إلا أنهم اختلفوا في نصاب شهادتهن. فالحنفية والحنابلة يجيزون شهادة المرأة الواحدة، وإن كان الأحوط والأوثق عندهم شهادة اثنتين أو أكثر. أما المالكية فيشترطون شهادة امرأتين، قياسا على شهادة الرجلين. وعند الشافعية لا بدّ من شهادة أربع نساء؛ لأن كل امرأتين تقابلان رجلا واحدا⁽⁴⁾.

ويجب أن تكون الشهادة في كل الأحوال مفصلة، بحيث يذكر الشهود كل ما يتعلق بواقعة التغيير، كموضوع التغيير، ووسائله، وظروفه وملابساته، وغيرها من الأمور التي تساعد القاضي على معرفة مدى تحقق شروط التغيير المؤثر في الزواج⁽⁵⁾.

وبالنسبة للقانون الوضعي، يجوز أيضا إثبات التغيير في الزواج بشهادة الشهود؛ لأن التغيير واقعة مادية يجوز إثباتها بكل وسائل الإثبات، ومنها شهادة الشهود؛ حتى لو كان العقد محل التغيير

(1) ينظر: الحكم الصادر عن ابتدائية السطات، قسم قضاء الأسرة، بتاريخ: 2008/01/03، عدد: 08/29، ملف رقم: 7/1363، غير منشور، منقول عن مقال: ما مدى إعمال عيوب الإرادة في مدونة الأسرة المغربية، م.س، (<http://www.marocdroit.com/%D9%85%D8%A7-%>)، تاريخ الزيارة: 2016/3/8م.

(2) ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 370/7؛ تبصرة الحكام، م.س، 322/1؛ البهجة في شرح التحفة، م.س، 502/1؛ مغني المحتاج، م.س، 368/6-369؛ جواهر العقود، م.س، 286/2؛ الكافي لابن قدامة، م.س، 283/4.

(3) ينظر: مصنف ابن أبي شيبة، م.س، 329/4، الأثر رقم: 20708؛ مصنف عبد الرزاق، م.س، 333/8، الأثر رقم: 15427.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 323/2؛ الشرح الكبير للدردير، م.س، 284/2؛ التاج والإكليل، م.س، 212/8؛ مغني المحتاج، م.س، 368/6-369؛ مطالب أولي النهى، م.س، 143/5.

(5) ينظر: مغني المحتاج، م.س، 368/6؛ التغيير في النكاح، م.س، ص.29.

مكتوبا⁽¹⁾. والشهادة بالنسبة للوقائع المادية (كالتغيرير) لها حجية مطلقة في الإثبات⁽²⁾. فيجوز للمغرور من الزوجين أن يثبت التغيرير بشهادة العدول الذين شهدوا على ما فعله الزوج المغرّر من حيل تغريبية، كالتصريحات الكاذبة، وتزوير الشهادات، وانتحال صفة الغير، أو كتمان العيوب التي كانت فيه قبل العقد⁽³⁾، وغير ذلك.

والقواعد القانونية المتعلقة بالإثبات بالشهادة لا تشترط نصابا معيناً لعدد الشهود، فيجوز للمحكمة أن تحكم ولو بشاهد واحد في بعض الظروف والأحوال؛ لأن العبرة بما يقتنع به القاضي، حسب ظروف وملابسات كل دعوى، وليست العبرة بعدد الشهود⁽⁴⁾.

ومما سبق يتبين أن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي متوافقان عموماً على جواز إثبات التغيرير في الزواج بشهادة الشهود؛ لكن الفقه الإسلامي يشترط نصاباً معيناً في الشهود، وهو رجل وامرأتان على الأقل عند الحنفية، ورجلان عند الجمهور، باستثناء ما تعلق بشهادة النساء في عيوبهن، فتقبل فيها شهادتهن منفردات. أما القوانين الوضعية فلا تشترط نصاباً معيناً، وفقاً للقواعد العامة للإثبات. ولكن في نظري لا ينبغي تطبيق هذه القواعد العامة على عقد الزواج لخصوصيته، خاصة وأنه عقد تعتبر شهادة العدول شرطاً لصحته، فلا يعقل أن يتم فسخه أو إنهاؤه بسبب تغريب ثبت بشهادة أقل نصاباً من الشهادة المشتركة لصحته؛ إلا في الحالات الاستثنائية المقررة في الفقه الإسلامي والمتعلقة بإثبات عيوب النساء.

رابعا- إثبات التغيرير باليمين

إذا ادعى أحد الزوجين حصول التغيرير، وعَجَزَ عن إقامة البينة على صحة دعواه، جاز له أن يطلب من القاضي توجيه اليمين إلى الزوج الآخر المنكر للدعوى، فإن حلف انقطعت الخصومة⁽⁵⁾؛ لقوله ﷺ: (الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ)⁽⁶⁾. وإن نكّل، كان امتناعه كالإقرار بصحة الدعوى، فيُقضى عليه بمجرد نكوله. وهذا هو المذهب عند الحنفية، والمشهور من مذهب الحنابلة. أما عند المالكية والشافعية، ورواية عند الحنابلة فلا يكفي النكول؛ بل لا بدّ من ردّ اليمين

(1) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، 262/1، هامش 3؛ شرح القانون المدني الجزائري للسعدي، م.س، 188/1؛

الإثبات في المواد المدنية والتجارية، م.س، ص. 22، 135؛ شرح أحكام قانون البينات الجديد، م.س، ص. 152.

(2) ينظر: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، م.س، ص. 132، 137؛ شرح أحكام قانون البينات الجديد، م.س، ص. 149.

(3) ينظر: العيوب الزوجية وأثرها في تقويض الروابط الأسرية، م.س، ص. 409.

(4) ينظر: شرح أحكام قانون البينات الجديد، م.س، ص. 169.

(5) يمين المدعى عليه المنكر، إنما يُعمل بها في قطع الخصومة في الحال، دون الفصل في أصل الحق؛ ولذلك يجوز للمدعي رفع دعوى جديدة، لإثبات حقه بالبينة. ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 229/6؛ المبدع في شرح المقنع، م.س، 352/8.

(6) سبق تخرجه، ص. 207.

إلى المدعي، فإن حلف قُضي له؛ لأن النكول حجة ضعيفة تحتاج لتأييدها بيمين المدعي. فإن نكل المدعي أيضاً، فإن نكوله بمثابة تصديق لإنكار المدعى عليه⁽¹⁾.

فهذه هي القاعدة العامة لإثبات التعبير باليمين؛ لكن فقهاء المذاهب الأربعة مختلفون حتى داخل المذهب الواحد في بعض المسائل الجزئية، وخاصة في مجال العيوب، ويظهر ذلك فيما يأتي:

1- العيوب التي في الفرج إذا ادعاها أحد الزوجين في الآخر دون بينة؛ قيل: يُصدَّق من ينفيها بلا يمين؛ لأن الأصل السلامة، ولأن الشخص مؤتمن على فرجه. وقيل: يُصدَّق بيمينه، وإن نكل تُرُدُّ اليمين على المدعي. وقيل: ينظر النِّسَاءَ لِلنِّسَاءِ وَالرِّجَالَ لِلرِّجَالِ فِي عيوب الفرج. فهذه الأقوال الثلاثة كلها مذكورة عند المالكية، وبالرأي الأخير جرى العمل عندهم⁽²⁾.

2- إذا ادَّعت الزوجة أن زوجها عَنِين لا يقدر على وطئها، وأنكر الزوج ذلك، فالمشهور عند المالكية أن الزوج مُصدَّق بيمينه، سواء كانت الزوجة بكرًا أم ثيبًا. وعند الحنفية، ورواية عن مالك، والمشهور عند الشافعية والحنابلة، أنه يُفرق بين البكر والثيب؛ أما الثيب فيُصدَّق قوله بوطئها بيمينه؛ لأن الثبوبة دليل الوطء، ولأن الأصل سلامته من العيب. وأما البكر فينظرها النساء، فإن قلن هي ثيب، فالقول قوله بيمينه، وإن قلن هي بكر، فالقول قولها بلا يمين؛ لأن بقاء البكارة دليل على عدم الوطء⁽³⁾.

فإذا أجل العنين، ثم اختلفا في الإصابة عند نهاية الأجل، فالحكم كما سبق، سوى أن الحنابلة جعلوا القول للثيب في نفي الوطء بيمينها⁽⁴⁾، خلافا لما قبل التأجيل حيث يكون القول للزوج؛ لأن الأصل سلامته. أما حين ثبتت عُنْتُهُ وَأُجِّلَ، فالأصل استمرار عنته حتى يثبت العكس.

فإن نظر النساء إلى البكر فوجدنها ثيبًا، فَرَعَمَتْ أَنْ عُدْرَتَهَا زَالَتْ بسببٍ آخر غير وَطْئِهِ، كَأَصْبُعِهِ وغيرها من الأسباب، فالقول قول الزوج بيمينه، وقيل: بلا يمين؛ لأن الأصل في الثبوبة أن تكون بالوطء وليس بأسباب أخرى⁽⁵⁾. أما إن وجدنها بكرًا، فزعم الزوج أنه أزال بكارتها ولم يُبَالِغْ فَعَادَتْ، فالقول للزوجة بيمينها، وقيل: بلا يمين؛ لأن الظاهر أن البكارة إذا زالت لا تعود⁽⁶⁾.

(1) ينظر: البحر الرائق، م.س، 136/4؛ الذخيرة، م.س، 213/4-214؛ حاشية الصاوي، م.س، 467/2؛ حاشية الدسوقي، م.س، 277/2؛ أسنى المطالب، م.س، 384/3؛ مطالب أولي النهى، م.س، 142/5-144.

(2) ينظر: تبصرة الحكام، م.س، 197/2؛ البهجة في شرح التحفة، م.س، 497/1-498؛ حاشية الدسوقي، م.س، 285/2.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 323/2؛ البحر الرائق، م.س، 136/6؛ تبصرة الحكام، م.س، 198/2؛ البهجة في شرح التحفة، م.س، 502/1؛ مغني المحتاج، م.س، 344/4-346؛ المغني، م.س، 91/10-93؛ مطالب أولي النهى، م.س، 144/5.

(4) ينظر: المغني، م.س، 91/10-93؛ مطالب أولي النهى، م.س، 144/5.

(5) ينظر: البحر الرائق، م.س، 136/6؛ المغني، م.س، 91/10؛ مطالب أولي النهى، م.س، 144/5.

(6) ينظر: مغني المحتاج، م.س، 346/4؛ المغني، م.س، 91/10؛ مطالب أولي النهى، م.س، 143/5.

فمن قال بعدم اليمين في المسألتين نظر إلى بُعد احتمال صدق المدعي فلا يُلتفت إليه. ومن قال باليمين أراد إزالة ذلك الاحتمال، ولو كان في أصله ضعيفا.

3- إذا ثبت موجب الخيار من عيب أو غيره، وأراد صاحب الخيار التمسك به، فادعى الطرف الآخر وجود ما يُسقط الخيار، من سبب العلم بالنقص قبل العقد، أو الرضا به بعده. فالقول هنا لصاحب الخيار بيمينه؛ لأن الأصل عدم العلم وعدم الرضا، فإن نكل زُدت اليمين إلى المدعي، فإن حلف سقط الخيار⁽¹⁾.

4- إذا اشترط الزوج بكارة الزوجة، ثم تنازعا بعد الدخول، فقال: وَجَدْتُهَا ثَيِّبًا، وقالت: بل وجدني بكرًا، وأزال وطؤه بكارتي، فتصدّق الزوجة بيمينها عند المالكية والشافعية، وعند الحنابلة تُصدق بلا يمين⁽²⁾.

أما في القانون الوضعي، فإنّ اليمين تُعدُّ وسيلة إثبات احتياطية، يُفترض ألا يلجأ إليها الخصم إلا عندما يُعوزُه الدليل⁽³⁾. وقد يُلجأ إليها أيضا في بعض المسائل التي لا يصلح إثباتها بدليل آخر؛ نظرا لخصوصيتها. ومن هذه المسائل المتعلقة بموضوع التعبير في الزواج ما يأتي:

- إثبات عيوب فرج المرأة، فإذا ادعى الزوج أنه لم يجد زوجته بكرا، أو أن بفرجها عيبا كالرتق والفتق وغيره، فليس له إلا يمين زوجته. وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري، حيث قضى بأن هذه العيوب التي يدعيها الزوج، تُصدق فيها المرأة بيمينها، ولا يجوز عرضها على الأطباء، ولا تنظرها النساء إلا بإذنها؛ لما في الكشف عن موضع سرّها من الإهانة التي ينبغي تنزيه المرأة الحرة عنها⁽⁴⁾.

- إثبات وطء أو عدم وطء العنين لزوجته، فقد نص القانون الأردني (م130)⁽⁵⁾ على أن العنين إذا ادعى وطء زوجته في مدة التأجيل، وأنكرت ذلك، فإن المحكمة تأمر بعرض الزوجة على الطيبية، فإن وجدتها بكرا فالقول للزوجة بيمينها، وإن وجدتها ثيبا فالقول للزوج بيمينه⁽⁶⁾.

(1) ينظر: البهجة في شرح التحفة، م.س، 500/1؛ أسنى المطالب، م.س، 176/3؛ مطالب أولي النهى، م.س، 153/5.

(2) ينظر: الشرح الكبير للدردير، م.س، 284/2؛ أسنى المطالب، م.س، 178/3؛ مطالب أولي النهى، م.س، 131/5.

(3) ينظر: شرح أحكام قانون البيّنات الجديد، م.س، ص.210-211.

(4) ينظر: قرار المجلس الأعلى، غ.أ.ش، ملف رقم: 55116، بتاريخ: 1989/10/2، المجلة القضائية، 1991، عدد 1، ص.33. ومما جاء فيه: «من المقرر شرعا أنه لا يجوز كشف فرج المرأة لأي رجل، ولو كان طبيبا، ولا يجوز كشفه حتى للنساء؛ إلا في حالة الضرورة القصوى، وبموافقة المرأة المراد الكشف عنها، باعتبارها مؤتمنة على فرجها... وكل ما تقوله عن فرجها مصدقة فيه شرعا بعد أن تزكي ذلك باليمين... وعليه فلا يجوز... إهانة المرأة وكشف عورتها بأمر من المحكمة، ولو بطلب من الزوج؛ إذ طلبه غير شرعي.»

(5) جاء في آخر المادة 130 أحوال شخصية: «... فإذا ادعى [أي الزوج العنين] في بدء المرافعة أو في ختامها الوصول إليها، ينظر فإذا كانت الزوجة ثيبا فالقول قول الزوج مع اليمين، وإن كانت بكرا فالقول قولها بيمينها.»

(6) ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، ص.289.

ويظهر مما سبق أن اليمين تُعدّ من طرق إثبات التعبير في الزواج في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؛ إلا أنها ليست دليلاً قوياً، وإنما يلجأ إليها عند تعذر البينة، أو لتأييد دليل آخر؛ ولذلك اختلفت المذاهب الفقهية والقوانين الوضعية في كيفية العمل بها اختلافاً متشعباً، حتى داخل المذهب الواحد. ولذلك ينبغي في نظري عدم التعويل عليها كثيراً، خاصة مع ضعف الوازع الديني.

خامساً- إثبات التعبير بالمعينة والخبرة

تجوز المعينة فيما يدرك بالمعينة، كالعيوب الظاهرة، وتتم من قبل القاضي أو من يختاره ممن يثق فيه. أما الأمراض والعيوب الخفية، فالمرجع فيها لخبرة أهل المعرفة بها، كالأطباء المتخصصين⁽¹⁾. وقد قرر فقهاء المذاهب الأربعة جواز رجوع القاضي لأهل الخبرة والطب في إثبات العيوب الزوجية؛ إلا أنهم مختلفون في عيوب الفرج؛ فعند الحنفية وقول للمالكية والحنابلة، أنها تثبت بنظرهم. والمشهور عند المالكية والشافعية والحنابلة عدم النظر إليها، وأن المدعى عليه مُصدّق في نفيها بيمينه. وفي قول للمالكية أنه يُنظر إليها برضا صاحب العيب، فإن لم يرض فهو مصدق بيمينه⁽²⁾. والراجح هو القول بوجوب الرجوع لأهل المعرفة والطب لإثبات العيوب، ولو كانت في الفرج؛ لأن النظر للعورة يجوز للضرورة كما في التداوي؛ ولأن المعينة تفيد القطع، واليمين مجرد ظن محتمل للكذب، والاقْتِصَار على الظن مع القدرة على تحصيل القطع، يُعدُّ تغييراً بالأحكام الشرعية وبحقوق المتخصصين⁽³⁾. فينبغي على الفقهاء والقضاة في زماننا أن يستفيدوا من التطورات العلمية الحاصلة في مجال الاختبارات والعلوم الطبية، وأن يستعينوا بخبرة المتخصصين في هذا المجال، لإثبات دعاوى الخصوم عموماً، وإثبات التعبير في الزواج خصوصاً، وبالأخص ما يتعلق بالأمراض والعيوب. ورجوع القاضي لأهل الخبرة والطب يكون لأجل معرفة حقيقة تلك العيوب، وقدمها أو جِدَّتْها، ومدى إمكانية البرء منها. فإذا تنازع الزوجان في فُرْحَةٍ، هل هي جِدَّامٌ أم لا؟ أو تنازعا في بياض على الجلد، هل هو بَرَصٌ أم لا؟ فإنه يُرجع في معرفة ذلك لأهل الطِّبِّ⁽⁴⁾.

(1) يقول المواق في التاج والإكليل (389/6): «إِنْ كَانَ [أَي الْعَيْبِ] مِمَّا لَا يَعْلَمُهُ إِلَّا أَهْلُ الْعِلْمِ بِهِ، كَأَلْمَرَّاضِ الَّتِي لَا يَعْرِفُ أَسْرَارَهَا إِلَّا الْأَطِبَّاءُ، فَلَا يُقْبَلُ إِلَّا قَوْلُ أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ بِذَلِكَ.» وينظر: العزيز شرح الوجيز، م.س، 133/8.

(2) ينظر: البحر الرائق، م.س، 136-134/4؛ البهجة في شرح التحفة، م.س، 498-497/1؛ تبصرة الحكام، م.س، 197/2؛ مغني المحتاج، م.س، 346-344/4؛ المغني، م.س، 91/10؛ مطالب أولي النهى، م.س، 144/5.

(3) وهذا القول هو ما رجحه بعض محققي المالكية، كابن لبابة، واللخمي، وابن فرحون، وابن عاصم، والتسوي. قال ابن فرحون في تبصرة الحكام (359/1): «وَالْقَوْلُ: بِالنَّظَرِ أَوْلَى؛ لِأَنَّهَا تُنْتَهَمُ فِي أَنْ تَدْفَعُ عَنْ نَفْسِهَا، فَالشَّهَادَةُ عَلَى ذَلِكَ ضَرُورَةٌ؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْعَيْبِ.» وقال أيضاً في موضع آخر (197/2): «قَالَ ابْنُ لُبَابَةَ: وَالنَّظَرُ إِلَيْهَا هُوَ الصَّوَابُ، وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ، وَهُوَ رِوَايَةُ ابْنِ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ.» وينظر أيضاً: التبصرة للحمي، م.س، 5431/11؛ البهجة في شرح التحفة، م.س، 498-497/1.

(4) ينظر: فتاوى البرزلي، م.س، 338/2؛ العزيز شرح الوجيز، م.س، 133/8؛ مغني المحتاج، م.س، 341/3؛ المغني، م.س، 58/10.

وإذا تزوج رجل امرأة بشرط كونها بكرًا، فلما دخل بها ادعى أنه وجدها ثيبًا، وقالت هي بأنها كانت بكرًا، وأنه هو من أزال بكارتها. فينبغي أن تُعرض على نساء قوابل؛ فإن قُلْنَ بأن القطع جديد صدقت الزوجة، وإن قُلْنَ قديم صدق الزوج⁽¹⁾.

وإذا ثبت وجود العيب، فإن القاضي يرجع إلى أهل الطب أيضا لمعرفة استحكامه، ومدى إمكانية معالجته والبراء منه، والمدة التي يتطلبها ذلك، من أجل معرفة الحاجة للتأجيل من عدمه⁽²⁾.

ويشترط أن يكون المعاین رجلا إذا كان صاحب العيب رجلا، وكذلك لو كانت امرأة، وكان عيبها ظاهرا، في موضع لا يُعَدُّ عورة، كوجهها وكفيها. أما إذا كان عيبها في سائر جسمها مما يُعدُّ عورة، فلا يعاینه إلا النساء، فالرجل يعاین عورة الرجل، والمرأة تعاین عورة المرأة⁽³⁾.

والمعاينة تكون بالجلس باليد أو بالنظر، فإذا أمكن معرفة العيب بالجلس فوق الثياب تعین ذلك، ولم يجز نظر العورة، وإلا جاز النظر للضرورة⁽⁴⁾. وينبغي أن يقتصر النظر على موضع ذلك العيب، كأن يُشَقَّ الثوب عن موضع العيب وينظر إليه دون سواه⁽⁵⁾. وقيل: ينظر لعيوب الفرج بواسطة المرأة التي تعكس صورة العيب، ولا يكون النظر للعب مباشرة⁽⁶⁾.

وفي القانون الوضعي، تُعدُّ المعاينة والخبرة أيضا من طرق الإثبات التي يمكن للقاضي أن يلجأ إليها من تلقاء نفسه، أو بطلب من أحد الخصوم⁽⁷⁾. والهدف من المعاينة هو تمكن القاضي أو من يُبَيِّنه من الاطلاع المباشر على الواقعة المادية محل النزاع⁽⁸⁾. ومن أمثلة ذلك في باب التعبير في الزواج، القيام بمعاينة العيوب المدعاة في أحد الزوجين، إذا كانت هذه العيوب ظاهرة، وليست في مواضع العورة، ولا يُحتاج في معرفتها إلى خبرة، كالعمى والعرج، وقطع الأعضاء الظاهرة.

(1) ينظر: فتاوى البرزلي، م.س، 287/2؛ البهجة في شرح التحفة، م.س، 512/1.

(2) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي، م.س، 242/3؛ مغني المحتاج، م.س، 340/4؛ العزيز شرح الوجيز، م.س، 133/8.

(3) ينظر: البحر الرائق، م.س، 135/4؛ فتاوى البرزلي، م.س، 283/2؛ البهجة في شرح التحفة، م.س، 497/1؛ جواهر العقود، م.س، 286/2؛ المغني، م.س، 58/10.

(4) ينظر: البحر الرائق، م.س، 134/4؛ تبصرة الحكام، م.س، 197/2؛ الشرح الكبير للدردير، م.س، 284/2.

(5) ينظر: التبصرة للحمي، م.س، 1907/4؛ البهجة في شرح التحفة، م.س، 498/1.

(6) قال ابن فرحون في تبصرة الحكام (197/2): «وَصَمَةُ النَّظَرِ إِلَيْهَا عَلَى قَوْلِ سَخُونٍ: أَنْ تَجْعَلَ الْمَرْأَةَ أَمَامَ فَرْجِهَا، وَقَدْ فَتَحَتْ فَعَدَّيْهَا، وَتَجْلِسُ امْرَأَتَانِ مِنْ خَلْفِهَا يَنْظُرَانِ فِي الْمَرْأَةِ... فَإِنْ نَظَرْنَ فِيهِ شَيْئًا شَهِدْنَ بِهِ.»

(7) ينظر: المواد: 126، 146 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري (القانون رقم: 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008)؛ المادة 55 من المسطرة المدنية المغربية (قانون رقم: 1.74.447، مؤرخ في 28 شتنبر 1974)؛ المادة 83 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني (قانون رقم: 24، لسنة 1988).

(8) ينظر: شرح أحكام قانون البينات الجديد، م.س، ص. 226-227؛ الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، دراسة مقارنة: مراد محمود الشنيكات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط2، 2011، ص. 47-48.

ويرى بعض القانونيين أنه لا يليق بالقاضي معاينة العيب بنفسه؛ لما في ذلك من مساس بكرامة الأزواج⁽¹⁾. وفي نظري أن ذلك لا مانع منه في سبيل تحقيق العدالة.

والهدف من الخبرة هو توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية للقاضي، وذلك بالاستعانة بالخبراء من أهل الفن المتخصصين لفهم تلك الواقعة المتنازع عليها⁽²⁾. ومن أهم مجالات أعمال الخبرة في باب التعبير في الزواج، ما يتعلق بالعيوب والأمراض المتنازع بشأنها بين الزوجين. فينبغي على القاضي أن يرجع إلى الأطباء المتخصصين للتحقق من وجودها، ومعرفة نوعها، ووقت حدوثها قبل العقد أم بعده، ومدى قابليتها للعلاج، والمدة اللازمة لذلك، وكذا تحديد الأضرار التي قد تسببها للزوج الآخر أو للذرية، وغير ذلك من المسائل العلمية التي تحتاج إلى خبرات خاصة، وتقنيات دقيقة⁽³⁾، كفحص الدم والمني، وتحليل الجينات، وإجراء الأشعة والفحوصات السريرية وغير ذلك.

وقد نصت مدونة الأسرة المغربية في المادة 111 على أنه: «يستعان بأهل الخبرة من الأخصائيين في معرفة العيب أو المرض.» كما أن قانون الأحوال الشخصية الأردني ألزم القاضي في المادة 131 بالاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص لمعرفة مدى قابلية أو تعذر الشفاء من العلل التي تصيب الزوج. ونص في المادة 134 على أنه: «يثبت العيب المانع من الدخول بتقرير من الطبيب المختص مؤيد بشهادته.» وبنفس الطريقة يثبت عقم الزوج وقدرة الزوجة على الإنجاب (م136).

أما قانون الأسرة الجزائري فلم ينص على حكم مماثل، ومع ذلك ذهب القضاء إلى صحة الاعتماد على الخبرة الطبية في معرفة العيوب الزوجية؛ سواء تعلق الأمر بالعيوب الجنسية للزوج⁽⁴⁾، أو عقمه⁽⁵⁾. أما معرفة بكاراة أو ثبوتة الزوجة وعيوبها الجنسية فذهب إلى عدم مشروعية اللجوء فيها للكشف الطبي⁽⁶⁾. وهذا التفريق في الحقيقة غريب جدا ولا مبرر له؛ إذ لا فرق بين عيوب الزوج وعيوب الزوجة في كونها جميعا تحتاج إلى خبرة طبية؛ والفرق بينها إنما يتعلق بمن تسند إليه الخبرة، فينبغي أن تسند إلى أطباء رجال بالنسبة لعيوب الزوج، وإلى طبيبات نساء بالنسبة لعيوب الزوجة، وفقا لما نص عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، وبه أخذ القضاء الأردني⁽⁷⁾.

(1) ينظر: عيوب الزوجية وأثرها في تقويض الروابط الأسرية، م.س، ص.408.

(2) ينظر: المادة 125 إجراءات مدنية وإدارية جزائري؛ شرح أحكام قانون البنات الجديد، م.س، ص.231؛ الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، م.س، ص.98-99.

(3) ينظر: عيوب الزوجية وأثرها في تقويض الروابط الأسرية، م.س، ص.406-410؛ مدى حرية الزوجين في الطلاق، م.س، ص.702/2.

(4) ينظر: قرار المجلس الأعلى، غ.أ.ش، ملف رقم: 34784، بتاريخ: 19/11/1984، المجلة القضائية، 1989، عدد 3، ص.73.

(5) ينظر: قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم: 87301، بتاريخ: 22/12/1992، المجلة القضائية، 1995، عدد 2، ص.92.

(6) ينظر: قرار المجلس الأعلى، غ.أ.ش، ملف رقم: 55116، بتاريخ: 02/10/1989، المجلة القضائية، 1991، عدد 1، ص.33.

(7) ينظر: قرار المحكمة الاستئنافية الشرعية، رقم: 11977، بتاريخ: 26/2/1962، نقلا عن القرارات الاستئنافية، م.س، ص.330/1.

ومما سبق بيانه، يظهر لي أن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي متوافقان عموماً على اعتبار المعاينة والخبرة من أهم طرق إثبات التعبير في الزواج؛ وخاصة ما تعلق بالخبرة الطبية ودورها في إثبات الأمراض والعيوب الزوجية؛ لأن هذه الأخيرة تُعدُّ من المسائل الفنية التي لا يدركها على التفصيل والدقة إلا أهل الاختصاص. وأما ما يتعلق بضوابط اللجوء للخبرة، كتخصُّص الطبيب، وموافقة جنسه لجنس المعايين، ومدى صلاحية الكشف عن عيوب الفرج، فهذه مسائل تفصيلية تختلف فيها الاجتهادات والآراء بين المذاهب الفقهية والقوانين الوضعية؛ بل تختلف فيها آراء الفقهاء حتى في المذهب الواحد، على نحو ما سبق بيانه تفصيلاً.

سادساً- إثبات التعبير بالقرائن

أجاز الفقه الإسلامي إثبات التعبير في النكاح اعتماداً على القرائن والأمارات التي تُحْفُّ بالنزاع المعروض على القاضي، والتي ترجح جانب أحد المتخاصمين على الآخر. ومن صور ذلك ما يأتي:

1- إذا تنازع الزوجان في وجود ما يُسقط الخيار، كالعلم بالعيب أو الرضا به، كأن يدعي الزوج المعيب أن صاحبه قد علم بالعيب قبل العقد، أو رضي به بعده. فالقول قول من ينفي العلم أو الرضا؛ لأن الأصل عدمهما؛ لكن إذا وُجدت قرينة تدل على وجودهما، كأن يكون العيب ظاهراً لا يخفى عادة، أو يتم الدخول، ويطول الأمر كـنحو شهر. فهذه القرائن تُؤيِّد ما ادعاه الزوج المعيب من علم أو رضا الزوج السليم، فيكون القول قوله بيمينه. وهذا ما ذهب إليه المالكية، وهو قول عند الشافعية⁽¹⁾.

2- إذا تنازع الزوجان في قَدَم عيب الزوجة وحدثه، فادعت أنه حدث بعد العقد، لتنفي خياره (على رأي المالكية)، وادعى أنه كان قبل العقد ليثبت خياره، فإن حصل التنازع قبل البناء، فالقول للزوج بيمينه، وإن حصل بعد البناء، فالقول لها بيمينها؛ لأن حصول التنازع قبل الدخول قرينة على قدم العيب، أما التنازع بعده فهو قرينة على حدوثه بعد العقد. وبهذا قال المالكية⁽²⁾.

3- إذا ادعت الزوجة عُنَّة زوجها، ثم ظهر بها الحمل، فقد بطلت دعواها؛ لأن حملها قرينة على عدم عنة الزوج. فالعنين لا يتأتى منه الحمل؛ بل لو حصل التفريق، ثم ظهر أنها حامل منه لبطل التفريق. وهذا ما قال به الحنفية⁽³⁾.

(1) ينظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، م.س، 2/277؛ منح الجليل، م.س، 3/380؛ كفاية النبيه، م.س، 13/159.

(2) ينظر: الشرح الكبير للدردير، م.س، 2/284؛ التاج والإكليل، م.س، 5/156-157.

(3) ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 4/299-300؛ البحر الرائق، م.س، 4/134.

4- إذا كان بأحد الزوجين عيب العِدِيْطَة، وهي التغوط عند الجماع، فتنازع الزوجان، فادعاه كلُّ واحد منهما في صاحبه ونفاه عن نفسه، فقد قضى بعض المالكية بأن يُطْعَم أحدهما تينًا والآخر فُقُوسًا، فيعلم بذلك من هو صاحب العيب، بظهور آثار الطعام في فضلات آكله⁽¹⁾.

5- إذا كانت الزوجة ثَيِّبًا، وادعت أن زوجها عَيِّن لا يصل إليها، وأنكر زوجها ذلك، وزعم أنه يصل إليها، فقد نُقِلَ عن الإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه، أنه يُخَلَّى معها في بيت، ويُقال له: أخرج مَاءَكَ على شيء، فإن عجز عن إخراجه، فالقول قول المرأة؛ لأنَّ الظَّاهِر معها. وإن تمكَّن من إخراجه، فالقول قوله؛ لأنَّ العَيِّن يضعف عن الإنزال، فإذا أنزل تَبَيَّن صدقه، فيُحَكَّم له. فإن ادَّعَتْ زوجته أنه ليس بِمَيِّ، وأنه شيء يشبهه كبياض البيض مثلاً، فإنه يُخْتَبَر بما يميزه عن غيره، كأن يُجعل على النَّار، فإن ذاب فهو مَيِّ، وإن تَجَمَّع وَبَسَّ فليس بمَيِّ⁽²⁾.

فهذه القرائن وإن كانت ظنية؛ لأن حمل الزوجة لا يستلزم نفي العنة، وإخراج المني كذلك؛ إلا أن اعتماد الفقهاء القدامى على هذه القرائن يناسب عصرهم. وصنيعهم هذا يدل على مشروعية الأخذ بالقرائن عموماً، وأنها غير محصورة في نوع معين.

وفي القانون الوضعي يجوز الاعتماد على القرائن لإثبات الوقائع المادية عموماً، ومنها التعبير في الزواج. فيجب على القاضي أن يحكم بمقتضى القرائن القانونية المنصوص عليها من قبل المشرع؛ لأنها تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات⁽³⁾. كما يجوز له أن يحكم بما يستنبطه من قرائن قضائية يقتنع بدلالاتها على المعنى المراد إثباته⁽⁴⁾.

ورغم أنني لم أجد فيما اطلعت عليه من مراجع قانونية وأحكام قضائية، أمثلة عن قرائن معينة اعتمدها القضاة في إثبات التعبير في الزواج، فإني متأكد من أن القاضي الذكي لن يعجز عن إيجاد قرائن يستنبطها من ظروف كل دعوى، ليستعين بها في معرفة الحقيقة وإقامة العدالة.

وبهذا يتبين لي أنّ الفقه الإسلامي والقانون الوضعي متفقان على جواز اللجوء للقرائن من أجل إثبات التعبير في الزواج. وقد ذكر الفقهاء عدداً من الأمثلة عن تلك القرائن، أما القوانين الوضعية محل الدراسة فلم يرد فيها النص على قرائن قانونية معينة بشأن التعبير في الزواج، أما القرائن القضائية فيمكن للقاضي أن يستنبطها من ظروف وملابسات كل دعوى ترفع أمامه.

(1) ينظر: تبصرة الحكام، م.س، 196/2؛ البهجة في شرح التحفة، م.س، 498/1.

(2) ينظر: المغني، م.س، 92-91/10.

(3) ينظر المواد: 337 مدني جزائري؛ 453 التزامات مغربي؛ 40 بينات أردني.

(4) ينظر المواد: 340 مدني جزائري؛ 454 التزامات مغربي؛ 43 بينات أردني.

المطلب الرابع

آثار الزواج المشوب بالتغيير

سأتناول في هذا المطلب الآثار المترتبة على الزواج المشوب بالتغيير إذا تم التفريق بين الزوجين، وذلك من حيث تأثير ذلك التفريق على المهر والنسب، والعدة والنفقة، والتعويض عن الضرر الناتج عن التغيير. وسأقسمه إلى فرعين، أخصص الأول لأحكام المهر، والثاني لأحكام بقية الآثار.

الفرع الأول

أحكام المهر في الزواج المشوب بالتغيير

سأتكلم في هذا الفرع عن أحكام المهر في الزواج المشوب بالتغيير، من حيث استحقاقه ومقداره، والرجوع به.

أولاً- استحقاق المهر في الزواج المشوب بالتغيير

إذا تمّ التفريق بين الزوجين بسبب التغيير، فهل تستحق الزوجة المهر أم لا؟ وللجواب عن ذلك فرقت المذاهب الفقهية بين حالتين، بالنظر لوقت التفريق، هل حصل قبل الدخول أم بعده؟

1- حكم المهر عند التفريق قبل الدخول

ذهب فقهاء المذاهب الأربعة إلى أن التفريق إذا تمّ بين الزوجين قبل الدخول، فلا تستحق الزوجة شيئاً من المهر؛ سواء كان التغيير منها، أو من وليها، أو من قبل الزوج نفسه⁽¹⁾. واستدلوا على ذلك بما يأتي:

- أ- قالوا بأنّ التفريق بسبب التغيير إن كان بطلب من الزوجة، فالفرقة من جهتها، فيسقط مهرها، وإن كان بطلب من الزوج، فهي المتسببة فيه بتغييرها، فكأنّ الفرقة جاءت منها أيضاً⁽²⁾.
- ب- كما أنّ المهر عوض من الزّوج في مقابل منافع الزوجة المتمثلة في الوطاء والاستمتاع بها، فإذا حصل التفريق قبل استيفاء تلك المنافع، رجع العوض إلى الزوج⁽³⁾.
- ج- إنّ فسخ العقد يقتضي ردّ كل عوض إلى صاحبه، والعوضان في النكاح هما المهر والبضع، فإذا لم تسلم الزوجة نفسها، ليستوفي زوجها عوضه منها، لم تستحق عوضها منه وهو المهر⁽⁴⁾.

(1) ينظر: البحر الرائق، م.س، 138/3؛ الشرح الكبير للدردير، م.س، 285/2؛ مغني المحتاج، م.س، 343/4؛ المغني، م.س، 62/10.

(2) ينظر: التنف في الفتاوى، أبو الحسن الشُّعْدي الحنفي، تحقيق: صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، عمان، الأردن، ط2، 1984م، 305/1-306؛ الشرح الكبير للدردير، م.س، 285/2-286؛ مغني المحتاج، م.س، 343/4؛ المغني، م.س، 62/10.

(3) ينظر: المغني، م.س، 63/10؛ كشاف القناع، م.س، 2468/7.

(4) ينظر: أسنى المطالب، م.س، 177/3.

2- حكم المهر عند التفريق بعد الدخول

ذهب فقهاء المذاهب الأربعة إلى أن التفريق بين الزوجين بعد الدخول والمسييس، يوجب للزوجة المهر؛ سواء كان التفريق بطلبها، أو بطلب من الزوج⁽¹⁾.

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

أ- قوله ﷺ: (أَيُّ امْرَأَةٍ تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلَيْهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَانْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا)⁽²⁾. فإذا استحقت المرأة المهر بالدخول في النكاح الباطل، فإن تستحقه بالدخول في النكاح الصحيح الذي فيه الخيار أولى⁽³⁾.

ب- إنَّ المهر يجب بالعقد الصحيح، ويستقرَّ بالدخول، ولا يسقط بالتفريق بسبب التغيير؛ فالتغيير لا يفسد النكاح؛ بل يكون العقد معه صحيحاً مرتباً لجميع آثاره قبل الفسخ، ومنها استحقاق المهر بالدخول⁽⁴⁾.

ج- إنَّ الوطاء في النكاح لا يخلو عن عوض؛ سواء كان العوض مهر المثل أو المهر المسمى⁽⁵⁾.

أما قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة، فقد اتفقت على أن الزوجة تستحق المهر كاملاً بالدخول في الزواج الصحيح؛ سواء كان العقد لازماً أو غير لازم⁽⁶⁾. فإذا حصلت الفرقة بعد الدخول لم يؤثر ذلك في استحقاق الزوجة للمهر. أما إذا حصل الفسخ أو التفريق قبل الدخول فلا تستحق الزوجة شيئاً من المهر؛ سواء كان التفريق للتغيير أو للعيوب الزوجية⁽⁷⁾، أو لفقد الكفاءة⁽⁸⁾.

ومما سبق يظهر جلياً التوافق الموجود بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية، في أن المهر يسقط كله بالفرقة قبل الدخول، ويثبت كله بعده، سواء كان الغار هو الزوج أو الزوجة؛ لأن الدخول لا يخلو من عوض، والتفريق قبله ينتفي فيه العوض.

(1) ينظر: البحر الرائق، م.س، 138/3؛ الشرح الكبير للدردير، م.س، 286/2؛ مغني المحتاج، م.س، 343/4؛ المغني، م.س، 63/10.

(2) سبق تخريجه، ص.10.

(3) ينظر: الأم، م.س، 91/5؛ الحاوي الكبير، م.س، 344/9؛ سبل السلام، م.س، 199/2-200.

(4) ينظر: المغني، م.س، 63/10؛ كشاف القناع، م.س، 2468/7.

(5) ينظر: مغني المحتاج، م.س، 343/4.

(6) جاء في المادة 16 جزائري: «تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول.» وتمثلها المادة 1/32 مغربي؛ وفي معناها المادة 43 أردني.

(7) جاء في المادة 3/32 مغربي: «لا تستحق الزوجة الصداق قبل البناء: 1- إذا وقع فسخ عقد الزواج؛ 2- إذا وقع ردُّ عقد الزواج بسبب عيب في الزوجة، أو كان الرد من الزوجة بسبب عيب في الزوج...» وفي معناها المواد: 109 مغربي؛ 47، 49 أردني.

(8) جاء في المادة 49 أردني أنه إذا «طلب الولي التفريق بسبب عدم الكفاءة، وكان ذلك قبل الدخول والخلوة الصحيحة يسقط المهر كله.»

ثانيا- مقدار المهر في الزواج المشوب بالتغيرير

إذا تبين أنّ الزوجة تستحق المهر في الزواج المشوب بالتغيرير، إذا تمّ التفريق بعد الدخول والميسس، فما هو مقدار المهر المستحق؟ هل هو المسمى أم المثل؟ وهل هو المهر الكامل أم نصفه؟ والجواب أن المذاهب الفقهية مختلفة في مقدار المهر المستحق حسب الحالات الآتية:

1- استحقاق المهر المسمى كاملا

ذهب الحنفية والمالكية، والحنابلة في أصحّ الروايتين عن أحمد، إلى أنّ المرأة تستحق المهر المسمى كاملا بالدخول بما في نكاح التغيرير⁽¹⁾. واستدلوا بأن نكاح التغيرير صحيح يترتب عليه ثبوت المسمى بالدخول. والفسخ للتغيرير إنما يستند إلى زمن وقوعه، ولا يرفع أصل العقد، فهو هنا أشبه بالطلاق، ولا خلاف أن الطلاق بعد الدخول يوجب المسمى⁽²⁾.

وهذا القول إنما هو في التغيرير في الكفاءة والعيوب والشروط؛ لأنه لا يُبطل العقد، وإنما يمنع لزومه. أما التغيرير المبطل للعقد، كالتغيرير في الموانع وفي ذاتية الزوجين، فالواجب فيه هو مهر المثل لا المسمى⁽³⁾.

2- استحقاق مهر المثل كاملا

ذهب الشافعية في الصحيح عندهم، وهو رواية عن أحمد، إلى أن الدخول بالزوجة في نكاح التغيرير يوجب لها مهر المثل؛ لأن الفسخ للتغيرير يرفع العقد من أصله، فيصير كالعقد الفاسد، فتبطل التسمية ويجب مهر المثل. كما أن الزوج إنما رضي بالتسمية اغترارا منه بسلامة الزوجة التي غرّته، فإن كان هو الغارّ لها، فإنما رضي بالمسمى على أن ترضى بالمقام معه، وحيث اختارت فراقه فالواجب هو مهر المثل⁽⁴⁾.

والراجح عندي هو وجوب مراعاة مصلحة المغرور، فإذا كانت الزوجة هي المغرورة، وجب لها الأكثر من مهر المثل أو المهر المسمى، فإن كان المسمى هو الأكثر فلا إشكال حينها، وإن كان أقل من مهر المثل فالواجب هو هذا الأخير؛ وذلك معاقبة للغارّ على تغيره من جهة، ومن جهة ثانية فإن الغالب على الظن أن المرأة ما رضيت بأقل من مهر مثلها إلا اغترارا بما ادعاه الزوج كذبا من صفات مرغوبة. وأما إذا كان المغرّر به هو الزوج، فيجب عليه الأقل من مهر المثل أو المهر

(1) ينظر: البحر الرائق، م.س، 138/3؛ الشرح الكبير للدردير، م.س، 286/2؛ المغني، م.س، 63/10؛ كشاف القناع، م.س، 2468/7.

(2) ينظر: المغني، م.س، 63/10.

(3) ينظر: البيان والتحصيل، م.س، 394/4-395؛ الحاوي الكبير، م.س، 164/7؛ المغني، م.س، 481/9.

(4) ينظر: أسنى المطالب، م.س، 177/3؛ مغني المحتاج، م.س، 343/4؛ المغني، م.س، 63/10.

المسمى؛ حتى لا يُجمع له بين ضررين، ضرر التغير وضرر كثرة المهر؛ ولأنه لو علم بحقيقة الأمر ما كان ليُصدّقها أكثر من مهر مثلها⁽¹⁾.

3- حالات استثنائية مختلف في مقدار المهر فيها

اختلف الفقهاء في مقدار المهر بالنسبة لبعض الحالات الاستثنائية، كحالة العاجز عن الوطاء، وحالة التغير بالصفات المشتركة عند الحنفية.

أ- العاجز عن الوطاء

اختلف الفقهاء في العاجز عن الوطاء، كالعنين والمحبوب والخصي، إذا فُرق بينه وبين زوجته بسبب عيبه، فهل يجب عليه المهر كله أم نصفه، أم يسقط عنه؟ ففي المسألة أربعة أقوال هي:

أ.أ- القول بوجوب كامل المهر

هذا القول هو المشهور عند الحنفية والمالكية والحنابلة، وهو القول القديم للشافعي. أما الحنفية فاتفقوا على وجوب كامل المهر على العنين، واختلفوا في المحبوب؛ فقال أبو حنيفة هو كالعنين في وجوب المهر؛ لوجود الخلوة الصحيحة. وقال أبو يوسف ومحمد: يجب عليه نصف المهر. وسبب التفريق بين العنين والمحبوب عندهما، أن المحبوب ليست له آلة فلا يُتصور منه الوطاء، بخلاف العنين فيُتصور منه ذلك لوجود الآلة، فالحكم بكامل المهر أو بنصفه مبني على سلامة الآلة من عدمها⁽²⁾. أما المالكية فالمشهور عندهم وجوب المهر كاملاً على المعترض أو العنين، إذا أُجل سنة وتم التفريق بعدها دون وطاء. وقيل: يجب المهر كاملاً ولو تم التفريق قبل السنة؛ لأنه غرّها بعيبه⁽³⁾.

أما الحنابلة فأوجبوا المهر كاملاً بوجود الخلوة، ولو مع وجود المانع من الوطاء، كالعنة والجب⁽⁴⁾. ويؤيد القول بوجوب كامل المهر، ما رُوِيَ عن عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ فِي الْعِنِينِ: (يُؤَجَّلُ سَنَةً فَإِنْ قَدِرَ عَلَيْهَا وَإِلَّا فُرقَ بَيْنَهُمَا، وَلَهَا الْمَهْرُ، وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ).⁽⁵⁾ ورُوِيَ عنه أيضاً قوله: (مَا دَنُبُهُنَّ إِنْ جَاءَ الْعَجْزُ مِنْ قَبْلِكُمْ؟ لَهَا الصَّدَاقُ كَامِلاً، وَالْعِدَّةُ كَامِلاً).⁽⁶⁾

(1) ذهب ابن تيمية إلى قول قريب مما رجحته، وهو القول بأن الزوجة المغرر بها يُزاد لها في المهر المسمى بقدر النقص الذي وُجد في الزوج، بسبب عيبه أو فقد ما اشترطته فيه. وإذا كان الرُّوْحُ هو المغرَّر به، فيسقط عنه من المهر المسمى بقدر النقص الذي وُجد في الزوجة، بسبب عيبها أو فوات الصفة المشتركة فيها. ينظر: الفتاوى الكبرى، م.س، 465/5؛ الإنصاف، م.س، 201/8-202.

(2) ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 334/3؛ البحر الرائق، م.س، 135/3.

(3) ينظر: حاشية الدسوقي، م.س، 283/2؛ التاج والإكليل، م.س، 158/5.

(4) ينظر: المغني، م.س، 156-155/10.

(5) مصنف عبد الرزاق، م.س، 253/6، الأثر رقم: 10721؛ مصنف ابن أبي شيبة، م.س، 504/3، الأثر رقم: 16509؛ السنن الكبرى للبيهقي، م.س، 368/7، الأثر رقم: 14289.

(6) مصنف عبد الرزاق، م.س، 288/6، الأثر رقم: 10873؛ السنن الكبرى للبيهقي، م.س، 417/7، الأثر رقم: 14486.

فحيث أن العجز عن الوطاء كان من جهة الزوج، وليس من جهة زوجته التي سلمت نفسها له، فكان الواجب هو ثبوت المهر كاملاً، ويكون الزوج هنا كمن أتلّف ماله بنفسه.

أ.ب- القول بوجوب نصف المهر

هذا قول أبي يوسف ومحمد من الحنفية في العنين. وهو رواية عن مالك خلاف المشهور في مذهبه. وهو قول للشافعي، ورواية عن أحمد. وأساس إيجاب النصف هو قياس الفسخ بدون وطء على الطلاق قبل الدخول⁽¹⁾. ولكنه قياس مع الفارق فلا يصح.

أ.ج- القول بوجوب التعويض لا المهر

ذهب المالكية إلى أن العاجز عن الوطاء، إذا فُرّقَ بينه وبين زوجته بسبب عيبه، وتصادقا على نفي الوطاء، فلا مهر للزوجة، وإنما تُعَوِّض بقدر اجتهاد القاضي إن حصل استمتاع بغير وطء⁽²⁾.

أ.د- القول بسقوط المهر كله

ذهب الشافعية في المشهور إلى أن فسخ النكاح بعد الدخول، بسبب العيب المانع من الوطاء، يُسقط عن الزوج المهر كله؛ لأن المهر يستقر بالوطء وليس بمجرد الخلوة، وحيث أنه ثبت وجود العيب المانع من الوطاء فلا مهر؛ لأن الفسخ تم في الحقيقة قبل الدخول⁽³⁾. والراجح عندي أنه إذا تعذر الوطاء بسبب عيوب الزوج، فالواجب هو المهر كاملاً؛ لوجود الخلوة وحصول الاستمتاع؛ ولأن الزوجة قد سلّمت نفسها، فلم يكن امتناع الوطاء بسببها؛ بل بسبب الزوج. فالعدل يقتضي أن يتحمل هو تبعه عجزه وتغيره وليس الزوجة. وهذا معنى الأثر السابق لعمر رضي الله عنه. أما إن كان امتناع الوطاء من جهتها، ككونها رتقاء، فلا مهر لها؛ لأنها هي الغارّة.

ب- التعبير في الصفات المشترطة عند الحنفية

الحنفية لا يجوزون التفريق لتخلف الصفات المشترطة خلافاً للجمهور؛ لكن تخلفها عندهم يؤثر في مقدار المهر المستحق. فلو تزوج رجل امرأة على أنّها بكر فوجدها ثيباً، فله الرجوع عليها بما زاد على مهر مثلها؛ لأن الزيادة كانت في مقابل كونها بكراً، فحيث تخلفت الصفة سقطت الزيادة⁽⁴⁾. ولو تزوج امرأة على مهر معين إن كانت على صفة معينة مرغوبة، وبمهر أقل إن كانت خالية من تلك الصفة. كأن يقول: أتزوجك بمهر قدره ألفان إن كُنْتِ جميلةً أو بكراً، وعلى ألفٍ إن كُنْتِ

(1) ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 334/3؛ حاشية الدسوقي، م.س، 283/2؛ الأم، م.س، 44-43/5؛ المغني، م.س، 156/10.

(2) ينظر: الفواكه الدواني، م.س، 13/2؛ الشرح الكبير للدردير، م.س، 283/2.

(3) ينظر: أسنى المطالب، م.س، 183/3؛ العزيز شرح الوجيز، م.س، 171/8.

(4) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام، م.س، 345/1؛ لسان الحكام، م.س، ص.321.

قَبِيحَةً أو ثيباً. فيصح النكاح وتصح التسميتان، فإذا وُجِدَت جميلة أو بكرًا استحقت الألفين، وإن وُجِدَت قبيحة أو ثيباً استحقت الألف. ولا توجد جهالة في التسمية؛ لأن المرأة لا بد أن تكون على إحدى الصفتين؛ فإما أن تكون جميلة أو قبيحة، وإما أن تكون بكرًا أو ثيباً⁽¹⁾.

وبالنسبة لقوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة، فإنها لم تتطرق لبيان مقدار المهر المستحق للزوجة إذا تم التفريق بسبب التغيير بعد الدخول، ولم تتعرض لأيٍّ من التفاصيل التي تناولها الفقهاء. وقد يُفهم من ذلك أن هذه القوانين توجب المهر المسمى كاملاً في كل الأحوال دون أي استثناءات؛ لعموم النصوص التي تقرر استحقاق الزوجة للمهر كله بالدخول⁽²⁾.

وقد يفهم أيضاً من عدم التطرق لتلك التفاصيل، أنه يُرَجَّع فيها إلى الفقه الإسلامي، الذي تحيل عليه هذه القوانين فيما لا نص فيه⁽³⁾. والفهم الثاني في نظري هو الأقرب. ومع ذلك يبقى السؤال حول المذهب الذي ينبغي الأخذ به، خاصة وأن المسألة فيها اختلاف حتى في المذهب الواحد. ولذلك أقترح أن يتم الأخذ بما رجحته في كل جزئية.

ثالثاً- الرجوع بالمهر على المُعَرَّر

إذا دفع الزوج المهر لزوجته في نكاح التغيير بعد دخوله بها، فهل يحق له أن يطالب باسترجاعه؟ والجواب هو أن الفقهاء مختلفون في جواز الرجوع بالمهر؛ فمنهم من يمنعه، ومنهم من يجيزه. كما أن القائلين بالرجوع مختلفون فيمن يُرجع عليه، هل هو الولي أو الزوجة أو غيرها. كما اختلفوا في مقدار ما يُرجع به، وحكم الرجوع بعد الموت أو الطلاق. وبيان هذه المسائل كالاتي:

1- القول بعدم مشروعية الرجوع بالمهر على المُعَرَّر

ذهب الحنفية، والشافعية في الجديد، وأحمد في رواية، إلى أن الزوج إذا دخل بالزوجة فاستحقت عليه المهر، فلا يرجع به أبداً، لا على المرأة، ولا على وليها، ولا على غيرها⁽⁴⁾. واستدلوا بما يأتي:

أ- آثار الصحابة رضي الله عنهم: ومنها أثر عُمَر رضي الله عنه أنه (قَضَى فِي الَّتِي تَزَوَّجَ فِي عِدَّتِهَا، أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَهُمَا، وَهَذَا الصَّدَاقُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا)⁽⁵⁾. وأثر عَلِيٍّ رضي الله عنه أنه قال: (أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَتْ وَبِهَا بَرَصٌ، أَوْ جُنُونٌ، أَوْ جُدَامٌ، أَوْ قَرْنٌ، فَزَوَّجَهَا بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَمَسَّهَا، إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ،

(1) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام، م.س، 345/1؛ البحر الرائق، م.س، 174/3.

(2) ينظر المواد: 16 جزائري؛ 1/32 مغربي؛ 43 أردني.

(3) ينظر المواد: 222 جزائري؛ 400 مغربي؛ 325 أردني.

(4) ينظر: المبسوط، م.س، 22/5؛ أسنى المطالب، م.س، 177/3؛ مغني المحتاج: 344/4؛ المغني، م.س، 64/10.

(5) سبق تخرجه، ص.343.

وَإِنْ مَسَّهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا⁽¹⁾. ففي هذين الأثرين أوجب عُمر وعلي المهر على الزوج دون ذكر الرجوع به، رغم وجود التعرير من المرأة حين أخبرت بانقضاء عدتها، وحين كتبت عيبتها، فعدم ذكر الرجوع يدل على عدم مشروعيته⁽²⁾.

ب- كما أن المهر وجب على الزوج عَوْضًا عَمَّا اسْتَوْفَاهُ مِنْ مَنْفَعَةِ الْبُضْعِ بِالِاسْتِمْتَاعِ وَالْوَطْءِ، فلا يرجع بالعرض على غيره؛ وإلا ترتب عليه الجمع بين العَوْضِ وَالْمَعْوَضِ، وهو ممنوع⁽³⁾.

2- القول بمشروعية الرجوع بالمهر على المَغْرُورِ

ذهب المالكية والحنابلة والشافعي في القديم إلى أن للزوج حق الرجوع بالمهر على من غرّه من ولي أو زوجة أو أجنبي⁽⁴⁾. واستدلوا بما يأتي:

أ- آثار الصحابة رضي الله عنهم: كقول عُمر رضي الله عنه: (أَيُّمَا رَجُلٍ نَكَحَ امْرَأَةً وَبِهَا جُنُونٌ أَوْ جُدَامٌ أَوْ بَرَصٌ، فَمَسَّهَا فَلَهَا صَدَاقُهَا، وَذَلِكَ لِزَوْجِهَا غُرْمٌ عَلَيَّ وَلِيَّهَا)⁽⁵⁾. وقضاء علي رضي الله عنه في أَحْوَيْنِ تَزَوَّجًا أُحْتَيْنِ، فَأَهْدَيْتُ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا إِلَى أَخِي زَوْجِهَا فَأَصَابَتْهَا، فَقَضَى عَلَيَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِصَدَاقٍ، وَجَعَلَهُ يَرْجِعُ بِهِ عَلَيَّ الَّذِي غَرَّهَ⁽⁶⁾.

فالأثران يثبتان حق الزوج المغرور في الرجوع بالمهر على الغارر. وأما أثر عمر وعلي اللذان استدل بهما أصحاب القول الأول، فليس فيهما إلا السكوت عن ذكر الرجوع، وهذا لا يعني نفيه. فلا تناقض إذن بين هذه الآثار، فالأولى مطلقة والثانية مقيدة، والمطلق يُحمل على المقيد⁽⁷⁾.

ب- الزوجة أو وليها إذا غرّا الزوج بالسلامة، فقد تسببا في إتلاف ماله في المهر، ومن أتلف مال غيره وجب عليه ضمانه. ولا يصحُّ القول بأن الزوج هو من أتلف ماله حين دخل بالزوجة؛ لأنه معذور في دخوله، حيث دخل على ظن السلامة التي غرّوه بها⁽⁸⁾.

والراجع هو القول بمشروعية رجوع الزوج المغرور بالمهر على من غرّه؛ لصراحة الآثار في ذلك، ولأن التعرير فعل محرم يترتب عليه إلحاق الضرر بالمغرور، فيجب تحميل المَغْرُورِ مسؤولية تعويض هذه الأضرار؛ عملاً بقاعدة: لا ضرر ولا ضرار.

(1) سبق تخريجه، ص. 351.

(2) ينظر: الأم، م.س، 91/5؛ سبل السلام، م.س، 200-199/2.

(3) ينظر: المبسوط، م.س، 22/5؛ شرح فتح القدير، م.س، 37/3؛ مغني المحتاج، م.س، 344/4.

(4) ينظر: الشرح الكبير للدردير، م.س، 286/2؛ المغني، م.س، 64/10؛ كشاف القناع، م.س، 2468/7.

(5) سبق تخريجه، ص. 309.

(6) سبق تخريجه، ص. 342.

(7) ينظر: سبل السلام، م.س، 200/2.

(8) ينظر: إعلام الموقعين، م.س، 250/3؛ المغني، م.س، 65-64/10.

3- المسؤول عن إرجاع المهر

بعد ترجيح القول بمشروعية الرجوع بالمهر على الغارّ، فإن الرجوع يكون على الولي، أو الوكيل، أو الزوجة، أو الأجنبي، وفقا للتفصيل الآتي:

أ- الرجوع بالمهر على الولي

ذهب المالكية والشافعي في قوله القديم، والحنابلة، إلى أن للزوج حق الرجوع بالمهر على الولي، إذا كان هذا الأخير هو المباشر للعقد، وكان التغيير صادرا منه، كأن يعلم عيب موليته ويكتمه، أو يخبر بخلافه. فإن كان الولي قريبا من وليته، مخالطا لها، كأبيها وأخيها، فهذا من شأنه الاطلاع على عيبها غالبا، خاصة إذا كان العيب ظاهرا، فيكون الرجوع عليه، ولا يُقبل ادعاؤه عدم العلم؛ إلا في العيب الخفي كعيوب الفرج. وأما إن كان الولي بعيدا لا يخالط وليته كابن العم، والولي بالولاية العامة كالقاضي، فهذا من شأنه أن يخفى عليه العيب عادة، فيكون الرجوع عليه إذا ثبت علمه بالعيب بإقراره أو بالبينة، فإن نفى العلم ولم توجد بينة، فالقول بقوله؛ لأن الظاهر عدم علمه⁽¹⁾.

ب- الرجوع بالمهر على الوكيل

الوكيل إذا باشر عقد الزواج نيابة عن الزوجة أو وليها، يكون مسؤولا عن إرجاع المهر للزوج، إن صدر التغيير منه مع علمه بالحقيقة، كأن يخبره الولي أو الزوجة بعيوبها، فيكتمها عن الزوج. فهنا يكون الوكيل هو الغارّ دون موكله؛ ولذلك يكون الرجوع عليه، فإن ادعى عدم العلم، ولم توجد بينة فالقول بقوله؛ لأن الأصل عدم العلم. وهذا قول الشافعي في القديم، وهو مذهب الحنابلة. أما المالكية فاشتروا للرجوع على الوكيل أن يُوهم الزوج بأنه ولي، ويكتم كونه وكيلًا، فإن أخبره بوكالته، أو علم الزوج ذلك بنفسه، فلا ضمان عليه؛ لأن الزوج يكون مقصرا في اقتصاره على خبر الوكيل، وعدم استعلامه عن الحقيقة من الزوجة أو وليها⁽²⁾.

والراجح أن الوكيل هو الضامن للمهر؛ لأن التغيير صدر منه، وليس من الولي أو الزوجة.

ج- الرجوع بالمهر على الزوجة

يكون الرجوع بالمهر على الزوجة إذا كانت هي الغارّة، كأن تكون هي المباشرة للعقد وحكم القاضي بصحته، أو يباشره وليها أو وكيلها؛ لكنها أو همتها بخلاف الحقيقة، كأن تخبرها بما ليس

(1) قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوْطِ، م.س، 527/2: «إِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ [أَي الْمَهْر] غُرْمًا عَلَى وَلِيِّهَا لِرُؤُوسِهَا، إِذَا كَانَ وَلِيُّهَا الَّذِي أَنْكَحَهَا، هُوَ أَبُوهَا أَوْ أُخُوها، أَوْ مَنْ يُرَى أَنَّهُ يَعْلَمُ ذَلِكَ مِنْهَا، فَأَمَّا إِذَا كَانَ وَلِيُّهَا الَّذِي أَنْكَحَهَا ابْنُ عَمٍّ، أَوْ مَوْلًى، أَوْ مِنَ الْعَشِيرَةِ، مِمَّنْ يُرَى أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ ذَلِكَ مِنْهَا، فَلَيْسَ عَلَيْهِ غُرْمٌ.» وينظر: الشرح الكبير للدردير، م.س، 286/2-287؛ نهاية المطالب، م.س، 417/12-418؛ المغني، م.س، 65/10؛ كشاف القناع، م.س، 2468/7.

(2) ينظر: الشرح الكبير للدردير، م.س، 287/2؛ أسنى المطالب، م.س، 180/3؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 680/2.

فيها، أو تخبرها أن الخاطب يعلم بمواصفاتها وعيوبها. فهنا يُنسب التغيير للزوجة، وليس للولي أو الوكيل؛ وعليه يكون الرجوع على الزوجة بما أخذته من مهر إن كانت قد قبضته، أو يسقط حقها فيه إن لم تقبضه بعد⁽¹⁾.

د- الرجوع بالمهر على الأجنبي

إذا صدر التغيير من شخص أجنبي عن العقد، أي غير الزوجة أو الولي أو الوكيل، فليس للزوج خيار فسخ النكاح، إلا إذا كان الأجنبي متواطئاً مع أحد هؤلاء؛ ولكن للزوج أن يرجع عليه بما غرمه من مهر للزوجة وإن لم يُفسخ العقد؛ لأن أحكام الخيار غير أحكام الضمان، فالخيار يتعلق بالنكاح، أما الضمان فيتعلق بالأموال. والقول بالرجوع على الأجنبي هو مذهب المالكية والحنابلة⁽²⁾؛ إلا أن الحنابلة يطلقون القول بالرجوع، أما المالكية فيقيدون ذلك بتوافر شرطين هما:⁽³⁾

د.أ- كون الأجنبي هو المباشر للعقد؛ وإلا فلا رجوع عليه؛ وإنما الرجوع على المباشر.

د.ب- عدم علم الزوج بكون ذلك المباشر للعقد أجنبياً عنه، بحيث يظنه ولياً للزوجة مثلاً، سواء حصل الظن بسبب تكتم الأجنبي، أو إخباره بأنه ولي. أما إن علم الزوج بحقيقة الأجنبي، وأقدم على العقد، فليس له أن يرجع عليه بالمهر إن غره؛ لأنه مُقَصِّرٌ في تحري الحقيقة من أصحابها. كما يثبت للزوج حق الرجوع بالمهر على الأجنبي، إذا غره في الزفاف، بأن زَفَّ إليه وأدخل عليه امرأة موهما له أنها زوجته، فدخل بها ووطأها بالشبهة، وغرم لها مهر المثل⁽⁴⁾.

هـ- الرجوع بالمهر في حال الاشتراك في التغيير

إذا اشتركت الزوجة مع الولي في التغيير بالزوج، كأن حضرا العقد معا وكتما العيب، فإن المذهب عند المالكية أن الزوج مُحَيَّرٌ في الرجوع على من شاء منهما، فإن رجع الزوج على الولي، كان لهذا الأخير أن يرجع على الزوجة، وإن رجع الزوج على الزوجة، لم يكن لها أن ترجع على الولي؛ لأنها هي المباشرة لإتلاف مهرها بالتغيير. ومذهب الحنابلة أن الضمان على الولي؛ لأنه المباشر للعقد⁽⁵⁾. وأما إذا اشتركت الزوجة مع الوكيل في التغيير، فالضمان بينهما نصّفين. قاله الشافعية في القديم، والحنابلة⁽⁶⁾.

(1) ينظر: الشرح الكبير للدردير، م.س، 287/2؛ نهاية المطالب، م.س، 418/12؛ المغني، م.س، 65/10.

(2) ينظر: الشرح الكبير للدردير، م.س، 286/2؛ مطالب أولي النهى، م.س، 134/5؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 680/2.

(3) ينظر: الشرح الكبير للدردير، م.س، 286/2، 287.

(4) ينظر: التبصرة للحمي، م.س، 2004/5؛ كشاف القناع، م.س، 2468/7؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 680/2-681.

(5) ينظر: الشرح الكبير للدردير، م.س، 287/2؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 680/2.

(6) ينظر: أسنى المطالب، م.س، 180/3؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 680/2.

والأقرب إلى العدل هو القول بأن الاشتراك في التعبير يوجب الاشتراك في الضمان؛ سواء اشتركت الزوجة مع وليها أو مع وكيلها، أو اشترك الولي مع وكيله، أو اشترك وليان أو أكثر⁽¹⁾.

4- مقدار ما يرجع به الزوج من المهر على الغارّ

ذهب المالكية والشافعي في القديم والحنابلة، إلى أن الزوج يرجع بجميع المهر على الغارّ، إلا إذا كان الغارّ هو الزوجة، فعند المالكية والشافعي لا يرجع عليها بجميع المهر؛ بل يُترك لها مقدار ما يُستحل به الفرج، وهو أقل المهر⁽²⁾؛ حتى لا يخلو الوطاء في هذا النكاح عن المهر. وعند الحنابلة يُرجع عليها بجميع المهر ولا يُترك لها شيء؛ لأنها غرّته فيسقط مهرها كله، كما لو كان التعبير من الولي، فإن الزوج يرجع عليه بجميعه أيضا. وردّ المالكية على الحنابلة بأن الرجوع على الولي بكل المهر لا يؤدي إلى خلو الوطاء عن المهر؛ لأن الزوجة تأخذ مهرها من الزوج، وليس للولي أن يرجع عليها بما ضمنه للزوج⁽³⁾.

والراجع ما ذهب إليه الحنابلة من كون الرجوع على الزوجة يكون بجميع المهر دون أي استثناء؛ إلا أن يترك لها الزوج شيئا برضائه، ولا يُعدّ ذلك إخلاءً للوطاء من المهر؛ لأن المهر وجب ابتداءً، ثم سقط بسبب تعبير الزوجة، فهي المتسببة في سقوط حقها، كما لو وهبته للزوج بعد وجوبه.

كما استثنى المالكية مسألة التعبير بخلف الشرط، فقالوا بأن الزوج لا يرجع على الغارّ إلا بمقدار ما زاده المسمّى على صداق مثلها. فلو تزوجها بمهر قدره ألف وخمسمائة بشرط كونها بكرًا، فوجدها ثيبًا، وكان مهر الثيب ألف فقط، فله الرجوع على الغار بخمسمائة، ويترك لها الألف⁽⁴⁾.

وأما عن حكم الرجوع بالمهر على الغارّ في القانون الوضعي، فإن القانونين الجزائري والأردني لم ينصا على فكرة الرجوع بالمهر أصلا. وعليه فالزوج المغرور لا يحق له مطالبة الزوجة الغارّة بإرجاع المهر؛ وإنما له فقط أن يطالب بحرمانها من حقوقها المترتبة على التفريق، كالتعويض والمتعة، وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري⁽⁵⁾. وذهب القانون الأردني إلى سقوط حقها في المهر المؤجل ونفقة

(1) يقول ابن قدامة في المغني، م.س، 446/9: «إِنْ كَانَ الْغُرُورُ مِنْ اثْنَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ، فَالرُّجُوعُ عَلَى جَمِيعِهِمْ، وَإِنْ كَانَ الْغُرُورُ مِنْهَا وَمِنْ الْوَكِيلِ، فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهُ.»

(2) أقل المهر عند المالكية هو ربع دينار، وعند الشافعية ليس له حدّ معين، فكل ما يُعد مالا مهما قلّ، يصح أن يكون مهرا. ينظر: الشرح الكبير للدردير، م.س، 287/2؛ نهاية المطلب، م.س، 419/12.

(3) ينظر: الشرح الكبير للدردير، م.س، 287/2؛ الحاوي الكبير، م.س، 346/9؛ المغني، م.س، 65/10.

(4) ينظر: الشرح الكبير للدردير، م.س، 286/2.

(5) ينظر: قرار المجلس الأعلى، غ.أ.ش، ملف رقم: 33715، بتاريخ: 1984/6/25، المجلة القضائية، 1989، عدد 4، ص.99.

العدة، إذا كان التفريق بسبب إخلالها بما اشترطه الزوج⁽¹⁾. لكن ينبغي أن يُقيد سقوط المهر المؤجل هنا بكون المؤجل هو بعض المهر، حتى لا يسقط المهر كله⁽²⁾.

أما مدونة الأسرة المغربية فقد نصت على مشروعية الرجوع بالمهر على المغير في العيوب، وذلك في المادة 109 التي جاء فيها: «لا صداق في حالة التطليق للعيوب عن طريق القضاء قبل البناء، ويحق للزوج بعد البناء أن يرجع بقدر الصداق على من غرّر به، أو كتم عنه العيب قصدا.» فالمادة بإطلاقها تفيد أحقية الزوج في الرجوع بكامل الصداق الذي دفعه، فيطالب به من غرّه؛ سواء كان الغار زوجة أو وليا أو كليهما⁽³⁾. إلا أن المدونة قصرت فكرة الرجوع بالمهر على التغيرير في العيوب، ولم تذكر هذا الحكم في سائر صور التغيرير، وقد يُفسر ذلك بأنها أعطت للمغور حق طلب التعويض زيادة على فسخ الزواج (م63، م66). فالتعويض يُغني عن الرجوع بالمهر.

ويظهر مما سبق أن القانون الجزائري والأردني يتفقان مع رأي الحنفية في عدم الأخذ بفكرة الرجوع بالمهر أصلا. إلا أن القانون الأردني يستثني الإخلال بالشرط، فيُسقط بسببه المهر المؤجل. أما القانون المغربي فيتفق مع رأي المالكية والحنابلة في الأخذ بفكرة الرجوع بالمهر؛ إلا أن المذهبين يعلمان الحكم على كل أنواع التغيرير، أما القانون المغربي فيقتصرها على التغيرير في العيوب.

الفرع الثاني

حكم بقية آثار الزواج المشوب بالتغيرير

سأتناول في هذا الفرع حكم بقية آثار الزواج المشوب بالتغيرير سوى المهر، وهي: النسب، والعدة، والنفقة، والتعويض عن الضرر.

أولا- حكم النسب في النكاح المشوب بالتغيرير

ذهب فقهاء المذاهب الأربعة إلى ثبوت النسب في نكاح التغيرير إن تم فيه الدخول. فإن كان التغيرير في الكفاءة أو العيوب أو الشروط، فلا إشكال في ثبوت النسب؛ لكون العقد صحيحا. أما التغيرير في موانع الزواج، فمع بطلان العقد يثبت النسب بالدخول؛ لأنه وطء شبهة، فالمغور من الزوجين دخل معتقدا صحة العقد وحلّ الوطاء. والنسب يثبت في وطء الشبهة والنكاح الفاسد⁽⁴⁾.

(1) جاء في المادة 37/ب أردني أن الشرط الصحيح الذي يشترطه الزوج «إذا لم تف به الزوجة، فسخ النكاح بطلب من الزوج، وسقط مهرها المؤجل، ونفقة عدتها.»

(2) ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، ص.164.

(3) ينظر: شرح مدونة الأسرة، م.س، ص.318.

(4) ينظر: البناية شرح الهداية، م.س، 296/6؛ الشرح الكبير للدردير، م.س، 457/2؛ حاشية الدسوقي، م.س، 239/2؛ أسنى المطالب، م.س، 127/4؛ مجموع الفتاوى، م.س، 126/32.

فهذا حكم النسب في نكاح التعبير عموماً؛ إلا أن هناك مسألة تحتاج إلى تفصيل، وهي ثبوت النسب للعاجز عن الوطاء، كالعينين والمجبوب والخصي. فإذا ظهر الحمل على زوجته بعد التفريق بينهما، أو جاءت بولد بين أقل وأقصى مدة الحمل. فهل يُنسب الولد لهذا الزوج أم لا؟

1- ثبوت النسب للعينين

قرر فقهاء المذاهب الأربعة أن النسب يثبت للعينين إذا لم ينفه باللعان، وادعت الزوجة أنه منه؛ حتى لو كانت ادعت حين فراقه أنه لم يطأها؛ لاحتمال كذبها في نفي الوطاء. بل حتى لو كانت صادقة، بأن ثبت بقاء بكارتها مثلاً، فيبقى احتمال حملها منه بلا وطاء قائماً؛ إذ يمكن الحمل بما يصل إلى فرجها من مني الزوج، إذا كان الإنزال في موضع يصل منه، أو إذا استدخلت مائةً بنفسها⁽¹⁾. والحمل بدخول المنى إلى فرج المرأة أو استدخاله، ولو بغير جماع أمر ممكن، وقد أثبتته الطب الحديث، وهو شبيه بالتلقيح الاصطناعي⁽²⁾.

2- ثبوت النسب للمجبوب

ذهب فقهاء المذاهب الأربعة إلى أن المجبوب، أي مقطوع الذكر دون الخصيتين، حكمه في ثبوت النسب كحكم العينين تماماً، لإمكان الإنزال منه؛ إذ قطع الذكر لا يمنع من القدرة على الإنماء⁽³⁾. لكن الحنفية فرّقوا بينه وبين العينين في أن حمل زوجة العين بعد الفراق يُبطل حكم التفريق؛ فترجع إليه زوجته بالعقد الأول؛ لأن قدرة العين على الإحبال تنفي عنه وصف العنة، والتفريق إنما كان لأجلها. أما حمل زوجة المجبوب منه فلا يُبطل حكم التفريق؛ لأنه كان لأجل الجب، وهو عيب لا ينتفي بمجرد الحمل⁽⁴⁾.

3- ثبوت النسب للخصي

اختلف الفقهاء في إثبات النسب للخصي، أي مقطوع الخصيتين، سواء قطع ذكره أيضاً أم لا، ومثله المسوح الذي خلق بلا ذكر ولا خصيتين. ويمكن حصر أقوالهم في ثلاثة هي:

(1) ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 4/299-300؛ البحر الرائق، م.س، 4/134؛ التبصرة للحمي، م.س، 5/2282-2283؛ الوسيط في المذهب، م.س، 6/109؛ الحاوي الكبير، م.س، 11/191-192؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 3/187؛ كشف القناع، م.س، 7/2468.

(2) ينظر: مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الفقهية، م.س، ص. 425-429.

(3) ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 4/299-300؛ البحر الرائق، م.س، 4/134؛ التبصرة للحمي، م.س، 5/2282-2283؛ الوسيط في المذهب، م.س، 6/109؛ الحاوي الكبير، م.س، 11/191-192؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 3/187؛ كشف القناع، م.س، 7/2468؛ مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الفقهية، م.س، ص. 435-436.

(4) ينظر: شرح فتح القدير، م.س، 4/299-300؛ البحر الرائق، م.س، 4/134.

أ- القول بثبوت النسب للخصي، خاصة إذا كان قائم الذكر؛ لإمكان الإنزال منه، والنسب يثبت بالإمكان. وهذا قول عند الشافعية والحنابلة⁽¹⁾.

ب- القول بعدم ثبوت النسب للخصي؛ لأنه لا يُنزل فلا يثبت له النسب. وهذا قول الحنفية، وقول عند الشافعية والحنابلة⁽²⁾.

ج- القول بمراجعة الأطباء، والحكم بمقتضى خبرتهم؛ فإن قالوا مثله ينزل وينجب، لزمه نسب الولد، وإلا لم يلحق به. وبهذا قال المالكية وبعض الشافعية⁽³⁾.

والقول الثالث هو الصحيح، خاصة وقد أثبت الطب الحديث أن الخصيتين هما الغدتان المسؤولتان عن إنتاج المني، فإذا قُطعتا فَقَدَ الخصيُّ القدرة على الإماء والإنجاب⁽⁴⁾.

وأما حكم النسب في النكاح المشوب بالتغريب في القانون الوضعي، فقد نصت قوانين الأحوال الشخصية على ثبوته في الزواج الصحيح والفساد ووطء الشبهة⁽⁵⁾. والزواج المشوب بالتغريب لا يخرج عن هذه الأوصاف الثلاثة، وبالتالي يثبت فيه النسب إذا تم فيه الدخول.

وأما ثبوت النسب للزوج العاجز عن الوطاء، فلم يرد النص على حكم هذه المسألة بخصوصها في هذه القوانين. ووفقاً للقواعد العامة يثبت النسب لهذا الزوج لوجود فراش الزوجية؛ ولأن النسب يثبت بالظن احتياطاً⁽⁶⁾. ولكن يجوز لهذا الزوج أن ينفي هذا النسب، إما باللعان، أو بالخبرة الطبية التي تفيد عدم إمكان الحمل منه بسبب عيوبه الجنسية⁽⁷⁾.

وهذه المسألة في نظري من الحالات التي تبرر اللجوء للوسائل العلمية لإثبات النسب المتنازع فيه، خاصة وأن القوانين محل الدراسة قد تبنت هذه الوسائل كطريق من طرق إثبات النسب⁽⁸⁾.

(1) ينظر: الوسيط في المذهب، م.س، 109/6؛ الحاوي الكبير، م.س، 192/11؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 187/3.

(2) ينظر: البناية شرح الهداية، م.س، 479/5؛ الحاوي الكبير، م.س، 191/11-192؛ شرح منتهى الإرادات، م.س، 187/3.

(3) جاء في المدونة، م.س، 25/2-26: أن الإمام مالك سئل عن الحصي، هل يلزمه الولد؟ فقال: «أرى أن يُسأل أهل المعرفة بذلك؛

ما كان يُولد لمثله لزمه الولد، وإلا لم يلزمه». وينظر: التاج والإكليل، م.س، 147/5؛ الحاوي الكبير، م.س، 192/11.

(4) مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الفقهية، م.س، ص. 435-436.

(5) جاء في المادة 40 جزائري: «يثبت النسب بالزواج الصحيح، أو بالإقرار، أو بالبينة، أو بنكاح الشبهة، أو بكل زواج تم فسخه بعد

الدخول...» وينظر المواد: 152، 155 مغربي؛ 157، 158 أردني.

(6) جاء في المادة 151 مغربي: «يثبت النسب بالظن، ولا ينتفي إلى بحكم قضائي.»

(7) جاء في المادة 2/153 مغربي: «يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق

اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع، بشرطين: - إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه؛ - صدور أمر قضائي بهذه الخبرة.»

وينظر المواد: 41 جزائري؛ 163 أردني.

(8) جاء في المادة 2/40 جزائري: «يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.» وفي معناها المواد: 158 مغربي؛

ومما سبق يتبين أن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي متفقان على إثبات النسب في الزواج المشوب بالتغيير. أما إثباته في حالة الزوج العاجز عن الوطاء، ففيه خلاف بين الفقهاء، والراجح هو الرجوع إلى أهل الخبرة. وهذا ما يمكن الأخذ به أيضا في القانون لعدم وجود نص في المسألة.

ثانيا- حكم العدة في الزواج المشوب بالتغيير

يختلف حكم العدة في الزواج المشوب بالتغيير بحسب الحالات الآتية:

1- حكم العدة إذا تم التفريق قبل الدخول

إذا تمّ التفريق بين الزوجين للتغيير قبل الدخول، فلا عدة على الزوجة باتفاق المذاهب الأربعة؛ إذ العدة تجب بالدخول⁽¹⁾. وهذا أيضا ما قرره قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة⁽²⁾. وعليه فالفقه الإسلامي والقوانين الوضعية متفقة في هذه المسألة.

2- حكم العدة إذا تم التفريق بعد الدخول

إذا تمّ التفريق بين الزوجين للتغيير بعد الدخول فتجب العدة؛ سواء كان التفريق طلاقا أو فسخا، في نكاح صحيح أو فاسد، أو نكاح شبهة، وهذا باتفاق المذاهب الأربعة⁽³⁾. وهو ما قرره أيضا قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة⁽⁴⁾. إذن فهذه المسألة كسابقتها هي أيضا محل اتفاق بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية.

3- حكم العدة إذا تم التفريق بسبب العجز عن الوطاء

إذا تمّ التفريق بين الزوجين بسبب العيوب المانعة من الوطاء بعد حصول الخلوة؛ سواء كانت في الزوج أو الزوجة؛ فهل تجب العدة أم لا؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين هما:

أ- القول بوجوب العدة: إذا حصلت الخلوة وجبت العدة؛ ولو لم يُتَحَقَّق من حصول الوطاء، كما في العنين والمحبوب، والرتقاء والقرناء. وهذا قول الحنفية والمالكية والحنابلة؛ إلا أن المشهور عند المالكية استثناء مقطوع الذكر من هذا الحكم، فلا عدة على زوجته؛ لعدم إمكان الوطاء منه، ولو كان يُنزل. وفي قول آخر عندهم بخلاف المشهور: أنه إن كان يُؤلد لمثله وجبت العدة وإلا فلا⁽⁵⁾.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 191/3؛ بداية المجتهد، م.س، 108/3؛ أسنى المطالب، م.س، 389/3؛ المغني، م.س، 194/11.

(2) ينظر المواد: 58 جزائري؛ 130 مغربي؛ 145/ج أردني.

(3) المغني، م.س، 195/11، 196. وينظر: بدائع الصنائع، م.س، 191/3-192؛ الشرح الصغير للدردير، م.س، 391/2؛ أسنى المطالب، م.س، 389/3.

(4) ينظر المواد: 58 جزائري؛ 130 مغربي؛ 145/ج أردني.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 191/3؛ شرح فتح القدير، م.س، 334/3؛ الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي، م.س، 468/2؛ التاج والإكليل، م.س، 147/5؛ المغني، م.س، 197/11-198.

واستدل الجمهور لقولهم بوجوب العدة بما يأتي:

أ.أ- ما رُوِيَ عن زُرَّارَةَ بْنِ أَوْفَى قَالَ: (قَضَى الْخُلَفَاءُ الْمَهْدِيُّونَ الرَّاشِدُونَ: أَنَّهُ مَنْ أَعْلَقَ أَبًا، أَوْ أَرْحَى سِتْرًا، فَقَدْ وَجِبَ الْمَهْرُ، وَوَجِبَتِ الْعِدَّةُ.)⁽¹⁾ فقد أقام الخلفاء الراشدون الخلوة مقام الوطاء في وجوب العدة؛ لأنها مظنة حصوله غالباً، ولم يُنقل عن الصحابة من خالفهم، فكان إجتماعاً منهم⁽²⁾.
 أ.ب- إنَّ احتمال الوطاء مع الخلوة يبقى قائماً، ولو احتمالاً ضعيفاً، كالعينين والخصي والمحبوب؛ بل حتى لو تصادق الزوجان على نفيه لوجب العدة؛ لأنها حق لله⁽³⁾. ولا احتمال حصول الحمل بمجرد الإنزال دون وطاء، فحيث يثبت النسب تجب العدة؛ لأن المقصد منها هو معرفة براءة الرحم، حفظاً للأنسب⁽⁴⁾.

ب- القول بعدم وجوب العدة

ذهب الشافعية إلى أن العدة لا تجب بمجرد الخلوة؛ بل لا بدَّ من حصول الوطاء، فإذا ثبت حصوله، ولو من خصي أو عين وجبت العدة. أما المحبوب مقطوع الذكر والمسوح، فلا تجب على زوجتيهما العدة؛ لعدم إمكان الوطاء منهما أصلاً، ولا عبرة بإنزالهما. لكن إذا ظهرت زوجة المحبوب حاملاً اعتدت منه بالوضع؛ لثبوت نسب الولد له وإن نفاه، بخلاف المسوح المخلوق بغير ذكر⁽⁵⁾.
 واستدلوا بقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ [الأحزاب، 49]. فالآية أوجبت العدة بالمسيس وهو الوطاء لا الخلوة⁽⁶⁾.

والراجح في نظري هو عدم إيجاب العدة بمجرد الخلوة، حتى تتقوى بما يرجح احتمال الوطاء أو الحمل، بأن يدعي أحد الزوجين أو كلاهما حصول الوطاء، أو حصول الاستمتاع بينهما والإنزال، ففي هذه الحالة تجب العدة احتياطاً للنسب. أما إذا تصادق الزوجان على نفي الوطاء أو الإنزال فلا عدة في هذه الحالة، وكذلك إذا ثبت استحالة الوطاء والحمل، كما في مقطوع الذكر والخصيتين.

(1) مصنف ابن أبي شيبة، م.س، 520/3، الأثر رقم: 16695؛ سنن سعيد بن منصور، م.س، 234/1، الأثر رقم: 762؛ السنن الكبرى للبيهقي، م.س، 417/7، الأثر رقم: 14484. وقال البيهقي عقبه: «هَذَا مُرْسَلٌ، زُرَّارَةُ لَمْ يُدْرِكْهُمْ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ [416/7] عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا مَوْضُوعًا.» وقال الألباني في إرواء الغليل، م.س، 356/6: «صحيح عن عمر وعلي.»

(2) ينظر: المغني، م.س، 198/11.

(3) ذهب المالكية إلى أن الزوجان وإن تصادقا على نفي الوطاء في الخلوة، فلا تسقط العدة بإقرارهما؛ لأنها حق لله؛ لكن حقوقها تسقط بالإقرار، فلا تُستحق النفقة، ولا يُكْمَل المهر، ولا تثبت المراجعة، وغيرها من الحقوق. ينظر: الشرح الكبير للدردير، م.س، 468/2.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 191/3؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، م.س، 468/2؛ المغني، م.س، 197/11-198.

(5) ينظر: أسنى المطالب، م.س، 389/3؛ مغني المحتاج، م.س، 78/5.

(6) ينظر: الأم، م.س، 230/5.

أما قوانين الأحوال الشخصية فلم تنص على حكم العدة بالنسبة للعاجز عن الوطاء، وبالتالي يمكن تطبيق النصوص القانونية العامة التي توجب العدة بمجرد الخلوة الصحيحة، وإن لم يثبت حصول الوطاء فعلياً⁽¹⁾. كما يمكن أيضاً الرجوع لأحكام الفقه الإسلامي، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى وجوب العدة في هذه الحالة، وعليه تكون النتيجة نفسها، وهي وجوب العدة بمجرد الخلوة حتى مع العجز عن الوطاء. وهذا ما ذهب إليه القضاء الأردني، حيث أُلزم الزوجة بالعدة الشرعية بعد التفريق بينها وبين زوجها، بسبب عيوبها الجنسية التي يمتنع معها الدخول الحقيقي⁽²⁾. وعليه يمكنني القول بأن القوانين الوضعية متفقة مع رأي جمهور الفقهاء، على وجوب العدة بمجرد الخلوة حتى مع العجز عن الوطاء. خلافاً للشافعية الذين لا يوجبونها إلا بالدخول الحقيقي.

ثالثاً- حكم النفقة في الزواج المشوب بالتغيير

سأتكلم عن حكم النفقة في الزواج المشوب بالتغيير في ثلاثة مسائل؛ تتعلق الأولى بالنفقة في مدة التأجيل، والثانية بنفقة العلاج، والثالثة بنفقة العدة.

1- حكم النفقة مدة تأجيل الزوج المعيب

إذا أُجل الزوج بسبب عيبه أو مرضه لأجل العلاج، فإن زوجته تستحق النفقة مدة التأجيل. فقد اتفقت المذاهب الأربعة على القول بتأجيل العنين مدة سنة كاملة، وأن زوجته تكون معه في هذه المدة، وأنه يجب عليها أن تُمكنه من نفسها؛ رجاء أن يصل إليها. فما دام العنين مُمكنًا من الاستمتاع بزوجه، فالنفقة واجبة لها عليه؛ لأنها قد سلمت نفسها. وحتى لو فرض أنه لم يصل إليها في نهاية الأجل، فلا يؤثر ذلك في استحقاق النفقة؛ لأنها تجب بالتمكين وليس بالوطء⁽³⁾.

وقد أجاز المالكية أيضاً خلافاً للجمهور، تأجيل كل من يُرجى زوال علتهم. فإذا أُجلوا كان حكمهم كالعنين في وجوب النفقة لزواجهم مدة التأجيل، بشرط كون الزوج مُمكنًا من الاستمتاع بزوجه، فإن لم يكن مُمكنًا من ذلك، بأن امتنعت زوجته من الدخول أو التمكين فترة التأجيل، خوفاً على نفسها من عدوى المرض، أو عدوان المجنون، فليس لها النفقة في ظاهر المذهب⁽⁴⁾؛

(1) جاء في المادة 145/ج أردني: «إذا وقع الطلاق أو الفسخ بعد العقد الصحيح، فلا تلزم العدة إلا بالدخول أو الخلوة الصحيحة...» وتمثلها المادة 130 مغربي.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاستئنافية، رقم: 21602، بتاريخ: 1980/8/28، نقلاً عن القرارات الاستئنافية، م.س، 332/1-334.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 19/4؛ حاشية الدسوقي، م.س، 282/2؛ أسنى المطالب، م.س، 434/3؛ المغني، م.س، 396/11.

(4) ذكر المالكية أن الأجدم والأبرص يُمنع من وطء زوجته والاستمتاع بها، ويُحال بينه وبينها، إن طلبت ذلك؛ لما فيه من الإضرار بها. فإن امتنعت عن تمكينه خوفاً من العدوى، فظاهر المذهب أنه لا نفقة لها، أما إن امتنعت خوفاً من تعدي زوجها المجنون عليها، فلها النفقة؛ لأن ضرر المجنون أشد من ضرر غيره. ينظر: حاشية الدسوقي، م.س، 290/2؛ حاشية الصاوي، م.س، 483/2.

لانعدام التسليم. وقيل: لها النفقة إن امتنعت خوفاً من زوجها المجنون بصفة خاصة؛ لشدة ضرره مقارنة بغيره⁽¹⁾.

والأقرب للصواب هو وجوب النفقة للزوجة مدّة تأجيل زوجها المعيب؛ وإن امتنعت من تسليم نفسها، إن كان الامتناع لخوف الضرر، سواء كان الضرر المخوف هو عدوى المرض، أو عدوان المجنون؛ لأن امتناعها كان بسبب من الزوج، حيث غرّها بعيبه، فكانت معذورة في امتناعها⁽²⁾.

أما قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة، ورغم اتفاقها إجمالاً على تأجيل الزوج المعيب للعلاج، فهي لم تفصل في أحكام هذا التأجيل، ولم تذكر حكم نفقة الزوجة مدّة التأجيل، وعليه يُرجع لأحكام الفقه الإسلامي، الذي يوجب النفقة للزوجة في هذه الحالة، مادامت الزوجة قد سلمت نفسها لزوجها.

2- حكم نفقة علاج الزوجة المعيبة

هذه المسألة لا تُتصور إلا على المذهب المالكي الذي يُجوز للقاضي أن يؤجل الزوجة المعيبة أو المريضة لأجل العلاج، إذا طلبته هي أو طلبه زوجها، وذلك قبل الحكم بالترقيق. فإذا أُجّلت كانت نفقة العلاج والدواء واجبة عليها، لا على الزوج⁽³⁾؛ لأنها مطالبة بتمكين زوجها من الاستمتاع بها سليمة من العيوب، ولا يمكن ذلك إلا بعد العلاج، فكانت نفقة العلاج عليها لتوقف التسليم عليه. أما نفقتها في مدة التأجيل سوى العلاج والدواء، فهي على الزوج إن كان متمكناً من الاستمتاع بها ولو بغير الوطاء، فإن تعذر ذلك، لمرضها المنقّر، فلا نفقة لها؛ لأنها المتسببة بتغييرها في امتناع الاستمتاع⁽⁴⁾.

وحكم هذه المسألة في القانون الوضعي كسابقتها، حيث لم يرد بشأنها نص خاص في قوانين الأحوال الشخصية؛ وعليه يُرجع فيها لأحكام الفقه الإسلامي، حيث قرّر المالكية وجوب نفقة العلاج على الزوجة دون الزوج؛ لأنها غرّرت بعيوبها فتتحمل مسؤولية علاج نفسها.

(1) ينظر: حاشية الدسوقي، م.س، 290/2؛ شرح الزرقاني على مختصر خليل، م.س، 426/3.

(2) يقول الدسوقي في حاشيته، م.س، 282/2: «فَالْحَقُّ أَنَّ لِرُؤُوجَةِ الْمُعْتَرِضِ النَّفَقَةَ مُدَّةَ الْأَجْلِ، كَرُؤُوجَةِ الْأَبْرَصِ وَالْأَجْدَمِ وَالْمَجْنُونِ.»

(3) في المذاهب الأربعة، إذا أمسك الزوج زوجته المعيبة أو المريضة، ولم يفارقها، سواء كان العيب قبل العقد، أو حدث بعده، فلا تجب عليه نفقة العلاج والدواء. وهذا موقف غريب منهم؛ إذ كيف يوجبون عليه نفقة التنظيف والتزين، ولا يوجبون ما هو أولى وأهم. فالصحيح في نظري وجوب نفقة العلاج على الزوج. وهو قول ابن عبيد الحَكَم من المالكية. ينظر: الفتاوى الهندية، م.س، 549/1؛ التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، م.س، 132/5؛ أسنى المطالب، م.س، 430/3؛ مطالب أولى النهى، م.س، 620/5.

(4) يقول الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير، م.س، 284/2: «الظَّاهِرُ أَنَّ الدَّوَاءَ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّ عَلَيْهَا أَنْ تُمَكِّنَ رُؤُوجَهَا مِنَ الاسْتِمْتَاعِ، وَهُوَ يَتَوَقَّفُ عَلَى ذَلِكَ. وَأَنَّ النَّفَقَةَ عَلَيْهِ فِي مُدَّةِ الْأَجْلِ لِإِدْرَارِهِ عَلَى الاسْتِمْتَاعِ بِغَيْرِ وَطْءٍ.»

ورغم أن القوانين محل الدراسة تقرّر في القواعد العامة للنفقة الزوجية، أنها تشمل نفقة العلاج⁽¹⁾. فهذا محمول في نظري على علاج الأمراض والعيوب الطارئة التي لم تكن محملا للتغيرير.

3- حكم نفقة العدة في فرقة التغيرير

اختلف الفقه الإسلامي في حكم نفقة المعتدة عند التفريق للتغيرير، حسب كونها حاملا أم حائلا.

أ- نفقة المعتدة الحامل: للفقهاء في استحقاق المعتدة الحامل للنفقة رأيان هما:

أ.أ- ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة، وقول للشافعية، إلى أن الحامل تستحق النفقة والسكنى مدة العدة التي تكون بسبب فرقة التغيرير، سواء كانت فسحا أم طلاقا⁽²⁾. واستدلوا بقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلًا فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق، 6]. واستدلوا أيضا بحديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها حين طلقها زوجها ثلاثا، فطلبت النفقة، فقال لها رسول الله ﷺ: (لَا نَفَقَةَ لَكَ إِلَّا أَنْ تَكُونِي حَامِلًا)⁽³⁾. فالآية والحديث صريحان في استحقاق المعتدة الحامل للنفقة⁽⁴⁾.

أ.ب- ذهب الشافعية في القول المعتمد عندهم، إلى أن المفسوخ نكاحها للتغيرير لا تستحق النفقة في العدة، ولو كانت حاملا. ولكن لها السكنى؛ لأنها معتدة عن نكاح صحيح. وقد أولوا الأدلة السابقة بأنها خاصة بالمطلقة، ولا تنطبق على المفسوخ نكاحها؛ لأن الطلاق من خواص النكاح بخلاف الفسخ، فالفسخ للتغيرير يقطع أثر النكاح، ويرجع على أصله بالنقض⁽⁵⁾. والراجح هو الرأي الأول؛ لصراحة الأدلة في وجوب النفقة للحامل لأجل حملها.

ب- نفقة المعتدة الحائل: للفقهاء في استحقاق المعتدة غير الحامل للنفقة رأيان أيضا هما:

ب.أ- ذهب الحنفية إلى أن المعتدة تستحق النفقة والسكنى، ولو كانت حائلا، بشرط أن يكون العقد صحيحا، وأن يكون التفريق بسبب مباح، كما في التفريق لعيب في الزوج، أو لعدم كفاءته. أما النكاح الفاسد فلا تستحق فيه المعتدة نفقة ولا سكنى؛ لأنّ النفقة في العدة معتبرة بحال النكاح، وحيث أنه لا نفقة في النكاح الفاسد، فكذلك لا نفقة في العدة منه⁽⁶⁾.

(1) ينظر المواد: 78 جزائري؛ 1/189 مغربي؛ 59/ب أردني.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 209/3؛ الفواكه الدواني، م.س، 62/2-63؛ الحاوي الكبير، م.س، 475/11-476؛ المغني، م.س، 402/11؛ مطالب أولى النهي، م.س، 153/5.

(3) مسند أحمد، م.س، حديث فاطمة بنت قيس، 322/45، حديث رقم: 27337؛ سنن أبي داود، م.س، كتاب الطلاق، باب نفقة المبتوتة، 598/3، حديث رقم: 2290. والحديث صححه الألباني في إرواء الغليل، م.س، 228/7-229.

(4) ينظر: الاستذكار، م.س، 165/63؛ شرح صحيح مسلم، م.س، 95/10.

(5) ينظر: أسنى المطالب، م.س، 177/3؛ مغني المحتاج، م.س، 344/4.

(6) ينظر: بدائع الصنائع، م.س، 211/3؛ شرح فتح القدير، م.س، 385/4.

ب.ب- ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن المعتدة من الفرقة بسبب التغيرير، إذا كانت حائلاً لا تستحق النفقة؛ لكنهم اختلفوا في حكم السكنى، فقال المالكية والشافعية لها السكنى، وقال الحنابلة ليس لها السكنى⁽¹⁾.

واستدل المالكية والشافعية بقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق، 6]. فالآية فرقت بين السكنى والنفقة؛ فأطلقت السكنى لكل مطلقة، وقيدت النفقة بالحامل، إذن فالحائل لها السكنى دون النفقة⁽²⁾.

واستدل الحنابلة بحديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها حين طلقها زوجها ثلاثاً، فطلبت النفقة، فقال لها رسول الله ﷺ: (إِنَّمَا النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى لِلْمَرْأَةِ إِذَا كَانَ لِزَوْجِهَا عَلَيْهَا الرَّجْعَةُ)⁽³⁾. فالحديث سوى بين النفقة والسكنى، وأن المبتوتة بفسخ أو طلاق لا تستحقهما إلا أن تكون حاملاً⁽⁴⁾. والراجح هو مذهب الجمهور في عدم وجوب النفقة لغير الحامل؛ لقوة أدلتهم. لكن ينبغي في نظري في حال تغيرير الزوج، أن يُعزَم قيمة نفقتها وسكناها في العدة؛ معاقبة له على تغيريره، وتعويضاً للزوجة عن ضرر التغيرير، خاصة وأنها محبسة في العدة لمصلحته في ثبوت نسب ولده.

وأما نفقة المعتدة في القانون الوضعي، فقد اختلفت حولها قوانين الأحوال الشخصية؛ فالقانون الجزائري قرّر للمعتدة الحق في النفقة والسكنى، سواء كانت حاملاً أو حائلاً (م61)؛ لكن القضاء قرّر جواز تحميلها مسؤولية الطلاق، وحرمانها من نفقة العدة بطلب من الزوج، إن طلقها بسبب تغيريرها⁽⁵⁾. وهذا حكم منطقي؛ إذ لا يُعقل أن تُكافأ الزوجة على تغيريرها، ويعاقب الزوج رغم كونه ضحية للتغيرير. ولكن ينبغي تقييد هذا الحكم بكون المعتدة حائلاً، أما إن كانت حاملاً فلها النفقة لأجل الحمل.

أما القانون المغربي فأوجب النفقة والسكنى للمعتدة من طلاق رجعي مطلقاً، سواء كانت حاملاً أم لا، أما المعتدة من طلاق بائن أو تفريق أو فسخ، فلها النفقة والسكنى إن كانت حاملاً، ولها السكنى دون النفقة إن كانت حائلاً. وهذا ما يستفاد من المواد: 84، 131، 2/196.

(1) ينظر: التاج والإكليل، م.س، 5/553؛ أسنى المطالب، م.س، 3/177؛ مطالب أولى النهى، م.س، 5/153.

(2) ينظر: أحكام القرآن لان العربي، م.س، 4/287؛ تفسير القرطبي، م.س، 18/166.

(3) مسند أحمد، م.س، حديث فاطمة بنت قيس، 53/45، حديث: 27100؛ سنن النسائي، م.س، كتاب الطلاق، باب الرخصة في ذلك [أي الطلاق ثلاثاً]، 6/144، حديث: 3403. وقد صححه الألباني في السلسلة الصحيحة، م.س، 4/288.

(4) ينظر: التمهيد لابن عبد البر، م.س، 19/144-145؛ المغني، م.س، 11/403-404.

(5) ينظر: قرار المجلس الأعلى، غ.أ.ش، ملف رقم: 33715، بتاريخ: 25/6/1984، المجلة القضائية، ع4، سنة 1989، ص.99.

وأما القانون الأردني (م151) فأوجب النفقة للمعتدة؛ سواء كانت العدة من طلاق أو تفريق أو فسخ، وسواء كانت المعتدة حاملا أو حائلا⁽¹⁾. لكن يجوز إسقاط حقها في نفقة العدة بطلب من الزوج، إذا فسخ الزواج بسبب عدم وفائها بالشرط (م37/ب). وقد يقاس عليها حالة التغيير.

ويظهر مما سبق بيانه أن القانون الجزائري والأردني يتوافقان عموما مع مذهب الحنفية في وجوب النفقة والسكنى للمعتدة؛ سواء كانت حاملا أو حائلا. إلا أن القانون الأردني يستثني حالة إخلال الزوجة بالشروط الاتفاقية، حيث يجوز للزوج طلب حرمانها من نفقة العدة.

أما القانون المغربي فيتوافق مع مذهب المالكية في وجوب النفقة والسكنى للمعتدة إن كانت حاملا، ووجوب السكنى دون النفقة إن كانت حائلا.

رابعا- حكم التعويض عن الضرر الناتج عن زواج التغيير

المقصود بالضرر هنا ما نتج عن زواج التغيير، وليس ما نتج عن استعمال الوسائل التغييرية بحذ ذاتها؛ سواء كان الضرر ماديا، كالنفقات والمصاريف التي تحملها المغرور بسبب هذا الزواج المغرر به، أو انتقال عدوى المرض إليه من زوجه الذي كتم مرضه عنه. أو كان الضرر معنويا، كتفويت فرصة المرأة المغرورة في الزواج بمن كانت ترغب في الزواج به لولا التغيير، وكذا ألمها النفسي من جراء العار الذي لحقها بسبب زواجها بمن لا يكافئها مثلا.

وقد سبق الكلام عن حكم التعويض عن مثل هذه الأضرار في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وذلك عند حديثي عن زواج الإكراه. فحكم التعويض عن الضرر الناتج عن زواج التغيير لا يختلف عن حكم تعويض الضرر الناتج عن زواج الإكراه؛ لأن كلا من التغيير والإكراه عمل غير مشروع يوجب تحميل فاعله مسؤولية تعويض المتضرر منه.

وهذا الحكم هو ما صرحت به المادة 63 من مدونة الأسرة المغربية بنصها على أن للمُدلس عليه (المغرور) من الزوجين طلب فسخ الزواج، مع حقه في طلب التعويض عما أصابه من ضرر⁽²⁾. ورغم أن الفقه الإسلامي والقانون الجزائري والأردني لم يصرحوا بهذا الحكم؛ إلا أن قواعدهم العامة لا تتنافى مع تقرير هذا الحق، استنادا إلى مسؤولية المغرر عن تعويض المضرور من فعله غير المشروع. وقد سبق بيان ذلك في كلامي عن التعويض عن الضرر الناتج عن الزواج بالإكراه⁽³⁾.

(1) ينظر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، م.س، ص.314.

(2) ينظر: شرح مدونة الأسرة، م.س، ص.217.

(3) يراجع هذا البحث، ص.228-230.

الخاتمة

في ختام هذه الرسالة المتعلقة بعيوب الرضا في عقد الزواج، وبعد الانتهاء من الدراسة المفصلة لمسائلها، توصلت إلى عدد من النتائج والمقترحات، وهي كالآتي:

أولاً- النتائج

1- الزواج عقد له طبيعة خاصة تميزه عن سائر العقود، وخاصة العقود المالية؛ فهو وإن كان يخضع للأحكام العامة التي تنظم جميع العقود؛ إلا أنه لا يخضع للأحكام التفصيلية الواردة بشأن سائر العقود. بل قد خصه الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بأحكام خاصة تناسب طبيعته، وخاصة ما تعلق بعيوب الرضا ومدى تأثيرها فيه. وهذا يقتضي الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي في حالة عدم وجود نص قانوني في الموضوع، ولا يصح الرجوع إلى القوانين المدنية.

2- عقد الزواج لا يتأثر بكل عيوب الرضا، فهو يتأثر فقط بالإكراه والتغريم، دون الغلط والغبن والاستغلال. وهذا ما جاء تقريره في الفقه الإسلامي، وهو ما تشير إليه القوانين الوضعية محل الدراسة، حيث لم يرد فيها النص إلا على عيب الإكراه والتغريم دون بقية العيوب.

3- الغلط كأحد عيوب الرضا لا يؤثر في عقد الزواج في كل من الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية محل الدراسة، فلا يؤثر في صحة الزواج ولا في لزومه؛ سواء وقع الغلط في ذاتية الزوج الآخر، أو في صفة من صفاته الجوهرية؛ لأن خصوصية عقد الزواج وطبيعته المتميزة تقتضي وجوب الثبوت والتحري عن شخصية الزوج الآخر وصفاته قبل الإقدام عليه، فإذا وقع التقصير في ذلك لم يكن للغلط حق طلب الفسخ أو التفريق. أما الغلط المانع (الغلط في التعبير) الذي يؤثر في صحة الزواج ويمنع انعقاده، فهو لا يُعد من عيوب الرضا أصلاً، وإنما هو من موانع الإرادة.

4- الغبن كأحد عيوب الرضا لا يؤثر في عقد الزواج في كل من الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية محل الدراسة، سواء كان غبناً مجرداً أو ناتجاً عن استغلال (الاستغلال)؛ لأن الزواج ليس عقداً مالياً، والمهر الذي يُدفع للزوجة إنما يدفع على سبيل الإكرام لا المعاوضة. فليس المهر ثمناً للمرأة، ولا عوضاً عن الاستمتاع بها. ولذلك لا يؤثر نقصانه ولا زيادته عن مهر المثل في صحة العقد ولزومه.

أما الغبن في المهر المؤثر في تزويج ناقصي الأهلية، فلا يرجع سبب تأثيره في لزوم العقد إلى تعيب الرضا؛ بل إلى اختلال شرط من شروط ممارسة ولاية التزويج، وهو مراعاة مهر المثل.

5- الإكراه على الزواج كله غير مشروع؛ إلا ما تعلق بولاية الإيجاب في تزويج الصغار والمعاقين عقليا، فهي جائزة في الفقه الإسلامي باتفاق المذاهب الأربعة؛ ولكنها لا تمارس عندهم إلا وفقا لشروط وضوابط عديدة ترجع في مجملها إلى تحقيق مصلحة المُوَلَّى عليهم. أما القوانين محل الدراسة، فقد اتفقت على منع ولاية الإيجاب مطلقا، ومع ذلك فهي تميز تزويج الصغار والمعاقين عقليا بضوابط وقيود صارمة، وتحت إشراف ورقابة القضاء عن طريق منح الإذن بالتزويج.

6- الحنفية ضيّقوا فيمن تثبت عليهم ولاية الإيجاب، فقصروها على الصغار والمجانين، وفي المقابل توسعوا فيمن تثبت له هذه الولاية، فجعلوها لكل وليٍّ أبًا كان أو غيره. أما الجمهور فهم على العكس، حيث توسعوا فيمن تثبت عليهم ولاية الإيجاب، فأثبتوها على الصغار والمجانين، وبعض البالغين العاقلين، كالأبكار والسفهاء، وفي المقابل ضيّقوا فيمن تثبت له هذه الولاية، فقصروها على الأب، واختلفوا في الوصي والجدّ. والراجح هو التضييق في إثباتها إلى أقصى الحدود، سواء فيمن تثبت له أو عليه، فينبغي حصرها في الأب دون سواه، وأن لا تمارس إلا على الصغار والمعاقين عقليا، مع ضبطها بجملة من الضوابط، كرشد الولي، ووجود الحاجة، وظهور المصلحة، وكفاءة الزوج، ومهر المثل، واستئذان القاضي للتحقق من توافر هذه الضوابط.

أما القوانين الوضعية محل الدراسة فقد منحت حق تزويج القصر والمعاقين عقليا لسائر الأولياء، وهذا أشبه برأي الحنفية؛ ولكنها قيدته بضوابط عديدة تتمحور حول تحقيق المصلحة، مع ضرورة أن يتم استئذان القاضي في التزويج؛ للتحقق من توافر تلك الضوابط. وقد كان قانون الأحوال الشخصية الأردني أكثر القوانين تفصيلا وتشديدا في تلك الضوابط.

7- الإكراه من العيوب التي تؤثر في عقد الزواج على رأي جمهور الفقهاء، خلافا لرأي الحنفية القائلين بصحة الزواج بالإكراه. لكن الجمهور مختلفون في درجة هذا التأثير؛ فالمشهور عند المالكية والشافعية والحنابلة أن الإكراه يبطل الزواج، وفي قول للمالكية أنه يجعل الزواج موقوفا على إجازة المكره بعد زوال الإكراه. وهذا هو الرأي الذي رجحته.

أما القوانين الوضعية محل الدراسة فقد اتفقت على القول بتأثير الإكراه في عقد الزواج؛ لكنها اختلفت أيضا في درجة هذا التأثير. ففي القانون الجزائري يكون الزواج بالإكراه باطلا كراي الجمهور، وفي القانون المغربي يكون صحيحا غير لازم، أما في القانون الأردني فيكون فاسدا.

8- التعبير في موانع الزواج يبطل العقد؛ لأن الزواج مع وجود الموانع باطل. وهذا محل اتفاق بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية محل الدراسة. أما التعبير فيما سوى الموانع فيجعل العقد غير

لازم، بحيث يثبت للمغرور حق طلب التفريق؛ سواء تعلق التغيرير بذاتية أحد الزوجين، أو بكفاءته، أو بعيوبه، أو بالصفات المشتركة فيه. وهذا هو الرأي الفقهي الراجح، وهو الذي قال به جمهور الفقهاء عموماً، وإن اختلفوا في بعض التفاصيل. أما الحنفية فالتغيرير عندهم لا يؤثر في الزواج إلا استثناءً في حالة تغيرير الزوج بكفاءته أو عيوبه المانعة من الوطء.

أما القوانين الوضعية محل الدراسة فتباينت مواقفها من مدى تأثير التغيرير فيما سوى الموانع؛ فالقانون الجزائري لا يميز طلب التفريق للتغيرير إلا للزوجة دون الزوج، وهو في هذا يوافق الحنفية، كما أنه يميز للزوجة طلب التطليق بسبب العيوب ومخالفة الشروط دون فقد الكفاءة. أما القانون المغربي والأردني فيجيزان لكلا الزوجين طلب الفسخ في جميع صور التغيرير كراي جمهور الفقهاء.

9- الحنفية هم أقل المذاهب الفقهية قولاً بفسخ الزواج لعيوب الرضا؛ فهم لا يميزون فسخه للإكراه ولا للتغيرير؛ إلا في حالات استثنائية تتعلق بالتغيرير في الكفاءة أو العيوب الزوجية، وهي حالات يثبت فيها حق طلب التفريق للزوجة فقط، أما الزوج فلا يثبت له هذا الحق مطلقاً. وهذا الموقف مبني على فكرة أن الزواج عندهم لا يقبل الفسخ إلا إذا اختلت أركانه أو شروط صحته، خلافاً للعقود المالية التي تقبل الفسخ، وتدخلها الخيارات. أما الجمهور فيتوسعون في الأخذ بعيوب الرضا في الزواج، فيبطلون العقد للإكراه، ويميزون فسخه للتغيرير لكلا الزوجين؛ سواء كان التغيرير في ذاتية أحد الزوجين، أو كفاءته، أو عيوبه، أو الصفات المشتركة فيه.

أما في القوانين الوضعية محل الدراسة، فإن مدونة الأسرة المغربية هي الأكثر استيعاباً لصور الإكراه والتغيرير، حيث وضعت لهذين العيين نصوصاً خاصة (المواد: 12، 63، 66) استوعبت أكثر صور الإكراه والتغيرير، مع أنها تبقى أيضاً نصوصاً مجملة تحتاج للتفصيل. ثم يأتي قانون الأحوال الشخصية الأردني الذي نص على حكم زواج الإكراه (م31/ز)، ونص على التغيرير في الكفاءة (م22/ب)، وكان أكثر تفصيلاً في التفريق للعيوب والإخلال بالشروط. أما قانون الأسرة الجزائري فكان شبه خالٍ من الكلام عن عيوب الرضا في الزواج، باستثناء تدليس الزوج في مسألة التعدد (م8 مكرر، 8 مكرر1)، وما قد يستنبط من النص على جواز تطليق الزوجة للعيوب (م2/53) والإخلال بالشروط (م9/53)، مع ما في هذه النصوص من نقائص وغموض. وهذا في الحقيقة نقص فادح جداً، ينبغي على المشرع الجزائري أن يتداركه.

10- ما جاء في القوانين الوضعية محل الدراسة من أحكام تتعلق بعيوب الرضا في الزواج يبقى غير كافٍ في الموضوع. والإحالة إلى أحكام الفقه الإسلامي لا يفي بالعرض من الناحية العملية؛

نظرا لتناثر مسائل هذا الموضوع في أبواب متفرقة من كتب الفقهاء، كخيار العيب والشرط، وخيار فُقْد الكفاءة، وموانع الزواج، وما يتعلق بها من مسائل الفسخ والتطليق والتفريق. إضافة إلى أن هذه المسائل محل اختلافات فقهية كثيرة حتى في المذهب الواحد، مما يُصعّب الأمر جدا على القاضي في الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي؛ لكثرة القضايا، وتراكم الملفات من جهة، وكذا ضعف تكوين القضاة في الجوانب الشرعية، وقلة خبرتهم في التعامل مع المصادر الفقهية من جهة ثانية.

ثانيا- الاقتراحات

بناءً على النتيجة الأخيرة، أقترح أن يتم تعديل قوانين الأحوال الشخصية بإضافة نصوص تفصيلية تتعلق بتنظيم عيوب الرضا في عقد الزواج، وفقا لما يأتي:

1- النص على أن عقد الزواج لا يتأثر بالغلط ولا بالغبن ولا بالاستغلال؛ لخصوصية هذا العقد، وتمييزه عن سائر العقود المالية.

2- النص على أن الإكراه يؤثر على عقد الزواج، فيجعله موقوفا على إجازة المكره بعد زوال الإكراه، وأن الإجازة تكون صريحة أو ضمنية. وأن الاستمرار في الحياة الزوجية بعد زوال الإكراه يُعدّ إجازة ضمنية.

3- النص على أن التغيير يؤثر على عقد الزواج، فيجعله غير لازم، وللمغرور من الزوجين خيار الفسخ؛ سواء تعلق التغيير بذاتية أحد الزوجين، أو بالكفاءة، أو بالعيوب، أو بالصفات المشتركة. وأن خيار الفسخ يسقط بمرور شهرين من تاريخ العلم بالتغيير إذا لم يطالب به صاحبه.

4- النص في موضوع الشروط على أنه يجوز لكل واحد من الزوجين أن يشترط ما يشاء من الصفات المرغوبة في الزوج الآخر، وأنّ له أن يطالب بالفسخ في حال تخلف الصفة المشروطة، باعتبار أن ذلك يُعدّ تغييرا موجبا للخيار.

5- الأخذ بفكرة التفريق بين العيوب المغرّر بها والعيوب غير المغرّر بها، بحيث يتم التساهل في الفسخ للنوع الأول، ويتم التشدد في التفريق للنوع الثاني، وفق ما تم تفصيله في البحث، على أن يكون التفريق للنوع الأول فسخا، وللنوع الثاني طلاقا.

6- النص على أنّ للمكره أو المغرّر به من الزوجين حق طلب التعويض عما لحقه من ضرر، ومن ذلك حق الرجوع بالمهر على الغار.

تم البحث بحمد الله وتوفيقه.

الفهارس العامة

وتتضمن الفهارس الآتية:

أولاً- فهرس الآيات القرآنية

ثانياً- فهرس الأحاديث النبوية

ثالثاً- فهرس الآثار

رابعاً- فهرس الأعلام المترجم لهم

خامساً- قائمة المصادر والمراجع

سادساً- فهرس المحتويات

أولاً- فهرس الآيات القرآنية

السورة ورقمها/ الآية ورقمها	الصفحة
-----------------------------	--------

2- سورة البقرة

- ﴿ وَمَا كَفَرَ سُلَيْمَانُ وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا... ﴾ الآية: 102 184
- ﴿ كَتَبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَّكُمْ... ﴾ الآية: 216 78
- ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمَنَّ... ﴾ الآية: 221 283، 282
- ﴿ فَمَا مَسَاكُ مَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ الآية: 229 351
- ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَرْوَاجَهُنَّ... ﴾ الآية: 232 177، 18، 2
- ﴿ وَلَا تَعْرَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴾ الآية: 235 284

3- سورة آل عمران

- ﴿ وَلَهُ أَسْلَمَ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ طَوْعًا وَكَرْهًا ﴾ الآية: 83 78

4- سورة النساء

- ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُفْسِدُوا فِي الْيَتَامَى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ... ﴾ الآية: 3 137، 69، 18
- ﴿ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ... ﴾ الآية: 6 134
- ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا... ﴾ الآية: 19 188، 174
- ﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا... ﴾ الآية: 20 72
- ﴿ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴾ الآية: 21 72، أ،
- ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ الآية: 29 191، 188، 18
- ﴿ يَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ... ﴾ الآية: 127 137، 70

5- سورة المائدة

- ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ... ﴾ الآية: 1 356
- ﴿ وَرَضِيَتْ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا ﴾ الآية: 3 2

7- سورة الأعراف

- ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ... ﴾ الآية: 32 258

16- سورة النحل

- ﴿ مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ... ﴾ الآية: 106 187

22- سورة الحج

- ﴿ مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ... ﴾ الآية: 78 129

24- سورة النور

- ﴿ الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً... ﴾ الآية: 3 346، 292

- ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا... ﴾ الآية: 19 283
- ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ... ﴾ الآية: 32 191
- ﴿ وَلَا تُكْرِهُوا فَتِيَاتِكُمْ عَلَىٰ الْبِغَاءِ... ﴾ الآية: 33 78
- ﴿ وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا... ﴾ الآية: 59 134
- 27- سورة النمل
- ﴿ وَلَوْطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ وَأَنْتُمْ تُبْصِرُونَ... ﴾ الآية: 54-55 285
- 30- سورة الروم
- ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا... ﴾ الآية: 21 أ، 317
- 33- سورة الأحزاب
- ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ... ﴾ الآية: 49 401
- 39- سورة الزمر
- ﴿ قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴾ الآية: 9 302
- 49- سورة الحجرات
- ﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ... ﴾ الآية: 10 347
- ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ﴾ الآية: 13 347
- 60- سورة الممتحنة
- ﴿ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ... ﴾ الآية: 10 282
- 65- سورة الطلاق
- ﴿ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ ﴾ الآية: 4 133
- ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ... ﴾ الآية: 6 405، 404
- 82- سورة الانفطار
- ﴿ يَا أَيُّهَا الْإِنْسَانُ مَا غَرَّكَ بِرَبِّكَ الْكَرِيمِ ﴾ الآية: 6 232

ثانيا- فهرس الأحاديث النبوية

طرف الحديث

الصفحة

حرف الألف

- « أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحَلَّتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ » 19، 273، 357
- « اجْتَنِبُوا هَذِهِ الْقَادُورَةَ الَّتِي نَهَى اللَّهُ عَنْهَا... » 275
- « إِذَا أَنَا كُمْ مَنْ تَرْضُونَ خُلُقَهُ وَدِينَهُ فَرَوْجُهُ... » 21، 292
- « إِذَا أَنْكَحَ الرَّجُلُ ابْنَهُ وَهُوَ كَارِهِ، فَلَيْسَ بِنِكَاحٍ... » 182
- « اسْتَأْمَرُوا النِّسَاءَ فِي أَنْبَاعِهِنَّ... » 19
- « أَعْلِنُوا هَذَا النِّكَاحَ، وَاجْعَلُوهُ فِي الْمَسَاجِدِ... » 301
- « أَعْضُ لِلْبَصْرِ، وَأَحْصِنُ لِلْفَرْجِ... » 317
- « أَقْتَانِي بِأَبِي قَدْ حَلَلْتُ حِينَ وَضَعْتُ حَمْلِي، وَأَمْرِي بِالنِّكَاحِ إِنْ بَدَأَ لِي » 258-259
- « أَمَّا ابْنَتُهَا فَندَعُو اللهَ أَنْ يُعْغِبَهَا عَنْهَا... » 275
- « أَمَّا أَبُو جَهْمٍ، فَلَا يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ... » 274
- « أَنَا أَكْبَرُ مِنْكَ، وَأَمَّا الْعَيْرَةُ فَيُدْهَبُهَا اللهُ. » 275
- « أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَهِيَ ثَيِّبٌ، فَكَرِهَتْ ذَلِكَ... » 171، 151، 188، 20
- « إِنَّ أَبِي زَوَّجَنِي ابْنَ أَخِيهِ لِيَرْفَعَ بِي حَسِيستَهُ، وَأَنَا كَارِهَةٌ... » 194، 348
- « أَنَّ جَارِيَةً بَكَرًا أَنْتِ النَّبِيِّ ﷺ... » 150، 193، 20
- « أَنَّ رِفَاعَةَ الْفُرْطِيَّ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا، فَتَزَوَّجَتْ آخَرَ... » 350
- « إِنَّ الرُّقَى، وَالتَّمَائِمَ، وَالتَّوَلَةَ شَرُّكَ. » 184
- « انْظُرِي إِلَيْهَا؛ فَإِنَّهُ آخَرَى أَنْ يُؤَدَمَ بَيْنَكُمَا. » 60
- « إِنَّ اللهَ وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ، وَالنِّسْيَانَ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ. » 48-49، 188
- « إِنَّمَا النَّقْمَةُ وَالسُّكْنَى لِلْمَرْأَةِ إِذَا كَانَ لِرِزْوَجِهَا عَلَيْهَا الرَّجْعَةُ. » 405
- « إِنَّ مِنْ بَعْضِ الْمَرْأَةِ تَيْسِيرَ خِطْبَتِهَا... » 74
- « إِنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَمَّاهُ الرُّورَ، يَعْنِي الْوِصَالَ فِي الشَّعْرِ. » 260
- « أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِرَجُلٍ: أَتَرْضَى أَنْ أُزَوِّجَكَ فُلَانَةً؟... » 21
- « إِنَّ وَطْءَكَ فَلَا خِيَارَ لَكَ. » 196
- « إِيَّاكُمْ وَالْكَذِبَ، فَإِنَّ الْكَذِبَ يَهْدِي إِلَى الْمَجُورِ... » 270
- « إِنَّمَا امْرَأَةٌ نَكَحَتْ بَعِيرٍ إِذِنْ وَلِيَّتْهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ... » 10، 178، 222، 388
- « الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيَّتِهَا... » 19

حرف الباء

« الْبَيْتَةَ عَلَى الْمُدْعَى، وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ. » 210، 207

حرف التاء

« تَحْيَرُوا لِنُطْفِكُمْ، وَأَنْكِحُوا الْأَكْفَاءَ، وَأَنْكِحُوا إِلَيْهِمْ. » 346

« تَزَوَّجَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ امْرَأَةً مِنْ بَنِي غِفَارٍ... » 352

« تَزَوَّجَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِسِتِّ سِنِينَ... » 133، 129

« تَزَوَّجُوا الْوُدُودَ الْوُدُودَ؛ فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمْ الْأَمَمَ. » 320

« تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا... » 188، 174، 171، 149، 137، 136، 135، 20

« تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ: لِمَالِهَا، وَلِحَسَبِهَا... » 358

حرف الشاء

« ثَلَاثُ جَدُّهُنَّ جَدٌّ، وَهَزُّهُنَّ جَدٌّ... » 191، 27

« الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا... » 151، 149، 136، 19

حرف الجيم

« جَاءَ رَجُلٌ بِابْنَةٍ لَهُ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ، فَقَالَ: هَذِهِ ابْنَتِي أَبْتُ أَنْ تَزَوَّجَ... » 21

حرف الحاء

« حَطَبَ أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ فَاطِمَةَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: إِنَّهَا صَغِيرَةٌ... » 299

« حَيَّرَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا. » 348

حرف الدال

« الدِّينُ النَّصِيحَةُ. » 274

حرف الراء

« رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ... » 25

حرف الزاي

« زَوَّجْتُ أُخْتًا لِي مِنْ رَجُلٍ فَطَلَّقَهَا... » 177

حرف السين

« سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْجَارِيَةِ يُنْكَحُهَا أَهْلُهَا... » 19

« السِّحَاقُ بَيْنَ النِّسَاءِ زِنًا بَيْنَهُنَّ. » 285

« سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ النَّامِصَةِ، وَالْوَاشِرَةِ... » 262

حرف العين

« عَلَيْكُمْ بِالْأَبْكَارِ؛ فَإِنَّهُنَّ أَعْدَبُ أَفْوَاهًا، وَأَنْتَقُ أَرْحَامًا... » 335، 334

حرف الغين

260 « عَيَّرُوا هَذَا بِشَيْءٍ، وَاجْتَنَبُوا السَّوَادَ. »

حرف الفاء

352 « فِرَّ مِنَ الْمَجْدُومِ كَمَا تَفِرُّ مِنَ الْأَسَدِ. »

حرف الكاف

322 « كَانَتْ امْرَأَةٌ مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ، قَصِيرَةٌ تَمْشِي مَعَ امْرَأَتَيْنِ طَوِيلَتَيْنِ... »

حرف اللام

39 « لَا تُزَوِّجِ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَةَ، وَلَا تُزَوِّجِ الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا. »

174، 151، 150، 20 « لَا تُنْكِحِ الْأَيْمَ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ... »

346 « لَا تَنْكِحُوا النِّسَاءَ إِلَّا الْأَكْفَاءَ، وَلَا يُزَوِّجُهُنَّ إِلَّا الْأَوْلِيَاءَ. »

179 « لَا تَنْكِحُوهُنَّ إِلَّا بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ. »

350 « لَا، حَتَّى تَذُوقِي عُسْبِلَتَهُ وَتَذُوقِ عُسْبِلَتِكَ. »

352، 318، 157 « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ. »

404 « لَا نَفَقَةَ لَكَ إِلَّا أَنْ تَكُونِي حَامِلًا. »

154 « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِإِذْنِ وِلِيِّ مُرْشِدٍ، أَوْ سُلْطَانٍ... »

176، 9 « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ. »

154 « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدِي عَدْلٍ... »

352 « لَا يُورِدَنَّ مُرْمِضٌ عَلَى مُصِحِّحٍ. »

350 « لَعَلَّكَ تُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَى رِفَاعَةَ. »

136 « لَا يُتَمَّ بَعْدَ اخْتِلَامٍ. »

184 « لَعَنَ اللَّهُ الْمُحَلَّلَ، وَالْمُحَلَّلَ لَهُ. »

261 « لَعَنَ اللَّهُ الْوَاشِمَاتِ وَالْمُسْتَوْشِمَاتِ، وَالْمَتَنِمِّصَاتِ وَالْمُتَفَلِّجَاتِ لِلْحُسْنِ. »

260 « لَعَنَ اللَّهُ الْوَأَصِلَةَ وَالْمُسْتَوْصِلَةَ. »

258 « لَوْ كَانَ أُسَامَةُ جَارِيَةً لَحَلَّيْتُهٖ وَكَسَوْتُهُ حَتَّى أَنْفِقَهُ. »

222 « لَهَا مَا أَعْطَاهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا. »

222 « لَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا. »

حرف الميم

355 « مَا بَأْسُ أَنْاسٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ... »

102 « الْمُسْلِمُ أَحْوُ الْمُسْلِمِ لَا يَظْلِمُهُ، وَلَا يُسْلِمُهُ... »

347 « الْمُسْلِمُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ... »

- 357 « الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ... »
- 279، 256 « الْمَكْرُ وَالْحَدِيثَةُ وَالْحَيَانَةُ فِي النَّارِ. »
- 357، 279، 268، 256 « مَنْ عَشِنَا فَلَيْسَ مِنَّا. »

حرف الهاء

- 189، 138 « هِيَ يَتِيمَةٌ، وَلَا تُنْكَحُ إِلَّا بِإِذْنِهَا... »

حرف الباء

- 317 « يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مِنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ فَإِنَّهُ أَغْضَى لِلْبَصْرِ وَأَحْصَنٌ لِلْفَرْجِ... »
- 19 « يُسْتَأْمَرُ النِّسَاءُ فِي أَبْضَاعِهِنَّ؟... »

ثالثا- فهرس الآثار

الآثر وقائله

الصفحة

حرف الألف

- « أُبَيٌّ بِامْرَأَةٍ شَابَّةٍ زَوَّجَهَا شَيْخًا كَبِيرًا فَقَتَلَتْهُ... » عمر 300
- « أَحْبَبْتَهَا أَنْتَ عَقِيمٌ لَا يُوَلِّدُ لَكَ؟ قَالَ: لَا، قَالَ: فَأَحْبَبْتَهَا، وَحَبَّيْتَهَا. » عمر 321، 310
- « إِذَا بَلَغَتِ الْجَارِيَةَ تِسْعَ سِنِينَ فَهِيَ امْرَأَةٌ ». عائشة 155
- « إِذَا تَزَوَّجَهَا بَرِّصَاءً أَوْ عَمِيَاءً، فَدَخَلَ بِهَا، فَلَهَا الصَّدَاقُ... » عمر 310
- « أَرْبَعٌ لَا يُجْزَنُ فِي بَيْعٍ وَلَا نِكَاحٍ: الْمَجْنُونَةُ وَالْمَجْدُومَةُ... » ابن عباس 352، 309
- « أَنَّ الْحَيْضَةَ تُدْهِبُ الْعُدْرَةَ يَقِينًا ». عائشة 333
- « أَنْكَحَ ابْنَهُ صَغِيرًا ابْنَةً لِمُصْعَبٍ صَغِيرَةً ». عروة بن الزبير 139
- « أَنَّ رَجُلًا تَزَوَّجَ امْرَأَةً، وَلَهَا ابْنَةٌ مِنْ غَيْرِهِ، وَلَهُ ابْنٌ مِنْ غَيْرِهَا... » عمر 282
- « أَنَّ رَجُلًا تَزَوَّجَ عَلَى عَهْدِ عُمَرَ رضي الله عنه، وَكَانَ قَدْ حَضَبَ بِالسَّوَادِ... » عمر 301
- « أَنَّ رَجُلًا حَطَبَ إِلَى رَجُلٍ أُحْتَهُ، فَذَكَرَ أَنَّهَا قَدْ كَانَتْ أَحَدَتْ... » عمر 275
- « إِنْ كَانَ دَلَسَ عَلَيْكَ عَيْبًا لَمْ يَجْزُ ». القاضي شريح 311، 304
- « إِنْ كَانَ عَلِيمٌ ذَلِكَ أَنَّ الْخَامِسَةَ لَا تَحِلُّ لَهُ رُجْمًا... ». الزهري 344
- « أَنَّ النَّكَاحَ يُرَدُّ مِنْ كُلِّ ذَا عَضَالٍ ». ابن شهاب الزهري 310
- « أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ فِي عِدَّتِهَا، فَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا... » عمر 392، 343
- « أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ وَبِهَا شَيْءٌ مِنْ هَذَا الدَّاءِ... » عمر 310
- « أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً، فَوَجَدَهَا مَجْنُونَةً، أَوْ... » علي 393-392، 351
- « أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً، وَبِهَا جُنُونٌ، أَوْ جُدَامٌ، أَوْ بَرِّصٌ... » عمر 393، 352، 309

حرف التاء

- « تزويج الزبير ابنته يوم وُلدت من قدامة بن مظعون ». 133
- « تزويج عروة بن الزبير ابنته ولها خمس سنين من ولد صغير ». 133
- « تزويج علي بن أبي طالب ابنته أم كلثوم وهي صغيرة من عمر ابن الخطاب ». 133

حرف الراء

- « الرَّجُلُ يَفْجُرُ بِالْمَرْأَةِ، ثُمَّ يَتَزَوَّجُهَا... ». جابر بن عبد الله 183
- « رَجِمَ امْرَأَةً كَانَتْ ذَاتَ زَوْجٍ فَجَاءَتْ أَرْضًا، فَتَزَوَّجَتْ... » علي 344، 284

حرف الزاي

133 « تزويج عروة بن الزبير ابنته ولها خمس سنين من ولد صغير... »

139 « زَوْج ابْنًا لَهُ ابْنَةٌ أَخِيهِ، وَإِنَّهُ صَغِيرٌ يَوْمئِذٍ ». ابن عُمَرَ.....

حرف الضاد

284 « ضرب امرأة نَكَحَتْ فِي عِدَّتِهَا، وَضَرَبَ زَوْجَهَا... ». عمر بن الخطاب.....

حرف العين

352، 309 « الْعَيْنِ يُوجَلُ سَنَةً، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا؛ وَإِلَّا فُرِقَ بَيْنَهُمَا ». ابن مسعود.....

حرف القاف

401 « قَضَى الْخُلَفَاءُ الْمَهْدِيُّونَ الرَّاشِدُونَ: أَنَّهُ مَنْ أَعْلَقَ بَابًا... ». زُرَّارَةَ بْنِ أَوْفَى.....

342 « قَضَى فِي رَجُلٍ حَطَبَ امْرَأَةً إِلَى أَبِيهَا، وَلَهَا أُمٌّ عَرَبِيَّةٌ... ». ابن عباس.....

حرف الكاف

188، 174 « كَانُوا إِذَا مَاتَ الرَّجُلُ، كَانَ أَوْلِيَاؤُهُ أَحَقَّ بِامْرَأَتِهِ... ». ابن عباس.....

حرف اللام

351 « لَا تُرَدُّ الْحَرَّةُ مِنْ عَيْبٍ ». ابن مسعود.....

347 « لِأَمْنَعَنَّ فُرُوجَ ذَوَاتِ الْأَحْسَابِ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مِنَ الْأَكْفَاءِ ». عمر.....

334 « لَا يُضْرَبُ، إِلَّا أَنْ يَرِمَهَا بِالزَّيْنِ؛ لِأَنَّ الْعُدْرَةَ تَذْهَبُ بِهَا الْحَيْضَةُ... ». الشعبي.....

342 « لِلَّتِي بَنَى بِهَا صَدَاقُهَا عَلَى زَوْجِهَا، وَهُوَ لَزَوْجِهَا عَلَى أَبِيهَا... ». قتادة.....

393، 342 « لَهَا الصَّدَاقُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، وَعَلَى أَبِيهَا صَدَاقُ هَذِهِ لَزَوْجِهَا... ». علي.....

334 « لَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ، الْعُدْرَةُ تَذْهَبُ مِنْ غَيْرِ رِيَّةٍ؛ تُذْهِبُهَا الْوَثْبَةُ... ». الحسن البصري.....

حرف الميم

390 « مَا ذَنْبُهُنَّ إِنْ جَاءَ الْعَجْزُ مِنْ قَبْلِكُمْ؟... ». عمر.....

378 « مَضَتْ السُّنَّةُ أَنْ يُحَوَّرَ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِيمَا لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ غَيْرُهُنَّ... ». الزهري.....

حرف الهاء

310 « هِيَ بِالْحَيَارِ إِذَا عَلِمَتْ ». قتادة.....

137، 70-69 « هِيَ الْيَتِيمَةُ تَكُونُ فِي حَجْرٍ وَلِيَّهَا... ». عائشة.....

حرف الباء

353، 309 « يُرَدُّ مِنَ الْقَرْنِ، وَالْجُدَامِ، وَالْجُنُونِ، وَالْبَرَصِ... ». علي.....

390 « يُوجَلُ سَنَةً فَإِنْ قَدِرَ عَلَيْهَا وَإِلَّا فُرِقَ بَيْنَهُمَا... ». عمر.....

رابعاً- فهرس الأعلام المترجم لهم

الاسم	الصفحة
أحمد الدردير	179
ابن بطال	158
بدر الدين العيني	171
أبو بكر الأصم	134
ابن تيمية	17
الجويني	59
الحجاوي	80
ابن حجر الهيتمي	115
ابن حزم	139
الخطيب التمرتاشي	79
ابن رشد الجد	73
الرصاع	241
الزركشي	101
زفر	142
زكريا الأنصاري	80
ابن أبي زيد القيرواني	167
السرخسي	78
ابن شاس	79
ابن شرمة	134
الشوكاني	21
الطوري	100
ابن عابدين	16
عبد الباقي الزرقاني	108
ابن عبد البر	72
ابن عبد الحكم	225
عثمان البيتي	134
ابن العربي	94

79	عبد العزيز البخاري
96	عليش
196	ابن قدامة
212	ابن فرحون
18	القراي
3	ابن القيم
16	الكاساني
69	محمد بن الحسن الشيباني
79	محمد الطاهر بن عاشور
259	ابن الملقن
139	ابن المنذر
126	ابن الهمام
69	أبو يوسف

خامسا- قائمة المصادر والمراجع

أولا- القرآن الكريم: برواية حفص.

ثانيا- كتب التفسير

- 1- أحكام القرآن: أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي (ت: 543هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424هـ / 2003م.
- 2- أحكام القرآن: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت: 370هـ)، تحقيق: محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط)، 1405هـ.
- 3- أحكام القرآن للشافعي: جمع أحمد بن الحسين البيهقي (ت: 458هـ)، تحقيق: عبد الغني عبد الخالق، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط2، 1414هـ / 1994م.
- 4- أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن: محمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي (ت: 1393هـ)، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، (د.ط)، 1415هـ / 1995م.
- 5- التحرير والتنوير: محمد الطاهر بن عاشور، الدار التونسية للنشر، تونس، (د.ط)، 1984م.
- 6- تفسير الطبري (جامع البيان في تأويل القرآن): أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد الطبري (ت: 310هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1420هـ / 2000م.
- 7- تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن): أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي (ت: 671هـ)، تحقيق: أحمد البردوني / إبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1384هـ / 1964م.
- 8- فتح البيان في مقاصد القرآن: محمد صديق خان بن حسن القنوجي (ت: 1307هـ)، تحقيق: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، صيدا، بيروت، (د.ط)، 1412هـ / 1992م.
- 9- المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز: أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عطية الأندلسي (ت: 546هـ)، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1422هـ / 2001م.

ثالثا- كتب السنة النبوية وشروحها

- 10- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام: تقي الدين محمد بن علي القشيري، المعروف بابن دقيق العيد (ت: 702هـ)، مطبعة السنة المحمدية، (د.ط، د.ت).
- 11- إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري: شهاب الدين أحمد بن محمد القسطلاني (ت: 923هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط7، 1323هـ.
- 12- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: محمد ناصر الدين الألباني (ت: 1420هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405هـ / 1985م.

- 13- الاستذكار: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي (ت 463هـ)، تحقيق: سالم محمد عطا/ محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421هـ/ 2000م.
- 14- الإعلام بفوائد عمدة الأحكام: ابن الملقن سراج الدين عمر بن علي الشافعي (ت 804هـ)، تحقيق: عبد العزيز بن أحمد المشيقح، دار العاصمة للنشر والتوزيع، السعودية، ط1، 1417هـ/ 1997م.
- 15- إكمال المعلم بفوائد مسلم (وهو شرح لصحيح مسلم): عياض بن موسى اليحصبي السبتي (ت 544هـ)، تحقيق: يحيى إسماعيل، دار الوفاء، مصر، ط1، 1419هـ/ 1998م.
- 16- تحفة الأحمدي بشرح جامع الترمذي: أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري (ت 1353هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط، د.ت).
- 17- التنوير شرح الجامع الصغير: محمد بن إسماعيل الحسني، المعروف بالأمر الصنعاني (ت 1182هـ)، تحقيق: محمد إسحاق محمد إبراهيم، مكتبة دار السلام، الرياض، ط1، 1432هـ/ 2011م.
- 18- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي (ت 463هـ)، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي/ محمد عبد الكبير البكري، نشر وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، (د.ط)، 1387هـ.
- 19- التوضيح لشرح الجامع الصحيح: سراج الدين عمر بن علي ابن الملقن الشافعي (ت 804هـ)، تحقيق: دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، نشر دار النوادر، دمشق، ط1، 1429هـ/ 2008م.
- 20- جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي (ت: 795هـ)، تحقيق: محمد محمد تامر، دار البيان العربي، القاهرة، (د.ط)، 2005م.
- 21- الجوهر النقي على سنن البيهقي: علاء الدين علي بن عثمان المارديني، الشهير بابن التركماني (ت 750هـ)، دار الفكر، (د.ط، د.ت).
- 22- حاشية السندي على سنن النسائي (مطبوع مع السنن): محمد بن عبد الهادي السندي (ت: 1138هـ)، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط2، 1406هـ/ 1986م.
- 23- ذخيرة العقبي في شرح المجتبى (شرح لسنن النسائي): محمد بن علي بن آدم الإثيوبي الوَلَوِي، دار المعراج الدولية للنشر [ج: 1-5]، دار آل بروم للنشر والتوزيع [ج: 6-40]، ط1، [ج: 1-5 سنة 1996م/ ج: 6-9 سنة 1999م/ ج: 10-12 سنة 2000م/ ج: 13-40 سنة 2003].
- 24- سبل السلام: محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، المعروف بالأمر الصنعاني (ت: 1182هـ)، دار الحديث، (د.ط، د.ت).
- 25- سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها: محمد ناصر الدين الألباني (ت: 1420هـ)، دار المعارف، الرياض، ط1، 1415هـ/ 1995م.
- 26- سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة: محمد ناصر الدين الألباني (ت: 1420هـ)، دار المعارف، الرياض، ط1، 1412هـ/ 1992م.

- 27- سنن أبي داود: سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي (ت: 275هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط/ محمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، ط1، 1430هـ/2009م.
- 28- سنن الترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي (ت: 279هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط2، 1395هـ/1975م.
- 29- سنن الدارقطني: أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد الدارقطني (ت: 385هـ): تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424هـ/2004م.
- 30- سنن سعيد بن منصور: أبو عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني (ت: 227هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية، الهند، ط1، 1403هـ/1982م.
- 31- السنن الكبرى: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي الخراساني (ت: 458هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424هـ/2003م.
- 32- السنن الكبرى: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي النسائي (ت: 303هـ)، تحقيق: حسن عبد المنعم شلي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1421هـ/2001م.
- 33- سنن ابن ماجه: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت: 273هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرسالة العالمية، ط1، 1430هـ/2009م.
- 34- سنن النسائي (المجتبى أو السنن الصغرى): أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي (ت: 303هـ)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط2، 1406هـ/1986م.
- 35- شرح سنن ابن ماجه: وهو مجموع من ثلاثة شروح هي: «مصباح الزجاجاة» للسيوطي (ت: 911هـ)، «إنجاح الحاجة» لمحمد عبد الغني الدهلوي الحنفي (ت: 1296هـ)، «ما يليق من حل اللغات وشرح المشكلات» لفخر الحسن بن عبد الرحمن الحنفي الكنكوهي (ت: 1315هـ)، طبعة قديمي كتب خانة، كراتشي، (د.ط، د.ت).
- 36- شرح صحيح البخاري: أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك بن بطلال البكري القرطبي (ت: 449هـ): تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، ط2، 1423هـ/2003م.
- 37- شرح صحيح مسلم [المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج]: أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (ت: 676هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، 1392هـ.
- 38- شرح مسند أبي حنيفة: أبو الحسن نور الدين، علي بن محمد، الملا الهروي القاري (ت: 1014هـ)، تحقيق: الشيخ خليل محيي الدين الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ/1985م.
- 39- صحيح البخاري (ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي): محمد بن إسماعيل البخاري (ت: 256هـ): تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ.
- 40- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان: محمد بن حبان بن أحمد الدارمي (ت: 354هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1414هـ/1993م.

- 41- صحيح الترهيب والترهيب: محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الرياض ط5، (د.ت).
- 42- صحيح أبي داود (الأم): محمد ناصر الدين الألباني (ت:1420هـ)، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، ط1، 1423هـ/2002م.
- 43- صحيح مسلم (ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي): مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت: 261هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط، د.ت).
- 44- عمدة القاري شرح صحيح البخاري: بدر الدين محمود بن أحمد العيني (ت: 855هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط، د.ت).
- 45- عون المعبود شرح سنن أبي داود، (ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود): محمد أشرف بن أمير العظيم آبادي (ت1329هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1415هـ.
- 46- فتح الباري بشرح صحيح البخاري: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت: 852هـ)، تصحيح: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، 1379هـ.
- 47- فيض الباري على صحيح البخاري: محمد أنور شاه بن معظم شاه الكشميري (ت:1353هـ)، تحقيق: محمد بدر عالم الميرتقي - أستاذ الحديث بالجامعة الإسلامية بداهيل - (جمع الأمالي وحررها ووضع حاشية البدر الساري إلى فيض الباري)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1426هـ/2005م.
- 48- فيض القدير شرح الجامع الصغير: زين الدين محمد، المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين المناوي (ت1031هـ)، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط1، 1356هـ.
- 49- وبل الغمام على شفاء الأوام شرح أحاديث الأحكام: محمد بن علي الشوكاني (ت1250هـ)، تحقيق: محمد صبحي حلاق، نشر مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط1، 1416هـ.
- 50- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيتمي (ت: 807هـ)، تحقيق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، (د.ط)، 1414هـ/1994م.
- 51- مرعاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح: علي بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري (ت1014هـ)، دار الفكر، بيروت، ط1، 1422هـ/2002م.
- 52- المسالك في شرح موطأ مالك: القاضي محمد بن عبد الله، أبو بكر بن العربي المالكي (ت543هـ)، تعليق: محمد بن الحسين السليماني، وعائشة بنت الحسين السليماني، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1428هـ/2007م.
- 53- المستدرک على الصحيحين: أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن النيسابوري (ت:405هـ): تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ/1990م.
- 54- معرفة السنن والآثار: أحمد بن الحسين الخراساني، أبو بكر البيهقي (ت: 458هـ)، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، الناشر: جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي - باكستان)، دار قتيبة (بيروت - لبنان)، دار الوعي (حلب - دمشق)، دار الوفاء (المنصورة - القاهرة)، ط1، 1412هـ/1991م.

- 55- مسند الإمام أحمد: أبو عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني (ت: 241هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط1، 1421هـ/2001م.
- 56- مسند الفاروق: أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي (ت: 774هـ)، تحقيق: إمام بن علي بن إمام، دار الفلاح، الفيوم- مصر، ط1، 1430هـ/2009م.
- 57- المصنف: عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (ت: 211هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي، الهند (يطلب من المكتب الإسلامي، بيروت)، ط2، 1403هـ.
- 58- المصنف في الأحاديث والآثار: أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة (ت: 235هـ)، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409هـ.
- 59- معالم السنن (وهو شرح سنن أبي داود): أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم الخطابي (ت: 388هـ)، المطبعة العلمية، حلب، ط1، 1351هـ/1932م.
- 60- المعجم الكبير: أبو القاسم، سليمان بن أحمد الطبراني (ت: 360هـ)، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط2، (د.ت).
- 61- المعلم بفوائد مسلم: أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري المالكي (ت: 536هـ)، تحقيق: محمد الشاذلي النيفر، الدار التونسية للنشر/ المؤسسة الوطنية للكتاب بالجزائر/ المؤسسة الوطنية للترجمة والتحقيق والدراسات بيت الحكمة، ط2، 1988م، والجزء الثالث صدر بتاريخ 1991م.
- 62- موطأ الإمام مالك: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت: 179هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط)، 1406هـ/1985م.
- 63- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار: محمد بن علي الشوكاني (ت: 1250هـ)، تحقيق: عصام الدين الصبايطي، دار الحديث، مصر، ط1، 1413هـ/1993م.

رابعاً- كتب اللغة والمعاجم والمصطلحات

- 64- أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء: قاسم بن عبد الله القونوي الحنفي (ت: 978هـ)، تحقيق: يحيى حسن مراد، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)، 1424هـ/2004م.
- 65- تاج العروس من جواهر القاموس: السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تحقيق: عبد الستار أحمد فراج، مطبعة حكومة الكويت، (د.ط)، 1385هـ/1965م.
- 66- التعريفات: علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (ت: 816هـ)، تحقيق: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1403هـ/1983م.
- 67- التعريفات الفقهية: محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ/2003م.
- 68- تهذيب اللغة: أبو منصور محمد بن أحمد الأزهرى، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط4، 2001م.

- 69- التوقيف على مهمات التعاريف: زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين المناوي القاهري (ت: 1031هـ)، عالم الكتب، القاهرة، ط1، 1410هـ/ 1990م.
- 70- شرح حدود ابن عرفة [والمسمى: الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية]: محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي المالكي (ت: 894هـ)، المكتبة العلمية، ط1، 1350هـ.
- 71- الصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية): إسماعيل بن حماد الجوهري الفراءى، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط4، 1990م.
- 72- طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية: نجم الدين عمر بن محمد بن أحمد النسفى (ت537هـ)، المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد، (د.ط)، 1311هـ.
- 73- القاموس المحيط: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادى (ت817هـ)، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط8، 1426هـ/ 2005م.
- 74- كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: محمد علي التهانوي (ت1158هـ)، تقديم وإشراف ومراجعة: رفيق العجم، تحقيق: علي دحروج، نقل النص الفارسي إلى العربية: عبد الله الخالدي، الترجمة الأجنبية: جورج زيناني، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ط1، 1996م.
- 75- الكليات (معجم في المصطلحات والفروق اللغوية): أبو البقاء أيوب بن موسى الكفوي الحنفي (ت1094هـ)، تحقيق: عدنان درويش / محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، (د.ت، د.ط).
- 76- لسان العرب: محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري (ت711هـ)، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ.
- 77- المطلع على ألفاظ المقنع: أبو عبد الله، محمد بن أبي الفضل البعلبي (ت: 709هـ)، تحقيق: محمود الأرنؤوط/ ياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادي للتوزيع، ط1، 1423هـ/ 2003م.
- 78- معجم اللغة العربية المعاصرة: أحمد مختار عبد الحميد عمر (ت1424هـ) بمساعدة فريق عمل، عالم الكتب، ط1، 1429هـ/ 2008م.
- 79- المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية، الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، مكتبة الشروق الدولية، ط4، 1425هـ/ 2004م.
- 80- المفردات في غريب القرآن: الحسين بن محمد بن المفضل المعروف بالراغب الأصفهاني (ت502هـ)، تحقيق: صفوان عدنان داودي، دار العلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، (د.ط)، 1412هـ.
- 81- مقاييس اللغة: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت395هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، (د.ط)، 1399هـ/ 1979م.
- 82- النهاية في غريب الحديث والأثر: ابن الأثير الجزري، (ت606هـ)، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي/ محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، (د.ط)، 1399هـ/ 1979م.

خامسا- كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية

- 83- الأشباه والنظائر: تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي (ت 771هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ/ 1991م.
- 84- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت: 911هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ/ 1990م.
- 85- إعلام الموقعين عن رب العالمين: شمس الدين، محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية (ت 751هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ/ 1991م.
- 86- تقويم الأدلة في أصول الفقه: أبو زيد عبد الله بن عمر الدبوسي الحنفي (ت 430هـ)، تحقيق: خليل محيي الدين الميس، دار الكتب العلمية، ط1، 1421هـ/ 2001م.
- 87- التلخيص في أصول الفقه: أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني (ت: 478هـ)، تحقيق: عبد الله جولم النبالي/ بشير أحمد العمري، دار البشائر الإسلامية، بيروت، (د.ط)، 1417هـ/ 1996م.
- 88- التمهيد في تخريج الفروع على الأصول: عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي (ت 772هـ)، تحقيق: محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1400هـ.
- 89- البحر المحيط في أصول الفقه: بدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي (ت: 794هـ)، دار الكتيبي، ط1، 1414هـ/ 1994م.
- 90- روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي (ت620هـ)، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 1423هـ/ 2002م.
- 91- شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه: سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي (ت: 793هـ)، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ/ 1996م.
- 92- شرح مختصر الروضة: نجم الدين سليمان بن عبد القوي الطوفي (ت: 716هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1407هـ/ 1987م.
- 93- غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم: أحمد بن محمد الحنفي الحموي (ت: 1098هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ/ 1985م.
- 94- الفروق [أنوار البروق في أنواع الفروق]: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت 684هـ)، تحقيق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، ط1، 1421هـ/ 2001م.
- 95- قواطع الأدلة في الأصول: منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد السمعاني الشافعي (ت489هـ)، تحقيق: محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/ 1999م.

- 96- قواعد الأحكام في مصالح الأنام: أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، الملقب بسلطان العلماء (ت660هـ)، مراجعة وتعليق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، طبعة جديدة مضبوطة ومنقحة، 1414هـ/1991م.
- 97- القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط1، 1427هـ/2006م.
- 98- القواعد النورانية الفقهية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحنبلي (ت728هـ): تحقيق: أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 1422هـ.
- 99- القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية: ابن اللحام، علي بن محمد بن عباس البعلبي الحنبلي (ت803هـ)، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، (د.ط)، 1420هـ/1999م.
- 100- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي: عبد العزيز بن أحمد، علاء الدين البخاري (ت730هـ)، تحقيق: عبد الله محمود عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/1997م.
- 101- المنشور في القواعد: محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي الشافعي (ت794هـ)، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ط2، 1405هـ/1985م.
- 102- الموافقات: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت790هـ)، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، السعودية، ط1، 1417هـ/1997م.
- 103- موسوعة القواعد الفقهية: محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ/2003م.
- 104- نزهة الأعين النواظر في علم الوجوه والنظائر: جمال الدين أبو الفرج، عبد الرحمن الجوزي (ت597هـ)، تحقيق: محمد عبد الكريم كاظم الراضي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1404هـ/1984م.

سادسا- كتب الفقه الحنفي

- 105- الاختيار لتعليل المختار: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، تعليق: محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي، القاهرة (وصورتها دار الكتب العلمية، بيروت)، (د.ط)، 1937م. واعتمت كذلك على طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1426هـ/2005م، تحقيق: عبد اللطيف محمد عبد الرحمن.
- 106- البحر الرائق شرح كنز الدقائق للنسفي: زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم المصري الحنفي (ت970هـ)، [ومعه: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين الطوري]، دار الكتاب الإسلامي، ط2، (د.ت).
- 107- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، (ت587هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1406هـ/1986م.
- 108- البناية شرح الهداية [والهداية هي شرح لبداية المبتدي، وكلاهما للمرغيناني]: بدر الدين محمود بن أحمد العيني الحنفي (ت855هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420هـ/2000م.

- 109- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق [وبهامشه: حاشية الشلبي]: عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (ت: 743هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ط1، 1313هـ، ثم صورتها دار الكتاب الإسلامي، ط2.
- 110- تجبير التحرير في إبطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تعجير: ابن عابدين (ت 1252هـ)، رسالة مطبوعة ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين، در سعادت، الأستانة، 1325هـ.
- 111- تحفة الفقهاء: محمد بن أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (ت: 540هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1414هـ/ 1994م.
- 112- حاشية ابن عابدين (رد المختار على الدر المختار): محمد الأمين ابن عابدين (ت 1252هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد المقصود، علي محمد عوض، دار عالم الكتب، الرياض، (د.ط)، 1423هـ/ 2003م.
- 113- حاشية منحة الخالق على البحر الرائق [مطبوع بهامش البحر الرائق]: ابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، ط2، (د.ت).
- 114- درر الحكام شرح مجلة الأحكام: علي حيدر خواجه أمين أفندي (ت 1353هـ)، تحقيق وتعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، ط1، 1411هـ/ 1991م.
- 115- شرح فتح القدير: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، المعروف بابن الهمام (ت 681هـ)، دار الفكر، بيروت، (د.ط، د.ت).
- 116- كنز الدقائق: أبو البركات عبد الله بن أحمد حافظ الدين النسفي (ت 710هـ)، تحقيق: سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية/ دار السراج، ط1، 1432هـ/ 2011م.
- 117- الفتاوى الهندية: لجنة من علماء الهند برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، بيروت، ط2، 1310هـ.
- 118- المبسوط: شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي (ت 483هـ)، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، 1414هـ/ 1993م.
- 119- المحيط البرهاني في الفقه النعماني: برهان الدين محمود بن أحمد بن مازة البخاري الحنفي (ت 616هـ)، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ/ 2004م.
- 120- مجلة الأحكام العدلية: أعتها لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، (د.ط، د.ت).
- 121- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان: محمد قدرى باشا (ت 1306هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، ط2، 1308هـ/ 1891م.
- 122- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام: علاء الدين، علي بن خليل الطرابلسي الحنفي (ت 844هـ)، دار الفكر، بيروت، (د.ط، د.ت).
- 123- النتف في الفتاوى: أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السعدي الحنفي (ت 461هـ)، تحقيق: صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، عمان- الأردن/ مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1404هـ/ 1984م.

124- النهر الفائق شرح كنز الدقائق: سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي (ت 1005هـ)، تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1422هـ/ 2002م.

سابعا- كتب الفقه المالكي

125- أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك: أبو بكر بن حسن الكشناوي (ت1397هـ)، دار الفكر، بيروت، ط2، (د.ت).

126- الإشراف على نكت مسائل الخلاف: القاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (ت422هـ)، تحقيق: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، ط1، 1420هـ/ 1999م.

127- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (ت595هـ)، دار الحديث، القاهرة، (د.ط)، 1425هـ/ 2004م.

128- البهجة في شرح التحفة: أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/ 1998م.

129- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة: محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت:450هـ)، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1408هـ/ 1988م.

130- التاج والإكليل لمختصر خليل: أبو عبد الله محمد بن يوسف المواق (ت897هـ)، [مطبوع بهامش مواهب الجليل]، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ/ 1995م.

131- التبصرة: علي بن محمد الربيعي، أبو الحسن، المعروف بالرخمي (ت478هـ)، تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة قطر، ط1، 1432هـ/ 2011م.

132- تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام: إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمري (ت799هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، 1406هـ/ 1986م.

133- التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب: خليل بن إسحاق المالكي (ت776هـ)، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، نشر مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط1، 1429هـ/ 2008م.

134- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت1230هـ)، دار الفكر، (د.ط، د.ت).

135- حاشية الصاوي على الشرح الصغير [والمسماة: بلغة السالك لأقرب المسالك]: أحمد بن محمد الصاوي (ت1241هـ)، دار المعارف، القاهرة، (د.ط، د.ت).

136- حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني: علي بن أحمد بن مكرم العدوي (ت1189هـ)، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1414هـ/ 1994م.

137- حلى المعاصم لفكر ابن عاصم [وهو شرح لتحفة الحكام لابن عاصم]: أبي عبد الله محمد التاودي، مطبوع بهامش البهجة في شرح التحفة للتسولي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، (د.ط، د.ت).

- 138- الذخيرة: شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي الشهير بالقرافي (ت 684هـ)، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1994م.
- 139- شرح التلقين: أبو عبد الله، محمد بن علي التميمي المازري المالكي (ت 536هـ)، تحقيق: محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 2008م.
- 140- شرح الزرقاني على مختصر خليل: عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني، (ت 1099هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1422هـ/ 2002م.
- 141- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك (ومعه حاشية الصاوي): أحمد بن محمد بن أحمد الدردير (ت 1201هـ)، تحقيق: مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، (د.ط، د.ت).
- 142- الشرح الكبير على مختصر خليل [وبهامشه حاشية الدسوقي]: أحمد بن محمد بن أحمد الدردير (ت 1201هـ)، دار الفكر، (د.ط، د.ت).
- 143- شرح مختصر خليل: محمد بن عبد الله الخرشبي المالكي (ت: 1101هـ)، [وبهامشه حاشية العدوي]، دار الفكر للطباعة، بيروت، (د.ط، د.ت).
- 144- شرح ميارة الفاسي [والمسمى: الإلتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام]: محمد بن أحمد المالكي المعروف بميارة الفاسي (ت: 1072هـ)، دار المعرفة، بيروت، (د.ط، د.ت).
- 145- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة: جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس المالكي (ت 616هـ)، تحقيق: حميد بن محمد لحر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1423هـ/ 2003م.
- 146- فتاوى البرزلي (جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام): أبو القاسم بن أحمد البلوي التونسي المعروف بالبرزلي، تحقيق: محمد الحبيب الهيلة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 2002م.
- 147- فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك: محمد بن أحمد بن محمد عيش المالكي (ت: 1299هـ)، دار المعرفة، بيروت، (د.ط، د.ت).
- 148- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي (ت: 1126هـ)، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1415هـ/ 1995م.
- 149- القوانين الفقهية: محمد بن أحمد ابن جزى الكلبي الغرناطي (ت 741هـ)، طبعة دون معلومات النشر.
- 150- الكافي في فقه أهل المدينة: أبو عمر يوسف بن عبد البر القرطبي (ت 463هـ)، تحقيق: محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط 2، 1400هـ/ 1980م.
- 151- مختصر خليل: ضياء الدين، خليل بن إسحاق بن موسى المالكي المصري (ت 776هـ)، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ط 1، 1426هـ/ 2005م.
- 152- المختصر الفقهي: أبو عبد الله محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، (ت 803هـ)، تحقيق: حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، ط 1، 1435هـ/ 2014م.

- 153- المدونة الكبرى: مالك بن أنس الأصبحي المدني (ت: 179هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ/ 1994م.
- 154- المعونة على مذهب عالم المدينة: عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (ت: 422هـ)، تحقيق: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية / مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، (د.ط، د.ت).
- 155- المعيار العرب والجامع العرب عن فتاوى أهل افريقية و الأندلس والمغرب: أحمد بن يحيى الونشريسي (ت: 914هـ)، تخريج: جماعة من الفقهاء تحت إشراف: محمد حجي، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، الرباط، ط1، 1401هـ/ 1981م.
- 156- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعييني (ت: 954هـ)، دار الفكر، ط3، 1412هـ/ 1992م.
- 157- مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها: أبو الحسن علي بن سعيد الجرجاني (ت: 633هـ)، تحقيق: أبو الفضل الدمياطي/ أحمد بن علي، دار ابن حزم، بيروت/ مركز التراث الثقافي المغربي، الدار البيضاء، ط1، 1428هـ/ 2007م.
- 158- منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل: محمد بن أحمد بن محمد عليش المالكي (ت: 1299هـ)، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1409هـ/ 1989م.
- 159- المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بأداب الموثق وأحكام الوثائق: أحمد بن يحيى الونشريسي (ت: 914هـ)، تحقيق: عبد الرحمان بن حمود الأطرم، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 1426هـ/ 2005م.
- 160- التوارد والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات: عبد الله بن أبي زيد القيرواني المالكي (ت: 386هـ)، تحقيق: محمد عبد العزيز الدباغ وآخرين، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1999م.
- 161- النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى [والمسمى: المعيار الجديد]: أبو العباس سيدي المهدي الوزاني (ت: 1342هـ)، تحقيق: عمر بن عباد، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، (د.ط)، 1418هـ/ 1997م.

ثامنا- كتب الفقه الشافعي

- 162- أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري (ت: 926هـ)، [وبهامشه: حاشية الرملي على أسنى المطالب]، دار الكتاب الإسلامي، (د.ط، د.ت).
- 163- إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين [هو حاشية على فتح المعين بشرح قرّة العين بمهمات الدين]: أبو بكر عثمان بن محمد شطا الدمياطي المشهور بالبكري (ت: 1310هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1418هـ/ 1997م.
- 164- الإقناع في الفقه الشافعي: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت: 450هـ)، (طبعة دون معلومات النشر).

- 165- الأم: أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (ت:204هـ)، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، 1410هـ/1990م.
- 166- بغية المسترشدين في تلخيص فتاوى بعض الأئمة من العلماء المتأخرين: عبد الرحمن بن محمد بن حسين بن عمر باعلوي، دار الفكر، (د.ط، د.ت).
- 167- البيان في مذهب الإمام الشافعي: أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (ت 558هـ)، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، ط1، 1421هـ/2000م.
- 168- جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود: شمس الدين محمد بن أحمد الأسيوطي (ت880هـ)، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ/1996م.
- 169- حاشية البجيرمي على شرح المنهج [التجريد لنفع العبيد، حاشية على شرح منهج الطلاب للأنصاري]: سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرِمِي (ت1221هـ)، مطبعة الحلبي، (د.ط)، 1369هـ/1950م.
- 170- حاشية الجمل [المسماة: فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب لذكريا الأنصاري]: سليمان بن عمر بن منصور العجيلي، المعروف بالجمل (ت:1204هـ)، دار الفكر، (د.ط، د.ت).
- 171- حاشية قليوبي [وهي حاشية على شرح المحلي على منهاج الطالبين للنووي]: أحمد سلامة القليوبي (ت:1069هـ)، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1415هـ/1995م.
- 172- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت:450هـ)، تحقيق: علي محمد معوض/ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ/1999م.
- 173- روضة الطالبين وعمدة المفتين: يحيى بن شرفِ النووي (ت:676هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود / علي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، (د.ط)، 1423هـ/2003م.
- 174- العزيز شرح الوجيز [المعروف بالشرح الكبير]: عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي (ت623هـ)، تحقيق: علي محمد عوض/ عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ/1997م.
- 175- الغرر البهية في شرح البهجة الوردية: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، (ت: 926هـ)، المطبعة الميمنية، (د.ط، د.ت).
- 176- فتاوى الخليلي على المذهب الشافعي: محمد بن محمد، ابن شرف الدين الخليلي القادري (ت:1147هـ)، طبعة مصرية قديمة، (د.ط، د.ت).
- 177- فتاوى الرملي: شهاب الدين أحمد بن حمزة الأنصاري الرملي الشافعي (ت 957هـ)، جمعها ابنه: شمس الدين محمد بن أحمد الرملي (ت 1004هـ)، المكتبة الإسلامية، (د.ط، د.ت).
- 178- الفتاوى الكبرى الفقهية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي (ت:974هـ)، جمعها تلميذه: عبد القادر بن أحمد بن علي الفاكهي (ت:982هـ)، المكتبة الإسلامية، (د.ط، د.ت).

- 179- كفاية النبيه في شرح التنبيه [التنبيه للشيرازي]: أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، المعروف بابن الرفعة (ت: 710هـ)، تحقيق: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2009م.
- 180- المجموع شرح المذهب (مع تكملة السبكي والمطيعي): يحيى بن شرف النووي (ت: 676هـ)، دار الفكر، (د.ط، د.ت).
- 181- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج [أي منهاج الطالبين للنووي]: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني (ت: 977هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ/ 1994م.
- 182- المذهب في فقه الإمام الشافعي: أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت 476هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط، د.ت).
- 183- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي (ت: 1004هـ)، [وبهامشه: حاشية الشبراملسي، وحاشية الرشيدى]، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1404هـ/ 1984م.
- 184- نهاية المطلب في دراية المذهب: أبو المعالي، عبد الملك بن عبد الله الجويني، الملقب بإمام الحرمين (ت: 478هـ)، تحقيق: عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، ط1، 1428هـ/ 2007م.
- 185- الوسيط في المذهب: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت 505هـ)، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417هـ.

تاسعا- كتب الفقه الحنبلي

- 186- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: شرف الدين موسى بن أحمد الحجاوي (ت: 960هـ)، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت، (د.ط، د.ت).
- 187- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي (ت: 885هـ)، دار إحياء التراث العربي، ط2، (د.ت).
- 188- بيان الدليل على بطلان التحليل: أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت: 728هـ)، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، المكتب الإسلامي، ط1، 1998م.
- 189- حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي (ت: 1392هـ)، ط1، 1397هـ (لم يذكر الناشر).
- 190- زاد المعاد في هدي خير العباد: محمد بن أبي بكر بن أيوب، شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت 751هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت/ مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، ط27، 1415هـ/ 1994م.
- 191- شرح الزركشي على مختصر الخرقى: شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي الحنبلي (ت: 772هـ)، دار العبيكان، بيروت، ط1، 1413هـ/ 1993م.
- 192- الشرح الكبير على متن المقنع: شمس الدين عبد الرحمن بن قدامة المقدسي (ت: 682هـ)، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا، (د.ط، د.ت).

- 193- الشرح الممتع على زاد المستقنع: محمد بن صالح بن محمد العثيمين (ت: 1421هـ)، طبع بإشراف مؤسسة الشيخ محمد بن صالح العثيمين الخيرية، دار ابن الجوزي، ط1، 1422-1428هـ.
- 194- شرح منتهى الإرادات [المسمى: دقائق أولي النهى لشرح المنتهى]: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت: 1051هـ)، دار عالم الكتب، الرياض، ط1، 1414هـ/1993م.
- 195- الصارم المسلول على شاتم الرسول: أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت: 728هـ)، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، نشر الحرس الوطني السعودي، السعودية، (د.ط، د.ت).
- 196- كشاف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت: 1051هـ)، تحقيق: إبراهيم أحمد عبد الحميد، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 1423هـ/2003م.
- 197- الفتاوى الكبرى: أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت: 728هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا/مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1408هـ/1987م.
- 198- فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم: محمد بن إبراهيم آل الشيخ (ت: 1389هـ)، جمع وترتيب وتحقيق: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، مطبعة الحكومة بمكة المكرمة، ط1، 1399هـ.
- 199- الفروع (ومعه تصحيح الفروع للمرداوي): محمد بن مفلح بن مفرج المقدسي (ت: 763هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424هـ/2003م.
- 200- الكافي في فقه الإمام أحمد: أبو محمد، موفق الدين، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت: 620هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1414هـ/1994م.
- 201- كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات: عبد الرحمن بن أحمد البجلي الخلوئي الحنبلي (ت: 1192هـ)، تحقيق: محمد بن ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 1423هـ/2002م.
- 202- المبدع في شرح المقنع: أبو إسحاق، برهان الدين، إبراهيم بن محمد بن مفلح (ت: 884هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/1997م.
- 203- مجموع الفتاوى: أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت: 728هـ)، تحقيق: أنور الباز / عامر الجزائر، دار الوفاء، ط3، 1426هـ/2005م. واعتمدت كذلك على طبعة مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، بتحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، (د.ط)، 1416هـ/1995م.
- 204- المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: أبو البركات عبد السلام بن عبد الله ابن تيمية الحراني، مجد الدين (ت: 652هـ)، مكتبة المعارف، الرياض، ط2، 1404هـ/1984م.
- 205- المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين: القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين المعروف بابن الفراء (ت: 458هـ)، تحقيق: عبد الكريم بن محمد اللاحم، مكتبة المعارف، الرياض، ط1، 1405هـ/1985م.
- 206- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (ت: 1243هـ)، المكتب الإسلامي، ط2، 1415هـ/1994م.

207- المغني: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت: 620هـ)، تحقيق: عبد الله التركي / عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1417هـ/1997م.

عاشرا- كتب الفقه العام

208- الإجماع: أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت319هـ)، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع، ط1، 1425هـ/2004م.

209- الإقناع في مسائل الإجماع: علي بن محمد بن عبد الملك الفاسي، أبو الحسن ابن القطان (ت628هـ)، تحقيق: حسن فوزي الصعيدي، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، ط1، 1424هـ/2004م.

210- الإشراف على مذاهب العلماء: أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت319هـ)، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، ط1، 1426هـ/2005م.

211- الروضة الندية (ومعها: التعليقات الرضية على الروضة الندية لمحمد ناصر الدين الألباني): محمد صديق خان القنوجي (ت1307هـ)، تحقيق: علي حسن عبد الحميد، دار ابن القيم للنشر والتوزيع، الرياض / دار ابن عقان للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 1423هـ/2003م.

212- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: محمد بن علي الشوكاني اليمني (ت1250هـ)، دار ابن حزم، ط1، (د.ت).

213- المحلى بالآثار: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري (ت456هـ)، دار الفكر، بيروت، (د.ط، د.ت).

214- الموسوعة الفقهية الكويتية: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، (الأجزاء: 1-23: دار السلاسل، الكويت، ط2، 1406هـ/1986م، الأجزاء: 24-38: مطابع دار الصفوة، مصر، ط1، 1412هـ/1992م، الأجزاء: 39-45: طبع الوزارة، ط2، 1427هـ/2006م).

إحدى عشر- الكتب المعاصرة في الفقه وغيره

215- أثر الاختلالات العقلية والاضطرابات النفسية في مسائل الأحوال الشخصية: نائل إبراهيم قرقر، ط1، 1419هـ/1999م، (دون معلومات الناشر).

216- أثر الإكراه على التصرفات، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني: حسني محمود عبد الصمد، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2011م.

217- أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون: محمد مصطفى شلبي، دار النهضة العربية، بيروت، ط2، 1397هـ/1977م.

218- أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها: محمد بن محمد المختار الشنقيطي، مكتبة الصحابة، جدة، ط2، 1415هـ/1994م.

- 219- أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة: عمر سليمان الأشقر، دار النفائس، عمان، الأردن، ط2، 1418هـ/1997م.
- 220- الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي: محمد خالد منصور، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط2، 1420هـ/1999م.
- 221- أحكام المعاملات الشرعية: الشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط)، 1429هـ/2008م.
- 222- الإكراه في الشريعة الإسلامية: فخري أبو صافية، شركة الشهاب، الجزائر، (د.ط)، 1402هـ/1982م.
- 223- الإكراه في عقد النكاح، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية: أسامة ذيب مسعود، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 1432هـ/2011م.
- 224- الإكراه وأثره في التصرفات: عيسى محمد شقرة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1407هـ/1987م.
- 225- الإكراه وأثره على إرادة المكره في الأفعال الجنائية والتصرفات الشرعية والعقود المالية: عبد الحسيب سند عطية، مكتبة ومطبعة الغد، (د.ط)، 1422هـ/2001م.
- 226- الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي: صالح حسين أبو زيد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ط1، 1433هـ/2012م.
- 227- بحوث فقهية محكمة: أحمد مصطفى القضاة، ط1، 1431هـ/2010م، طبعة خاصة بالمؤلف.
- 228- التراضي في عقود المبادلات المالية: السيد نشأت إبراهيم الدريني، دار الشروق للنشر والتوزيع والطباعة، جدة، السعودية، ط1، 1402هـ/1982م.
- 229- التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي: وحيد الدين سوار، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 1979م.
- 230- التغيير في النكاح، دراسة فقهية مقارنة: علي أبو البصل، بحث منشور بصيغة pdf على شبكة الألوكة (www.alukah.net)، (د.ط)، 1434هـ/2013م.
- 231- التغيير وأثره في العقود: كفاح عبد القادر الصوري، دار الفكر ناشرون وموزعون، عمان- الأردن، ط1، 1428هـ/2007م.
- 232- التفريق بالعيب بين الزوجين والآثار المترتبة عليه، دراسة مقارنة: وفاء بنت علي الحمدان، مكتبة كنوز المعرفة، ط1، 1419هـ/1999م.
- 233- التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دراسة مقارنة: علي محمد علي قاسم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، (د.ط)، 2005م.
- 234- الحذر من السحر، دراسة علمية لحقيقة السحر، وواقع أهله، مع بيان المشروع في الوقاية والعلاج: خالد بن عبد الرحمن الجريسي، مؤسسة الجريسي للتوزيع والإعلان، الرياض، (د.ط، د.ت).

- 235- الحيل وأثرها في الأحوال الشخصية، دراسة نظرية تطبيقية: إيهاب أحمد سليمان، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، (د.ط، د.ت).
- 236- الخيار وأثره في العقود: عبد الستار أبو غدة، مطبعة مقهوي، الكويت، ط2، 1405هـ/ 1985م.
- 237- دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة: عمر سليمان الأشقر، عبد الناصر أبو البصل، عارف علي عارف، عباس أحمد محمد الباز، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 1421هـ/ 2001م.
- 238- الدعوة لتحديد سن الزواج؛ تاريخها وحكمها: عبد الرحمان بن سعد الشثري، نشر مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط1، 1435هـ.
- 239- دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دراسة فقهية مقارنة: محمد خضر قادر، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة العربية، 2010م.
- 240- الزواج ومجموعة أسئلة في أحكامه: محمد بن صالح العثيمين، دار الوطن للنشر، (د.ط)، 1432هـ.
- 241- الزواج العربي داخل المملكة العربية السعودية وخارجها، دراسة فقهية واجتماعية نقدية: عبد الملك بن يوسف المطلق، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1427هـ/ 2006م.
- 242- الصارم البتار في التصدي للسحرة الأشرار: وحيد عبد السلام بالي، مكتبة الصحابة، جدة / مكتبة التابعين، القاهرة، ط3، 1412هـ/ 1992م.
- 243- الصواعق المرسله في التصدي للمشعوذين والسحرة: أسامة بن ياسين المعاني، دار المعالي، عمان- الأردن، ط1، 1421هـ/ 2000م.
- 244- العدوان على المرأة في المؤتمرات الدولية: فؤاد العبد الكريم، نشر مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط1، 1426هـ/ 2005م.
- 245- مجموع فتاوى الشيخ صالح الفوزان: صالح بن فوزان الفوزان، جمع: حمود بن عبد الله المطر/ عبد الكريم بن صالح المقرن، دار ابن خزيمة، الرياض، ط1، 1424هـ/ 2003م.
- 246- فتاوى اللجنة الدائمة، المجموعة الأولى: اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالسعودية، جمع: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، الناشر: رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، الرياض، (د.ط، د.ت).
- 247- فتاوى نور على الدرب: عبد العزيز بن عبد الله بن باز (ت 1420هـ)، جمعها: محمد بن سعد الشويعر، طبعة دون معلومات النشر.
- 248- الفحص الطبي قبل الزواج، دراسة شرعية قانونية تطبيقية: صفوان محمد عضيبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ط1، إصدار1، 1430هـ/ 2009م.
- 249- الفحوصات الطبية قبل الزواج، دراسة مقارنة: الطيب بوحالة، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، (د.ط)، 2010م.
- 250- الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج، أسانيد ومقاصدها، دراسة مقارنة: فاتن البوعيشي الكيلاني، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 1432هـ/ 2011م.

- 251- فسخ الزواج، بحث مقارن بين الشريعة الإسلامية والشريعتين المسيحية واليهودية والقوانين العربية: أحمد الحجى الكردي، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، (د.ط، د.ت).
- 252- فسخ عقد النكاح بالأمراض الوراثية، دراسة مقارنة: محمد أحمد المستريحي، ط 2006م، طبعة دون معلومات النشر [طبعة خاصة بالمؤلف].
- 253- فقه الأسرة المسلمة في المهاجر: محمد الكدي العمراني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1422هـ/2001م.
- 254- الفقه الإسلامي وأدلته: وهبة مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة المنقحة [وهي الطبعة الثانية عشرة لما تقدمها من طبعات مصورة]، (د.ت).
- 255- الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي: محمد بن الحسن الحجوي (ت: 1376هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ/1995م.
- 256- مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني: علي محي الدين علي القره داغي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط3، 1429هـ/2008م.
- 257- مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية والأجنبية: عبد الرحمان الصابوني، دار الفكر، ط2، 1968م.
- 258- مدى مشروعية ترفيع غشاء البكارة، دراسة مقارنة بين الطب والفقه والقانون: خالد عبد المنعم أبو غابة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، 2009م.
- 259- المدخل الفقهي العام: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط1، 1418هـ/1998م.
- 260- مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق: أسامة عمر سليمان الأشقر، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط3، 1430هـ/2010م.
- 261- مصادر الحق في الفقه الإسلامي: عبد الرزاق السنهوري (ت 1971م)، تحقيق: مكتب التحقيق بدار إحياء التراث العربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، طبعة جديدة، (د.ت).
- 262- المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية: عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1413هـ/1993م.
- 263- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية: محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط)، 1996م.
- 264- الموسوعة الطبية الفقهية والنوازل العصرية: أحمد الشافعي، مصطفى آدم، صابر فتحي، دار ابن حزم، القاهرة، ط1، 1434هـ/2013م.
- 265- موقف أهل السنة والجماعة من أهل الأهواء والبدع: إبراهيم بن عامر الرحيلي، مكتبة الغرباء الأثرية، المدينة النبوية، السعودية، ط1، 1415هـ.

- 266- موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة: ناصر أحمد النشوي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، (د.ط)، 2005م.
- 267- النظريات الفقهية: فتحي الدريني، منشورات جامعة دمشق، ط4، 1417هـ/ 1997م.
- 268- ولاية الإجماع في النكاح [رسالة مطبوعة ضمن: مجموع المسائل الفقهية للمؤلف]: عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، مكتبة فهد الوطنية، الرياض، ط1، 1429هـ/ 2008م.
- 269- الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية: نضال محمد أبو سنينة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ط1، 1432هـ/ 2011م.
- 270- الولاية في النكاح: عوض بن رجاء العوفي، نشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، السعودية، ط1، 1423هـ/ 2002م.

إثنى عشر - كتب في تخصصات متنوعة

- 271- الأعلام: خير الدين بن محمود بن محمد الزركلي الدمشقي (ت 1396هـ)، دار العلم للملايين، بيروت، ط5، مايو 2002م.
- 272- إغاثة اللفهان من مصائد الشيطان: محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية (ت 751هـ)، تحقيق: محمد سيد كيلاني، مكتبة دار التراث، القاهرة، (د.ط)، 1381هـ/ 1961م.
- 273- الأمراض الجنسية أسبابها وعلاجها: محمد علي البار، دار المنارة للنشر والتوزيع، جدة، السعودية، ط2، 1406هـ/ 1986م.
- 274- إحياء علوم الدين: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت 505هـ)، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- 275- سلسلة بحوث اجتماعية (المجلد الأول: الزواج): عمر رضا كحالة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1404هـ/ 1984م.
- 276- سير أعلام النبلاء: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (ت: 748هـ)، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط3، 1405هـ/ 1985م.
- 277- عشائر الشام: أحمد وصفي زكريا، دار الفكر المعاصر، بيروت/ دار الفكر، دمشق، ط2، 1403هـ/ 1983م.
- 278- الفقه الطبي: إعداد الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية الفقهية، إصدارات الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية الفقهية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، كلية الطب، الرياض، (د.ط)، 1431هـ/ 2010م.
- 279- موسوعة الأمراض التناسلية والبولية والجلدية: إسماعيل الحسيني، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2004م.

- 280- موسوعة صحة العائلة: تأليف مجموعة من الأطباء، إشراف الدكتور توني سميث (tony smith)، ترجمة عدد من الأخصائيين، مراجعة الدكتور جميل الحلبي، دار العلم للملايين، بيروت، ط4، مارس 2008م.
- 281- الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب والأحزاب المعاصرة، المؤلف: الندوة العالمية للشباب الإسلامي، إشراف ومراجعة: مانع بن حماد الجهني، دار الندوة العالمية للطباعة والنشر والتوزيع، ط4، 1420هـ.

ثلاثة عشر - القوانين والتشريعات

أ- قوانين الأحوال الشخصية

- 282- قانون أحكام الأسرة البحريني: القانون رقم 19 لسنة 2009م. المصدر: موقع وزارة العدل (www.moj.gov.bh).
- 283- قانون الأحوال الشخصية الأردني: القانون رقم 36 لسنة 2010م، المؤرخ في: 2010/9/26، الجريدة الرسمية 5061، الصادرة بتاريخ: 2010/10/17، ص.5809.
- 284- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: القانون رقم: 28 لسنة 2005م. (www.dxbpp.gov.ae).
- 285- قانون الأحوال الشخصية السوري: الصادر بتاريخ: 17-09-1953م. المصدر: موقع البرلمان السوري (www.parliament.gov.sy).
- 286- قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991، الصادر بتاريخ: 24-07-1991م. المصدر: موقع المجلس الوطني السوداني (www.parliament.gov.sd).
- 287- قانون الأحوال الشخصية العراقي: قانون رقم 188 لسنة 1959م، المؤرخ في: 1959/12/19م، الوقائع العراقية عدد 280، الصادرة بتاريخ: 1959/12/30، المعدل عدة مرات، آخرها كان سنة 1999. المصدر: قاعدة التشريعات العراقية (www.iraqlid.iq).
- 288- قانون الأحوال الشخصية العماني: الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 97-32. المصدر: موقع وزارة الشؤون القانونية العمانية (www.mola.gov.om).
- 289- قانون الأحوال الشخصية الكويتي: قانون رقم: 51-1984، مؤرخ في: 7 يوليو 1984، الجريدة الرسمية 157، الصادرة بتاريخ: 1984/7/23، المعدل.
- 290- قانون الأحوال الشخصية اليمني: القانون رقم 20 لسنة 1992م، الجريدة الرسمية رقم: 3/6 لسنة 1992م، المعدل في 1998 و 1999 و 2003م.
- 291- قانون الأسرة الجزائري: قانون رقم: 84-11، المؤرخ في: 9 يونيو 1984م، الجريدة الرسمية 24، الصادرة بتاريخ: 12 جوان 1984، والمعدل بالأمر رقم: 05-02، والمؤرخ في: 27 فبراير 2005م، الجريدة الرسمية 15.
- 292- قانون الأسرة القطري: قانون رقم: 22 لسنة 2006، الصادر بتاريخ: 2006/6/29، الجريدة الرسمية 8، الصادرة بتاريخ: 28 أغسطس 2006م.

- 293- القانون الليبي بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما: قانون رقم 10 لسنة 1984، الصادر بتاريخ: 19 أبريل 1984، المصدر: موقع وزارة العدل (www.aladel.gov.ly).
- 294- مجلة الأحوال الشخصية التونسية: الأمر المؤرخ في: 13 أوت م1956، الرائد الرسمي التونسي، عدد 66 سنة 1956م، المعدل والمتمم (آخر تعديل كان بالقانون رقم 20 لسنة 2008).
- 295- مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية: قانون رقم: 52-2001 الصادر بتاريخ: 19 يوليو 2001، الجريدة الرسمية عدد 1004.
- 296- مدونة الأسرة المغربية: القانون رقم: 03-70 الصادر بتاريخ: 2004/02/03م، منشور بالجريدة الرسمية، عدد 5184، الصادرة بتاريخ: 5 فبراير 2004، ص.418، المعدل والمتمم.

ب- القوانين المدنية

- 297- قانون الالتزامات والعقود المغربي الصادر بتاريخ: 12 أغسطس 1913م، المعدل. المصدر: موقع وزارة العدل، البوابة القانونية والقضائية (www.justice.gov.ma).
- 298- قانون الالتزامات والعقود الموريتاني رقم 89-126 الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 1989م، المعدل بالقانون رقم 2001-31 الصادر بتاريخ: 7 فبراير 2001م. المصدر: موقع وزارة العدل (www.justice.gov.mr).
- 299- القانون المدني الأردني: قانون رقم: 43 لسنة 1976م، الجريدة الرسمية، عدد 2645، ص.2، الصادرة بتاريخ: 1976/8/1.
- 300- القانون المدني الجزائري: الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975م، الجريدة الرسمية 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.
- 301- القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 بتاريخ: 18/05/1949م. المصدر: موقع البرلمان السوري (www.parliament.gov.sy).
- 302- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951م، المؤرخ في: 8/9/1951م، المعدل، الوقائع العراقية رقم: 3015، ص.243. المصدر: قاعدة التشريعات العراقية (www.iraqlid.iq).
- 303- القانون المدني القطري رقم: 22 لسنة 2004م، المصدر: بوابة الميزان (www.almeezan.qa).
- 304- القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980م، الصادر بتاريخ: 1 أكتوبر 1980م، الجريدة الرسمية عدد 1335، والمعدل بالقانون رقم 15 لسنة 1996م.
- 305- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948م، والصادر بتاريخ: 16 يوليو 1948م.
- 306- القانون المدني اليمني رقم: 14 لسنة 2002م، الصادر بتاريخ: 10 إبريل 2002م، الجريدة الرسمية رقم: 1/7 لسنة 2002م.

- 307- قانون المعاملات المدنية الإماراتي: القانون الاتحادي رقم: 05 لسنة 1985م، المؤرخ في: 1985/12/15م، الجريدة الرسمية: 158، الصادرة في: 1985/12/29م، المعدل.
- 308- قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م، والصادر بتاريخ: 1984/02/14م. المصدر: موقع المجلس الوطني السوداني (www.parliament.gov.sd).
- 309- قانون المعاملات المدنية العماني رقم: 2013/29 الصادر بتاريخ: 6 مايو 2013، الجريدة الرسمية عدد: 1012. المصدر: موقع وزارة الشؤون القانونية العمانية (www.mola.gov.om).
- 310- قانون الموجبات والعقود اللبناني (بدون رقم)، الصادر بتاريخ: 1932/03/09م، الجريدة الرسمية رقم: 2642، ص. 2-104، الصادرة بتاريخ: 1932/4/11م.
- 311- مجلة الالتزامات والعقود التونسية: القانون عدد 87 لسنة 2005، المؤرخ في: 15 أوت 2005، الرائد الرسمي عدد 68.

ج- نصوص قانونية أخرى

- 312- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، قرار رقم: 217 أ (د-3)، بتاريخ: 10 ديسمبر 1948م.
- 313- اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج: صادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، قرار رقم: 1763 ألف (د-17)، بتاريخ: 1962/11/7، والنافذة بتاريخ: 1964/12/9.
- 314- تعليمات تنظيم أعمال المأذونين الشرعيين (الأردن): رقم 1 لسنة 1990م، الجريدة الرسمية رقم: 3672، الصادرة بتاريخ: 1990/12/1م. المعدلة في 1997، و2001.
- 315- تعليمات منح الإذن بالزواج، الصادرة عن قاضي القضاة الأردني: رقم 1 لسنة 2017م، المؤرخة في: 2017/6/20م، الجريدة الرسمية رقم: 5472، ص. 4500، الصادرة بتاريخ: 2017/7/16م.
- 316- قانون العقوبات الأردني: قانون رقم: 16 لسنة 1960، المؤرخ في 1960/4/10، الجريدة الرسمية عدد 1487، الصادرة بتاريخ: 1960/5/11، ص. 374، المعدل والمتمم.
- 317- قانون العقوبات الجزائري: الأمر رقم: 66-156، المؤرخ في 8 يونيو 1966، الجريدة الرسمية 49، صادرة بتاريخ: 11 يونيو 1966، المعدل والمتمم.
- 318- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري: القانون رقم: 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، الجريدة الرسمية 21، صادرة بتاريخ: 23 أبريل 2008.
- 319- قانون الحالة المدنية (الجزائري): الأمر رقم: 70-20، المؤرخ في: 19 فبراير 1970، الجريدة الرسمية 21، صادرة بتاريخ: 27 فبراير 1970، ص. 274، المعدل والمتمم.
- 320- القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها (الجزائري): قانون رقم 85-05، المؤرخ في: 16 فبراير 1985، الجريدة الرسمية 8، صادرة بتاريخ: 17 فبراير 1985، ص. 176، المعدل والمتمم.

- 321- قانون الصحة العامة الأردني: القانون رقم: 47، لسنة 2008، الجريدة الرسمية: 4924، الصادرة بتاريخ: 2008/8/17م.
- 322- قانون البنات الأردني رقم: 30 لسنة 1952م، المؤرخ في: 1952/4/21، الجريدة الرسمية رقم: 1108، ص.200، الصادرة بتاريخ: 1952/05/17م، المعدل عدة مرات آخرها في 2017.
- 323- قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم: 31، لسنة 1959م، الجريدة الرسمية: 1449، الصادرة بتاريخ: 1959/11/1، والمعدل عدة مرات آخرها سنة 2016م.
- 324- قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم: 24، لسنة 1988، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية: 3545، الصادرة بتاريخ: 1988/4/2، ص.730.
- 325- مجموعة القانون الجنائي المغربي: الظهير الشريف رقم: 413. 59. 1، المؤرخ في: 26 نونبر 1962، الجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر، الصادرة بتاريخ: 5 يونيو 1963، ص.1253. المعدل والمتمم.
- 326- المرسوم التنفيذي (الجزائري) رقم: 92-276، المؤرخ في: 6 يوليو 1992، والمتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية 52، الصادرة بتاريخ: 8 يوليو 1992، ص.1419.
- 327- المرسوم التنفيذي (الجزائري) رقم: 06-154، المؤرخ في: 2006/5/11، يحدد شروط وكيفيات تطبيق المادة 7 مكرر من قانون الأسرة، الجريدة الرسمية 31، الصادرة في: 2006/5/14، ص.4.
- 328- المسطرة المدنية المغربية: قانون رقم: 1.74.447، مؤرخ في 28 شتنبر 1974، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية: 3230 مكرر، الصادرة بتاريخ: 30 شتنبر 1974، ص.2741.
- 329- الميثاق العربي لحقوق الإنسان: أقر من قبل جامعة الدول العربية في اجتماع مجلس الجامعة على المستوى الوزاري في الدورة العادية (121)، قرار رقم: 6405، بتاريخ: 2004/03/04م.

أربعة عشر - الكتب القانونية

أ- كتب الأحوال الشخصية

- 330- أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية: عبد الوهاب خلاف، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ط2، 1410هـ/1990م.
- 331- الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط)، 2005م.
- 332- الأحوال الشخصية، اجتهادات نصوص دراسات: المحامي بدوي حنا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 1998م.
- 333- الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية: جمال سايس، منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2013.
- 334- الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية: تشوار جيلالي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 2001م.

- 335- شرح قانون الأحوال الشخصية: محمود علي السرطاوي، دار الفكر ناشرون وموزعون، الأردن، ط4، 1434هـ/2013م.
- 336- شرح قانون الأحوال الشخصية: مصطفى السباعي، دار الوراق للنشر والتوزيع، الرياض/ المكتب الإسلامي، بيروت، ط9، 1422هـ/2001م.
- 337- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل: بن شويخ الرشيد، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008م.
- 338- شرح مدونة الأسرة: محمد الأزهر، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء، ط5، 2011م.
- 339- عقد الزواج، دراسة مقارنة: عيسى حداد، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، (د.ط)، 2006م.
- 340- العلاقات بين الزوجين، جدلية التجديد والتقليد في القانونين التونسي والمقارن: عمار عبد الواحد الداودي، مركز النشر الجامعي، تونس، (د.ط)، 2007م.
- 341- فلسفة نظام الأسرة، مقاربات في ضوء الفقه والقانون والعمل القضائي: محمد المهدي، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ط1، 2011م.
- 342- قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد: عبد العزيز سعد، دار هومة، الجزائر، ط2، 2009م.
- 343- قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء: الغوثي بن ملحمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 2008م.
- 344- قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة: بلحاج العربي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2012م.
- 345- القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية: أحمد محمد علي داود، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 1420هـ/1999م.
- 346- الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني: عمر سليمان الأشقر، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط5، 1433هـ/2012م.
- 347- الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد: محمد أحمد القضاة، طبع بدعم من وزارة الثقافة الأردنية، عمان، (د.ط)، 1433هـ/2012م.
- 348- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري: بلحاج العربي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د.ط)، 2012م.
- 349- الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي: فاروق عبد الله كريم، طبع على نفقة جامعة السليمانية، إقليم كردستان العراق، (د.ط)، 2004م.
- 350- محاضرات في عقد الزواج وآثاره: محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، (د.ط، د.ت).
- 351- محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، قسم الأحوال الشخصية (مطبوعة): جيلالي تشوار، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، (د.ط، د.ت).

- 352- المدكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم: 28-2005، منشورة بمجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، ملحق العدد 26، أبريل 2006م.
- 353- المدكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم: 51-1984م، مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء الثامن، صادرة عن وزارة العدل، ط1، 2011م.
- 354- المشكلات العملية في دعاوى الطلاق والفسخ والخلع للمصريين المسلمين وغير المسلمين: كمال صالح البناء، عالم الكتب، القاهرة، ط1، 2001م.
- 355- المشكلات العملية في قوانين الأحوال الشخصية في مصر والدول العربية: سامح سيد محمد، ط1، 1431هـ/2010م، (دون سائر معلومات النشر).
- 356- الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية: معوض عبد التواب، مكتبة عالم الفكر والقانون للنشر والتوزيع، ط10، 2003م.

ب- كتب القانون المدني

- 357- الإثبات بالمعينة والخبرة في القانون المدني، دراسة مقارنة: مراد محمود الشنيكات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط2، 1432هـ/2011م.
- 358- الإثبات في المواد المدنية والتجارية: محمد صبري السعدي، دار الهدى، الجزائر، (د.ط)، 2009م.
- 359- شرح أحكام قانون البنات الجديد: عباس العبودي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، إصدار 1، 2004م.
- 360- شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام: العقد والإرادة المنفردة): محمد صبري السعدي، دار الهدى، الجزائر، ط2، 2004م.
- 361- عيوب الرضا في القانون المدني: أنور العمروسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 2003م.
- 362- القانون المدني، الجزء الأول، العقد: مصطفى العوجي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط4، 2007م.
- 363- الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، مورييس نخلة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، (د.ط)، 2007م. وكذلك طبعة 2001م.
- 364- المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الأول: مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد: ياسين محمد الجبوري، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن، ط1، 2002م.
- 365- المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة فقهية قضائية مقارنة: طلال العجاج، عالم الكتاب الحديث، إربد، الأردن، ط1، 1432هـ/2011م.
- 366- المسؤولية المدنية الطبية، دراسة مقارنة: القاضي عفيف شمس الدين، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ط1، 2004م.

- 367- مصادر الالتزام، القانون المدني في ثوبه الجديد: مصطفى محمد الجمال، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ط1، 1997م.
- 368- مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دراسة مقارنة: عدنان إبراهيم السرحان/ نوري حمد خاطر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، إصدار 3، 1429هـ/2008م.
- 369- مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة: مصطفى الجمال/ رمضان أبو السعود/ نبيل إبراهيم سعد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، (د.ط)، 2003م.
- 370- نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي: مأمون الكزبري، بدون معلومات النشر.
- 371- نظرية التدليس في القانون المدني المصري واليميني، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي: عبد الكريم يوسف القاضي، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ط)، 1420هـ/2000م.
- 372- النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية: عصام أنور سليم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2010م.
- 373- النظرية العامة للاستغلال، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي: هائل حزام مهيب العامري، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، (د.ط)، 2009م.
- 374- النظرية العامة للالتزام: (مصادر الالتزام: توفيق حسن فرج / أحكام الالتزام: جلال علي العدوي)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، (د.ط)، 2002م.
- 375- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام: محمد حسين منصور، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، (د.ط)، 2006م.
- 376- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري: علي علي سليمان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط7، 2007م.
- 377- النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول- التصرف القانوني: بلحاج العربي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، 2007م.
- 378- نظرية العقد: عبد الرزاق السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط2، 1998م.
- 379- نظرية العقد في قوانين البلاد العربية: عبد المنعم فرج الصدة، دار النهضة العربية، بيروت، (د.ط)، 1974م.
- 380- نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي: محمد سعيد جعفرور، دار هومة، الجزائر، (د.ط)، 2009م.
- 381- نظرية الغلط في القانون والشرعية الإسلامية: حسين عطا حسين سالم، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1986م.
- 382- الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول/ نظرية الالتزام بوجه عام: عبد الرزاق السنهوري، تنقيح: أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الإسكندرية، (د.ط)، 2003م.

ج- كتب قانونية متنوعة

- 383- أبحاث ومذكرات في القانون والفقهاء الإسلامي: بلحاج العربي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د.ط)، 1996م.
- 384- قانون العقوبات، القسم الخاص (جرائم الاعتداء على المصلحة العامة وعلى الإنسان والمال): علي عبد القادر القهوجي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط2، 2002م.

خمسة عشر- الرسائل الجامعية

أ- رسائل الدكتوراه

- 385- أثر الأمراض المعدية في مسائل الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الماليزي: مجاهد بكر عبد الله، رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، سنة 2010م.
- 386- أحكام التزين والتجمل وضوابطهما في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة: عبد العزيز عويضة حميد الجهني، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، ماليزيا، 2014م.
- 387- الأحكام القانونية لنظام تغيير الجنس، دراسة مقارنة: مكرلوف وهيبه، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2016/2015م.
- 388- أحكام المريض النفسي في الفقه الإسلامي: خلود بنت عبد الرحمان المهيزع، رسالة دكتوراه في الفقه، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض- السعودية، سنة: 1431هـ/1432هـ.
- 389- التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة: مسعودة نعيمة إلياس، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010م.
- 390- مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الفقهية، دراسة مقارنة: محمد نعمان البعداني، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2012م.

ب- رسائل الماجستير

- 391- آثار عيوب الرضا على عقد الزواج: بلعربي خالدية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق بجامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2015/2014م.
- 392- أثر الأمراض المزمنة على الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي: عائشة محمد صدقي موسى، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع من كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية بنابلس، فلسطين، سنة: 2014م.
- 393- أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية، دراسة فقهية مقارنة: منال محمد رمضان هاشم العشي، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، سنة: 1429هـ/2008م.
- 394- أثر التغير على عقد النكاح: رحمة محمود عبد الله، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة سنة: 1432هـ/2011م.

- 395- أثر سقوط العذرة والبكارة على الزواج: إبراهيم موسى أبو جزر، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، سنة: 1429هـ/2009م.
- 396- التعبير وأثر في عقد النكاح بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري: بسمة عثمان، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة المسيلة، الجزائر، سنة: 2015-2016م.
- 397- أحكام صور التدليس المعاصرة في عقود الزواج، دراسة فقهية مقارنة: بسام موسى النزلي، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، سنة: 1431هـ/2010م.
- 398- التدليس في الزواج وعقوبته: فيصل بن عبد الله السبيعي، رسالة ماجستير في السياسة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، سنة: 1433هـ/2012م.
- 399- الكفاءة في الزواج وأثرها في انتشار الطلاق في المجتمع الجزائري: مسعود جمادي، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، الجزائر، سنة: 2006-2007م.

ستة عشر - المجلات

- 400- الاجتهاد القضائي: غرفة الأحوال الشخصية: المحكمة العليا الجزائر، عدد خاص، سنة 2001م.
- 401- حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية، العدد 28، السنة الثامنة.
- 402- مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية: تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، العدد 9، جوان 2016م.
- 403- مجلة البحوث والدراسات الإنسانية: تصدر عن جامعة سكيكدة، الجزائر، العدد 4، ماي 2009م.
- 404- مجلة جامعة الأزهر، غزة، سلسلة العلوم الإنسانية، العدد 1-A، 2009، المجلد 11.
- 405- مجلة الجامعة الإسلامية بغزة (سلسلة الدراسات الإسلامية): المجلد 14، العدد 1، يناير 2006م؛ المجلد 17، العدد 1، يناير 2009م.
- 406- مجلة جامعة الأقصى: تصدر عن جامعة الأقصى، غزة، فلسطين، العدد 1، يناير 2014، المجلد 18.
- 407- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية: كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الأعداد الآتية: العدد 4 لسنة 1968؛ العدد 4 لسنة 1995؛ العدد 4 لسنة 1996؛ العدد 4 لسنة 1999.
- 408- مجلة الجامعة الخليجية، البحرين، المجلد 1، العدد 2، قسم القانون، سنة 2009م.
- 409- مجلة جامعة دمشق: المجلد 19، العدد 2، سنة 2003م.
- 410- مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية: العدد 1 لسنة 2010، المجلد 29.
- 411- مجلة الحقوق: تصدر عن جامعة الكويت: العدد 3، سبتمبر 2009م، السنة 33.
- 412- مجلة دراسات قانونية: تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، العدد 5، نوفمبر 2009م.
- 413- مجلة دفاتر السياسة والقانون: تصدر عن جامعة ورقلة، الجزائر، العدد 7، جوان 2012؛ والعدد 14، جانفي 2016م.

- 414- مجلة الشريعة والقانون: تصدر عن كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العين، العدد 26، أبريل 2006م. (عدد به ملحق يتضمن المدكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي).
- 415- مجلة صحة الأسرة العربية والسكان، بحوث ودراسات: يصدرها البرنامج العربي لصحة الأسرة، جامعة الدول العربية، العدد 22، يونيو 2016، المجلد 9.
- 416- مجلة العدل: تصدر عن وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، العدد 9، سنة 1422هـ، يتضمن قرار مجلس هيئة كبار العلماء حول التحجير وإجبار المرأة على الزواج ممن لا توافق عليه.
- 417- مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية: تصدر عن كلية الحقوق، جامعة تلمسان، عدد 8، ديسمبر 2008م.
- 418- مجلة قضاء محكمة النقض: تصدر عن محكمة النقض المغربية، الإصدار الرقمي 2012م، العدد 75.
- 419- المجلة القضائية: تصدر عن المحكمة العليا، الجزائر، الأعداد الآتية: العدد 2، 3، 4 لسنة 1989؛ العدد 1، 2 لسنة 1991؛ العدد 2 لسنة 1993؛ العدد 2 لسنة 1995؛ العدد 1 لسنة 1996؛ العدد 1 لسنة 2001؛ العدد 2 لسنة 2003؛ العدد 2 لسنة 2007؛ العدد 1 لسنة 2008.
- 420- مجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية، جامعة ذي قار، العراق، العدد 1، آذار 2015، المجلد 5.
- 421- مجلة مجمع الفقه الإسلامي: يصدرها مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، الأعداد الآتية: العدد 4، السنة الثانية، 1989؛ العدد 12، الطبعة الثانية، 2006م.
- 422- مجلة المحكمة العليا: تصدر عن المحكمة العليا، الجزائر، الأعداد الآتية: العدد 2 لسنة 2007؛ العدد 1 لسنة 2009؛ العدد 2 لسنة 2012م.
- 423- مجلة المسلم المعاصر: عدد 27، سنة 1981م.
- 424- مجلة المفكر: تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، الأعداد: العدد 11، سبتمبر 2014؛ عدد 13، فيفري 2016م.
- 425- مجلة منازعات الأعمال: مجلة شهرية محكمة تعنى بنشر الدراسات في العلوم القانونية، العدد 17، أكتوبر 2016م.
- 426- مجلة الوعي الإسلامي: مجلة كويتية شهرية جامعة، العدد 554، سبتمبر 2011م.

سبعة عشر - المقالات

- 427- الإكراه والتدليس بين مدونة الأسرة وقانون الالتزامات والعقود: ياسين العيوض، مقال منشور بمجلة منازعات الأعمال، العدد 17، أكتوبر 2016، الصفحات: 34-43. وقد اعتمدت أيضا على نص المقال المنشور على الانترنت (frssiwa.blogspot.is/2016/09/blog-post_12.html?m=1)، تاريخ الزيارة: 2016/12/13؛ لأن المنشور في المجلة سقطت منه التهميشات وبعض الصفحات.
- 428- أحكام الشهادة على عقد النكاح في الفقه الإسلامي: مازن مصباح صباح، مقال منشور بمجلة جامعة الأزهر، غزة، سلسلة العلوم الإنسانية، 2009، مجلد 11، عدد A-1، الصفحات: 127-176.

- 429- إنعقاد الزواج بالبريد الإلكتروني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري: عبد الرحيم صالح، مقال منشور بمجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، الجزائر، العدد 7، جوان 2012، ص.190-196.
- 430- تدليس الزوج وأثره في عقد النكاح: محمد بن حسن آل الشيخ، مقال منشور بمجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية، العدد 28، السنة 8، الصفحات: 467-534.
- 431- تعليق على الحكم في قضية تغيير الجنس: علي علي سليمان، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 4 لسنة 1996، الجزء 34، الصفحات: 615-622.
- 432- جراحة الخنثة وتغيير الجنس في القانون السوري: فواز صالح، مقال منشور بمجلة جامعة دمشق، المجلد 19، العدد 2، سنة 2003م، الصفحات: 49-77.
- 433- الجنس الزواج والقانون: تشوار جيلالي، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 4 لسنة 1995، الجزء 33، الصفحات: 788-828.
- 434- حدود سلطة الولي في التزويج في ضوء الشريعة والقانون: علي بودفع، مقال منشور بمجلة البحوث والدراسات الإنسانية- سكيكدة، العدد 4، ماي 2009، الصفحات: 253-263.
- 435- حق الزوجة في فسخ النكاح بسبب عقم زوجها: ماهر أحمد السوسي، مقال منشور بمجلة الجامعة الإسلامية بغزة (سلسلة الدراسات الإسلامية)، المجلد 14، العدد 1، يناير 2006، ص. 1-37.
- 436- حق الشخص في التصرف في جسمه، الرتق العذري و التغيير الجنسي نموذجاً: تشوار جيلالي، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، عدد 8، ديسمبر 2008، الصفحات: 60-74.
- 437- حكم زواج المصلحة في ضوء المقاصد الشرعية للزواج: وصفي عاشور أبو زيد، مقال منشور بمجلة الوعي الإسلامي، الكويت، العدد 554، سبتمبر 2011، الصفحات: 34-38.
- 438- خدعة زواج القاصرات بين السياسة والعلم والإعلام والغرب: حسام حربي، مقال منشور على شبكة الألوكة (www.alukah.net)، تاريخ الزيارة 2016/4/3م.
- 439- خصوصية الجراحة التجميلية فقها وقضاء وتشريعاً: حساين سامية، مقال منشور بمجلة المفكر، عدد 13، فيفري 2016، الصفحات: 161-180.
- 440- خطأ تقسيم النكاح إلى فاسد وباطل، تحقيق ونقد واقتراح أفضل في التقسيم: مصطفى أحمد الزرقا، مقال منشور بمجلة المسلم المعاصر، عدد 27، سنة 1981م.
- 441- الزواج المشوب بالإكراه أو التدليس: الملكي الحسين، مقال منشور بجريدة العلم، المغرب، العدد 19595، بتاريخ: 14 يناير 2004م.
- 442- سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري: تشوار جيلالي، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 4، لسنة 1999م، الجزء 37، الصفحات: 75-90.

- 443- ضوابط تزويج الصغار في قانون الأسرة الجزائري: بخوش رزيق، مقال منشور بمجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 9، جوان 2016، الصفحات: 372-352.
- 444- عبء الإثبات في القانون المدني الجزائري، سعادنة العيد، مقال منشور بمجلة المفكر، العدد 11، سبتمبر 2014، الصفحات: 206-189.
- 445- عملية الرتق العذري، رؤية شرعية: مجدي محمد السيد أحمد جمعة، مقال منشور بمجلة صحة الأسرة العربية والسكان، المجلد 9، العدد 22، يونيو 2016، الصفحات: 162-147.
- 446- عيوب الرضا وأثرها على الإرادة العقدية عند الشيخ مصطفى الزرقا، دراسة فقهية مقارنة: مازن مصباح صباح، سامي عدنان العجوري، مقال منشور بمجلة جامعة الأقصى، العدد 1، يناير 2014، المجلد 18، الصفحات: 142-102.
- 447- عيوب الزوجية وأثرها في تفويض الروابط الأسرية: باسم محمد شهاب، مقال منشور بمجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 3، سبتمبر 2009م، السنة 33، الصفحات: 455-361.
- 448- الكفاءة في عقد الزواج: محمد زيدان زيدان، مقال منشور بمجلة الجامعة الإسلامية بغزة (سلسلة الدراسات الإسلامية)، المجلد 17، العدد 1، يناير 2009، الصفحات: 406-361.
- 449- ما مدى إعمال عيوب الإرادة في مدونة الأسرة المغربية؟: خالد التومي، مقال منشور على الأنترنت، (<http://www.marocdroit.com/%D9%85%D8%A7-%>)، تاريخ الزيارة: 2016/3/8م.
- 450- مدة الحمل: نجم عبد الله عبد الواحد، مقال منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، السنة 2، العدد 4، 1409هـ/ 1989م، الصفحات: 260-253.
- 451- مرض الإيدز وأثره في التفريق بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة: عبد الحليم محمد منصور، مقال منشور بمجلة الجامعة الخليجية، البحرين، المجلد 1، العدد 2، قسم القانون، سنة 2009م.
- 452- المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والاتجار بها: زهدود أشواق، مقال منشور بمجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، عدد 14، جانفي 2016، ص. 128-101.
- 453- مشروعية التحول الجنسي في الفقه الإسلامي: طارق حسن كسار، مجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية، جامعة ذي قار، العراق، مجلد 5، عدد 1، آذار 2015، الصفحات: 236-210.
- 454- موقع الولي من قانون الأسرة الجزائري ومدى مطابقته لمقتضى أحكام السياسة الشرعية: فاتح ربيعي، مقال منشور بمجلة دراسات قانونية، العدد 5، نوفمبر 2009، الصفحات: 79-69.
- 455- هل عدم عذرية الزوجة سبب لفسخ عقد الزواج، مقال منشور على موقع العلوم القانونية، الرابط: (www.marocdroit.com/a6260.html)

ثمانية عشر - البحوث

- 456- تقييد الزواج المبكر في قوانين الأسرة العربية، دراسة نقدية تأصيلية: حسين الموس، بحث مقدم إلى المؤتمر الخامس للشرعية والقانون بعنوان «الزواج الشرعي المبكر في مواجهة الفوضى الجنسية والمواثيق الدولية»، جامعة طرابلس، لبنان، 2015م، منشور على موقع جامعة طرابلس.
- 457- دور الاتفاقيات الدولية في الوقوف في وجه الزواج المبكر: نهي القاطرجي، بحث مقدم إلى المؤتمر الخامس للشرعية والقانون بعنوان «الزواج الشرعي المبكر في مواجهة الفوضى الجنسية والمواثيق الدولية»، جامعة طرابلس، لبنان، 2015م، منشور على موقع جامعة طرابلس.

تسعة عشر - تقارير صحفية

- 458- باعة العذرية في الأردن- أطباء ضد القانون: تقرير صحفي منشور في «العربي الجديد» بتاريخ: 2014/7/20، الرابط: (alaraby.co.uk/investigation/2014/7/20)، تاريخ الزيارة: 2016/6/8.
- 459- تفاهم الزواج بالإكراه بعد الخطف لנסاء قرغيزستان: تقرير صحفي منشور بجريدة الشرق الأوسط، بتاريخ: 2001/2/12م، العدد: 8112، منشور على الانترنت، تاريخ الزيارة: 2013/4/3، الرابط: (http://classic.aawsat.com/details.asp?section=31&article=25826&issueno=8112#.VCu4w1s-oxE)
- 460- الخداع في الزواج من أسباب تدمير المجتمع وتفاهم حالات الطلاق والخلع: فادية طواهري، تقرير صحفي منشور بجريدة صوت الأحرار، بتاريخ: 2015/7/20، الرابط: (djazairess.com/alahrar/125089).
- 461- خطف العريس للزواج به قسراً ظاهرة رائجة في الهند: تقرير منشور بصحيفة العرب، بتاريخ: الاثنين 2014/04/07م، عدد 9521، ص.24، الرابط: (alarab.co.uk/?id=19599).
- 462- داعش في الفلوجة تجبر الصغيرات على الزواج وتناول حبوب منع الحمل: تقرير صحفي نشرته الشبكة الإعلامية المستقلة «عراق القانون»، بتاريخ: 06 مارس 2014م، تاريخ الزيارة: 2015/10/5، الرابط: (www.qanon302.net/news/2014/03/16/14434).
- 463- الزواج بهوية مزورة: تقرير صحفي منشور بجريدة الرياض (السعودية)، بتاريخ: 2014/09/06، عدد: 16875، الرابط: (www.alriyadh.com/973528)، تاريخ الزيارة: 2015/10/5.
- 464- عيادات طبية تجري عمليات لترقيع غشاء البكارة خارج القانون، تقرير صحفي منشور بجريدة الشروق اليومي، بتاريخ: 2008-7-4، الرابط: (echoroukonline.com/ara/?news=23011)
- 465- فتيات يلجأن إلى السحر والشعوذة من أجل الزواج: تقرير صحفي منشور باليومية الإلكترونية: أخبار اليوم الجزائرية، بتاريخ: 2015/11/29م. الرابط: (djazairess.com/akhbarelyoum/163481).

عشرون - مواقع الانترنت

- 466- موقع جامعة طرابلس، لبنان: (www.ut.edu.lb)
- 467- موقع جزائرس، أخبار الجزائر على مدار الساعة: (www.djazairess.com)

- 468- موقع شبكة الألوكة: (www.alukah.net)
- 469- موقع الشيخ فركوس: (www.ferkous.com)
- 470- موقع الطبي (altibbi.com).
- 471- موقع العلوم القانونية المغربية: (www.marocdroit.com)
- 472- موقع فتاوى الشبكة الإسلامية: (http://www.islamweb.net)
- 473- موقع مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي: (www.iifa-aifi.org)
- 474- موقع منظمة الصحة العالمية، الرابط: (who.int/topics/chronic-diseases/ar/)
- 475- موقع وراثة، الرابط: (werathah.com/premarital.htm).
- 476- موقع ويب طب (webteb.com).

واحد وعشرون- مراجع باللغة الأجنبية

- 477- *Code Civil Français* : publié sur le sit : <http://codes.droit.org/> édition 2017.
- 478- *Droit Civil, tome 1*: Pierre Voirin et Gilles Goubeaux, L.G.D.J. lextenso, Paris, 32^e éd., 2009.
- 479- *La famille* : Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron, Defrénois lextenso, Paris, 3^{ème} éd., 2009.
- 480- *Réflexions sur les Questions Epineuses du Code Algérien de la Famille* : Djilali Tchouar, Office des Publications Universitaires, Alger, 2004.

سادسا- فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
مقدمة.....	أ-ط
المبحث التمهيدي: حقيقة الرضا في عقد الزواج.....	1-75
المطلب الأول: مفهوم الرضا في عقد الزواج.....	1
الفرع الأول: تعريف الرضا.....	1
أولا- تعريف الرضا في اللغة.....	1
ثانيا- تعريف الرضا في الفقه الإسلامي.....	2
ثالثا- تعريف الرضا في القانون الوضعي.....	5
الفرع الثاني: متعلقات الرضا في عقد الزواج.....	7
أولا- أطراف الرضا في عقد الزواج.....	7
ثانيا- عناصر الرضا في عقد الزواج.....	11
الفرع الثالث: مكانة الرضا في عقد الزواج.....	16
أولا- مكانة الرضا في عقد الزواج في الفقه الإسلامي.....	16
ثانيا- مكانة الرضا في عقد الزواج في القانون الوضعي.....	22
المطلب الثاني: وجود الرضا في عقد الزواج والتعبير عنه وصحته.....	24
الفرع الأول: وجود الرضا في عقد الزواج.....	24
أولا- وجود التمييز.....	24
ثانيا- وجود القصد.....	26
الفرع الثاني: طرق التعبير عن الرضا في عقد الزواج.....	30
أولا- التعبير بالكلام.....	30
ثانيا- التعبير بالكتابة.....	31
ثالثا- التعبير بالإشارة.....	32
رابعا- التعبير بالسكوت.....	32
خامسا- التعبير بالوسائل الحديثة.....	32
الفرع الثالث: شروط الإيجاب والقبول في عقد الزواج.....	35
الفرع الرابع: صحة الرضا في عقد الزواج.....	38
أولا- أهلية التعاقد.....	38
ثانيا- سلامة الرضا من العيوب.....	43

- المطلب الثالث: العيوب المؤثرة وغير المؤثرة في عقد الزواج..... 46
- الفرع الأول: الغلط في عقد الزواج 46
- أولا- تعريف الغلط..... 46
- ثانيا- حكم الغلط في عقد الزواج..... 48
- الفرع الثاني: الغبن والاستغلال في عقد الزواج 63
- أولا- تعريف الغبن والاستغلال 63
- ثانيا- حكم الغبن والاستغلال في عقد الزواج..... 68
- الفصل الأول: الإكراه في عقد الزواج..... 230-76**
- المبحث الأول: حقيقة الإكراه في عقد الزواج..... 123-77**
- المطلب الأول: تعريف الإكراه..... 77
- الفرع الأول: تعريف الإكراه في اللغة..... 77
- الفرع الثاني: تعريف الإكراه في الفقه الإسلامي 78
- الفرع الثالث: تعريف الإكراه في القانون الوضعي..... 82
- المطلب الثاني: أركان الإكراه وشروطه 84
- الفرع الأول: المكروه وشروطه..... 85
- الفرع الثاني: المكروه وشروطه 94
- الفرع الثالث: المكروه به وشروطه..... 97
- الفرع الرابع: المكروه عليه وشروطه..... 109
- المطلب الثالث: أنواع الإكراه..... 114
- الفرع الأول: الإكراه المشروع وغير المشروع..... 114
- الفرع الثاني: الإكراه الملجئ وغير الملجئ..... 117
- الفرع الثالث: الإكراه المادي والمعنوي..... 121
- المبحث الثاني: صور الإكراه على الزواج..... 185-124**
- المطلب الأول: الإكراه المشروع على الزواج وصوره..... 124
- الفرع الأول: تعريف ولاية الإكراه ومن تثبت له 125
- أولا- تعريف ولاية الإكراه 125
- ثانيا- الأشخاص الذين تثبت لهم ولاية الإكراه..... 128
- الفرع الثاني: الأشخاص الذين تثبت عليهم ولاية الإكراه 132
- أولا- إجبار الصغار على الزواج..... 132
- ثانيا- إجبار المعاقين عقليا على الزواج..... 142

- 145 ثالثا- إجبار السفهاء على الزواج
- 148 رابعا- إجبار البالغين الراشدين على الزواج
- 153 الفرع الثالث: ضوابط ممارسة ولاية الإيجار وحكم مخالفتها
- 153 أولا- ضوابط ممارسة ولاية الإيجار
- 166 ثانيا- حكم مخالفة ضوابط ممارسة ولاية الإيجار
- 169 المطلب الثاني: الإكراه غير المشروع على الزواج وصوره
- 169 الفرع الأول: إكراه المرأة المعتبر رضاها على الزواج
- 176 الفرع الثاني: إكراه الولي على التزويج
- 181 الفرع الثالث: إكراه الرجل على الزواج
- 230 -186..... المبحث الثالث: أحكام الزواج المشوب بالإكراه
- 186 المطلب الأول: حكم عقد الزواج المشوب بالإكراه
- 186 الفرع الأول: حكم عقد الزواج المشوب بالإكراه في الفقه الإسلامي
- 198 الفرع الثاني: حكم عقد الزواج المشوب بالإكراه في القانون الوضعي
- 207 المطلب الثاني: إثبات الإكراه على عقد الزواج
- 207 الفرع الأول: القاعدة العامة في إثبات الإكراه في عقد الزواج
- 209 الفرع الثاني: كيفية إثبات الإكراه في عقد الزواج
- 217 المطلب الثالث: آثار عقد الزواج المشوب بالإكراه
- 217 الفرع الأول: حكم الدخول في الزواج المشوب بالإكراه
- 221 الفرع الثاني : حكم المهر في الزواج المشوب بالإكراه
- 224 الفرع الثالث: حكم النسب في الزواج المشوب بالإكراه
- 227 الفرع الرابع : حكم بقية آثار الزواج المشوب بالإكراه
- 227 أولا- حكم العدة في الزواج المشوب بالإكراه
- 228 ثانيا- حكم النفقة في الزواج المشوب بالإكراه
- 228 ثالثا- حكم التعويض عن الضرر الناتج عن الزواج بالإكراه
- 406-231 الفصل الثاني: التغيير في عقد الزواج
- 277 -232..... المبحث الأول: حقيقة التغيير في عقد الزواج
- 232 المطلب الأول: تعريف التغيير والتدليس
- 232 الفرع الأول: تعريف التغيير
- 236 الفرع الثاني: تعريف التدليس
- 240 المطلب الثاني: أركان التغيير وشروطه

- 241 الفرع الأول: الغارُ وشروطه
- 249 الفرع الثاني : المَعْرُورُ وشروطه
- 251 الفرع الثالث: محل التَغْيِيرِ وشروطه
- 253 الفرع الرابع : وسيلة التَغْيِيرِ وشروطها
- 257 المطلب الثالث: أنواع التَغْيِيرِ
- 257 الفرع الأول: التَغْيِيرِ الفعلي
- 258 أولا- التَغْيِيرِ باستعمال الزينة
- 262 ثانيا- التَغْيِيرِ باستعمال الجراحة التجميلية
- 268 ثالثا- التَغْيِيرِ بتزوير الوثائق والشهادات
- 269 الفرع الثاني: التَغْيِيرِ القولي
- 269 أولا- الكذب في الإخبار عن مواصفات أحد الزوجين
- 272 ثانيا- تخلف الوصف المشروط
- 274 الفرع الثالث: التَغْيِيرِ بالكنمان
- 338 -278..... المبحث الثاني: صور التَغْيِيرِ في عقد الزواج
- 278 المطلب الأول: التَغْيِيرِ في ذاتية الزوجين وفي موانع الزواج
- 278 الفرع الأول: التَغْيِيرِ في ذاتية الزوجين
- 278 أولا- التَغْيِيرِ في ذاتية الزوجين عند العقد
- 280 ثانيا- التَغْيِيرِ في ذاتية الزوجين عند الدخول
- 282 الفرع الثاني: التَغْيِيرِ في موانع الزواج
- 287 المطلب الثاني: التَغْيِيرِ في الكفاءة الزوجية
- 287 الفرع الأول: حقيقة الكفاءة الزوجية
- 287 أولا- تعريف الكفاءة
- 288 ثانيا- حكم الكفاءة في عقد الزواج
- 291 ثالثا- الخصال المعتبرة في الكفاءة
- 293 الفرع الثاني: التَغْيِيرِ في خصال الكفاءة
- 293 أولا- التَغْيِيرِ في الديانة
- 296 ثانيا- التَغْيِيرِ في النسب والحسب
- 297 ثالثا- التَغْيِيرِ في المال
- 298 رابعا- التَغْيِيرِ في الحرفة
- 299 خامسا- التَغْيِيرِ في السن

- 302 سادسا- التغيرير في المستوى العلمي
- 303 سابعا- التغيرير في الجمال
- 305 المطلب الثالث: التغيرير في العيوب الزوجية
- 305 الفرع الأول: حقيقة العيوب الزوجية
- 305 أولا- تعريف العيوب الزوجية
- 306 ثانيا: عدد العيوب الزوجية
- 313 الفرع الثاني: صور التغيرير في العيوب الزوجية
- 313 أولا- التفريق بين العيب المغرّر به والعيب غير المغرّر به
- 316 ثانيا- ضابط العيوب التي يحصل التغيرير بها في الزواج
- 321 ثالثا- أمثلة عن أساليب التغيرير في العيوب الزوجية
- 323 المطلب الرابع: التغيرير في الصفات المشتركة في الزوجين
- 323 الفرع الأول: ضوابط تحقق التغيرير في الصفات المشتركة في الزوجين
- 323 أولا- طبيعة الصفة المشتركة
- 325 ثانيا- وقت الاشتراط
- 326 ثالثا- صيغة الاشتراط
- 328 رابعا- تخلف الصفة المشروطة
- 328 الفرع الثاني: صور التغيرير في الصفات المشتركة
- 329 أولا- التغيرير في صفة الديانة
- 332 ثانيا- التغيرير في صفة النسب
- 332 ثالثا- التغيرير في صفة الغنى
- 333 رابعا- التغيرير في صفة البكارة
- 336 خامسا- التغيرير في صفة التعدد
- 406-339 المبحث الثالث: أحكام الزواج المشوب بالتغيرير
- 339 المطلب الأول: حكم عقد الزواج المشوب بالتغيرير
- 339 الفرع الأول: حكم عقد الزواج المشوب بالتغيرير في ذاتية الزوجين
- 343 الفرع الثاني : حكم عقد الزواج المشوب بالتغيرير في موانع الزواج
- 346 الفرع الثالث: حكم عقد الزواج المشوب بالتغيرير في الكفاءة
- 350 الفرع الرابع : حكم عقد الزواج المشوب بالتغيرير في العيوب الزوجية
- 354 الفرع الخامس: حكم عقد الزواج المشوب بالتغيرير في الصفات المشتركة
- 359 المطلب الثاني: أحكام خيار التغيرير

- 360 الفرع الأول: صاحب الحق في خيار التغيرير
- 363 الفرع الثاني : شروط خيار التغيرير
- 368 الفرع الثالث: نوع الفرقة بخيار التغيرير
- 370 الفرع الرابع: مسقطات خيار التغيرير
- 373 المطلب الثالث: إثبات التغيرير في الزواج
- 373 الفرع الأول: القاعدة العامة في إثبات التغيرير في الزواج
- 375 الفرع الثاني: أدلة إثبات التغيرير في الزواج
- 375 أولا- الإثبات بالكتابة
- 377 ثانيا- الإثبات بالإقرار
- 378 ثالثا- الإثبات بشهادة الشهود
- 379 رابعا- الإثبات باليمين
- 382 خامسا- الإثبات بالمعينة والخبرة
- 385 سادسا- الإثبات بالقرائن
- 387 المطلب الرابع: آثار الزواج المشوب بالتغيرير
- 387 الفرع الأول: أحكام المهر في الزواج المشوب بالتغيرير
- 387 أولا- استحقاق المهر في الزواج المشوب بالتغيرير
- 389 ثانيا- مقدار المهر في الزواج المشوب بالتغيرير
- 392 ثالثا- الرجوع بالمهر على المعرّر
- 397 الفرع الثاني: حكم بقية آثار الزواج المشوب بالتغيرير
- 397 أولا- حكم النسب في النكاح المشوب بالتغيرير
- 400 ثانيا- حكم العدة في الزواج المشوب بالتغيرير
- 402 ثالثا- حكم النفقة في الزواج المشوب بالتغيرير
- 406 رابعا- حكم التعويض عن الضرر الناتج عن زواج التغيرير
- 410-407 الخاتمة
- 412 فهرس الآيات القرآنية
- 414 فهرس الأحاديث النبوية
- 418 فهرس الآثار
- 420 فهرس الأعلام المترجم لهم
- 422 قائمة المصادر والمراجع
- 456 فهرس المحتويات

ملخص البحث

تناول هذه الرسالة موضوعا مهما من موضوعات الأحوال الشخصية، يتمثل في عيوب الرضا في عقد الزواج، وقد تمت دراسته دراسة مقارنة بين كل من الفقه الإسلامي بمذاهبه الأربعة المشهورة، والقانون الوضعي في كل من الجزائر والمغرب والأردن. وقد تم التطرق فيها لتعريف الرضا وما يتعلق بوجوده، والتعبير عنه، وصحته وسلامته من العيوب، حيث تم تعريف عيوب الرضا وتعيديها، وبيان ما يؤثر منها في عقد الزواج وما لا يؤثر فيه.

أما العيوب التي لا تؤثر فيه فهي الغلط والغبن والاستغلال، وقد بينت الرسالة أقوال الفقهاء في هذه العيوب، وسبب عدم تأثيرها في الزواج، وأن ذلك يعود أساسا للطبيعة الخاصة لعقد الزواج التي لا تقبل الفسخ لهذه العيوب، التي يكون الوقوع فيها ناتجا أساسا عن تقصير.

أما العيوب التي تؤثر فيه فهي الإكراه والتغيير. وقد فصلت الرسالة في أحكام هذين العيبين، فخصصت لكل واحد منهما فصلا مستقلا؛ فتحدثت في الفصل الأول عن عيب الإكراه، فعرفته وبينت أركانه وشروطه، وأنواعه وصوره، وحكم عقد الزواج المشوب به من حيث الصحة والبطالان، والنفاذ واللزوم، مع التطرق أيضا لإثبات الإكراه، وأثر ثبوته على كل من الدخول والمهر والنسب وغيره.

أما الفصل الثاني فتناولت فيه الرسالة عيب التغيير في الزواج، فعرفته وبينت أركانه وشروطه، وأنواعه وصوره، وأن التغيير قد يكون في الموانع الشرعية للزواج، أو في ذاتية أحد الزوجين، أو كفاءته، أو عيوبه، أو الصفات المشتركة فيه. حيث تم بيان حكم كل هذه الصور، وحكم عقد الزواج المشوب بها من حيث الصحة واللزوم، مع التطرق لكيفية إثبات التغيير، وما يترتب عن ثبوته من ثبوت الحق في الخيار والأحكام المتعلقة به، وكذا الأحكام المتعلقة ببقية الآثار، كالمهر والنسب والعدة والنفقة.

وقد خلصت الدراسة في النهاية إلى جملة من النتائج والاقتراحات المهمة في الموضوع.

Research Abstract

This thesis deals with an important issue pertaining to personal status, namely: the defects of consent to marriage contract. The study is conducted in the perspective of a comparison between the Islamic jurisprudence through its four famous schools and the secular law in Algeria, Morocco and Jordan. It includes a definition of consent and its various aspects, such as the reason for its existence, the way it is expressed as well as its conditions and impediments. Also, the different defects of consent have been enumerated according to whether they affect or not the marriage validity.

As for the defects which have an impact on the validity of the marriage contract, they are as follows: error, defraud and exploitation. The thesis explores several opinions of jurisprudence scholars towards these defects and explains the reasons for which they have no impact on marriage; given the fact that marriage contract cannot be dissolved only for such defects resulting essentially from non-fulfillment of duty.

The defects which bear an impact on marriage are coercion and deception. These two defects have been discussed in depth; each of which is dealt with in a separate chapter. The first chapter defines coercion and presents its basic elements and conditions, its types and categories and the degree of validity of a coercion-based marriage along with its validity or nullification, enforcement and obligation. In addition, the focus is put on the effect of proving coercion on marriage consummation, dowry (sadak) and kinship.

The second chapter is devoted to deception defect in marriage; its definition, its basic elements and conditions in addition to its types and categories. This part also reveals that coercion can be one of the legal impediments to marriage, to the identity of one the two spouses or to their suitability for each other, to their faults or to the required qualities in them. All these aspects are judged along with the marriage contract affected by those defects on the basis of validity and obligation. In addition, light is shed in this chapter on the way of proving deception and, once proved, the right of choice and all the judgments pertaining to it and to the rest of effects, such as dowry, kinship, waiting period and alimony.

A last, a set of findings are drawn and some research areas are suggested.

Compte-rendu de la recherche

Cette thèse porte sur une des questions intéressantes dans le droit de la famille, il s'agit des vices du consentement dans le contrat du mariage, ce thème fait l'objet d'une étude comparative entre le fikh islamique représenté par ses quatre doctrines et le droit positif en Algérie, au Maroc, et à la Jordanie.

Au cours de cette étude, on a défini le consentement et tout ce qui concerne son existence, son expression, sa validité, et comment il peut être dépourvu des vices, ainsi on a défini les vices du consentement et ses différents types, tout en explicitant ce qui a un effet sur le contrat du mariage de ce qui ne l'est pas.

Les vices qui n'affectent le contrat du mariage sont: l'erreur, le préjudice et l'exploitation. Cette étude clarifierait les propos et les justifications des légistes concernant ces vices, qui selon eux, n'affectent guère le mariage et cela est dû à la nature spécifique du contrat du mariage qui n'admet pas l'abolition, à cause de ces vices, qui est essentiellement le résultat d'une négligence.

Tandis que, les vices qui affectent le contrat du mariage sont: la contrainte et le dol, de ce fait cette étude n'a pas manqué d'étayer les jugements de ces deux vices, pour lesquels on a consacré deux chapitres indépendants. J'ai abordé au premier chapitre le vice de la contrainte: sa définition, ses piliers, ses conditions ses types et ses représentations, en montrant le jugement du mariage altéré de ce vice, en ce qui concerne la légalité, la fausseté, l'exécution, l'obligation, en abordant aussi la démonstration de la contrainte et ses conséquences aussi bien sur l'acte du mariage que sur la provenance .

Dans le deuxième chapitre, l'étude a traité le vice du dol dans le mariage, on l'a défini, tout en montrant ses piliers et ses représentations, ainsi que le dol pourrait être dans un des interdits légaux du mariage ou dans la personne de l'un des deux époux ou dans son habileté ou dans ses vices ou ses qualités.

Ainsi, on a montré le jugement de toutes ces situations et aussi le jugement du contrat du mariage altéré du vice du dol; pour ce qui est de la légalité et de l'obligation, en évoquant la façon par laquelle on confirme le dol et ce qui engendre de cette confirmation comme étant la confirmation du droit du choix et les jugements qui le concernent et aussi les jugements relatifs aux restes des conséquences, comme le dot, le délai de viduité et la dépense .

En conclusion, cette étude prétend aboutir à une série de résultats et de propositions intéressantes en faveur de ce thème inachevé.