

# الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة مولود معمري تيزي وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية

## الرضائية في عقد الزواج في القوانين الوضعية والفقہ الإسلامي

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم

تخصص القانون

تحت إشراف

أ. د خليل عمرو

إعداد الطالب

لموشي عادل

لجنة المناقشة

أ. د كتو محمد الشريف	جامعة مولود معمري تيزي وزو.....رئيسا
أ. د خليل عمرو	جامعة البليدة.....مشرفا ومقررا
أ. د بلامامي عمر	جامعة سطيف 2.....ممتحنا
أ. د بن شويخ رشيد	جامعة جامعة البليدة.....ممتحنا
د. بويزري سعيد	جامعة مولود معمري تيزي وزو.....ممتحنا

السنة الجامعية: 2019/2018

# إهداء

• إليك والدي ولا شيء يوفيك من التكريم حقا، صاحب الجميل الذي لا يرد، فشكرا على كل شيء يا كل شيء، رسالتي قد تنتهي أما رسالتك فلا تنتهي، أدعو ربي أن أكون لك صدقة لا تنقطع.

• إليك يا من أجدُ نفسي بين يديك، وأرى النور حينما تغمر الفرحة عينيك؛ أمي ثلاثة أحرف اختصرت كل معاني النبل فكل الحروف لو اجتمعت فلن توفيك من التقدير حقا.

• إلى التي صبرت عليَّ شهورا طويلة، كنت فيها معتكفا على الدراسة، فتحملت هجر الليالي ومدافعة الأيام في غرة حياتنا الزوجية، زوجتي الغالية؛ التي كلما تأملت فيها استحضرت عظمة نعمة ربي عليَّ حينما أكرمني بها، ولا أدري كيف أخطو سبيل الشاكرين على نعمة الزوجة الصالحة.

• تتبعثر الحروف مندفعة وعبثا أحاول ترتيبها على نسق يُؤفِّي قدر إخوتي، فإليكم أهدي عملي هذا عساه يُقارب ما أكنُّه لكم.

• إلى الذين أرى التفاؤل والسعادة في عيونهم وأزيل الكدر بضحكاتهم، ولديَّ أنس وإدريس.

• إلى الذين عرفْتُ كيف أجدهم ولم أعرف كيف أشكرهم إلى الأساتذة والرفقة الأعزاء عبد العزيز سوايعية، ونوغي نبيل، حسين دريسية، عمر علي أحمد ، عبد الكريم ماجري ، أبو بكر أو معمر ، وغيرهم كُثُر وليعذرني من أسقطت إسمه ناسيا.

# شكر

يقول عز وجل في محكم تنزيله: { وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ } سورة إبراهيم الآية: 07.

وجاء عن النبي صلى الله عليه وسلم فيما رواه الترمذي أنه قال: لمن لم يشكر الناس لم يشكر الله.

أتوجه بالشكر الجزيل إلى أستاذي الفاضل خليل عمرو الذي ما وجدت أحرص منه عليّ في إعداد هذه الاطروحة، ولم أر فيه إلا كمثل الوالد، فأنت بحق كمثل الغيث أينما وقعت نفعت، لا أحصي ثناء عليك، فسيرتك دائما تسبقك.

إلى أعضاء لجنة المناقشة، شكرا على قبول مناقشة هذه الاطروحة، وأستسمحكم فيما إقتطعته من وقتكم الثمين لإثرائها .

ثبت عن ابن عباس رضي الله عنه مرفوعاً  
قوله: " لَيْسَ أَحَدٌ إِلَّا يُؤْخَذُ مِنْ قَوْلِهِ وَيَدَعُ غَيْرُ  
النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ "

يُقَالُ:

" إن أعظم فائدة للباحث المفكر هو أن يفهم  
ما يستطيع أن يفهمه ويتقبل باحترام ما لم  
يستطع أن يفهمه "

## المقدمة:

اكتسى نظام الأسرة على مر العصور أهمية بالغة، باعتباره القاعدة الأساسية لتكوين المجتمعات القديمة والمعاصرة على حد سواء، لذلك فإن كل تشريعات الدول والأنظمة المختلفة تعرضت لهذا الموضوع، بشكل مفصل حسب طبيعتها وخصوصيتها<sup>1</sup>.

فلما كانت الأسرة مبناهما العلاقة الزوجية كسنة من سنن الله في الخلق والتكوين وهي الأسلوب الذي اختاره الله للتوالد والتكاثر واستقرار الحياة، بعد أن أعد كلاً من الزوجين وهما لتتحقيق هذه الغاية، قال تعالى: ﴿ يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء ﴾ (سورة النساء، الآية: 01)

لم يشأ المولى عز وجل أن يجعل الإنسان كغيره من العوالم، بل وضع النظام الملائم لسيادته<sup>2</sup>، فكرمه المولى فلم يترك ذكره وأنتاه يجتمعان كما يجتمع ذكر الحيوان بأنثاه، وحتى لا يقع التزاحم على إناث بني آدم؛ شرع لهم العلي القدير عقد النكاح دون غيرهم من المخلوقات؛ فلا يصلح أمرهم إلا بشرعية اختصاص الرجل بزوجه على رؤوس الأشهاد. ورتب عليه حقوقا وواجبات، ليتحقق من الاجتماع بينهما مودة ورحمة، وليكون من ذلك ذرية طيبة ... فلو أن أمر الإنسان ترك بلا ضابط ولا نظام لترتبت مفاسد لا تحصى.

وقد حرصت الشريعة الإسلامية على إبراز وإظهار مكانة ومكانة النظام الأسري، من خلال تحديد العلاقات الأسرية التي تقوم على الزواج، كما رسمت معالم وأهداف هذا الزواج، وأحاطته بسلسلة من الضمانات للحفاظ على العلاقات الأسرية من التشتت والضياع<sup>3</sup>، كما قسمت الوظائف والمسؤوليات بين الزوجين بل وباقي أفراد الأسرة. من خلال المساعدة المتبادلة في الالتزامات<sup>4</sup>.

ولأن التعاون سببه ضعف الشعور بالمسؤولية، ومحاولة كل شريك إلقاء العبء على غيره، وتقصير كل منهم إعتقادا على قيام الآخر بواجبه، مما يترتب عنه الضياع والفساد فضلا عن

1 - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الطبعة الاولى، 1429 هـ - 2008م، ص:03.

2 - السيد سابق، فقه السنة، دار الحديث، الطبعة: 01، مصر، 1425هـ 2004م، ص: 497 .

3 - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص: 03.

4-Droit civil.Introduction biens Personnes Famille, Yvain Buffelan-Lanore/ Virginie Larribau-Terneyre, N°d'édition:17, Collection: Université, 2011 p :539.

تفكك المجتمع وإختلاله، وإنعدام العواطف وروح التعاون، التي ينميها نداء القرابة ووحدة الدم في نظام الأسرة<sup>1</sup>.

وإنّ من التعاون و الإشتراك القيام بما أوجبه الشارع الحكيم والذي يتحقق به مقصد من مقاصد عقد الزواج؛ وهو حفظ النسل من خلال التكاثر، ولعله المقصد الأصلي للزواج، فالتناسل مطلب فطري جُبِلَ عليه الإنسان، ففي جِبَلَةِ الإنسان حب الامتداد، واستمرار الأثر من خلال عَقْبِهِ، والنفرة من الانفراد وانقطاع النسل والولد، والذرية تمثل قرة العين للإنسان، قال تعالى: ﴿والذين يقولون ربنا هب لنا من أزواجنا وذرياتنا قرة أعين واجعلنا للمتقين إماماً﴾ (سورة الفرقان، الآية: 74)، حيث يُشْبِعُ الزوجان حاجتهما النفسية والجسمية في صفتي الأمومة والأبوة، مما يُنْمِي ويُضِج شخصيتهما، بحيث يكتمل البناء الأسري فتتوسع دائرة الزواج من فردين اثنين إلى مؤسسة جماعية، ومن هنا تكون بداية الحياة الاجتماعية.

ولم يكن المقصودُ من التناسل والتوالد هذه العملية لذاتها فحسب، بل مقصود لغيره، وهو الحفاظ على عملية الاستخلاف، والقيام بعمارة الأرض. فضلا عن مقاصد أخرى للنكاح، باعتبارها قَصْدَ المُكَلَّفِ، فكل زوج يسكن إلى الآخر ويكون لباساً له، والمراد باللباس هو وقاية الزوج بتحصيله من كل الفتن والرغبات والميول النفسية، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة، إنّ في ذلك لآيات لقوم يتفكرون﴾ (سورة الروم، الآية: 20)، فهذا المصطفى صلى الله عليه وسلم ما فَتَىَّ يحث أمته على التناكح، حتى ينجبوا جيلا مسلما يباهي به الأمم يوم القيامة، حيث قال: { تزوجوا الودود الولود فإنني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة}.<sup>2</sup>

1 - عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة مدعما بأحدث الإجتهدات القضائية والتشريعية -دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، دون بلد الطبع، 1433 هـ-2012م، ص: 42.

2 - محمد ناصر الدين الالباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الاسلامي، بيروت، الطبعة 02، 1405هـ/1985م، الحديث رقم: 1784، الجزء 6، ص: 195-196. والحديث أخرجه ابن حبان في صحيحه(1228.موارد) وأحمد(3/158، 245) و الطبراني في الأوسط(1/162) من الجمع بينه وبين الصغير، وكذا ابن منصور في "سننه"(490) والبيهقي (81،82/7) من طريق خلف بن خليفة عن حفص بن أهي أنس بن مالك.

إن الزواج سنة الأنبياء والمرسلين، أكد عليها القرآن الكريم بتشريع أحكامه وضوابطه إتباعاً لقاعدة الانتقال بالوازع الجبلي إلى الوازع الديني، ليكون للإنسان نصيباً في الثواب، حتى وهو يأتي المطلب الفطري، منة ونعمة من العلي القدير لعباده، باعتباره من الأعمال التعبدية التي يثاب عليها الرجل والمرأة، فيه يكتمل دينهما، وبه فقط يُنسب الولد.

فبعد النكاح ككل العقود الشرعية يحتاج في ضبطه وتحديد ماهيته إلى أركان وشروط، تُحقَّق مقاصده؛ وقد اختص بوضعها المولى عز وجل، فلا يكون العقد صحيحاً منتجاً لآثاره ما لم يتوفَّر على هذه الأركان والشروط؛ فإن تخلف أي منها إختلَّ العقد وتعطلت آثاره، ولعل السبب الذي من أجله جُعِلت أركان عقد الزواج على خلاف العقود الأخرى؛ أن محله حلُّ الإستمتاع بين أطراف العقد في حد ذاتهم، وما يُشترط فيهم لتحقيق هذا المحل؛ فهو لا ينصرف إلى أشياء منقولة كانت أو معنوية؛ إلى جانب ما ينتجه العقد وهو النسل، ومن ثمة كانت أولوية تنظيمه موقوفة على الشارع الحكيم، فقد جُعِلَ للزواج شروطاً خلافاً لسائر العقود؛ مثل: التأييد، والولاية، والإشهاد، والإعلان؛ التي اختص بها عقد الزواج ولم تتعدَّ إلى غيره، فهي تعد أهم الضوابط التي تُميِّز بها عقد الزواج المشروع، وباقي الأنكحة الفاسدة بصفة عامة، والاتصالات غير الشرعية مثل: الاستبضاع، والمخادنة، والزنا، والبغاء... وغيرها.

ولاشك أن الركن الأبرز، والذي يجتمع عليه كل فقهاء الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية هو الرضا؛ وهو قوام كل العقود قاطبة، فلا ينعقد تصرف ويكون منتجاً، ما لم يتوفر على عنصر الرضا إذ به نستشف القصد والمراد بالتصرف، وبه يظهر اختيار الفرد لما يريد، واتجاه إرادته لإحداث تصرف ما، ولما كان الرضا على هذا القدر من الأهمية، فقد إعتنت به الشريعة الإسلامية من خلال كتب الأعلام، وخير الأنام في كتبهم وشروحاتهم، إذ يزخر الفقه الإسلامي بموسوعات شاملة لا تبقي ولا تذر أي أمر فيه، كما اعتنت به القوانين الوضعية من خلال جملة القوانين التي حاولت أن تلم بكل ما من شأنه إثراء هذا الموضوع، وإن كان الفقه الإسلامي السابق إلى هذا، بتفريعاته التي قد لا تخطر على بال أحد، والعقد بهذه الصورة يؤكد على تحقق معنى رضى المرأة وأهلها بذلك العقد، وفي التحقق من حسن قصد الرجل معها من دوام المعاشرة وإخلاص المحبة، ولذلك فهو ميثاق غليظ لا ينفك بسهولة، حيث قال تعالى واصفاً هذا العقد: ﴿ وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً ﴾ (سورة النساء، الآية: 21)

وإن كانت الشرائع الغربية لا تفرد عقد الزواج بقانون خاص، بل تجعله ضمن الشريعة العامة، بينما الشرائع العربية تجعل عقد الزواج وأحكامه ضمن قانون خاص، وهو قانون الأحوال الشخصية، وقد إستمد جميع أحكامه من الشريعة الإسلامية.

يكتسي الرضا في عقد الزواج أهمية كبيرة، على إعتبار أن آثاره لا تتوقف عند أطرافه بل تتعداهم لكل ذي صلة بالزوجين.

إن للزواج خصوصية وللرضا فيه كذلك، الشيء الذي يؤدي بنا لطرح الإشكالية التالية: فيما تكمن خصوصية الرضا في عقد الزواج خاصة وأن محل الالتزام فيه ينصرف الى أطرافه لا إلى أشياء مستقلة عنهم، وهل لإنعقاده ما يميزه من إشتراط ألفاظ مخصوصة؟ من خلال ما عرضته والإشكالية المطروحة كانت أسباب اختياري لهذا الموضوع بالذات ما يلي:

#### أولاً: الأسباب موضوعية

أ\* وجود كم هائل من النصوص القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة التي أولت مكانة ودرجة عالية لعقد الزواج والأحكام التي قررتها في مسألة الولاية في الزواج التعديل القانوني الجديد للمشرع الجزائري الذي أجراه بموجب الأمر 05 - 02 والذي مس بالمركز القانوني للولي في عقد الزواج .

ب\* تعدد وتشعب الآراء الفقهية في رضائية عقد الزواج وتباين الأسانيد المدعمة لآرائهم .

ج\* ما لوحظ على مستوى مكاتبنا الجامعية الغنى التام بالكتب المتضمنة أحكام عقد الزواج غير أنني لاحظت نقص المراجع المتخصصة لهذا الموضوع وما مجهودي إلا لمحاولة إثراء مكتبتنا الجامعية بهذا البحث المتواضع لأثبت مرونة الشريعة الإسلامية وملاءمتها لروح العصر وصلاحها لكل زمان ومكان حتى لا تكون حجة للمعاندين الذين يزعمون أن الشريعة الإسلامية غير صالحة لكل زمان ومكان وأنها جامدة لا تتفق مع روح العصر، فأردت من خلال هذه الدراسة أن أثبت لهؤلاء مدى مرونة التشريع الإسلامي من خلال تسليط الضوء على مبدأ الرضا في عقد الزواج .

#### ثانياً: الأسباب الذاتية

أ\* سوء فهم بعض الأفراد للحكمة الأساسية من اشتراط بعض القيود في عقد الزواج وأهميتها وانعكاس ذلك على تنشئة الأسرة وأهدافها.

ب\* .المشاكل التي واجهت الأفراد عند إبرام عقد الزواج والتصادم بين ما هي أعراف مرسخة في المجتمع والتي منبعها الشريعة الإسلامية والإهمال والتهميش النسبي لدور ومركز الولي وكذا بعض الأمور المستحدثة في عقد الزواج كالكشف الطبي ووجوب الترخيص لبعض الحالات من الزيجات والنتائج المترتبة عن ذلك.

ج\* البحث عن الأسباب والدوافع الرئيسية التي أخذ بها المشرع الجزائري في التعديل الأخير الذي مس مركز الولي في عقد الزواج - كان ركنا في القانون السابق وأصبح شرطا في التعديل الأخير -

د\* البحث أيضا في بقاء دول الخليج العربي محافظة على النقل الحرفي لإحكام الزواج من اجتهادات الفقه الاسلامي وأثر ذلك على الأسرة والمجتمع بشكل عام.

ه\* ضرورة بيان حكم عقد الزواج وفق المتطلبات الحديثة خاصة مع ظهور التعاقد الالكتروني الذي ساد في كل المجتمعات وبات المحرك الرئيسي لكل النشاطات سواء كانت التجارية أو غيرها وهل ينطبق هذا مع عقد الزواج.

و\* وجوب البحث بدقة لأجل الموازنة بين متطلبات العصر الحديث ومقتضيات عقد الزواج وما يكتنفه من ضوابط وجب رعايتها من باب أولى.

#### الدراسات السابقة:

يعتبر الرضا بشكل عام موضوع قد تناوله جل الفقهاء، على الصعيدين الفقهي والقانوني، وكثرت كتاباتهم فيه.

وأبرز ما يمكن ذكره بهذا الصدد رسالة الدكتوراه للباحث علي محي الدين علي القرعة داغي، والتي كانت بعنوان " مبدأ الرضا في العقود دراسة مقارنة"، وعلى الرغم من أهمية الرسالة إلا أنها قد تناولت الرضا في كل العقود، ولم يحض عقد الزواج فيها إلا باليسير من البحث.

مع ذلك فهناك دراسات قد تناولت جزئيات تخدم الرسالة، كرسائل الماجستير:

\* للباحث نضال محمد أبو سنيينة الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية.

\* للباحث أسامة ذيب مسعود بعنوان " الأكره في عقد النكاح دراسة مقارنة".

\* للباحث سعيد قاضي بعنوان " رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الاسلامية

وقانون الأسرة".

وقد أثرت كثيرا جزئيات هامة من الرسالة بالشكل المرغوب .

### الصعوبات:

إن من أبرز الصعوبات التي واجهتها في اعداد هذه الرسالة، خاصة ما تعلق منها بالصعوبات العلمية، والتي أوجزها في مايلي:

- تخصصي القانوني الذي يبتعد نوعا ما عن الجانب الشرعي، الشيء الذي شقَّ عليَّ في الولوج في تخصص يحتاج لكثير من التعمق والدقة في نقل الاحكام.  
- المراجع على كثرتها، الا أنها كانت تقريبا أحكاما عامة، تحتاج الى مراجعة دقيقة لاستخلاص ما أمكن، خدمة للرسالة.

- إتساع مجال الدراسة خاصة ما تعلق بالمقارنة مع القوانين الوضعية، حيث إقتصرت على القوانين العربية، مع الإشارة أحيانا للتشريع الفرنسي لإعتباره رائد التشريع الغربي.

وقد اتبعت في دراستي إجابة على الإشكالية المطروحة على المنهج المقارن كمنهج رئيسي على إعتبار أنه يساعد في مقارنة الدراسة في الشريعة الإسلامية بين المذاهب الفقهية المختلفة ومقارنتها مع القوانين الوضعية هذا من جهة والتشريع الجزائري وتشريعات البلدان العربية من جهة أخرى وترجيح الأقوى حجية مع البعد قدر الإمكان على التعصب والهوى إلى جانب المنهج التحليلي باعتباره المنهج الذي يتوافق ويتلائم وطبيعة موضوع وأهداف الدراسة ويحلل الموضوع تحليلا دقيقا ومعللا، كما لا يمكن الإستغناء عن المنهج الإستدلالي المتبع في الترجيح في آراء الفقه الشرعي أو القانوني وكذا الإستعانة به في الموازنة، كما لا تخلو الدراسة من المنهج الوصفي الأنسب في الوقوف على مفاهيم ومعاني المصطلحات المتبعة في الدراسة.

هذا وقد إرتأيت إلى تقسيم الرسالة إلى بابين تناولت في الباب الأول: "رضائية عقد الزواج"، وقد قسمته إلى فصلين، إذ تعرضت فيه للضوابط التي بسببها تقرّد عقد الزواج عن سائر العقود فكان الفصل الأول بعنوان: "ضوابط رضائية عقد الزواج"؛ أمّا الثاني: "مركز الولي من الرضا في عقد الزواج" في حين الباب الثاني وسمته بعنوان: "تحقق الرضا في عقد الزواج" وجعلت فيه فصلين؛ الأول بعنوان: "وجود الرضا في عقد الزواج"؛ أمّا الثاني : "سلامة الرضا".

الخطة العامة للرسالة:

مقدمة

الباب الأول: رضائية عقد الزواج.

الفصل الأول: ضوابط رضائية عقد الزواج.

الفصل الثاني: مكانة الولي من الرضا في عقد الزواج.

الباب الثاني: تحقق الرضا في عقد الزواج.

الفصل الأول: وجود الرضا في عقد الزواج.

الفصل الثاني: سلامة الرضا.

الخاتمة.

الباب الأول

رضائية عقد الزواج

## الباب الأول: رضائية عقد الزواج:

يعتبر الرضا أهم ركن في العقود بشكل عام فلا عبرة بعقد ما لم يكن، فباقي الأركان - المحل والسبب - على أهميتها ليست على قدرٍ من الأهمية كما في ركن الرضا، والزواج عقد كسائر العقود يلزمه أركان لوجوده؛ وإن كنت أرى أن الزواج يشترك مع باقي العقود في الرضا إلا أن محلّه يختلف تماماً عنها كونه ينصرف إلى أطراف العقد في حد ذاتهم لا إلى أشياء مستقلة عنهم، إلا أن الأهم هو الرضا، فالفقه الإسلامي وكذا القانوني والاتفاقيات الدولية إتفقوا على أن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج؛ فلا وجود له دونه، وإن اختلفت تسمياته، خاصة وأن الفقه الشرعي يُسميه بالصيغة أي الأيجاب والقبول لدى الفقه القانوني، وهذا الاختلاف هو لفظي فقط أما المعنى فهو واحد، ولقد نصت المادة 16 من ميثاق حقوق الإنسان على أنه " لا يعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما زواجا كاملا لا إكراه فيه "، وما أكدته المادة 3/23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والمادة 10 من العهد الدولي لحقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على أنه: " لا ينعقد زواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاءا كاملا لا إكراه فيه "، ونصت المادة 16 من اتفاقية إلغاء التمييز ضد المرأة لسنة 1979 على أن " للمرأة الحرية في اختيار الزوج وفي عدم الزواج إلا برضاها الحر والكامل " ، لم تخالف جل التشريعات سواء العربية، أو غيرها منحي ما إتجهت له الإتفاقيات و المعاهدات الدولية، وهو ما تمخض في المشروع العربي الموحد لقانون الأحوال الشخصية الذي نص في مادته 23 على أنه " ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر صادرين عن رضا تام".

لكن التسليم بذلك مطلقا لا يستوي خاصة مع إطلاق مبدأ حرية التعاقد الذي يجد أساسا له في مبدأ سلطان الإرادة، فعقد الزواج تكتنفه بعض الضوابط، مردها إلى خصوصية عقد الزواج التي سوف تحد حتما من الرضا وتجعله متماشيا وطبيعة هذا العقد. وعليه سوف نقسم هذا الباب إلى فصلين نعرض في الأول منه: ضوابط رضائية عقد الزواج، أما الثاني: فخصصته لمكانة الولي من الرضائية في عقد الزواج.

## الفصل الأول: ضوابط رضائية عقد الزواج.

لا تقتصر الإرادة البشرية على أن تكون مصدراً للالتزامات بل هي أيضاً المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار. فالإرادة الحرة هي التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام وهذه الإرادة تتجلى قوية في العقد وليس سلطان الإرادة مقصوراً على توليد الالتزامات وحدها، بل أيضاً يولد كل الحقوق الأخرى<sup>1</sup>. فالملكية مبنية على حرية الإرادة وحقوق الأسرة مبنية على عقد الزواج أي على الإرادة والميراث مبني على وصية مفروضة<sup>2</sup>

غير أن أعمال مبدأ سلطان الإرادة لا يمكن بأي حال إطلاقه في كل العقود<sup>3</sup> ومن باب أولي عقد الزواج فتلجئ بعض الحكومات الإسلامية بمناسبة عقد الزواج إلى اشتراط إفراده في عقد رسمي يوثق أمام موظف رسمي مختص بهذه العقود ويسمى المأذون الشرعي في عدد من الدول العربية، فإذا اكتفى الزوجان بإبرام العقد الشرعي بدون توثيق رسمي فإن الدعوى لا تُسمع بهذا العقد أمام القضاء، ووجه المصلحة الشرعية هنا واضح لأنه بعد فساد الذمم وجد في حالات عديدة أن الزوج يلجأ إلى إنكار الزواج بعد أن يكون قد عاشر المرأة سنوات عديدة وأنجب منها فيتركها إلى بلد آخر وينكر الزواج وتضيع الزوجة وأولادها خصوصاً إذا كان الشهود قد ماتوا.

كما يقع لزاماً مراعاة عقد الزواج في خصوصيته إذ لا بد من مراعاة ضوابط موضوعية تخص الحكمة من تشريعه كضابط اللفظ وضابط الإشتراط، إلى جانب ضوابط موضوعية تخص محل عقد الزواج، خاصة الاختلاف في الجنس؛ وكان الأولى عدم ذكره لكن ارتأينا التطرق لبيان مركز الخنثى في عقد الزواج، إلى جانب ما يعرف بالزواج المثلي هذا الأخير بات يجد قوانين تبيحه وتغذيه، إلى جانب ما أقرت بعض التنظيمات من إجراءات شكلية قد تكون المصالح المرسله من دعت لها، وعلى هذا عمدت إلى تقسيم هذا الفصل إلى: مبحثين جاء الأول بعنوان: الضوابط الموضوعية، أما الثاني: فورد بعنوان: الضوابط الشكلية.

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - دار إحياء، بيروت لبنان ، التراث العربي، دون سنة طبع، ص:144.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص: 145.

3 - Yvaine buffelan -lanore ,virgine larribou -terneyre ,droit civil ,les obligation ,11e édition dalloz ,paris 2008 ,p :202

## المبحث الأول: الضوابط الموضوعية

و نعني بالضوابط الموضوعية تلك التي تراعي ما يختص به عقد الزواج عن سائر العقود، بمعنى إمكانية أن ينطبق المفهوم العام للرضا على هذا العقد، خاصة عند الوقوف على معاني بعض المفردات المرتبطة بالرضا؛ كالإختيار، الإرادة، النية والقصد، ومن الضوابط ما يرتبط بالعقد ويقترب به، يرتضيه الأطراف ويؤثر في ماهية الزواج كالإشتراط.

وسنورد في هذا المبحث مطلبين؛ الأول بعنوان: ضابط خصوصية ركن الرضا في عقد الزواج، أما الثاني بعنوان: ضابط الإشتراط في عقد الزواج.

### المطلب الأول: ضابط خصوصية ركن الرضا في عقد الزواج

ونعني بضابط خصوصية ركن الرضا في الزواج، أن إمتياز عقد الزواج و تفرده عن سائر العقود، خاصة ما تعلق بآثاره التي لا تتوقف على الأفراد بل تمتد لكل ذي صلة بالزوجين، الشيء الذي يجعل الرضا ذو ميزة خاصة، وفق ما سنبيته فيما يلي:

### الفرع الأول: مفهوم الرضا

يعتبر الرضا نقطة الالتقاء بين سائر العقود الفعلية ومدار كل التصرفات القانونية ولا يمكن الحديث عن أي التزام دون وجوده، فلا أثر للالتزام دونه. ولما كان الرضا على هذا القدر من الأهمية كان لزاما علينا أن نقف عند تعريفه لغة واصطلاحا.

### أولاً: التعريف بالرضا

#### أ- التعريف اللغوي للرضا

معنى الرضا في لسان العرب، الرضا بالمقصود ضد السخط وفي حديث الدعاء اللهم إني أعوذ برضاك من سخطك وبمعافاتك من عقوبتك وأعوذ بك منك لا أحصي ثناء عليك كما أثنيت على نفسك.

والرضا مصدر: رضي يرضى رضا- بكسر الراء وضمها- ورضوانا -بالكسر والضم عند سيبويه- ويقال أرضيته إرضاء مثل وافقته موافقة، ووافقا وزنا ومعنى، ويستعمل الرضا ومشتقاته متعديا بنفسه وبعن، وبالباء، وبعلى، فيقال: رضيته، وارتضيته، ورضيت عنه، وعليه؛ وبه قال

الكسائي في سبب تعديته بعلى لما كان " رضيت " ضد سخطت عدي بعلى حملا للشيء على نقيضه.<sup>1</sup>

وللرضا معان كثيرة منها راحة القلب وانسراحها وهي بذلك ضد السخط والبغض كما في الدعاء السابق وفي قوله تعالى: ﴿ أفمن اتبع رضوان الله كمن باء بسخط من الله ومأواه جهنم وبئس المصير ﴾ (سورة آل عمران، الآية: 162)

ومن معانيها أيضا: التسليم والانقياد كالرضا بالقدر خيره وشره، وهمومن أركان الإيمان.

وأیضا: طيب النفس كقوله تعالى: ﴿...وجوه يومئذ ناعمة (8) لسعيها راضية(9) في جنة عالية (10) ﴾ (سورة الغاشية، الآيات: 8، 9، 10) ومنها أيضا الاختيار: فيقول رضيت بالشيء أي اخترته، مثل ما جاء في قوله تعالى: ﴿...اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً... ﴾ (سورة المائدة: الآية: 4)

الرضاء بالمد - فقد ثبت عن الأخفش - وهو تابع سيبويه - قوله: إنه اسم مصدر لعملية الرضا، وعلى هذا فهو ليس واقعة مزدوجة؛ وقال آخرون مصدر لراضي، يراضي مرضاة ورضاء، مثل وفاق وزنا ومعنى<sup>2</sup>؛ وقال ابن منظور: " إذا جعلت ' الرضا ' بمعنى المرضاة فهو ممدود، وإذا جعلته مصدر: رضي يرضى فهو مقصور<sup>3</sup>؛ وعليه فالرضا - بالمقصور - لا يدل على المشاركة ويتحقق مع أحد أطراف العقد وفق ما تقدم، وعلى العكس تماما فالرضاء - بالمد - يدل على المشاركة ويحتاج لتحقيقه توافر رضائين أو أكثر.

غير أنه برأبي أن الرضا يدل على مطلق الماهية، فهو المصدر ومنه تصاغ باقي المعاني، فهو يتحقق مع الواحد كما يتحقق مع أكثر، سواء كنا أمام عقد ملزم لجانب واحد أو ملزم لجانبين أو أكثر.

1- أحمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، لسان العرب، الجزء: 14، دار صادر،، الطبعة: 03، بيروت، 1414 هـ، ص: 324.

2- أحمد بن محمد بن علي الفيومي الحموي، أبو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الجزء: 01، المكتبة العلمية، دون دار الطبع، دون سنة الطبع، بيروت، ص: 229.

3 - ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، 324/14.

## ب- التعريف الاصطلاحي للرضا

## 1. في الشريعة الإسلامية:

## أ- في القرآن الكريم:

لقد ورد لفظ رضا ومشتقاته في القرآن الكريم في كثير من المواضع منها بلفظ " تراض " في آيتين هما - قوله تعالى: ﴿... فإن أرادا فصلا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما...﴾ (سورة البقرة، الآية: 233).

وقوله تعالى أيضا: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم...﴾ (سورة النساء: الآية 29).

وعند الرجوع إلى تفسير هذه اللفظة ومشتقاتها نلاحظ أنها تدور كلها حول معانيها اللغوية السابقة من طيب النفس وارتياحها، وضد الكره والغضب، والسخط وبمعنى الاختيار. وإن كان المفسرون قد أجمعوا حول المعنى اللغوي في راض إلا أنهم اختلفوا حول معنى تراض في قوله تعالى: ﴿...إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم...﴾ (سورة النساء: الآية 29).

فقال بعضهم هو أن يخبر كل واحد من المتبايعين الآخر بعد العقد، بين إمضاء البيع أو نقضه، أو ينفردا بأبدانها عن مجلسهما الذي تم فيه البيع عن تراض بالعقد الذي تعاقداه، وقال آخرون: بل التراضي في التجارة توجب العقد عن الرضا من كل واحد منهما سواء افتردا أو لم يفتردا، غائرا في المجلس أولا، وعله هذا القول أن البيع إنما هو بالقول ونحوه.<sup>1</sup>

وفي رسالة علي محي الدين علي القرّة داغي وصل صاحبها إلى نقطة مفادها أن الخلاف الفقهي ليس في أصل معنى "تراض" وإنما هو في تمامه ولزومه<sup>2</sup>، مستشهدا فيما ثبت عن القرطبي بقوله: " اختلف العلماء في التراضي فقالت طائفة: تمامه وجزمه بإفتراق الأبدان. وبعبارة أخرى أن هذا الاختلاف راجع إلى ما يتحقق به التراضي الكامل وينجز به العقد. فقال فريق لا ينجز العقد

1 - ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، الجزء: 02، المحقق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة: 02، 1420هـ - 1999م، ص: 296.

2 - علي القرّة داغي، مبدأ الرضا في العقود- دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الروماني والفرنسي والإنجليزي والمصري والعراقي، الجزء الأول، شركة دار البشائر الإسلامية، طبعة: 03، 1429 هـ 2008 م، ص: 191.

إلا بعد المجلس أو التعبير، فما دام مجلس العقد باقيا يبقى حق الفسخ لكل واحد من العاقدين، في حين ذهب الفريق الثاني إلى عدم الاعتداد بخيار المجلس، ولهذا يكفي تمام التراضي القول فقط<sup>1</sup>

### ب- في السنة النبوية:

ثبت عن أمنا عائشة رضي الله عنها أنها قالت: قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم " إني لأعلم إذا كنت راضية وإذا كنت عليّ غَضَبِي " قالت فقلت من أيّ تعرف ذلك فقال: " أما إذا كنت عني راضية فإنك تقولين لا ورب محمد وإذا كنت عليّ غَضَبِي قلت لا ورب إبراهيم " قالت قلت: أجل والله يا رسول الله ما أهجر إلا اسمك.<sup>2</sup>

وفي حديث آخر عن النبي صلى الله عليه وسلم: " من كان له شريك في ربة<sup>3</sup> أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن رضي أخذ وإن كره ترك"<sup>4</sup> ، ورد هذا الحديث في باب الشفعة فليس لصاحب ملك له شريك أن يبيع ما في ملكه إلا بعد أن يستشير شريكه إذ يكون للأخير الحق في إلحاق ملك شريكه بملكه فإن شاء قبل وإن لم يشأ ترك وكان لشريكه الحق في البيع، وما جاء أيضا عنه صلى الله عليه وسلم: "لا يتفرقن عن بيع إلا عن تراض" وفي رواية أبي داود " لا يتفرق اثنان إلا عن تراض "، قال الطيبي: >> قوله عن تراض صفة مصدر محذوف والاستثناء متصل أي لا يتفرقن اثنان إلا تفرقا صادر عن تراض<<. قال القاري: >> المراد بالحديث والله تعالى أعلم أنهما لا يتفرقان إلا عن تراض بينهما فيما يتعلق بإعطاء الثمن وخفض المبيع وإلا فقد يحصل الضرر. وهو منهي في الشرع، أو المراد منه أن يشاور مرید الفراق صاحبه ألك رغبة في

1 - أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، تفسير القرطبي، الجزء: 05، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، الطبعة: 02، القاهرة، 1384هـ - 1964م، ص: 135.

2- أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي، شرح صحيح مسلم، الجزء: 15، دار إحياء التراث العربي، الطبعة: 02، بيروت، 1392، ص: 203.

3 - والرابعة والرابع بفتح الراء وإسكان الباء، والرابع الدار المسكن، ومطلق الأرض، واصله المنزل الذي كانوا يتربعون فيه والرابعة، للتفصيل، أنظر: ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، 102/08

4- صحيح مسلم، الجزء: 03، كتاب المساقاة، باب الشفعة، الحديث: 1608، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بدون رقم وسنة الطبع، بيروت ص: 1229. والحديث جاء سنده كالتالي: حدّثنا أحمد بن يوسف، حدّثنا زهير، حدّثنا أبو الزبير، عن جابر، وعن طريق آخر: وحدّثنا يحيى بن يحيى، أخبرنا أبو خيثمة عن أبي الزبير عن جابر

المبيع، فإن أريد الإقالة أقاله<sup>1</sup>، من خلال عرض هذه الأحاديث مع شرحها نجد أن الرضا وما يتفرع عنه كلها تصب وتؤدي إلى المعنى اللغوي السابق ذكره.

من خلال عرض الآيات القرآنية، وكذا الأحاديث النبوية لبيان غنى النصوص الشرعية بمصطلح الرضا ومשמلاته وهي تؤدي إلى معنى واحد وهو الذي ورد في التفسير اللغوي لمصطلح رضي.

## 2. الرضا في القانون

لم تُعَنَّ التشريعات الحديثة بيان تعريف للرضا بالعودة إلى المعاجم اللغوية الفرنسية نلاحظ أن من بين معانيه: الإرادة الطيبة والترخيص، غير أن الفقه والقضاء لما رأياً أن آثار الرضا تظهر عند ظهوره في الخارج واتصال إرادة أخرى به قيده بكونه: التوافق بين الإرادتين على إنشاء أثر قانوني<sup>2</sup>.

وعموماً فالتشريعات الحديثة لم تهتم ببحث الرضا في تعريفه وأصوله كما هو الحال في الفقه الإسلامي الذي له الإسهاب الأوفر في إثراء البحوث العلمية بالقدر الذي نتوقف عنده.

في حين نجد القوانين العربية في مصر والعراق فقد فرقت بين الرضا والتراضي انطلاقاً من القواعد العربية القاضية بجعل الأول دالاً على ماهية منفردة؛ والثاني على الماهية المشتركة المزدوجة المؤلفة بين رضائين. فقد كان القانون الروماني لا يقبل فكرة الالتزام المجرد ولا قيام الإرادة المنفردة وحدها بإنشاء العمل القانوني، وتأثر بذلك القانون الفرنسي، واقتبس فقهاء القديم كثيراً من أحكام القانون الروماني، وحكم بأن العقد هو محصل الإرادتين، وإن الرضا لا يوجد إلا بتوافقهما على إنشاء الأثر<sup>3</sup>.

والرضا في الحقيقة عملية ذهنية وفكرية تتكون من مجموعة من التصورات العقلية تبدأ من تصور العقد وتنتهي بالعزم وتحريك الإرادة نحو إحداث الآثار القانونية عليه، فالعقد المرتقب يظهر للذهن بعناصره المكونة له مع النتائج الاقتصادية التي تترتب عليه أو على الأقل يوجد تصور ما

1 - أبو العلاء المباركفوري، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، الجزء: 04، دار الكتب العلمية، بدون رقم وسنة الطبع، بيروت، ص: 379.

2 - علي القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق ص: 239.

3 - علي القرة داغي، المرجع نفسه، ص: 240.

للآثار التي يريد العاقد تحقيقها، ثم يقدم عليه ويعبر عنه بأي وسيلة من وسائل التعبير. وهذا ما يسمى بمفهوم العمل الاختياري، فالرضا في الحقيقة هو ذلك العنصر النفسي، غير أن القانون لما كان لا يسمح له بالدخول في أعماق النفس، بل يعتبر ذلك اعتداء على سرية الضمائر قرر بأن هذه العملية النفسية ملك لصاحبها مادمت متصلة به. فإذا ما انفصلت عنه وظهرت على مسرح الواقع وأصبحت محسوسة عاد إليها ورتب عليها الأحكام المقررة<sup>1</sup>.

غير أن التسليم بما اختلج بالنفس لا قيمة له إن لم يخرج ويتصل مع الغير ولا يمكن اعتماده على الإطلاق، وهو ما اهتدى إليه التشريع الفرنسي والمصري فلم ينكر الجانب النفسي للتصرفات القانونية ولم يهمله، وجعل منه أساسا لاعتماد التعبير وعبارة مختصرة وفق ما يقول Marcl >> فكما لا يعتد القانون بالإرادة النفسانية بوحدها دون ظهورها، فكذلك لا يعتد بالإرادة الظاهرة إن لم يكن لها أساس من القصد والإدراك، أو كان هذا الأساس معيبا<sup>2</sup>.

وان ما نخلص إليه من خلال هذا العرض بشأن تعريف الرضا في القانون الوضعي هو تنازع مدرستين - المدرسة الفرنسية: التي تضع اعتبارا للقصد والرغبة كمحرك لاتجاه الإرادة من خلال الألفاظ الدالة على التصرف القانوني فلا تتخذ الألفاظ مجردة لإحداث التصرف القانوني ما لم نبحث الجانب النفسي الذي يعتبر أساسا للتعبير، فلا مجال لإحداث أثر قانوني للمجاملات والأخلاق، والعروض غير الجدية، والقصد المعيب والإرادة غير الواعية، وبذلك أحدث نوعا من التوازن بين الإرادة الظاهرة والجانب النفسي وهذا الأخير لا يؤخذ على إطلاقه بل يعد استثناء متى صعب فهم دلالة الألفاظ أو رافقها ما يعيبها. والأصل أخذ التعبير على ظاهره.

- المدرسة الانجليزية: والتي لا تدع مجالاً لبحث القصد والرغبة النفسية على اعتبار أنها أمور باطنية يصعب تحديدها لصعوبة الولوج فيها، وكانت كل السوابق القضائية تسير في هذا النهج بالرغم من بعض التفسيرات التي قدمها معارضو هذا الاتجاه من هذه السوابق القضائية. والخلاصة أن الفقه والقانون الانجليزي لا يبحثان عن النية، إنما يعتدان بالتعبير الظاهر إذ هو الأصل والثابت متى تبين الرضا ولم يظهر ما يشوبه من غموض، ومتى صعب بيانه وصعب

1 - علي القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص: 241، 242.

2 - منقول عن علي القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع نفسه، ص: 242.

تحديد دلالاته. كان لنا بعد ذلك بحث دلالة التعبير عن طريق النية والتي تُسْتَشْفَى من خلال التصرفات المرافقة الدالة على القصد لإحداث التصرف القانوني. أما القوانين العربية وإن كانت متأثرة بالقوانين الغربية بدرجات متفاوتة، كان لها في الفقه الإسلامي ما يغنيها ويجعل منها مدارس يُنْهَل منها.

### 3- الخلاصة والترجيح

إن مرور الرضا بمراحل نفسية كالرغبة والإرادة والاختيار وإن كان لها بالغ الأثر في التوجه لإحداث التصرف القانوني، غير أن البحث فيها وجعل لكل مرحلة تأثير من شأنه المبالغة وعدم أخذ التعبير موضعاً للجد وهذا في ذاته من شأنه التأثير في المعاملات ويجعلها مدعاة للاهتزاز وعدم الاستقرار، فليس بمقدور الفقه أن يجزئ الآثار الشرعية على ضوء المراحل النفسية وذلك لأن الكيفيات النفسية عمل باطني معقد يصعب معه القول بأنها تمر على مراحل محددة يتميز بعضها عن بعض تمييزاً فيه من الوضوح ما يكفي لترتيب أثر خاص عليها، إذ ليس بمستساغ اعتبار هذه الأمور النفسية العميقة في العقود والمعاملات التي تعتمد الظاهر المحسوس عليها ومن ثمة استقرارها وثباتها<sup>1</sup>.

رأينا الجدل الذي وقع بين الحنفية والجمهور في الجانب الفقهي، ورأينا أن الأحناف يضعون فرقا بين الرضا والاختيار ويرون في الأول امتلاء الاختيار ولا يهتمون كثيرا بالجانب النفسي ويجعلون الرضا قصد العبارة والأثر معا، وهو شرط لصحة العقود المالية، وفي حين الاختيار هو قصد العبارة فقط، وهو شرط لانعقاد العقود، ومرجعهم في ذلك قوله تعالى: ﴿... إلا أن تكون تجارة عن تراض بينكم...﴾ (سورة النساء، الآية: 29).

وحديث النبي صلى الله عليه وسلم: " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: والنكاح والطلاق والعتاق"<sup>2</sup> في حين لا يقيم الجمهور وزنا لهذا الفرق إذ يجعل الرضا والاختيار كلاهما واحداً، ويجعل مدلول الحديث الذي بني عليه الأحناف هذه التفرقة أن العقود الواردة بالحديث إنما جاءت على سبيل الحصر، هذا من جهة، ومن جهة ثانية إن مثل هذه العقود إنما الشارع الحكيم من نظم

1 - علي القرّة داغي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، 255/01.

2 - الترمذي، الجامع الكبير - سنن الترمذي - كتاب الطلاق، باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق، الجزء: 02، الحديث: 1184، المحقق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1998م، 481/02، والحديث جاء سنه كالتالي: حَدَّثَنَا قُتَيْبَةُ، قَالَ: حَدَّثَنَا حَاتِمُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَرْدَكٍ، عَنْ عَطَاءَ، عَنْ أَبِي مَاهِكٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ.

أحكامها وجعلها توقيفية، حتى لا يلعب بها، والجمهور يقيمون وزنا للنية إلى حد ما في إحداث الالتزام.

في حين القانون يتنازعه اتجاهه الفقه الفرنسي الذي يعتد بالجانب النفسي إلى حد كبير، بل اشترط لصحة الرضا أن تتجه النية نحو إحداث الأثر القانوني وإلا لم يتحقق، في حين لا يعتد القانون الانجليزي بالنيات والقصود.

غير أنه في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، ظهر اتجاه يدعو إلى الأخذ بالعامل النفسي والقصد متأثراً بالفقه الفرنسي والذي لقي معارضة شديدة من الاتجاه الأول.

### ثانياً: الرضا وما يشابهه

إن للفظ " الرضا " باعتباره من الكيفيات النفسانية ارتباطاً وثيقاً بالإرادة، والاختيار والنية، كما أن لها جذورا فلسفية تناولها علماء الكلام بالبحث والتعليق عند كلامهم عن صفة الإرادة، وقد تطرق لها علماء الأصول عند البحث عن المحكوم عليه وأهليته، بالإضافة إلى آثار ذلك في الفقه في مسائل الإكراه<sup>1</sup>.

لما كان للرضا صلة بالإرادة والاختيار والنية، كان لزاماً أن تقف عند معاني هذه العبارات وصولاً إلى نقطة الاشتراك.

### أ- الرضا والتراضي.

إذا كان الرضا يتحقق مع الواحد أو أكثر فإن التراضي لا يمكن تصوّره مع الواحد، بل يلزم لتحقيقه رضاءان فأكثر، وعليه يمكن القول أن التراضي جزء من الرضا وداخل فيه.

ذلك أن التراضي مصدر باب التفاعل الذي هو للمشاركة الحقيقية بين طرفين متساويين في الفعل، فجاء في تاج العروس: "( وتراضياه: وقع به التراضي)، وفي الأساس (للمخشري): {وتراضياه ووقع به التراضي، بزيادة الواو وهو تفاعل من الرضا؛ ومنه الحديث: (إنما البيع عن تراض)، وقوله تعالى: {إذا تراضوا بينهم بالمعروف}، أي أظهر كل واحد منهم {الرضا بصاحبه} ورضية"<sup>2</sup>.

1 - علي القرّة داغي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص 192

2 - الزبيدي، تاج العروس، الجزء: 38، المحقق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، دون رقم وبلد وسنة الطبعة، ص: 158.

## ب- الإرادة

هي في اللغة مصدر أراد، وأصله عن راد يرود رودا فيقال: راد فلان: إذا سعى في طلب شيء. قال ثعلب: الإرادة تكون محبة وغير محبة، وبمعنى القصد<sup>1</sup>، وقال الراغب الأصفهاني: "الإرادة في الأصل قوة مركبة من شهوة وحاجة وأمل، وجعل اسما لنزوع النفس إلى الشيء مع الحكم فيه بأنه ينبغي أن يفعل، أو لا يفعل، ثم يستعمل مرة في المبدأ وهو نزوع النفس إلى الشيء، وتارة المنتهى وهو الحكم فيه بأنه ينبغي أن يفعل أو أن لا يفعل، فإذا أستعمل في الله فإنه يراد به المنتهى، وهو الحكم أو ما شابه ذلك<sup>2</sup>، وهذا وقد عرف علماء الكلام الإرادة: بأنها صفة تقتضي رجحان أحد المقدورين على الآخر. وذكر بعض علماء المتكلمين من الأشاعرة أن إرادة الشيء تقتضي كراهية ضده المشعور به إذ لو لم يكن ضده مشعورا مكروها بل مرادا لزم إرادة الضدين وهو أمر محال. غير أن هذا التفسير كان مردودا وفق ما ذكره الأمدي بقوله: ولا تفسر الإرادة بعدم الإكراه، والكراهية، لأن كثيرا من الأشياء قد تنتفي عنه الكراهية والإكراه، ومع ذلك لا موجب لكونه مريدا، كما أن الإرادة قد تتحقق مع وجود الكراهية، في حال شرب الدواء المفيد مع كونه مراً<sup>3</sup>.

فكراهية الشيء لا تعني إرادة نقيضه بالضرورة، وبالتالي تفسير الإرادة بمعيار الإكراه والكراهية لا يستقيم، كما قد يحدث أن تريد شيئا وأنت كاره له كما في المثال المذكور أعلاه. وكتعريف للإرادة جاء في كتاب التعريفات للجرجاني إنه: "صفة توجب للحي حالا يقع منه الفعل على وجه دون وجه، وفي الحقيقة هي مالا يتعلق دائما إلا بالمعدوم، فإنها صفة تخصص أمرا لحصوله ووجوده، كما قال الله تعالى: ﴿إنما أمره إذا أراد شيئا أن يقول له كن فيكون﴾ (سورة يس : آية: 82)، وميل يعقب اعتقاد النفع، ومطالبة القلب غذاء الروح من طيب النفس، وقيل الإرادة حب النفس عن مراداتها والإقبال على أوامر الله تعالى والرضا، وقيل الإرادة جمرة من نار المحبة والقلب مقتضية لإحالة دواعي الحقيقة<sup>4</sup>.

1 - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، 188/03.

2 - الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، المحقق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم والدار الشامية، الطبعة: 01 دمشق، 1412هـ، ص: 173.

3 - علي الفرة داغي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص: 195.

4 - الشريف الجرجاني، التعريفات، المحقق: جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، الطبعة: 01، بيروت، 1403هـ - 1983م، ص: 16.

## ج- الاختيار

الاختيار في اللغة: هو الاصطفاء والإيثار والانتقاء والتفضيل<sup>1</sup>، وذكر الراغب الاختيار في اللغة: ترجيح شيء وتقديمه واصطفائه وطلب ما هو خير وفعله<sup>2</sup>، ولقد ورد ذكر الاختيار في القرآن الكريم في عدة مواضع كقوله تعالى: ﴿لقد اخترناهم على علم على العالمين﴾ (سورة الدخان، الآية:32)، وقوله أيضا: ﴿وربك يخلق ما يشاء ويختار ما كان لهم الخيرة﴾ (سورة القصص، الآية : 68)، وقال أيضا: ﴿واختار موسى قومه سبعين رجلا لميقاتنا﴾ (سورة الأعراف، الآية: 155) وكل هذه الآيات يحمل الاختيار فيها المعنى اللغوي المذكور وهو التفضيل وجاء ذكر الاختيار في أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم كما ثبت عنه: "تخيروا لنطفكم، فانكحوا الأكفاء وأنكحوا إليهم"<sup>3</sup> وهي دعوة لطلب خيار النساء في الزواج الأفضل.

والاختيار في عرف علماء الكلام هو ترجيح أحد الشيئين مع تفضيله على الآخر.

والاختيار في عرف الأصوليين والفقهاء فهو محل خلاف كبير بين الحنفية والجمهور، فعرفه الحنفية بأنه: "القصد إلى أمر متردد بين الوجود والعدم داخل قدرة الفاعل بترجيح أحد الأمرين على الآخر"، ولخص بعضهم هذا التعريف بقولهم: "الاختيار القصد إلى شيء وإرادته"، تم الاختيار عندهم إما صحيح؛ وهو أن يستقل الفاعل في قصده دون أن يقع عليه تأثير من أحد؛ وإما فاسد وهو أن يكون اختياره مبنياً على اختيار آخر وذلك بأن يقع تحت تهديد وإكراه، ثم إن كان هذا التهديد بتقويت نفس، أو عضو غلب على ظن المستكره وقوعه من المكروه يصبح اختياره فاسداً، فيؤثر على اختيار المكروه لكنه مع ذلك لا ينعدم به، لأنه لا يزال القصد باقياً حيث اختيار ما هو الأهون عليه، أما إذا كان الإكراه ليس بهذه القوة بل كان بشيء يتحملة المستكره مع مشقة ضرب خفيف أو حبس أو نحو ذلك لم يفسد اختياره؛ والإكراه لا يفسد الاختيار مطلقاً عند الحنفية لبقاء القصد مطلقاً<sup>4</sup>.

وعرفه الجمهور -عدا الحنفية - الاختيار بأنه ترجيح أمر وتفضيله على غيره بمحض إرادته<sup>5</sup>.

1 - ابن منظور ، لسان العرب، مرجع سابق، 266/04.

2 - الراغب الأصفهاني ، المفردات في غريب القرآن، مرجع سابق، ص: 161، 160.

3 - حديث صحيح، أنظر: محمد ناصر الدين الالباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، الجزء: 03، الحديث: 1067، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة: 01، ص: 56، 57.

4 - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الجزء: 03، دار الفكر، الطبعة: 03 بيروت، ، 1412هـ 1992م، ص: 129.

5 - ابن حزم الظاهري، المحلى، الجزء: 09، دار الفكر، بدون رقم سنة الطبع ، بيروت، لبنان، ص: 258.

ومما سبق يظهر أن الاختلاف بين الفقهاء بشأن الاختيار بين ما ذهب إليه الحنفية والجمهور على اعتبار أن الحنفية قد شنوا عن الجمهور من باب أن الإكراه لا يفسد الاختيار بشكل مطلق. فقد يختار الشخص الأمر وإن خالجه إكراه على شرط أن لا يصل الإكراه إلى حد إعدام القصد بشكل كبير، في حين لا يتحقق الإختيار مع الإكراه عند الجمهور، إذ يرون بمفهوم المخالفة لتعريف الإكراه نجد الاختيار.

كموازنة للاختيار بين ما ذهب إليه الجمهور والحنفية، حقيقة أن الإكراه لا يتوافق والاختيار لكن التسليم بهذا مطلقا غير مستساغ، فقد يكون الشخص مكرها ورغم ذلك يختار ويتجه إلى مراده كالمثال السابق ذكره- يشرب الدواء المر رجاء الشفاء- فالاختيار توافر رغم الإكراه وإن كان يسيرا.

#### د- النية

النية بكسر النون وتشديد الياء المفتوحة أو تخفيفها في اللغة: القصد وعزم القلب، فنقول نوى الشيء نية، يقال: نواه بنواته أي رده بحاجته وقضاها له. ويقال: لي في بني فلان نواة ونية أي حاجة. والنية والنوى: الوجه الذي تريده وتتويه.<sup>1</sup>

والنية في لغة العرب أنها تدور في تصاريفها على القصد، فجاء في لسان العرب " نوى الشيء نية ونية، ...، وانتواه كلاهما: قصده واعتقده. ونوى المنزل وانتواه كذلك. والنية: الوجه يذهب فيه"<sup>2</sup>؛ ويقرب لفظ النية إلى لفظ القصد إلى حد بعيد إلى التماثل لدى الكثير من الفقهاء غير أن بعضهم يرى أن القصد أعم من النية، كما جاء عن الزركشي في البحر المحيط<sup>3</sup> وعقب عليه علي القرّة داغي: " فعلى ضوء هذا يكون التعريف عاما لكل قصد سواء كان قصد خيرا أو شرا، غير أنه اعترض عليه بأنه غير مانع، لان القصد أعم من النية حيث يتصور القصد- كما يقول السهيلي- من المكره على الطاعة، والنية هي القصد إلى الامتثال وهذا لا يتصور مع الإكراه".<sup>4</sup> غير أن ابن قيم الجوزي رحمه الله ذهب وعدّد فرّقين بين النية والقصد.

1 - ابن منظور ، لسان العرب، مرجع سابق، 348/15.

2 - ابن منظور ، لسان العرب، المرجع نفسه، 347/15؛

3 - الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، الجزء، 02، دار الكتبي، الطبعة: 01، 1414هـ-1994م، 239/1 - 79/2.

4 - علي القرّة داغي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص: 199.

الأول: أن القصد معلق بفعل الفاعل نفسه وبفعل غيره والنية لا تتعلق إلا بفعله نفسه، فلا يتصور أن ينوي الرجل فعل غيره، ويتصور أن يقصده ويريده"<sup>1</sup>.

أما الفرق الثاني: أن القصد لا يكون إلا بفعل مقدر يقصده الفاعل، وأما النية، أن ينوي الإنسان ما يقدر عليه وما يعجز عنه. وهو ما يتفق مع حديث أبي كبشة الأنماري وغيرهما عن النبي صلى الله عليه وسلم: "...وأحدثكم حديثاً فاحفظوه قال: إنما الدنيا لأربعة نفر، عبد رزقه الله مالا وعلماً فهو يتقي فيه ربه، ويصل فيه رحمه، ويعلم لله فيه حقا، فهذا بأفضل المنازل، وعبد رزقه الله علماً ولم يرزقه مالا فهو صادق النية يقول: لو أن لي مالا لعملت بعمل فلان فهو بنيته فأجرهما سواء، وعبد رزقه الله مالا ولم يرزقه علماً، فهو يتخبط في ماله بغير علم لا يتقي فيه ربه، ولا يصل فيه رحمه، ولا يعلم لله فيه حقا، فهذا بأخبث المنازل، وعبد لم يرزقه الله مالا ولا علماً فهو يقول: لو أن لي مالا لعملت فيه بعمل فلان فهو بنيته فوزرهما سواء"<sup>2</sup>، فالنية تتعلق بالمقدور عليه والمعجوز عنه بخلاف القصد والإرادة فإنهما لا يتعلقان بالمعجوز عنه ولا من فعل غيره.<sup>3</sup>

فما ذهب إليه ابن قيم الجوزية على خلاف ما ذهب إليه الزركشي. فالأخير يرى أن القصد أعم من النية وبخلافه يراه ابن قيم الجوزية أن ما ذهب إليه ابن القيم الصواب بعينه، إذ استدل في التفريق بين القصد والنية من حديث الرسول صلى الله عليه وسلم ومنه اشتق عموم النية على القصد إذ تتعدى النية إلى الباعث من إتيان الفعل على عكس القصد وهو إتيان الفعل بعينه فالمصلى فيهما يصلي فقد قصد فعل الصلاة واتجه إليها لكن نيته وهو باعته من فعل الصلاة هو إرضاء الله تعالى أو الرياء.

## هـ- الفرق بين الرضا والإرادة والاختيار والنية

### - بيان الفرق

من خلال العرض السابق في بيان معاني الرضا والإرادة والاختيار وكذا النية نخلص إلى أن الرضا يلتقي مع الاختيار عند جمهور الفقه - عدا الحنفية - لوجود تقارب كبير في المعنيين اللغوي والاصطلاحي لدى علماء الكلام.

1 - ابن قيم الجوزية، بدائع الفوائد، الجزء: 03، دار الكتاب العربي، دون رقم وسنة الطبع، بيروت، لبنان، ص: 190.

2 - حديث حسن صحيح، أنظر: الترمذي، الجامع الكبير، الحديث: 2325، 140/04.

3 - ابن قيم الجوزية، بدائع الفوائد، المرجع السابق، 190/03.

فالاختيار لدى الجمهور مرادف للرضا ولم يعترف بالترقية بينهما ولم يقروا بالتقسيم الثلاثي للاختيار<sup>1</sup> بل حصروه بين الصحيح والباطل. والإكراه عندهم كما ينافي الرضا ينافي الاختيار بخلاف الحنفية. قال الشاطبي في الموافقات: " فالعمل إذا تعلق به القصد تعلق به الأحكام التكليفية، وإذا عري من القصد لم يتعلق به شيء منها. . . " فلو فرضنا العمل مع عدم الاختيار كالمجبأ والنائم والمجنون وما أشبه ذلك فهؤلاء غير مكلفين فلا يتعلق بأفعالهم مقتضى الأدلة السابقة، فليس هذا النمط بمقصود الشارع، يبقى ما كان مفعولاً باختيار لا بد فيه من قصد، وإذا ذلك تعلق به الأحكام<sup>2</sup>.

فما جاء عن الشاطبي في الموافقات دليل على أن المكروه عديم الاختيار عديم الرضا من منطلق واحد هو تلازم الاختيار مع الرضا فما أفسد أحدهما أفسد الآخر لاقترابهما في المعنى وعلى هذا فالجمهور لم يعيروا اهتماماً للفروق بين الرضا والاختيار مترادفين فبأحدهما يكون الآخر وبانعدامه ينعدم. ومن هذا المنطلق يكون الاختيار تعريفاً موجزاً للرضا<sup>3</sup>.

كما بينا، إن الفقه قد أجمع على تلازم الرضا والاختيار باستثناء الحنفية الذين يرون أن هناك فرقا بينهما، فقد سبق وإن عرف الحنفية الاختيار بأنه: " القصد إلى مقدر متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه على الآخر"<sup>4</sup>

في حين عرفه الجمهور الرضا بأنه " امتلاء الاختيار - أي بلوغه نهايته - بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها"<sup>5</sup>، كما قالوا " الاختيار القصد إلى الشيء وإرادته، والرضا إيثاره واستحسانه"<sup>6</sup>

1 - وتقسيمات الاختيار حسب الحنفية هي : اختيار صحيح واختيار باطل و اختيار فاسد، وهذا الأخير لا وجود له عند الجمهور، إذ لا يعتدون الا بالصحيح و الباطل؛ للتفصيل أنظر: الجصاص، ، الفصول في الأصول، الجزء: 02، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: 02، الكويت، 1414هـ - 1994م، ص: 183.

2 - الشاطبي، الموافقات، الجزء: 03، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة: 01، دون بلد الطبع 1417هـ- 1997م، ص: 17.

3 - الشاطبي، الموافقات، المرجع نفسه، 03 / 17.

4 - أمير بادشاه، تسيير التحرير، الجزء: 02، دار الفكر، بيروت، ، دون رقم الطبعة ، دون سنة الطبع ، ص: 307.

5 - أمير بادشاه، تسيير التحرير، المرجع نفسه، 290/2.

6 - أمير بادشاه، تسيير التحرير، المرجع نفسه، 291/02.

والحنفية يقسمون الاختيار إلى ثلاث إلى جانب الصحيح والباطل بل يضيفون الاختيار الفاسد. ففي الاختيار الصحيح يلتقي مع الرضا ما لم يكن هناك إكراه فان كان هذا الأخير وكان غير ملجأ صح الاختيار وفسد الرضا. أما إذا كان الإكراه ملجأ بقي الاختيار مع فساده. ونصل إلى أمر مفاده أن الإكراه بصورتيه لا يعدم الاختيار - في أسوأ صورة يفسده - في حين يبطل الرضا ولا يفسده، وهذا منطقي لو سلمنا بما قدمه الأحناف كتعريف للاختيار والرضا. فالرضا عند الحنفية أخص من الاختيار، فقد يتحقق الاختيار دون الرضا، فالإكراه غير الملجئ يعدم الرضا، لا يعدم الاختيار، لكنه يفسده، وأما الإكراه الملجئ فيعدم الرضا تماما ولا يؤثر في الاختيار إلا بالفساد.<sup>1</sup>

والرضا عبارة عن امتلاء الاختيار فيلزم من وجوده وجود الاختيار لكنه لا يلزم من وجود الاختيار وجود الرضا، لأنه عبارة عن القصد إلى الشيء وإرادته، فالرضا إنما يتحقق إذا كان الإقدام على العقد - مثلا - عن رغبة وإيثار، فهو لا يتحقق بمجرد القصد إلى العبارة، وإنما بقصد كامل يشيع في جوانح نفسه برغبة تامة بحيث يحس العاقد بأن مباشرته للعقد قد أشبعت حاجته، وملاّت رغبة من رغباته، ولم يشترط كل ذلك في تحقيق الاختيار، لأنه مجرد القصد إلى العبارة وان لم يكن نابعا عن رغبة ملحّة أو إيثار تام.<sup>2</sup>

فعلى ضوء ما ذكره الحنفية أن الاختيار ينصب على العقد المتوجه نحو العبارة المنشئة للعقد، أما الرضا فينصب على الآثار التي تنشأ من العقد، ولهذا فالمكره على العقد مختار بحيث توجه قصده نحو العبارة المنشئة للعقد لكنه غير راض بآثاره، ولهذا فما كان الرضا شرطا فيه يفسد بانتقائه كالبيع والشراء، وما لم يكن شرطا فيه لم يفسد بل يصح وينفذ كالطلاق.<sup>3</sup>

#### و- الترجيح :

خلاصة ما سبق أن ما ذهب إليه الجمهور لا يلتقي مع ما اعتقده الحنفية فان كان الرضا يتطابق مع الاختيار يوجد بوجوده وينتقي بانتقائه بناءً على تعريف الرضا والاختيار عندهم، في حين أن اختلاف الحنفية في تعريف اللفظين أدى إلى وجود الاختلاف بينهما، فقد ينعدم الرضا

1 - فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، الجزء: 05، المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة: 01، القاهرة، 1313 هـ، ص: 181.

2 - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص: 320.

3 - فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق، المرجع السابق، 05 / 95.

ويتم الاختيار - كالمكره غير الملجئ - ويبقى الاختيار مع فساده - كالمكره الملجئ - ورغم ما قدمه كل فريق من دليل، فلا يمكن أن نعتمد تعريفاً وقولاً دون الآخر إذ لكلٍ حجته ودوافعه التي لا تقبل دفعها إلا بما هو أقوى منها. فالجمهور بالرغم من وجهة قولهم ورغم اجتماعهم، فهذا لا يفند قول الحنفية، إذ الأحكام الشرعية في المعاملات كثيراً ما تتفق مع ما جاء به الحنفية، إذ فالشرع فرقاً بين المعاملات المالية وغير المالية.

### الفرع الثاني: مدى توافق المفهوم العام للرضا مع الرضا في عقد الزواج

تقتضي دراسة رضائية عقد الزواج ضرورة التطرق إلى تعريف عقد الزواج وبيان حقيقته وكذا الحكمة منه، للوقوف على مدى إمكانية إسقاط المفهوم العام للرضا في العقود على عقد الزواج.

#### أولاً: مفهوم عقد الزواج

يقال زواج ويقال نكاح، ونحن سنقف عند معنييهما اللغويو الإصطلاحي:

#### أ/ الزواج والنكاح في اللغة:

1- الزواج في اللغة: الزوج خلاف الفرد، ويقال هما زوجان لاثنين، وهما زوج، والزوج: الفرد الذي له قرين والزوج: الاثنان<sup>1</sup>، ويقال زوج الأشياء تزويجا وزواجا: قرن بعضها ببعض، والزواج اقتران الزوج بالزوجة، أو الذكر بالأنثى، والزوج كل واحد معه آخر من جنسه، والزوج: القرين، والزوج: بعل المرأة، والزوج: الزوجة، والزوج خلاف الفرد، يقال زوج وفرد، وكل شيئين اقترن احدهما بالآخر فهما زوجان، والزوجة امرأة الرجل، والزوجية: مصدر صناعي: بمعنى الزواج، يقال: بينهما حق الزوجية، وما زالت الزوجية بينهما قائمة<sup>2</sup>. وفي القاموس المحيط: الزوج: البعل، والزوجة خلاف الفرد<sup>3</sup>.

والزوج يطلق على المرأة أيضا ويصدق هذا قوله تعالى: ﴿أَسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ﴾ (سورة البقرة، الآية: 35)، والزواج هو الاقتران والاختلاط، تقول العرب: زوج فلان ابنه: "أي قرن بعضها ببعض"، ونقول تزوجه النوم: أي خالطه، ومنه قوله تعالى: ﴿أَحْشَرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ﴾ (سورة الصافات، الآية: 22)، أي قرناءهم الذين يخصونهم ويغرونهم.

1 - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، 07 / 75.

2 - مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، بدون دار الطبع، الطبعة: 02، 1392 هـ - 1972 م، القاهرة، ص: 430

3 - الفيروز أبادي، القاموس المحيط، الجزء: 01، مؤسسة الرسالة، المحقق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، الطبعة: 08، بيروت 1426 هـ - 2005، ص: 192.

2- **النكاح في اللغة:** بمعنى الوطء وفي المعجم الوسيط يقال: نكحت المرأة نكاحاً: أي تزوجت، فهي ناكح وناكحة، ونكح المرأة: تزوجها، وجاء في محكم التنزيل قوله تعالى: ﴿ انكحوا ما طاب لكم من النساء ﴾ (سورة النساء، الآية: 03).

يقال نكح المرأة: باضعها، ويقال نكح المطر الأرض: اختلط في ثراها، وأنكح المرأة: زوجها<sup>1</sup>

وهو ما يصدقه القرآن من خلال قوله تعالى: ﴿ وانكحوا الأيامى منكم ﴾ (سور النور، الآية: 32) ويراد بالنكاح في لسان العرب: الضم والتداخل ومنه نكحت البر في الأرض إذا حرثتها وبذرتة فيها، ونكح المطر الأرض إذا خالط ثراها، ونكحت الحصى أخفاق الإبل إذا دخلت فيها، ويكون التداخل حسياً كما ذكر ومعنويًا كنكح النعاس العين<sup>2</sup>.

**ب/ الزواج أو النكاح في الاصطلاح الشرعي:** ووردت تعريفات لدى المذاهب الأربعة وكلها حقيقة واحدة ومُرادٌ واحد فالحنفية عرفته بأنه "عقد يرد على ملك المتعة قصداً" أما المالكية فعرفته: "عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم وغير مجوسية، وغير أمة كتابية بصيغة لقادر محتاج أو راج نسلاً" أما الشافعية فقد عرفته بأنه عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ الإنكاح، أو التزويج، وما اشتق منهما.

أما الحنابلة عرفته بأنه هو عقد التزويج، فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه، ما لم يصرفه عنه دليل، وقد عرفه بعض الفقهاء المعاصرين مثل أبو زهرة بقوله: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما، ويحدد ما لكليهما من حقوق، وما عليه من واجبات"، وعرفه مصطفى شلبي بأنه: "عقد وضعه الشارع ليفيد بطريق الأصالة اختصاص الرجل بالتمتع بامرأة لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها وحل استمتاع المرأة به"<sup>3</sup>.

### ج/ تعريف الزواج في القانون :

إنَّ حقيقة عقد الزواج في القانون ينصرف معناه إلى العقد، وبالتالي فالقوانين الوضعية لم تُثَرِّ ما أثاره الفقه الإسلامي، لذا سنأتي على تعريف للزواج وفق ما سنته بعض التشريعات.

1 - ابن منظور ، لسان العرب، مرجع سابق، 02 / 625.

2 - ابن منظور ، لسان العرب، مرجع نفسه، 02 / 626.

3 - محمد عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى ما يقابلها في الشرائع الأخرى ، المكتبة العلمية ، 1428 هـ - 2007 م ، بيروت، ص: 10.

عرّف قانون الأسرة الجزائري الزواج في المادة الرابعة منه بأنه: "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب" وهذه المادة معدلة بالأمر 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27 وقد أضيفت لها عبارة "رضائي" التي لم تكن مذكورة في المادة قبل التعديل .

جاء في القانون اللبناني في تعريفه لعقد الزواج بأنه "عقد رسمي علني بين رجل وامرأة على أن يعيشا بمودة ورحمة تحت قوامة الرجل لإنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل".

في سوريا عرفت المادة 01 من قانون الأحوال الشخصية بأنه: "الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا، غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل".

أما التشريعات الغربية وإن كانت لم تقرد الأحوال الشخصية بتقنين خاص بل جعلته تابعاً للشرعية العامة، عرّف القانون المدني الفرنسي في 143 المعدلة بالقانون رقم: 2013-404 المؤرخ في 2013/05/17 الزواج بأنه: "الزواج عقد بين شخصين من جنسين مختلفين أو من جنس واحد"<sup>1</sup>

### ثانيا: حقيقة عقد الزواج

اختلف الفقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف النكاح فهل هو عقد مجاز الوطء أم وطء مجاز في العقد، وإن كان القوانين لا تعير لهذا إهتماما.

### أ- النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء:

النكاح عند الفقهاء ومنهم مشايخ المذاهب الأربعة - عدا بعض الأقوال للحنفية - حقيقة في العقد مجاز في الوطء: لأنه المشهور في القرآن والأخبار، وقد قال الزمخشري وهو من علماء الحنفية ليس في الكتاب لفظ النكاح بمعنى الوطء إلا قوله تعالى: "حتى تنكح زوجا غيره" لخبر الصحيحين: "حتى تذوق عسيلته" فالمراد به العقد، والوطء مستفاد من هذا الخبر<sup>2</sup> فالنكاح حسب الجمهور حقيقة في العقد مجاز في الوطء لما صح نفيه عنه . ولكثرة استعمال لفظ النكاح إزاء

1 - وبهذا ساير المشرع الفرنسي باقي الدول التي أقرت الزواج المثلي، وإن كانت متأخرة نوعاً ما.

2 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء: 09، دار الفكر، الطبعة: 04، دمشق سوريا، دون سنة الطبع، ص:

العقد، حتى انه قيل لم يرد في القرآن إلا في العقد، ولا يرد عليه قوله تعالى المذكور، لأن شرط الوطء في التحليل إنما ثبت في السنة معنى قوله تعالى: "...حتى تنكح..." حتى تتزوج ويعقد عليها، وقد بينت السنة أنه لا بد مع العقد من تذوق العسيلة.

يظهر من دليل الفقهاء أن لفظ النكاح دليل العقد لا دليل الوطء أما المراد بما جاء في الآية السابقة "حتى تنكح زوجها غيره" فجاء بمناسبة من طلق زوجة ثلاثا كعقوبة له اشترط الشارع الحكيم حتى ترجع له - لأنها بانة بينونة كبرى- أن تنكح زوجها غيره وكان المعنى حقيقة العقد، ثم جاء الحديث الثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم: "حتى تذوق عسيلته" منعا من التحايل سواء من الزوج، أو مطلقته بإبرام عقد صوري مع زوج آخر فأراد بالنكاح الوطء فاشترط في هذا الزواج الوطء لصحة النكاح وهذا استثناء من حقيقة النكاح الذي ينصرف مدلوله للعقد لا الوطء .

### ب- النكاح حقيقة في الوطء مجاز في العقد:

النكاح عند أهل الأصول واللغة حقيقة في الوطء مجاز في العقد؛ حيث جاء في الكتاب والسنة مجردا عن القرائن يراد له الوطء كما في قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾، (سورة النساء، الآية: 22)، فتحريم قرينة الأب على الابن، أي على فروعه، وتكون حرمتها على الفروع ثابتة بالنص القرآني، وأما حرمة التي عقد عليها عقدا صحيحا على الفروع فبالإجماع ولو قال لزوجته: إن نكحتك فأنت طالق، تعلق الشرط بالوطء، وكذا لو أبانها قبل الوطء ثم تزوجها، تطلق بالوطء لا بالعقد، أما نكاح المرأة الأجنبية فيراد به العقد، لأن وطأها لما حرم عليه شرعا، كانت الحقيقة مهجورة فتعين المجاز<sup>1</sup> .

وهذا الاتجاه قال به أبو حنيفة<sup>2</sup> استنادا إلى الأصل اللغوي، وقد خالف مذهب الجمهور .

إن ما ذهب إليه هذا الاتجاه من اعتبار عقد الزواج حقيقة في الوطء مجاز في العقد يجد ما يؤيده في القرآن الكريم الآية: "ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم" فدللت الآية بصريح لفظها أن النكاح ينصرف إلى الوطء لا للعقد، كما يؤيد هذا الموقف الآية التي ذكرت المحرمات من النساء والتي قال فيها المولى تعالى: ﴿...وربائبكم اللاتي في حجوركم إن كنتم دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾ (سورة النساء ، الآية: 23 )، فانصرف معنى النكاح وفقا للآية الوطء بدليل

1 - وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، 6514/09.

2 - محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، دار الوعي الجزائر، 1434 هـ 2013 م، ص: 31.

أنها حرمت الربيبة - بنت الزوجة من زواج سابق - متى دخل الزوج بأمرها دلت الخلوة على الوطء فإن لم يطأها بالرغم من زواجه منها وطلقها جازت له الربيبة، فإن وطأها حرمت عليه. إلى جانب الحديث المذكور في الموقف الأول فإن أنصار الموقف الأول يجعلونه استثناء على حقيقة العقد.

بإتباع الموقف الثاني من جعل النكاح ينصرف إلى الوطء ومجازا إلى النكاح يترتب عليه عدة أحكام منها

- تحريم مزنية الأب على الابن والابن على الأب قياسا على الآية " و لا تتكحوا ما نكح آبؤكم " .

- من بانث عنه زوجه بينونة كبرى بطلقة ثالثة عن زواج بعقد لم يطأها فيه لم تحسب طلقته الثالثة كون النكاح لم يتحقق بعد .

- إمكانية زواج الابن من مطلقه أبيه التي تزوجها ولم يطأها ويستوي مع الأب ومطلقه ابنه.

### ج- الترجيح :

الحقيقة أن ما ذهب إليه الجمهور من أن الزواج حقيقة في العقد مجاز في الوطء هو الغالب وذلك للأسباب التالية :

- اجتماع المذاهب الثلاثة عدا الحنفية وما استتجوه من معاني القرآن الكريم.

- إن ما ذهب إليه الحنفية من قولهم المخالف للمذاهب الثلاثة من النكاح حقيقة في الوطء مجاز في العقد مستمد من المعنى اللغوي للقرآن .

إلى جانب الآية: "حتى تتكح زوجا غيره " التي يكملها حديث النبي صلى الله عليه وسلم "حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك" الدالة على ما ذهب إليه الأحناف، إنما ذكره أصحاب الاتجاه الأول كاستثناء.

إلى جانب أن الأحناف يميلون للاتجاه الأول وما رأيهم هذا إلا قول من جملة أقوال إلى جانب ما نقله الشريبي عن الزمخشري - وهو من علماء الحنفية - قوله: "لم يرد النكاح في القرآن

إلا بمعنى العقد، لأن كونه بمعنى الوطاء من باب التصريح، ومن أراد به الكناية عنه أتى بلفظ الملامسة أو الممارسة<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: عدم شرطية توافق القول مع القصد لقيام الرضا

#### أولاً: القاعدة العامة للعقود (توافق القول مع القصد)

الأصل وجوب توافق القول مع القصد لحديث النبي صلى الله عليه وسلم " إنما الأعمال بالنيات... " ولقوله " إِنَّ اللَّهَ تَجَاوَزَ عَنْ أُمَّتِي مَا حَدَّثَتْ بِهِ أَنْفُسَهَا، مَا لَمْ تَعْمَلْ أَوْ تَكَلَّمْ "2.

بتبادر إلى ذهاننا ما حقيقة الخلاف بين الجمهور وما ذهب إليه الحنفية بشأن الرضا والإختيار الذي ذكرناه سابقاً، فهل هو خلاف لفظي في المصطلحات ولا يترتب عليه أي أثر، وأن للفريقين - طالما أن الخلاف لفظي لا يتعداه - أن يصطلحا ما يشاءان، أم الخلاف معنوي يتعدى انعقاد العقد إلى آثاره؟

سبق الإشارة إلى أن لكل فريق حجج تدعم موقفه وتدحض الآخر، وفي المقابل ليس لنا أن نهمل موقف ومنتبني آخر.

بتدبر الفقه الإسلامي نلاحظ أنه يفرق بين التصرفات، فيما إذا كانت مالية وجب لصحتها الرضا كما جاء في قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ (سورة النساء، الآية: 29)، ولم يشترط الرضا لبعض التصرفات المتعلقة بالزواج، عند إبرام العقد والطلاق، هنا عدم اعتبار الرضا ليس معناه إنكاره مطلقاً وإنما القصد أن التصرفات الواردة في الحديث تصح مع الهزل.

ففي التصرفات الثلاثة يترتب على جدها وهزلها آثارها، مع أن الرضا بالآثار لم يتحقق مع الهزل، فدل هذا على وجود تفرقة بين الرضا والإختيار، وإن بعض العقود لا تحتاج إلى الرضا في حين أن بعضها الآخر يحتاج إلى الرضا.

1 - محفوظ بن صغير ، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص: 31 (الهامش).

2 - صحيح البخاري، الجزء: 07، الحديث: 5269، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة: 01، بيروت، لبنان، 1422هـ، ص: 46.

وحديث " ثلاث جدهن جد... " - والذي سنأتي على ذكره لاحقاً - ليس بمسوغ للتفريق بين الرضا والاختيار، فما ذكره الحديث من تصرفات جاء على سبيل الحصر، ذلك أن هذه التصرفات تتعلق بحقوق الله تعالى، فهي لا تليق مع الهازل، ومن جهة أخرى، فالهازل لا يمكن إسقاط حكمه على المكره، ذلك أن الهازل راض باللفظ مع علمه بآثار ما تلفظ به، على عكس المكره، فقد اختار التلفظ، غير أنه معذور كونه إنما أراد التلفظ دفعا لأذى وقع فيه؛ فالتصرفات الواردة في الحديث ليست كمعاملات المالية كثيرة الحدوث، إلى جانب تعلقها بمعاملات في غاية الأهمية، يستوي توقيع الآثار متى صدرت سواء عن جد أم هزل.

إن التسليم بما ذهب إليه الحنفية يعود إلى تصنيف العقود وفقاً للتفرقة بين الرضا والاختيار، ورتبوا الآثار على ضوءها إلى:

- الأول: قصد العبارة فقط: أي العبارة الصادرة ممن له أهلية والموضوعة للدلالة على ترتيب الآثار.

- الثاني: قصد العبارة دون قصد الأثر المترتب عليها وهو الاختيار.

- الثالث: قصد العبارة والأثر وهو الرضا.

فالأول هو ركن في جميع والنكاح ونحوهما. وكذلك يقع طلاق السكران والعاقل والساهي ممن لا قصد لهم إطلاقاً والاختيار التصرفات والعقود، والثاني شرط لانعقاد العقود المالية وليس بشرط للعقود التي يستوي فيها الجد والهزل، كالطلاق بهذا المعنى لا ينافي الإكراه، بل يجتمع معه ولذلك تتعد عقود المكره - المالية - لكن لكونها تحتاج إلى شرط آخر لا تكون صحيحة، وأما الثالث فهو شرط لصحة العقود المالية وليس شرط في العقود غير المالية إطلاقاً<sup>1</sup>.

فالحنفية نظرتهم مادية محضة إذ القول عندهم أن العبرة بالعبارة والألفاظ وهذا لا يعني الوقوف على الألفاظ دون دلالتها في سياقها في التعبير؛ أي لا ينظرون إلى اللفظ الدال على الإيجاب دون تتبع اللفظ في الجملة والتي منها نستشف طبيعة التصرف فالقول "أعتقت عبدي بكذا من المال"، فلا ننظر إلى العتق فنفهم منه أنه عتق دون ثمن وإنما إيجاب بالبيع ودل عليه عرض الثمن، فالحنفية بقولهم أن الاعتداد بالعبارة لا يعني أنهم يتوقفون عند العبارة الدالة على نوع

1- السرخسي، المبسوط، الجزء: 06، دار المعرفة، بدون رقم طبعة، بيروت، 1414هـ-1993م، ص: 178.

التصرف بل ينظرون معنى العبارة من سياقها في الجملة كالمثال السابق فتحول عبارة العتق إلى بيع.

وهذا يقود إلى صحة ما يصدر عن السكران والهازل المخطئ والمكره وإن كان الأخيران يخرجان من هذه الدائرة لأنهما يدخلان في عموم الحديث " غَفِي لَأْمَتِي عَنِ الْخَطَا وَالنَّسِيَانِ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ"<sup>1</sup>

في حين لا يفرق الجمهور بين الاختيار والرضا ويجعلان منهما للدلالة على معنى واحد؛ وهو قصد التعبير والأثر، فهم يقيمون وزنا للرضا الباطن والقصد والمعاني، وأن صحة القول بالقصد والاختيار، وإنما الألفاظ وسيلة من وسائل التعبير، حيث أن الرضا أمر خفي فأنيط الحكم باللفظ<sup>2</sup>، فإن ظهر سلامة القصد والاختيار فيحكم على ضوء هذا الباطن؛ ولا عبرة للألفاظ.

قال الشافعي: "لا يصح - طلاق الخاطئ- لأن الطلاق يقع بالكلام، إنما يصح إذا صدر عن قصد صحيح، ألا ترى البغاء إذا لقن فهو والآدمي سواء"<sup>3</sup>. ومن هذا المنطق حكموا على العقود التي شابها عيب من عيوب القصد بعدم انعقادها، أو عدم صحتها، فالأساس هو القصد السليم<sup>4</sup>.

قال الشاطبي: "فالعامل إذا تعلق به القصد تعلق به الأحكام التكليفية، وإذا عري عن القصد لم يتعلق به شيء منها كفعل النائم والمجنون"<sup>5</sup>.

بالتسليم لما جاء به الجمهور من الاعتداد بالقصد، وأن لا يؤخذ التعبير مأخذاً ما يحمله من معنى إلا إذا اقترن بالقصد السليم، وهم بذلك لا يقولون بصحة القول - اللفظ - الذي يعارض قصدًا كتعبير المكره والهازل والنائم كونهم لا يقصدون معنى ما صدر منهم إذ العبرة بالمعاني لا بالمباني، وأن الأخذ بما جاء به الجمهور والتسليم به يدفعنا للتساؤل عن موضع حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، الطلاق والنكاح والرجعة".

1 - حديث صحيح، أنظر: محمد ناصر الدين الألباني، ارواء الغليل، الجزء: 08، الحديث: 2382، المكتب الإسلامي، الطبعة: 02، بيروت، 1405 هـ - 1985م، ص: 49.

2 - عبد العزيز البخاري الحنفي، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، الجزء: 04، دار الكتاب الإسلامي، بدون رقم طبعة، بدون بلد الطبع، بدون سنة الطبع، ص: 381.

3 - عبد العزيز البخاري الحنفي، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، المرجع نفسه، 04 / 381.

4 - عبد العزيز البخاري الحنفي، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، المرجع نفسه، 04 / 381.

5 - الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، 03 / 09.

في الحقيقة يبدو التعارض واضحاً بين الحديث وقول الجمهور الذين يعتبرون أن اللفظ والتعبير إذا كانا صادرين من غير قصد فلا يُحْدِثان أثراً، ذلك أن مدار الأعمال كلها مبني على النية أي القصد، وحسب ما تبين لي، إن الحديث لا يتعارض بما أخذ به الجمهور فالقول أن الهزل يقع به بعض التصرفات كالزواج مثلاً.

وقد ثار خلاف لدى الفقه في ترتيب أحكام العقد بين الفقهاء والأصوليين بالنسبة للسكران لأنَّ الأصوليين ينظرون إلى السكران بمعزل عن مسكره - حلالاً كان أو حراماً، مضطراً أو راغباً - المهم عندهم أنه وصل إلى حد لا يعلم معنى ما يقول في حين الجمهور ينظرون لسُكْرِهِ باعتباره عاصاً و تحميلة المسؤولية بترتيب آثار العقد عليه.

عموماً، وإن كان لكلٍ رأيه وأدلته بشأن الخلاف بين جمهور الفقهاء والحنفية، إلا أن الجمهور غلبوا القصد إلى العبارة ولم ينظروا إلى العبارة نظرةً ماديةً نتيجةً لدلالاتها دون بحث القصد الباطن، وهو ما مذهب الحنفية - نظرتهم مادية - وإنما العبارة لا تكفي إن كانت غامضة أو صدرت في معرض حال يتناقض ودلالاتها فلا بد من بحث معناها الحقيقي من خلال ملايسات التصرف وكل عمل لاحق أو ظرف دل على قصد الشخص.

وعليه فآثار العقد إنما تنصرف إلى القصد الباطن والعبارة وسيلة للتعبير ولا ننكر أهميتها، لكن ذلك لا يقلل من أهمية القصد، فإذا ظهر ما يدل على أن العبارة لا تعبر عما في النفس فقد فقدت قيمتها كتعبير عن الرضا. ومن هنا يمكن الوصول إلى تعريف جامع مانع للرضا والاختيار هو أنهما بمعنى واحد وهو " قصد التعبير والآخر " وبذلك تخرج عبارة من لم يكن له قصدٌ أصلاً كالمجنون والغافل والسكران الذي لا يعي ونحو ذلك، كما أنه يخرج من له قصد، لكنه لم يقصد الآثار كالمكره والمهازل ونحوهما. وهذه هي القاعدة العامة، أما غير ذلك فهو استثناء فرضته بعض الأدلة أو الظروف الخاصة<sup>1</sup>.

ومما سبق، يكون الجمهور في تعريفهم للرضا بأنه القصد المتجه نحو ترتيب الأثر وهو بذلك يتماثل مع الاختيار، فقصد العبارة دون قصد الأثر والوقوف عند اللفظ لا يكون رضا.

1 - علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص: 227.

## ثانياً: إستثناء الزواج (عدم توافق القصد مع القول)

أن خصوصية الرضا في عقد الزواج أثمرت صوراً لصحة الزواج رغم عدم توافق القصد مع القول، ومبنى ذلك حديث النبي صلى الله عليه وسلم المذكور الذي سيأتي بيانه. ولقد وقفنا على صورة لذلك، وهي زواج الهازل - وإن كان الحنفية في حالة الهازل فيدخلون معه المخطئ والسكران - وهو ما سنأتي على دليله.

قال صلى الله عليه وسلم " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، الطلاق والنكاح، والرجعة"<sup>1</sup> ونقل ابن تيمية عن أبي حفص العكبري أنه روى عن الحسن أنه قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم: « من نكح لاعبا، أو طلق لاعبا، أو أعتق لاعبا فقد جاز »، وروى عن عمر بن الخطاب قال: "أربع جائزات إذا تكلم بهن: الطلاق. والعتاق. والنكاح. والنذر"، وروى عن علي: ثلاث لا لعب فيهن الطلاق والعتاق والنكاح، وروى عن أبي الدرداء قال: ثلاث اللعب فيهن كالجدة، الطلاق والنكاح والعتاق<sup>2</sup>.

قال ابن تيمية " فأما طلاق الهازل فيقع عند العامة، وكذلك نكاحه صحيح كما هو في متن الحديث المرفوع ( مرفوع عن عمر وعلي رضي الله عنهما) وهذا هو المحفوظ عن الصحابة والتابعين وهو قول الجمهور، وحكاه أبو حفص العكبري عن أحمد بن حنبل نفسه، وهو قول أصحابه، وقول طائفة من أصحاب الشافعي... ومذهب مالك الذي رواه ابن القاسم وعليه العمل عند أصحابه أن هزل النكاح والطلاق لازم"<sup>3</sup>.

وكما ندرك جيداً أنّ الزواج من أوثق العقود ومن أخطرهما فهي قوام المجتمعات، لم يُترك للبشر لتنظيمه وإنما اختص الشارع الحكيم بضبط أحكامه حتى لا تكون مطية للبشر، ومن ثمة فرض الجدية في انعقاده، فلا محل للهزل فيه من جهة، ومن جهة ثانية فالهزل المراد بالحديث هو قصد الضحك والتلاعب بالأحكام الشرعية لذا رتب الشارع انعقاد العقد لأجل تحميل مسؤوليته في جانب الهازل كعقوبة له.

1 - حديث حسن: أنظر: الألباني، ارواء الغليل، الحديث: 1826، 224/06.

2 - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، الجزء 6، الطبعة: 01، 1408هـ-1987م، ص: 63.

3 - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، المرجع نفسه، 63 / 06.

والمراد بالعقوبة ليس انعقاد العقد - عقد الزواج - وتمتع الرجل بحقوقه من مركزه كزوج، وإنما تحمله المسؤولية العقدية وما يترتب عليها من واجبات تقع على خلفية العقد كتمتع المرأة المعقود عليها - هزلا - بكافة الحقوق التي يترتبها عقد الزواج كالميراث مثلا لو توفي الزوج إلى جانب التعريض عن كل ضرر يلحقها جراء الهزل بهذا العقد كتفويت فرصة تقدم أزواج لها.

أما قانون الأسرة الجزائري فلم يفصل في هذه المسألة، ورغم أن المادة 222 منه تحيلنا إلى الأحالة على مبادئ الشريعة الإسلامية، مما يربط إلزام الهازل بمقتضيات عقد الزواج الصحيح، إلا أن النظر في واقع الممارسة، يجعلني أرجح أن القانون لا يربط قيام زواج الهازل، مما يعني أن أخذ بالقاعدة العامة للتعبير في العقود؛ وهو شأن باقي التشريعات العربية الأخرى، ومن باب أولى التشريعات الغربية.

### المطلب الثاني: ضابط الاشتراط في عقد الزواج

يعتبر الاشتراط من بين المسائل الحديثة التي ناقشها قانون الأسرة الجزائري من خلال التعديل الأخير 02/05، على الرغم من أن هذا الموضوع قد تم إثارته منذ مدة في التشريعات العربية ويعتبر الفقه الإسلامي صاحب السبق في مناقشة هذا الموضوع بالتفصيل على نحو يسهل الولوج فيه واستنباط الأحكام منه.

والاشتراط أو الشرط في عقد الزواج قد يكون لا حقا له ولا يثير إشكالا بقدر ما يثيره كما لو كان مقترنا بالعقد سواء كان في الإيجاب أو في القبول وتوقف انعقاد العقد به، وهذا ما جعل الاشتراط على قدر كبير من الأهمية، مما يستدعي الوقوف عند مفهوم الشرط ونماذج منه ثم الانتقال لحكمها وتأثيرها على العقد .

### الفرع الأول: مفهوم الشرط

تصح العقود عامة بتوافر الأركان والشروط المنصوص عليها، وعقد الزواج من هذه العقود، فالركن في اصطلاح الفقه ما يتوقف الشيء على وجوده، وكان جزءا من حقيقته، في حين الشرط ما يتوقف الشيء عليه دون أن يكون جزءا منه، فلا وجود للعقد إلا بالركن والشرط معا، وإن كان الأول جزءا من ماهية الشيء ويدخل فيه، في حين الثاني لازم لوجود الشيء لكن لا يدخل في ماهية الشيء .

والشرط وفق ما دُكِرَ إمّا أن يكون منصوباً عليه - أقره الشارع الحكيم بالنسبة لعقد الزواج - لتكوين عقد الزواج ولا يكون للأطراف حق مناقشته لأنه من مقتضيات العقد، وقد يكون الشرط جعلياً أي تلك الشروط التي يضعها أطراف العقد وعليها يتوقف انعقاد العقد ونفاذه.

### أولاً: تعريف الشرط

#### أ- التعريف اللغوي للشرط

الشرط هو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه والشرط بتحريك الرأى: العلامة والجمع أشرط نحو أشرط الساعة، والاشترط: العلامة التي يجعلها الناس بينهم<sup>1</sup> وتصديقاً لهذا قوله عز وجل في محكم تنزيله: ﴿فهل ينظرون إلا الساعة أن تأتيهم بغتة فقد جاء أشراطها فأنى لهم إذا جاءتهم ذكراهم﴾ (سورة محمد، الآية : 18).

#### ب- التعريف الاصطلاحي للشرط

الشرط عند الأصوليين هو ما توقف عليه الشيء والذي جعل شرطاً له ولم يكن جزءاً من حقيقته<sup>2</sup>، ووفق هذا التعريف، فالشرط حسبهم ليس من الشيء، غير أن تحققه متوقف على توافر الشرط فيه يكون الشيء، غير أنه ليس من الشيء، فالشرط يكون به المشروط فإن استحال هذا الأخير فينعدم الشرط دون أن يمنع وجود الشيء وهو ما يؤكد خروج الشرط عن ماهية الشيء، والشرط وفق ما ذكرنا شرعي - منصوب - أو جعلي بإرادة المتعاقدين أي مضافاً للعقد .

### ثانياً: أنواع الشروط

#### أ- الشرط المعلق

إن التعليق على شرط كما تفيد تعاريف الفقهاء هو: ربط حصول أمر بحصول أمر آخر فهو عكس التنجيز الذي يكون فيه العقد مطلقاً ساري الحكم منذ صدوره، ويصاغ التعليق عادة بإحدى الأدوات الشرطية التي تربط بين فعلين نحو "إن" "إذا" "ومتى" "وكلما" "ومثاله أن يقول الرجل، تزوجتك إن نجحت في الامتحان هذا العام، فنقول قبلت، وفي هذا النوع من الشروط نميزه في

1 - ابن منظور ، لسان العرب، مرجع سابق، 329/07.

2 - محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة ، دون رقم الطبعة، الإسكندرية، مصر 1998، ص: 84.

تعليقه بين أمرين إما أن يكون التعليق محتمل أو مستحيل تحققه أو أن يكون التعليق على شرط محقق الوجود كان يقول الرجل تزوجت موليتك على أن تعمل فيقول الولي قبلت وكانت موليته حاضرة في مجلس العقد وسكتت ولم تبد تعليقا على الشرط .

ورأي الفقه؛ هنا سيكون بين طبيعة أو حكم هذا الشرط المعلق في حد ذاته تم التطرق إلى حكم الزواج به والذي سنتناوله لاحقا، والتعليق هنا قد يكون من الموجب الزوج كما ذكرنا في المثال السابق وقد يكون ممن وجه إليه الإيجاب وهو القابل - الزوجة- فإن علق قبولها على شرط نحو قبولها إلى إيجاب للزوج القبول أو الرفض.

### ب- الشرط المضاف

إن المراد بالشرط المضاف لا يراد به الشرط الذي يكون لاحقا لعقد الزواج بمعنى أن العقد قد انعقدت ثم بدا للزوجين إضافة بعض الشروط، وهو غير محل دراستنا هذه، إذ الشرط المضاف؛ ذلك الشرط الذي يكون ملازما لعقد الزواج وإنما يكون تنفيذه إلى المستقبل كأن يقول الزوج للمرأة أتزوجك العام القادم ونقول الزوجة قبلت.

وقد تكون الإضافة إلى زمن المستقبل ملحوظا، فيكون التصرف مضافا إلى المستقبل كما في الوصية، فإن الوصية تفيد معنى الإضافة ما بعد الموت<sup>1</sup>

فإذا صيغت الإضافة بطريقة التعليق على مجيء الزمن، واستعملت فيها بعض أدوات التعليق الشرطية اعتبرت تعليقا محضاً، فهو يكون معلقا على مجيء الزمن المعين ومربوطا به ارتباط المشروط بشرطه<sup>2</sup> والشرط المضاف أقرب ما يكون إلى الشرط المعلق، غير أنه يبدو لي أن الأول قد يكون جزءا من الثاني في حين الثاني، أوسع مجالا إذ يرتبط بالزمن فحسب فقد يرتبط بفعل الطرف الثاني.

1 - بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية ، دون رقم الطبعة، بيروت، لبنان، ودون سنة الطبع، ص: 493.

2 - مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، الجزء: 01، دار القلم، الطبعة : 02، دمشق 2004، ص: 577.

**ج- الشرط المقيد**

وهو ما يقيد حكم العقد وآثاره، فيكون المقصود تعديل آثار العقد الأصلية، بإيجاب التزامات بين المتعاقدين لم تكن لتجِب لو صدر العقد مطلقاً، وسَمَّى الفقهاء ذلك بالعقد المقيد للشرط أو المقترن بالشرط<sup>1</sup>

في حقيقة الأمر إن هذا العقد منجز ومبرم، وما كان تحققه مُعلقاً على الشرط وإنما جاء الشرط ليقيد من آثار العقد وحكمه، وإنما هذا العقد منجز متى أجازته من وجه له الشرط فقد لا يقع العقد متى رفض الشرط، إن أقسام الشروط السابق بيانها إنما تكون في العقود عامة غير أن المعارضات المالية، والتبرعات والزواج هي عقود لا تقبل التعليق والإضافة وإنما تنشأ وتتعدد منجزة، فإذا ما علقت على شرط - تحقق أو لم يتحقق - أو أضيفت إلى المستقبل، فإنها تكون باطلة، ولا يهتم بعدها إن حصل الشرط أو لم يحصل، فطبيعة هذه العقود لا تقبل مثل هذه الشروط وعقد الزواج من العقود التي تفيد التملك في الحال ولا يجوز إضافته إلى المستقبل، حيث أن مقتضى عقد الزواج هو حل الاستمتاع بين الزوجين فور إتمام العقد مباشرة دون انتظار من المستقبل لترتيب أحكامه.<sup>2</sup>

ولعل من بين أنواع الشروط المذكورة والتي تعيننا في عقد الزواج هو الشرط المضاف ما لم يفد هذا الشرط التنجيز لأنه يتنافى ومقتضيات العقد.

يعتبر الاشتراط في مسائل الأحوال الشخصية من المسائل المثارة قديماً في الفقه الإسلامي، وإن كانت القوانين سنتها في تشريعاتها حديثة، كما هو الحال في قانون الأسرة الجزائري إذ تم إدخال الاشتراط في عقد الزواج في الأمر 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27 المعدل للقانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة وذلك في المادة 19 منه.

ومجال الاشتراط واسع فلا يمكن حصره في مسائل محددة، كعمل المرأة، ومنع التعدد، وفق ما بدا للمشرع الجزائري وإن كان ذكرها على سبيل الحصر والاشتراط يتعدى ذلك بكثير.

1 - بدران أبو الحسين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 490.

2 - حسن حسين منصور، المحيط في شرح الأحوال الشخصية، مطبعة ساسي، دون رقم الطبعة، لبنان، 2001، ص: 59.

## الفرع الثاني: شرعية الاشتراط

يعتبر الاشتراط من المسائل الهامة في العقود بشكل عام إذ يجد مجاله في مبدأ سلطان الإرادة، وليس عقد الزواج بمنأى عن هذا المبدأ، إذ تسعى غالب التشريعات إلى إعمال هذا المبدأ حتى في عقد الزواج، بالرغم من خصوصية هذا العقد، كونه مقدساً، راعى ضوابطه الشارع الحكيم، فقيّد هذه الشروط.

والشروط المراد البحث فيها هي تلك المقترنة بعقد الزواج، بمعنى أن يقترن العقد أو التصرف بالتزام أحد الطرفين بالوفاء بأمر زائد عما يقتضيه العقد أو التصرف، بناء على اشتراط الطرف الآخر بأنه عبارة تنفيذ ذلك<sup>1</sup>.

والشروط المقترنة بالعقد إنما أثرناها لأثرها في الرضا في الزواج، فقد يكون من الموجب لمن وجه الإيجاب، فإن صدر قبول؛ انعقد العقد مع مراعاة باقي الشروط وقد يكون من القابل ويتحول عندها إلى موجب.

وقد حثت الشريعة الإسلامية على الأخذ بالشروط والوقوف عندها في جميع التصرفات بشكل عام؛ ومن بينها عقد الزواج إذ أوجبت على من قبل بالشرط الوفاء به مع الأخذ مراعى طبيعة الشرط وأحكام الشريعة الإسلامية، والشروط في عقد الزواج لها عدة تقسيمات منها؛ ما اقترن بالعقد ومقتضياته كاشتراط النفقة وزيارة الأهل وحسن المعاشرة وإن كانت هذه الشروط إنما جاءت لتؤكد ما هو واجب على الزوج في العقد ولا مجال لإثارته من جانب مشروعيتها وهناك من الشروط ما تمليه طبيعة المتعاقدين، كعمل المرأة والسفر خارج البلد، وهناك شروط قد تثار بغض النظر عن الزوجين كأن تشترط المرأة أن لا يتزوج عليها زوجها أو يشترط الزوج إسقاط النفقة عنه - كزواج المسيار - وهناك من الشروط ما تعارض تعارضاً تاماً لأحكام الشريعة كاشتراط عدم الإنجاب. وعلى هذا لا بد من بيان وجهة الفقه الإسلامي في تقسيمه للشروط المقترنة بعقد الزواج وأثرها في انعقاده وآثار الإخلال بها على النحو التالي:

1 - محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص: 341.

**أولاً: الشروط الصحيحة باتفاق الفقهاء**

وهي الشروط الموافقة لمقتضى عقد الزواج، بأن تكون مُرَغِبَةً لحكم من أحكام العقد، أو مؤكدة لحكم يقتضيه العقد، أو تكون هذه الشروط قد دل على صحتها واعتبارها دليلاً شرعياً.<sup>1</sup>

**أ- الشروط الموافقة لمقتضى العقد**

وهي في الغالب شروط تدور في دائرة عقد الزواج ولا تخرج منه ودلت عليها طبيعة عقد الزواج في حد ذاته؛ وهي في الأصل لا تحتاج إلى تثبيتها بشكل شرط كاشتراط النفقة وحسن المعاشرة، إذ هي من التزامات الزوج، غير أن العكس كأن يشرط الزوج على الزوجة أن لا ينفق عليها أو أن يشرط أن يجعل لها النهار دون الليل - في حال التعدد - بهذا الشرط هو محل الدراسة ومدى تأثيره في رضا الطرف الآخر وعليه انعقاد العقد. ولعل الإجابة تكون ضمن الشروط المختلف بشأنها بين أهل العلم.

وهناك من الشروط المؤكدة لحكم من أحكام عقد الزواج وهذه الشروط لا تخرج من مقتضيات عقد الزواج فهي لا تأتي بجديد وإنما جاءت كضمان لالتزام من التزامات العقد؛ كأن يشترط ولي الزوجة كفيلاً يضمن الجانب المالي في العقد كضمان دفع المهر في حال كان المهر مؤجلاً، أو كان يشرط الولي مسكناً، وفي سبيل ذلك، يطلب الولي ضامناً لتوفيره، وقد تكون المرأة في حال ميسور عند أهلها، وضماناً لعيشها في نفس المستوى يطلب الولي من الزوج الإنفاق على الزوجة بما يتناسب مع ما بني عليه.

ولا مجال للإشتباه في هذه الشروط إذ مازلنا في مقتضيات عقد الزواج.

**ب- الشروط الموافقة لمقتضى دليل شرعي**

هذا النوع من الشروط على عكس ما ذُكر سابقاً، إذ لا يستشف من مقتضيات العقد غير أنه لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، إذ يجد دليلاً شرعياً يعضده سواء من الكتاب أو السنة أو الإجماع، فإن اشترط أحد الزوجين على الآخر شرطاً من هذا النوع، كان الشرط صحيحاً، والوفاء به من باب أولى، كأن يشترط الزوج على زوجته أن لا تخرج من بيتها إلا لضرورة ملحة، وأن لا تحضر حفلاً تكثر فيه مفاسد، وأن يمنع عليها الذهاب للحمامات مهما كان دافعه، وفي المقابل قد

1 - محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص: 342.

تشتت الزوجة على زوجها أن تتم دراستها بعد الزواج خاصة إذا كانت الدراسة تتعلق بعلم شرعي أو علم دنيوي تتحقق به مصالح ومنافع البشر متى لم تخالف أمراً شرعياً، أو قد تطلب الزوجة بيتاً منفصلاً متى كان للزوج إخوة ذكورا بالغين.

وهذه الشروط لا مجال للحديث في مشروعيتها كونها لم تخالف حكماً شرعياً بل تجد دليلاً يقويها.

### ثانياً: الشروط غير الصحيحة

وفي مثل هذه الشروط، نجد تناقضاً تاماً مع مقتضيات عقد الزواج وقد تتنافى وأحكام الشريعة الإسلامية وهي تماماً عكس ما ذكر في الفرع الأول.

#### أ- الشروط المناقضة لمقتضى عقد الزواج

وهي التي يقتضيها عقد الزواج ولا تؤكد ما يقتضيه ولم يرد الشرع بجوازها، ولم يجز العرف بها<sup>1</sup> فإذا اقترن عقد الزواج بشرط يناقض مقتضاه، كان هذا الشرط باطلاً باتفاق الفقهاء، كأن يشترط الزوج على زوجته أن لا يكون لها مهر أو أن لا ينفق عليها، أو أن تكون لها القوامة عليه، أو أنها غير ملزمة بطاعته، أو أن يكون لها أكثر من ضررتها عند القسم<sup>2</sup> وهذه الشروط باطلة كونها تناقض ما يجب أن يكون عليه عقد الزواج، لأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلا تصح، وصح عقد الزواج مع بطلان هذه الشروط لأنها شروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره، ولا يضر الجهل به<sup>3</sup> ما يبطل الشرط ويصح العقد، مثل أن يشترط أن لا مهر لها، وأن لا ينفق عليها، أو إن أصدقها رجع عليها، أو تشترط عليه أن لا يطأها أو يغرب عنها، أو يقسم لها أقل من قسم صاحببتها أو أكثر، أو لا يكون عندها في الجمعة إلا ليلة أو شرط لها النهار دون الليل، أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئاً. فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها، لأنها تنافي مقتضى العقد ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلا

1 - ما لم يقض العرف بما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، وكما أن عقد الزواج عقد مقدس أغلق الشارع الحكيم باب الزيادة والنقصان فيه، حتى لا يكون ألعوبة بيد البشر، تسيرهم أهواءهم في تعديل أحكامه، أما العرف الذي له ما يقويه شرعاً أو تؤكد مصالح مراسلة فلا بأس به.

2 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة: 03، القاهرة، 1957، ص: 158 .

3 - ابن قدامة، المغني، الجزء: 07، مكتبة القاهرة، بدون رقم طبعة، دون بلد الطبع، 1388هـ / 1968م، ص: 94.

تصح، فأما العقد في نفسه فصحيح، لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به، فلم يبطل، كما لو اشترط في العقد صداقا محرما. ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد كالعقاق<sup>1</sup>

### ب- الشروط المنهي عنها بنص شرعي

إن مثل هذه الشروط ليست خاصة بعقد الزواج بالضرورة، وإنما تكون خاصة بكل العقود كالشروط التي منها إضراراً بأحد المتعاقدين أو بالغير والنهي فيه بنص حديث الرسول صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار "<sup>2</sup>.

فالحديث خاص بكل المعاملات، ونستطيع أن نسقط هذا النص على حالات الاشتراط في عقد الزواج، كأن تشترط المرأة على الرجل طلاق زوجته الأولى - ضررتها - في مقابل موافقتها. ففي الشرط إضراراً بالزوجة الأولى، وهذا يتفق مع حديث النبي المتضمن لهذه الحالة، وهو قوله صلى الله عليه وسلم " لا يحل للمرأة تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحتها فإنما لها ما قدر لها "<sup>3</sup>

وقد تُجرب مثل هذه الشروط أنواعا من الزيجات، وللفقه تفصيل كبير فيها ومنها:

### 1- زواج الشغار:

وهو من الأحكام الخاصة بعقد الزواج والتي ورد النهي عنها شرعا، كأن يزوج رجل موليته لآخر على أن يزوجه هذا الأخير من كانت في ولايته إلى هنا الأمر عادي لكن شبهه هذا الزواج

1 - ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 94/07.

2 - الامام مالك بن أنس، الموطأ، المحقق: بشار عواد معروف- محمود خليل، الحديث: 2895، الجزء: 02، مؤسسة الرسالة، دون رقم الطبعة، 1412 هـ، دون بلد الطبع، ص: 467؛ والحديث صحيح بمجموع الطرق، وقد احتج به الإمام مالك، فجزم بنسبته إلى النبي صلى الله عليه وسلم؛ أنظر للتفصيل: محمد ناصر الدين الألباني، ارواء الغليل، الحديث: 2382، 408-413.

وهذا الحديث حديث عظيم عليه مدار الفقه، إذ يحتوي سائر أنواع الضرر، ما قل منها وما كثر، بلفظ بليغ ووجيز. وفي شرح للضرر والضرار، قال ابن العثيمين رحمه الله: الضرر يحصل بلا قصد، والمضارة - اي الضرر - تحصل بقصد، فنفي النبي صلى الله عليه وسلم الأمرين، والضرار أشد الضرر، أنظر: محمد بن صالح العثيمين، شرح الأربعين النووية، دار الثريا ، دون رقم وسنة وبلد الطبع ، ص: 326.

3 - صحيح البخاري، الحديث: 5152، 07 / 21.

هو أن يكون صداق الأولى بصداق الثانية ومثل هذا الزواج يسمى بزواج الشغار<sup>1</sup> في شقة المتعلق بالمبادلة، أما اختزال الصداق فهو أمر آخر، أما ما تعلق بزواج الشغار بالمبادلة أي جعل قيود ولي المرأة بزواج بموليته يشترط أن يزوجه المتقد لابنته من كانت في ولايته أذكر الصداق أم لم يذكر وحكمه سيأتي ذكره، أما المبادلة مع إسقاط المهر والإسقاط هنا ليس عدم ذكر وإنما أن يكون صداق هذه بهذه.

حكم هذا الزواج بالرجوع لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: " لا شغار في الإسلام " وهو أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته ولا صداق بينهما. الإشكال في الحديث هنا لفظ لا صداق بينهما، هل هي مدرجة في الحديث أم مرفوعة للنبي صلى الله عليه وسلم، وقيل أن فيها ضعف، لكن بعض الفقهاء وجودها في أكثر من رواية يقوي الأصل في رفعها ولكن الإشكال في رفعها أكان من الصحابي وهو ابن عمر والذي لا يُحَدَّث إلا صدقا لأنه أدري بما روى سواء بسماعه من النبي أو لاقتترانه بما يدل على الزيادة - غير ما يقرره علماء الأصول العبرة بالرواية لا بالدراية مما يبرز بأخذ بالرواية لا بالزيادة فقد تكون الزيادة - أو اللفظ - من كلام نافع (التابعي)، إعتقد الراوي الأمر فذكر الحديث وذكر ما رُوِيَ فظن الراوي أنه من الحديث.

ولعل المنتبِع ما جدوى ذكر الزيادة والخلاف بشأنها فنبين، إن أخذ الحديث " لا شغار في الإسلام " ونتوقف؛ فإذا ذكر الرجل شرطاً مفاده قبول تزويج موليته بشرط أن يقبل الخاطب تزويجه هو أيضا من كانت في ولايته له فذكر المهر وجعل هذا بهذا، أو استحققت كل امرأة مهرها، فالزواج باطل لوجود هذا الشرط لعموم الحديث؛ والعبرة من الحديث أن في مثل هذه الزيجات هضم لحقوق المرأة، وتعطيل رضاها ففيه صورة من صور الإكراه، وهو أمر منهي عنه إذ الرضا أهم في ركن الزواج.

لكن إذا سُمِّي لكل امرأة مهرٌ فما حكم ذلك؟، وهنا تظهر أهمية البحث في حقيقة الزيادة.

1 - الشغار: الرفع. شغار الكلب يشغار شغرا: رفع إحدى رجليه ليبول، وقيل: رفع إحدى رجليه، بال أو لم يبل، وقيل: شغار الكلب برجله شغرا رفعها فبال؛ وعليه فسمت هذا الزواج - زواج الشغار - لخلوه من المهر، وقد استعملت العرب استعارة في هذا الزواج بشغار الكلب أي رفع رجليه للبول، فكأنه يقول لا تستمتع بموليتي - فكأنه يمنع الرجل عن جماعها والاستمتاع بها - حتى أستمتع بموليتك، انظر: ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، 417/04.

فلو ذُكِرَ مَهْرُ كل امرأة دون أن يُسْقَطَ مَهْرُ إحداهما مَهْرَ الأخرى هنا ننبه إلى نقطة مفادها أن المهر من أركان عقد الزواج، وهو من حق المرأة أي أنه يدخل في ذمتها المالية وليس لأحد غيرها التصرف فيه، وعليه ليس للولي أيًا كان ومهما كانت درجة ولايته عليها وبالتالي فعدم الإسقاط لم يأت بجديد إذ المهر حق المرأة ولا ينعقد الزواج إلا به أو على الأقل تسميته، غير أن الشبهة في مثل هذا النكاح في الاشتراط أي قبول البضع بالبضع، وقد اختلف الفقهاء بشأنه فمنهم من يجيزه، قال ابن القيم رحمه الله في زاد المعاد: اختلف الفقهاء في ذلك فقال أحمد: الشغار الباطل أن يزوجه موليته على أن يزوجه الآخر موليته، ولا مهر بينهما على حديث ابن عمر فإن سُمِّيَ مع ذلك المهر، صح العقد بالمسمى عنده ذلك لتوافر أركان عقد الزواج وإن كان أصحاب هذا الاتجاه يميزون بين الحالتين - مع ذكر الصداق - حلة اشتراط البضع بالبضع لتتمام الزواج وهو الجائز عندهم والحالة الثانية بضع كل واحدة مهر الأخرى لم يصح.

أما أصحاب الاتجاه الثاني: قال الخرقى لا يصح - ولو سما مهورا على الحديث معاوية عن عبد الرحمان بن هرمز الأعرج، أن العباس بن عبد الله أنكح عبد الرحمان بن الحكم ابنته، وانكحه عبد الرحمان ابنته، وقد كانا جعلًا صداقًا، فكتب معاوية بن أبي سفيان إلى مروان بن الحكم يأمره بالتفريق بينهما، وقال في كتابه هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم<sup>1</sup>.

فأصحاب الاتجاه الثاني استندوا للنص الثابت عن الصحابي معاوية ابن أبي سفيان رضي الله عنه<sup>2</sup>

أما فيما يخص رأي العلماء المُجَدِّثِينَ كإبن باز والعثيمين وغيرهم وهم ممن كانوا من الاتجاه الثاني، وزادوا في ذلك أنه: إن رضيت المرأتان كل واحد بمن عرض عليها - وتحقق بذلك أهم

1 - مسند الإمام أحمد، الجزء: 28، الحديث: 16856، المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة: 01، 1421 هـ - 2001، ص: 70؛ وهو حديث حسن، ويعضد متنه عدة أحاديث منها حديث ابن عمر رضي الله عنهما: " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار"؛ أنظر: صحيح البخاري، الحديث: 5112، 12/07، عبد الله بن عبد الرحمان بن الفضل الدارمي، المتوفى سنة 255 هـ الجزء 2، دار الكتب العلمية، دون طبعة، دون سنة نشر، باب في النهي عن الشغار، ص 136.

2 - لعل مبرر الاتجاه الثاني الأكثر تقبلا ومنه نستشف أمرا آخر بشأن الإضافة في الحديث، إذ الغالب أن الإضافة ليست من الصحابي، وهو كما ذكرنا ابن عمر رضي الله عنه، فلو كانت كذلك، ما كان معاوية رضي الله عنه أن يخالف ما جاء عن ابن عمر، وابن عمر كما هو معلوم من أكثر الصحابة نقلا عن النبي، فلما كانت الإضافة ليست من الصحابي، كان لابد من التقييد بالحديث الثابت " لا شغار في الإسلام " فحرم زواج الشغار مطلقا.

ركن في الزواج - فهنا لا يصح العقد وإنما يقررون أن يعاد إبرام عقد الزواج من جديد، وعليه ينعقد العقد وخروجاً عن النص، فالشريعة الإسلامية تحرم الشغار لما فيه من التلاعب بمسؤولية الولاية، وما تقتضيه من وجوب المهر، وبذل الجهد في إختيار من يكون عوناً لها على ما يسعدها في حياتها في الدنيا وفي الآخرة، ذلك أن الولي نظره إلى موليته نظر مصلحة ورعاية واهتمام، لا نظر شهوة وتسلط وإهمال. فليست بمنزلة أمته أو بهيمته، أو ما يملكه مما يعاوض بها على ما يريد، وإنما هي أمانه في عنقه، يتعين عليه أن يحقق لها من زواجها كفاءة الزوج، وصدق المثل، فكل راع مسؤول عن رعيته يقول ابن العثيمين: " فهي أمانة عنده يجب عليه رعايتها ووضعها في محلها ولا يحل له احتكارها لأغراضه الشخصية أو تزويجها بغير كفتها من أجل طمع فيما يدفع إليه، فإن هذا من الخيانة وقد قال الله تعالى: ﴿أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ (سورة الأنفال، الآية: 27)، وقال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ كُلَّ خَوَّانٍ كَفُورٍ﴾ (الحج: 38) . وقال النبي صلي الله عليه وسلم: "كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته".

يرى بعض الناس تخطب منه ابنته، يخطبها كفاء ثم يرده ويرد آخر وآخر ومن كان كذلك

فان ولايته تسقط ويزوجها غيره من الأولياء الأقرب فالأقرب.<sup>1</sup>

كانت إجابة الشيخ عبد الله بن عبد العزيز العقيل عن حكم زواج الشغار كافية لما ساقه من منقول الحديث وعمل الصحابة- معاوية رضي الله عنه- ومقاصد الشريعة من ضرورة مراعاة شروط الولاية وأهدافها وتحقيق مصلحة المرأة وتنزيهها حتى لا تكون سلعة محل معارضة ولا يكون الشغار باباً للولي لعضل موليته في سبيل تحقيق رغباته.

من أمثلة الأحكام الخاصة بعقد الزواج والتي قد تكون محل اشتراط بين الزوجين أن يشترط الزوج أو الزوجة تأقيت الزواج وهو ما يطلق عليه النكاح المؤقت أو بمعنى آخر زواج المتعة.

**2- زواج المتعة<sup>2</sup>:** وهو ماسيكون جزءاً من الدراسة عند التطرق للصيغة في عقد الزواج والضبط في شروط الصيغة تحت شرط عدم تأقيت الصيغة بوقت، فلن نخوض في هذا الموضوع

1 - محمد بن صالح العثيمين، الزواج، دار مدار الوطن، الطبعة: 01، دون بلد الطبع، 1425هـ، ص: 18.

2 - نكاح المتعة تواتت الأحاديث لتحريمه، إلا أنها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم، ففي بعض الروايات انها حرمت يوم خيبر وفي يوم الفتح، وفي بعضها يوم غزوة تبوك، وفي بعضها في حجة الوداع، وفي بعضها في عمرة القضاء، وقد روي ذلك عن جماعة من الصحابة، " فروي تحريمها عن علي بن أبي طالب، وعبد الله بن عمر، وعبد الله بن مسعود، وعبد الله بن الزبير، وعبد الله بن عباس، لأنه رجع عن إباحتها لما بان له من صواب في ذلك، ...، وهو مذهب التابعين والفقهاء والأئمة أجمعين؛ انظر للتفصيل: ابن أبي حافض المقدسي، تحريم نكاح المتعة، المحقق: حماد بن محمد الأنصاري، دار طيبة، الطبعة: 02، دون سنة الطبع، ص: 78.

إلا بالقدر يتوافق وطبيعة الدراسة، وقد يتساءل الواحد منّا ما الغاية من دراسته ضمن هذا الباب أي باب الشروط أو الاشتراط في عقد الزواج.

فالتأقيت ضمن شروط الصيغة ليس كالتأقيت في الاشتراط لسببين:

**السبب الأول:** التأقيت ضمن شروط الصيغة أي في انعقاد العقد بمفهوم المخالفة إسقاط هذا الشرط في الانعقاد يؤدي حتماً إلى إحلال نكاح المتعة، ومن ثمة لا حاجة ولا طائل من ذكر التأقيت ضمن الاشتراط، وعليه فالتسليم بهذا يؤدي إلى إحلال الزواج بوقت وهو ما يؤدي إلى نتيجتين: الأولى: التلاعب بعقد الزواج كعقد مقدس - وضع أحكامه الشارع الحكيم-، والثانية: إباحة المتعة إلى حد تفشي الزنا وكلا الأمرين وباء على الإنسانية، وفي هذا لا حاجة لذكر رأي الفقه والراجح فيه بين مذهبي الشيعة والسنة ورد الأخير على ما جاء به الأول وهو كان ضمن شروط الصيغة شكلاً لا يدع مجالاً للشك.<sup>1</sup>

**السبب الثاني:** عدم التأقيت شرط مسلم به ضمن الصيغة لكن يحدث أن يشترط أحد الزوجين أن يكون الزواج لفترة قد تكون محددة تحديداً دقيقاً، كأن يقول أحد الزوجين للآخر تزوجتك لمدة سنة أو سنتين، وقد لا يحدد الزواج بمدة لكن لا يكون على سبيل التأييد كالقول تزوجتك على أن أنهي دراستي أو حتى أعود لبلدي متى كان ببلد أجنبي. في هذه الحالة التأقيت ورد ضمن الاشتراط فنتساءل في هذه الحالة هل ينعقد الزواج بالشرط أو بدونه.

قد يتبادر للأذهان ما الفرق بين الحالة الأولى (السبب الأول) والحالة الثانية (السبب الثاني) إذ يبدو للوهلة الأولى أن لا فرق بين الحالتين، وفي الحقيقة هناك فرق جوهري مفاده أن في الأولى: إحلال شيء - التأقيت - لم يرد في الشرع دليل عليه بل هناك نص تحريمه، وبالتالي فالقائل بالإحلال - إحلال ما حرم الله - قد انتهك محارم الله فهو حكم الردة، إذ مضاره كبيرة ولا حاجة للقول ببطلان عقد الزواج أما في الثانية: إنما هو اشتراط في الزواج فلا يكون صاحبه مرتداً وإنما هو اشتراطه وقد يقول قائل قد يكون الزوج أو الزوجة إنما أراد الزواج للشرط، وهذا أيضاً لا يضر فالعقد صحيح والشرط باطل، وإنما المراد بهذا الحكم آثار العقد إذ به تستحق المرأة مهرها وينسب الأولاد لأبيهم.

1 - لمزيد الإطلاع أنظر: الباب الثاني بالفصل الأول: تحت عنوان: شروط الصيغة.

بقي أن نشير إلى أمر هام مفاده إذا ذكر الموجب ربط الزواج بمدة وأخبر به، علمه ولي المرأة أو المرأة أو العكس فهو حكم ما سبق لكن ماذا لو لم يذكر الموجب وأضر ذلك فما حكم الزواج هنا.

إن للعلماء في هذا وجهين: الأول أن النكاح صحيح وأنه لا حرج عليه في ذلك لعدة أدلة: أن النهي عن التأقيت بالظاهر، وأما الباطن فلم يرد فيه نهى، ولأن فعل السلف وما كانوا عليه مشهور فيهم أنهم كانوا يرتحلون لطلب العلم والتجارة وكان الرجل ينزل في المصر والقريّة مدة تجارته، فيتزوج به، ثم يترك أهله ويسافر إلى بلد آخر، فقالوا أنه لا حرج عليه في ذلك.

وإختار هذا القول جمع من المحققين وأفتى به شيخ الإسلام ابن تيميه - رحمه الله - وهو الصحيح كما ذكرنا، ولما فيه من درء كثير من المفسد، فإن الرجل تكون عنده المرأة ضعيفة لا تطيق السفر، وقد لا ترضى بالخروج معه، ويسافر إلى بلاد عديدة، يتعرض فيها إلى فتنة، وقد يسافر إلى بلد يلزم عليه المكوث بذلك البلد والجلوس فيه، فإذا قلنا له لا تتزوج بهذه النية وأنت عندك نية الطلاق، فإنه لا يأمن الوقوع في الحرام، ومصالحته تلزمه البقاء في هذا البلد، ولذلك كان من شرع الله التيسير على مثل هذا، خاصة إذا عمت به البلوى، كما هو الحال في زماننا، فربما غير نيته، وصلحت المرأة فأخذها معه، وهذا لا شك إنّه قول وجيه، وإن عموم الأدلة الدالة على جواز النكاح تقتضي صحته، ولأن الحكم في الشرع على الظاهر، وهذا لم يظهر للمرأة ولا للولي ما يريده<sup>1</sup>.

وتعليقا على ما جاء من نية المتقدم للزواج بتأقيت الزواج دون إعلام الولي وموليته على الرغم من أنه يخرج من دراسته اشتراط في عقد الزواج، إذ غاية الدراسة تأثير الشرط - أي كان نوعه - على الرضا في عقد الزواج، بمعنى أن الشرط هنا واضح في الزواج مع نية الزوج التأقيت عقد باطل وهو بشكل أو بآخر صورة من زواج المتعة، وبالتالي فالتصريح بصحة عقد الزواج مع نية بدعوى عدم علم الطرف الآخر لا يسوغ الشرط، ومنه عقد النكاح، وإنما الحكم بصحة الزواج إنما يكون لتحقيق مصالح المرأة لا غير والحكم بالصحة يمتد لعقود النكاح التي تمت فقط. أما من كان بصدد الزواج فالنكاح لا ينعقد، وليس لنا أن نبحث بعدها بإمكانية أن يؤدم الزواج بين الطرفين

1 - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، 32 / 147.

فحفظ رابطة الزواج بحفظ ضوابطه التي وضعها الشارع الحكيم إذ لا مجال للتلاعب والاجتهاد فيه مما قد ينبئ بأشياء تحدث به تخرجه عن مقاصده.

ومن الشروط المنهي عنها شرعاً؛ ما أفضت إلى نكاح المحلل.

### 3- نكاح التحليل:

يقع مثل هذا النكاح متى بانّت المرأة من زوجها بينونة كبرى أي المرأة المطلقة ثلاثاً، فهذه الأخيرة ليس لزوجها أن يراجعها حتى تتكح زوجاً غيره، فتنطلق منه، أو يموت عنها، فيلجأ الزوج إلى رجل ما - غالباً ما تربطه به صلة مبعثها مصلحة - أو يكون هذا الأخير باتفاق بين الزوجين ويعلم الرجل مهمته وهو تحليل المرأة لزوجها فيلزم الرجل بعدم وطئ المرأة وإنما الزواج بتحقيق أركانه وفد يكون المحلل من يقوم بالزواج بهذه المرأة ونيته تحليلها لزوجها دون علمها بما يفعل .

**حكم نكاح المحلل:** نكاح التحليل عقد محرم فاسد، يستحق فاعله اللعن. فعن عبد الله بن

مسعود رضي الله عنه قال: " لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحل والمحلل له"<sup>1</sup>

وقال ابن القيم رحمه الله: ولعن صلى الله عليه وسلم لهما: إما خبراً عن الله تعالى بوقوع لعنته

عليهما، أو دعاء عليهما باللعة وهذا دليل على تحريمه وانه من الكبائر<sup>2</sup>.

وعن عقبة بن عامر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ألا أخبركم بالتبليس المستعار؟

قالوا بلى يا رسول الله، قال: " هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له "<sup>3</sup>

والأحاديث في هذا الباب كثيرة فعن عائشة رضي الله عنها أن رفاعة القرظبي تزوج امرأة ثم

طلقها الطلقة الثالثة فتزوجت آخر فأنت النبي صلى الله عليه وسلم فنكرت له أنه لا يأتيها " أي لا

يجامعها وفهم الرسول صلى الله عليه وسلم أنها تريد أن تعود لرفاعة" فقال صلى الله عليه وسلم

"لا، حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك " ( كناية عن الدخول بها والجماع )<sup>4</sup>.

1 - حديث "صحيح، رواه الترميذي، الحديث: 1120، وصححه النسائي: 3416 ؛ أنظر: الألباني، ارواء الغليل، الحديث: 1896، 37/06.

2 - ابن القيم الجوزي، زاد المعاد في هدى خير العباد، الجزء: 05، مؤسسة الرسالة، مكتبة المنار الإسلامية، الطبعة: 27، بيروت، 1415 هـ - 1994م، ص: 597.

3 - سبق تخريجه، أنظر أعلاه التهميش 1 من هذه الصفحة.

4 - حديث صحيح؛ أنظر: صحيح البخاري، الحديث: 5260، 42/07.

وقد صرح الجمهور - المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية - بفساد هذا النكاح ولأن النكاح بشرط الإحلال في معنى النكاح المؤقت، وشرط التأقيت في النكاح يفسده، وما دام النكاح فاسدا فلا يقع به التحليل، ويؤيد هذا القول عمر رضي الله عنه: " والله لا أوتي بمحلل ومحلل له إلا رجمتهما"<sup>1</sup>

قد يتبادر إلى القارئ ما جدوى ذكر جملة الأحاديث، قول العلماء في زواج المُحَلِّ الذي أُشْتُرِط عليه سواء من قبل الزوجة أو زوجها التي بانته عنه بينونة كبرى أن يطلقها مباشرة، وأحيانا أخرى، لا يطأها مطلقا. فمدار الموضوع كله حول الشرط ومدى مشروعيته وأثره على الرضا من جهة الزوجة والمحلل، ومن بعدها أثر هذا الزواج في الزواج الثاني أو عودة الزوج إلى زوجته. لا شك أن الشرط باطل؛ وطالما أفضى إلى حرام فهو باطل ولا يقع به الزواج كونه يتنافى ومقتضيات العقد، ولو رضي به من تضرر منه، حتى ولو وقع معه الوطء فلا يحله لأنه يؤدي إلى نكاح المتعة، ومن ثمة بطلان عقد الزواج، ويمتد الأثر للزواج الثاني فيبطله ويفرق بين الزوجين.

فإن لم يصرح بالشرط سواء كان بفعل الزوجة التي أضمرت الشرط ثم بفعلها أكرهت من تزوجها على طلاقها رغبة في عودتها إلى زوجها، أو أن يتدخل هذا المحلل من قرارة نفسه وخدمة للزوجين الذي قد تربطه معهما أو أحدهما قرابة، فيتزوج المرأة لِيُحَلِّها لزوجها دون علمها فهذا الزواج أيضا لا يصح لهذا الشرط غير المصرح به، وقال ابن القيم في هذا السياق: " ولا فرق عند أهل المدينة وأهل الحديث وفقهائهم بين إشتراط ذلك بالقول أو بالتواطئ والقصد، فإن المقصود في العقود عندهم معتبرة والأعمال بالنيات، والشرط المتواطئ عليه الذي دخل به المتعاقدين كالمفوض عندهم، والألفاظ لا تتراد لنييتها بل للدلالة على المعاني، فإذا ظهرت المعاني والمقاصد فلا عبرة بالألفاظ، لأنها وسائل وقد تحققت غاياتها، فترتب عليها أحكامها وخروجها عن الأحكام الشرعية الدالة عليها النصوص الصحيحة وأقوال أهل العلم فإن الرضا قوام العقود قاطبة والزواج منها فمتى تعلق الرضا بالشرط وكان الشرط باطلا، لم يتحقق الرضا وانصرف إلى غير هذا التصرف.

1 - حديث صحيح؛ أنظر: عبد العزيز بن مرزوق الطّريفي، التحجيل في تخريج ما لم يخرج من الأحاديث والآثار في إرواء الغليل، مكتبة الرشد، الطبعة: 01، الرياض، 1422هـ - 2001م، ص: 368.

وكتلخيص لجملة الشروط والتي قد ترد وتكون محلا في عقد الزواج كشرط تأقيت الزواج بزمن وشرط المبادلة - الشغار - وشرط التحليل فكل هذه الشروط باطلة بما سبق ذكره من النصوص الصحيحة الدالة على حرمة، ا ففساد الشرط يفسد عقد الزواج، ولا مجال لتصحيحه، ذلك أن قوام العقد في الشرط إذ به يتحقق الرضا بالعقد، فإنما أُريدَ بالعقد الشرط لا مقاصد العقد، وطالما غابت مقاصد العقد والحكمة منه بالشرط فسد عندها الرضا وبه يفسد العقد.<sup>1</sup>

### ثالثا: آراء المذاهب على الشرط في النكاح

كل المذاهب الفقهية تقسم الشرط المقترن بالعقد<sup>2</sup> إلى شرط صحيح وآخر باطل أما الأول فلا حاجة لبحث مشروعيته كونه أقر أمراً مباحاً مستقلاً عن العقد، وكل ما اقتضاه عقد الزواج. أما الشرط الباطل أو غير الصحيح؛ إما أن يتنافى والسبب في عقد الزواج أو ورود نص صريح على حرمة ولم يكن من مقتضيات عقد الزواج ولم تختلف المذاهب قاطبة على حرمة وعدم جواز هذه الشروط ولكن الاختلاف يكمن في مدى تأثير الشرط على الرضا من جهة ونفاذ العقد من جهة ثانية.

أ- عند المالكية: ذكر المالكية جملة من الشروط الباطلة غير الملائمة لمقصود العقد ولا مكملة لحكمته كونها منافيةً لحكمة السبب، ويرون أن لا يجوز اشتراطها في عقد النكاح لأنها ضد مقتضياته، فلا يجوز أن يُشترط ما يمنع ذلك .

واختلف المالكية إن وقعت مثل هذه الشروط بعقد النكاح، فَمَيَّرُوا النكاح قبل الدخول وبعده؛ الفسخ قبل الدخول ويثبت بعده، ويسقط الشرط وهذا هو المشهور، وقيل إن أسقط مُشترط الشرط شرطه صحَّ النكاح، وإن تمسك به فُسخ<sup>3</sup>، ومذهب المالكية وهو تقريبا ما تعتمده دول المغرب العربي بكاملها باستثناء دولة تونس التي يَغلب عليها الخروج عن مبادئه رغم إنتسابها لهذا المذهب

1 - للتفصيل راجع: أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات في دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة،، دون رقم الطبعة، الاسكندرية، 2010، ، ص: 125.

2 - فيما يخص الشروط اللاحقة لعقد الزواج، ليست محلا للدراسة بسبب أن الأصل فيها أنها لا تؤثر في التراضي في العقد، لأنها جاءت بعده، وإنما تأثيرها في سرعان العقد وانحلاله.

3 - أنظر : أحمد شامي، قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص: 123.

فمحمل القول هنا أن الشرط مؤثر بالرضا فيبقى العقد معلقاً به. فيفسخ العقد قبل الدخول ويثبت بعده بشرط إسقاط الشرط .

**ب- عند الشافعية:** يرى الشافعية أن هذه الشروط تسقط ويبقى العقد صحيحاً لأنها منافية لمقتضى عقد النكاح، وإستدل الشافعية بقوله صلى الله عليه وسلم: " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل"<sup>1</sup>

فالشافعية برأيهم، أن لا تأثير للشرط الباطل على عقد النكاح، وبالتالي يبطل الشرط ويصح العقد، وليس للمُشترطِ حق التمسك بالشرط، غير أننا نثير دائماً نقطة هامة مفادها إن رضي الشخص بالزواج إنما كان للشرط. فرضاه مرتبط به فماذا عن الرضا لو ألغي الشرط ألا يكون رضاه مشوباً، وكما نعلم أن قوام العقد الرضا. وأرى من وجهة نظري أن نوازن بين رضا الشخص بالزواج على شرطه وبين رضاه بالزواج دون شرطه، وبين مقتضاه عقد الزواج، ونميز بين مرحلتين:

**1- مرحلة الانعقاد وقبل الدخول:** وهو إبطال الشرط ومن ثمة لا ينعقد الزواج وبهذا حفظنا رضا الشخص وعقد الزواج المقدس

**2- مرحلة انعقاد العقد والدخول:** ففي هذه الحالة فالبناء لا يُصحّح الشرط، وإنما يسقط وتُغلب مقتضيات عقد الزواج، ونحمي الطرف الأضعف في العقد، فإن تمسك المشتري بشرطه يفسخ العقد وتستحق الزوجة المهر والنفقة.

**ج- عند الأحناف:** ذهب الأحناف مذهب الشافعية تماماً، فلا تأثير للشرط على العقد وإنما يبطل الشرط ويصح العقد.

**د- عند الحنابلة:** إنفرد الحنابلة بموقف لم يذهب إليه غيرهم إذ قسموا الشرط الباطل إلى نوعين شرط باطل يبطل به عقد الزواج وشرط باطل يصح به الزواج.

1 - أحمد شامي، قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص: 124.

فكل شرط، تضمن التأقيت والخيار وشبهة في عقد النكاح كله، لا يصح معها عقد الزواج، أما الشروط الباطلة التي يصح بها عقد الزواج هي الشروط التي تُسقطُ حقا يجب بالعقد في النكاح؛ فيرى الحنابلة أن هذه الشروط باطلة في نفسها، لأنها تنافي مقتضى العقد؛ ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده. أما عقد النكاح في نفسه صحيح لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به.<sup>1</sup>

وعلى ما يبدو أن المذهب الحنبلي أكثر المذاهب السابقة تفصيلا وبيانا، فمتى لم يؤثر الشرط في الانعقاد، فالزواج صحيح، وإنما الشرط تعلق بما يقرره العقد فمعارضته لإلتزام أو حق من المعلوم بالضرورة في العقد يصح العقد يبطل الشرط.

#### رابعاً: الشروط محل الخلاف

وهي عدا الشروط الصحيحة باتفاق الفقهاء وغير صحيحة باتفاقهم كذلك، وهي التي يشترطها أحد الزوجين على الآخر ولا تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج، ولا منافية لمقتضاه ولم يرد عن الشارع دليل خاص باعتبارها أو عدم اعتبارها، ويكون فيها منفعة للمشترط<sup>2</sup>

ومن أمثلة هذه الشروط كأن تشترط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج أخرى مانعة بذلك حقه في التعدد؛ وهذا الشرط أكثر الشروط تداولاً ومن أمثلتها أيضاً أن تشترط الزوجة عدم خروجها من بلدها - أن لا تسافر - معه وقد تطلب الزوجة أيضاً أمراً مفاده بقاءها في عملها أو أن تسعى للعمل وقد يكون نقيض هذا الشرط مطلباً للزوج وهذا الشرط غالباً ما يكون محلاً للشقاق بين الزوجين.

أ- شرط عدم تعدد الزوجات: يعتبر هذا الشرط من الشروط التي أثارت جدلاً كبيراً لدى الفقه في مدى شرعيته من جهة؛ وأثره على الزواج من جهة ثانية، وهذا الشرط لا يخلو حتماً من تحقيق مصلحة للزوجة وأحياناً يقع الزوج مُدْعِناً لهذا الشرط خاصة إن كان متعلقاً بهذه المرأة فتستغل هذه الأخيرة هذا الوضع فتضع هذا الشرط ويوافق عليه الزوج.

وإن للفقهاء في المسألة آراء نوجزها في ما يلي:

1 - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ص: 125، 127.

2 - محفوظ بن صغير، أحكام الزواج، مرجع سابق ص: 350.

1- الحنفية: يرون أن إشتراط الزوجة على زوجها عدم الزواج عليها هي من الشروط التي يقتضيها عقد الزواج وليست مؤكدة له، لم يرد بها أثر ولم يجر بها العرف وإنما اشتملت على منفعة تعود على أحد العاقدين وحكم هذا النوع من الشروط أن العقد لا يتأثر بمثل هذه الشروط فيلغى الشرط ويبقى العقد صحيحا ومن ثمة لا يلزم وفاء الزوج لهذا الشرط<sup>1</sup>، بحسب الحنفية

2- المالكية: يرون أن هذا الشرط مما لا يقتضيه العقد، وإن كان لا ينافيه وبالتالي يكون مكروها ولا يلزم الوفاء به ابتداء. ولكن إن وقع صح العقد وبطل الشرط، إلا أنه يستحب الوفاء به.

ذهب المالكية مذهب الحنفية غير أنهم أضافوا شيئا مهمًا وهو استحباب الوفاء به وهذا ما يقودنا إلى بحث مدى مشروعية هذا الشرط فطلب الزوجة من زوجها عدم الزواج بأخرى قد حرّمه حقه في التعدد<sup>2</sup>

ولنا أن نتساءل عن التعدد هل يقع على سبيل الوجوب أم الاستحباب، فإن كان الأول لا مجال للحديث عن الشرط وإسقاطه أولى؛ أما الحكم الثاني فلا حرج في الشرط والوفاء به مستحب لقوله صلى الله عليه وسلم " أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا بما إستحللت به الفرج"<sup>3</sup>

3- الشافعية: وذهبوا ما ذهب إليه الأحناف والمالكية.

4- الحنابلة: خالفوا المذاهب الثلاث السابقة، إذ يرون أن الشرط لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه وحكمه أنه صحيح يلزم الوفاء به، وإذا فات الشرط كان لصحاب الشرط الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه<sup>4</sup>

أمّا العلماء المُحدِّثون قد ذهبوا مذهب أحمد بن حنبل، قال ابن قدامة رحمه الله: إذ اشترط لها أن لا يخرجها من دارها أو بلدها، أو لا يسافر بها، أو لا يتزوج عليها، بهذا يلزمه الوفاء به فإن لم

1 - ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء: 02، دار المعرفة، بيروت، 1988، ص: 59.

2 - للتفصيل أنظر: محفوظ بن صغير، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص: 360.

3 - صحيح البخاري، الحديث: 5151، 20/07

4 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 283/04.

يفعل فلها فسخ النكاح، رُوِيَ هذا عن عُمَرُ وسعد بن أبي وقاص وعمرو بن العاص رضي الله عنهم<sup>1</sup>

وقال الشيخ صالح الفوزان حفظه الله: " من الشروط الصحيحة في النكاح، إذا اشترطت عليه أن لا يتزوج عليها، فإن وَفَى، وإلا فلها الفسخ، لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: " أحق الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج " - الحديث المذكور في الأعلى -، ولو اشترطت زيادة في مهرها، أو كونه من نقد معين، صح الشرط وكان لازماً، ويجب عليه الوفاء به، ولها الفسخ بعدمه، وخيارها في ذلك التراخي، فتفسخ متى شاءت، ما لم يوجد منها ما يدل على رضاها، مع علمها لمخالفتها لما شَرَطَتْه عليه فحينئذ يسقط خيارها.<sup>2</sup>

وهذا ما سار عليه علماء؛ كابن العثيمين ومحمد ناصر الدين الألباني - رحمهما الله - صالح آل الشيخ، وربيع بن هادي المدخلي حفظهم الله؛ فقد اتفقوا عند نقطة واحدة أن الشرط يلزم من أُشْتُرِطَ عليه، وللمشترط حق فسخ العقد متى شاء ما لم يظهر من ملابسات العقد رضاه دون الشرط، ويبقى أن نشير إلى أن الاحتجاج بقوله تعالى: ﴿فَانكحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْنَى وَثَلَاثٍ وَرِبَاعٍ، فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعْوِلُوا﴾ (سورة النساء، الآية: 03)،<sup>3</sup> هذه أقرت حقاً للزوج وليس واجباً في التعدد، ولزِمَ التَّقْيِيدُ بقوله صلى الله عليه وسلم: المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً<sup>4</sup>

فالقول بأن التعدد المذكور في القرآن، وإنما جاء الشرط فوضعه، فيكون بوضعه قد عطل حكماً شرعياً، والجواب بهذا الشأن، يكون أن التعدد ما كان على سبيل الوجوب وإنما على سبيل الاستحباب؛ إلى جانب أن الزواج يختلف حكمه تبعاً لطبيعة الشخص، فَيَتَدَرَّجُ من الواجب إلى

1 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 92/07.

2 - صالح بن فوزان الفوزان، الملخص الفقهي، الجزء: 02، دار العاصمة، الطبعة: 01، الرياض، 1423هـ، ص: 346.

3 - وتبدأ الآية بقوله تعالى: "فإن خفتم أن لا تعدلوا في اليتامى..."، اختلف المفسرون في سبب نزول هذه الآية إلى أقوال ستة، والأقرب في الفهم قول سعيد بن جبيرة والسدي وقنادة والربيع والضحاك، وفي إحدى الروايات عن ابن عباس: قالوا: كانوا يشددون في أمر اليتامى، ولا يشددون في النساء، ينكح أحدهم النسوة فلا يعدل بينهن، فمعنى قوله في الآية، كما تخافون ألا تعدلوا في اليتامى فخافوا في النساء، فانكحوا واحدة إلى الأربع، فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة؛ أنظر: الطبري، جامع البيان، 536/07.

4 - حديث صحيح لغيره، للتفصيل أنظر: الألباني، إرواء الغليل، مرجع سابق، الحديث: 1303، 142/05 - 145.

المندوب إلى الإكراه والتحریم؛ في حين التعدد من السنة الاهتداء به، ومن جهة ثانية أن الشرط الذي حظر التعدد لا يرتقي إلى الوجوب الذي لا يستطيع معه الزوج الخروج عنه فإمكانه الزواج بأخرى، وأثر الشرط ينحصر في الزواج الأول فإن علقت بقاء زواجها على تجاوز الشرط فإن حدث وإن اختلف الشرط وقع الطلاق، ثم يكون للمرأة حق إسقاط الشرط بقاء زواجها مع الثانية .

موقف المشرع الجزائري وفقا لنص المادة 19 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن تعديل القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري والتي كان نصها: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"<sup>1</sup>

ويبدو جليا تأثر المشرع الجزائري بمذهب أحمد بن حنبل، باعتباره أكثر المذاهب توسعا في هذا الشأن؛ والذي وافقه أغلب الفقه الحديث بالرغم من أن المشرع في مجال الأحوال الشخصية كثير التأثر بالمذهب المالكي، إلا في هذا الأمر فقد حاد عما كان يعتقد في غالب المسائل، ويجد هذا مبرره فيما قرره المشرع من قيود بشأن التعدد، قيود بيد المرأة خاصة المرأة السابقة والمتمثلة في موافقتها بالزواج بأخرى إذا لم تضع هذا الشرط في مضمون عقد الزواج عند إنشائه، إلى جانب قيود أخرى تتعلق بالقاضي بعد موافقة الزوجة السابقة واللاحقة إذ يرجع له تقدير إمكانية منح الترخيص بالزواج؛ وتنقسم التشريعات العربية في مسألة التعدد وإدراج شرط عدم الزواج بأخرى إلى ثلاثة مواقف.

وقد حافظت بعض التشريعات على التعدد وفقا للآية الكريمة السابق ذكرها، وللزوج مطلق الحرية في التعدد بشرط الآية - عدم تجاوز أربعة- وهو ما حافظت عليه دول الخليج قاطبة فالتعدد عندهم فطري إلى حد إمكانية إبطال شرط عدم الزواج من الزوجة، في حين التعدد مقيدا في دول المغرب العربي - المتأثرة بالدول الغربية التي ترسخت عقيدة عندها أن في التعدد هو ظلم للمرأة وانتقاص منها - ولم يكن التعدد بهذا التقييد فيما سبق، خاصة بالجزائر والمغرب، وإن كانت

1- أضيفت المادة: 19 بالأمر 02/05 ، المؤرخ في: 27/02/2005 ، المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري 11/84.

الأخيرة أكثر تقيّداً، بدليل أنها إعترت الشرط - عدم إعادة الزواج - ملزم للزوج، وحال ذكره في العقد في نص المادة 40 من مدونة الأسرة<sup>1</sup>

وأخذ المشرع السوري منحى المشرعين المغربي والجزائري، وإن كان أقل شدة، ويعتبر التشريع التونسي الاستثناء إذ يحرم التعدد، بل يعتبر كل من يتزوج بأخرى مرتكباً لجريمة.<sup>2</sup>

وبالتالي، فمن غير المنطقي إدراج شرط عدم الزواج بأخرى من طرف الزوجة ولا حاجة بعدها للخوض في الجدل بشأن الشرط والزاميته، وقد أشرنا في سياق تأثر تشريعاتنا - المغرب العربي عدا موريتانيا - بالأنظمة الغربية كالتشريع الفرنسي التي إعتبر أنه لا يمكن الزواج بثانية إلا بعد انحلال الزواج الأول.<sup>3</sup>

**ب- شرط عمل المرأة:** المقصود بعمل المرأة في هذا المقام، هو أنه يجوز للمرأة أثناء عقد زواجها ألا يمنعها زوجها من العمل متى أرادت البحث عن وظيفة، وكذلك ألا يوقفها عن العمل إذا كانت تعمل أصلاً قبل زواجها، ويجوز لها أن تشتترط عليه إتمام دراستها إذا كانت تدرس ولا يُوقفها عن الدراسة بسبب الزواج.<sup>4</sup>

الأصل هو قَرَارُ الزوجة في بيت الزوجية وقيامها على شؤون بيتها وزوجها، وللزوج الحق في منع زوجته من العمل بأجر أو بغير أجر مادام الزوج قائماً بكفايتها، ولا يوجد أيُّ قولٍ فقهي يقرر

1 - المادة: 40 معدلة بموجب قانون الأحوال الشخصية المغربي: 03/70، نصها كما يلي " يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها".

2 - المادة: 18 من قانون الأحوال الشخصية التونسي، وقد حاول وزير العدل في البلاغ المصاحب لإصدار المجلة، إيجاد تبرير لهذا المنع، فقال : ذهبنا على رأي بعض علماء الإسلام في مسألة تعدد الزوجات وعدم إباحته، وهو ما ذهب إليه فريق من العلماء في تفسير الآيات القرآنية الكريمة الواردة في هذا الموضوع، وتخريجها وتأويلها على المنع، لعدم إمكان العدل، وتعدّر حصوله بالمعنى الكامل، حسبما يستفاد ذلك من قوله تعالى: " ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم "، على أن مضار تعدد الزوجات صارت معلومة مشهورة، وبلغت الغيرة بامرأة تزوج عليها زوجها بزوجة ثانية، ان ضربت ضررتها على أم رأسها فقتلتها، واقتطعت من لحمها وثوبها، وأكلت بعضها، والنازلة جارية بالدائرة الجنائية؛ فهذا النموذج من مساوئ تعدد الزوجات التي لا تدخل تحت الحصر؛ انظر: الجندي، قانون الأحوال الشخصية التونسي على ضوء الشريعة الإسلامية، منشورات محمد الأطرش للكتاب المختص، دون رقم الطبعة، 2011، تونس العاصمة، ص:431.

3 - وفقاً لنص المادة : 147 ، من القانون المدني الفرنسي.

4 - أحمد شامي، قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص : 131.

حق المرأة في العمل دون إذن زوجها، لأن حق الزوج واجب فلا يجوز تركه بما ليس بواجب، وبالتالي فلا يزاحم مباح المرأة واجبها، فإن أرادت الخروج لتكسب من عمل مشروع خارج البيت فلا يحق لها ذلك إلا بإذن الزوج، أو في حالة عدم قيامه بالإففاق عليها، فتخرج للضرورة<sup>1</sup>.

إن من مقتضيات القوامة قيام الزوج بواجب الإففاق على قدره، ولا يقع على المرأة العمل لكن لو اشترطت المرأة العمل حتى ترضى بالزواج ووافق عليه الزوج سواء عن رضا أو عن كره فهل يقع الزواج؟ وما أثر الشرط هنا على الرضا للجانبين؟.

وفقا لما ذكرناه سابقا، عن الاشتراط فشرط العمل ليس من مقتضيات عقد الزواج ولأنها تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره؛ فيعقد الزواج صحيحا طالما رضي به الزوج ولزمه الشرط متى توافرت ضوابطه من الجانب الفقهي ولا حاجة لذكر مشروعية العمل فقها إذ لا بد ألا يكون فيه اختلاط؛ وهو أمر غالبا لا يتحقق خاصة للدول المنفتحة على الحضارة الغربية والتي تعمل جاهدة لتحرير المرأة ومساواتها بالرجال في جميع الحقوق وتقلد جميع المناصب .

فإذا كان اشتراط المرأة عدم الزواج عليها ووافق عليه الزوج لزمه شرعاً وفقاً لما تقدم؛ على الرغم من أنه قد يحرم الزوج حقا قرره الشارع الحكيم على سبيل الاستحباب؛ فان العمل وخروج المرأة لا يثير إشكالا في اشتراطه طالما أنه لا يحرم حقا للزوج وإنما هو غالبا تدعو إليه مصالح ودواعي تحسين المستوى المعيشي هذا دون بحث طبيعة العمل. إذ الفقه يلتقي عند مبدأ مشروعية العمل للرجل والمرأة معا ومع شروط تتعلق بالمرأة وحدها دون أن يكون لهذا الشرط تأثير في انعقاد العقد واستمراره.

### الترجيح:

مما تقدم بشأن الاشتراط في عقد الزواج؛ ونعني هنا الشروط المقترنة بعقد الزواج ، وطالما نحن بصدد دراسة الرضائية في عقد الزواج أي تأثير الشرط في الانعقاد، وخلصنا من خلال العرض إلى أن الشروط تنقسم إلى شروط باطلة وأخرى صحيحة فالأخيرة لا تثير إشكالا وإنما جاءت لتؤكد التزامات تقع بموجب العقد كأن تشترط المرأة نفقة أو زيارة لأهلها.... الخ، أما الشروط الباطلة حسب الحنفية والمالكية والشافعية فهو كل شرط يتنافى ومقتضيات عقد الزواج

1 - محفوظ بن صغير، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص: 363.

وكل شبهة في ركنٍ من أركانه، إذ لا يعود الشرط إلى معنى زائد في العقد؛ فكل تأقيت للزواج وتعليق على شرط، ومبادلة، وكل إسقاط للالتزام يقع وجوباً على الزوج كالإنفاق والقسمة، في حال التعدد لا يقع الزواج بهذا الشرط، حتى ولو وافق طرفا عقد الزواج فرضاهما لا يُصَحِّح الشرط ولا فائدة هنا في أعمال مبدأ سلطان الإرادة الذي يكون سارياً في كل العقود تقريباً.

فالعقد شريعة المتعاقدين غير أن خصوصية عقد الزواج تتنافى وهذا المبدأ الذي لا يكون به صحيح شرط وان رضي به الزوجان، ذلك أن أحكام عقد الزواج إنما تنظيماً بيد الشارع الحكيم ليس للبشر حق تعديله حتى لا يكون العوبة من شأنها أن تذهب بمقاصده وأهدافه.

وخالف الحنابلة المذاهب التي سبقتهم بشأن الشرط الباطل؛ إذ يفرقون فيه بين الشرط الباطل الذي يبطل به عقد الزواج، متى تنافى ومقتضيات عقد الزواج وفق ما، سبق بينما الشرط الباطل الذي لا يصح معه عقد الزواج هو كل شرط لم يرتبط بعقد الزواج كإسقاط حقوق تجب بالعقد، كما لو شَرَطَ في العقد صداقاً محرماً أو شرط الزوج المبيت عند زوجة كل أسبوع، فمثل هذه الشروط باطلة، ورغم ذلك يصح عقد الزواج بها كونه نشأ صحيحاً ويبطل معه كل شرط.

وقد نتساءل ماذا لو كان رضا أحد طرفي عقد الزواج معلقاً على الشرط فما مصير الرضا في هذه الحالة، متى سلمنا بصحة العقد وبطلان الشرط والشخص إنما انصرفت نيته للزواج بسبب الشرط؟.

إن التسليم بصحة العقد وبطلان الشرط إعمالاً لقداسة عقد الزواج الذي نظمته المولى عز وجل بقواعد وفقهه ليس للمرء حق تعديله، وإنما الشرط هو تَعَدٍ على هذه القواعد، فيكون للمشتراط إما أن تنصرف نيته للزواج دون شرط، وإما طلب الطلاق طالما تعلق رضاه بالشرط.

فبالموازنة بين الشرط وفحوى عقد الزواج يقتضي تغليب الأخير حفاظاً على هذه الرابطة والميثاق الغليظ من التلاعب.

أما ما أثارناه بشأن بعض الشروط التي تقتزن غالباً بعقد الزواج وهما شرطا عدم التعدد، وعمل المرأة وإن كان هذا الأخير لا يثير إشكالا مطلقاً في التأثير على الرضا، لسببين:

**الأول:** وهو ما انصرفت إليه نوايا المتعاقدين أي رضاهما، **والثاني:** لا يؤثر الشرط لأنه ليس داخلاً فيه ولا ينافيه، أما الشرط الأول أي منع التعدد، فاختلف الفقه بشأنه، وأرى الحنابلة أكثر توسعاً في الاشتراط عموماً والأكثر مرونة، فلا يرون مانعاً في هذا الشرط ويقع لزاماً على الزوج الوفاء به. وهذا ما سار عليه الفقه الحديث كابن باز والألباني وابن العثيمين والعلماء المتأخرين كربيع بن هادي المدخلي وصالح آل الشيخ، أما المالكية لا يُجوزون الاشتراط مطلقاً ويرون الكراهة فيه إعمالاً لمبدأ سد الذرائع، ومبدأ درء المفاسد أولى من جلب المصالح، وتنبه هنا إلى أن أغلب التشريعات العربية متأثرة بالمذهب الحنبلي بشأن التعدد باستثناء دولة تونس التي شذت عن القاعدة بتجريمها التعدد مطلقاً وإعتبار كل مخالف لهذا المبدأ مرتكباً لجريمة توجب العقوبة.

### الفرع الثالث: الاشتراط في الجانب القانوني

#### أولاً: الاشتراط كأصل عام

إن الاشتراط في العقود بصفة عامة أمرٌ جائزٌ شرعاً وقانوناً مادام يحقق منفعة أو مصلحة لأحد الطرفين ولا يضر بمصلحة الطرف الآخر، وذلك للمبدأ القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين، وهو المبدأ السائد كأصل عام، رغم أن الدول الغربية لا تفرق بين العقود بشكل عام بما في ذلك عقد الزواج، فإذا كانت في طريقها لتبني الزواج المثلي، فقبول الاشتراط في الزواج على إطلاقه أمر هين.

#### ثانياً: الاشتراط في الدول العربية

أخذ المشرع الجزائري بمذهب الحنابلة في أصل الاشتراط في عقد الزواج، ووجوب الوفاء بالشروط التي يراها الزوجان في العقد لكونها تعد بمنفعة مقصودة لأحدهما أو كليهما، غير أن المشرع الجزائري قد خص بالذكر صورتين للاشتراط وهما تعدد الزوجات وعمل المرأة، ورتب على الإخلال بهما منح الحق للمرأة في طلب التفريق<sup>1</sup>.

وقد خالف بذلك ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القدامى والمحدثين من عدم ثبوت حق الفسخ عند عدم الوفاء بمثل هذه الشروط لما ينجم عن ذلك من مفساد وأضرار من جهة، ومن جهة أخرى لم يوضح المركز القانوني للزوج عند مخالفة المرأة لإحدى الشروط المتفق عليها أثناء إبرام عقد

1 - محفوظ بن صغير، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص: 370، 371.

الزواج، فهل يكون طلبه الطلاق طلباً تعسفياً ومن يلزم بالتعويض، أم أن المرأة في هذه الحالة تعتبر ناشراً وعليه يسقط حقها في التعويض<sup>1</sup>

من المنطقي أن يخالف المشرع الجزائري ما ذهب إليه جمهور الفقهاء - المذاهب الثلاثة عدا أحمد بن حنبل - في إقرار حق الفسخ للمشترط إذ لا معنى للتسليم بصحة الشرط دون ترتيب الآثار لتبني مبدأ الاشتراط وحق الفسخ يتقرر لصاحب الشرط دون البحث في من اشترط - الزوج أم الزوجة - طالما أن الفسخ هو جزء للمخل بالشرط فيكون للزوجة طلب التطبيق وللزوج طلب الطلاق لنشور الزوجة طالما أن الشرط من جانب الزوج يدخل في عموم الطاعة.

أما بالنسبة للدول العربية فإن الاشتراط لا يثير إشكالاً في حد ذاته طالما كان نابعاً عن إرادة مُشترطه ورضي به الطرف الآخر، وإنما يكمن الإشكال في منطوق الاشتراط وعلاقته في تكوين عقد الزواج وموازنته برضا الأطراف به.

إن الموازنة بين مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يجده أساسه في مبدأ سلطان الإرادة، وبه يتقرر إدراج الشروط في عقد الزواج، وبين خصوصية عقد الزواج باعتباره رابطة مقدسة، وضع أحكامه المولى عز وجل، ولما يُرْتَبِّه من آثار ليست كآثار سائر العقود الأخرى، وعليه ليس بإمكان إعمال مبدأ الرضا على إطلاقه، وإنما لا بد أن تراعي هذه الخصوصية لعقد الزواج فإن من أدرج شرطاً خالف مقتضى عقد الزواج كان الشرط باطلاً ورُوعِيَ الزواج على رضا الأطراف ذلك أنهما إنما قصدا عقد الزواج لمُسَمَّاه بما يقرره، وليس لهما تعديله بشروطهما حتى لا يُخْرِجَاه عن مضمونه فتحكمه القواعد العامة للعقود.

1 - محفوظ بن صغير، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص : 371 .

تعتبر المغرب في تشريعها مماثلة للتشريع الجزائري والأمر نفسه بالنسبة لتونس (عدا التعدد) أما في مصر فقد أدرجت الشروط في عقد الزواج ولم تتوقف عند التعدد وعمل المرأة بل تجاوزته إلى شروط كثيرة<sup>1</sup> إلى حد تحول العلاقة الزوجية إلى علاقة تعاقدية، يمثل مكسب كل طرف فيها خسارة للطرف الآخر، فتكون النتيجة الحتمية لذلك ارتفاع نسب الطلاق، وأيضا ارتفاع نسب العنوسة بانصراف الشباب عن الزواج.

1 - كان العمل ساريا وفقا للائحة المأذونين، الصادرة بقرار وزير العدل المؤرخ في: 1955/01/04، وقد تم تعديل المادة: 33 من اللائحة القديمة، فتنص لائحة المؤذنين الجديدة، الصادرة في 2000/08/15، بقرار وزير العدل رقم: 1727 سنة 2000 م على أن "يبصر الزوجان أو من ينوب عنهما بما يجوز لهما الاتفاق عليه في عقد الزواج من شروط خاصة، ومنها على سبيل المثال :

- الاتفاق على من تكون له ملكية منقولات منزل الزوجية .
- الاتفاق على من يكون له حق الانتفاع وحده بمسكن الزوجية في حالتي الطلاق والوفاة .
- الاتفاق على عدم اقتران الزوج بأخرى إلا بإذن كتابي من الزوجة.
- الاتفاق على تفويض الزوجة في تطليق نفسها.

وذلك كله فيما يزيد على الحقوق المقررة شرعا وقانونا، ولا يمس حقوق الغير، وعلى المأذون أن يثبت ما تم الاتفاق عليه من المسائل السابقة، أو أي اتفاق آخر، لا يحل حراما أو يحرم حلالا في المكان المعد لذلك بوثيقة الزواج، وتكييف الشرط وتقرير مدى اتفاه مع الشرع الإسلامي، على نحو لا يحرم حلالا أو يحل حراما، تعد مسألة قانونية تضطلع بها عند الخلاف محكمة الموضوع، وتخضع فيها لرقابة محكمة النقض.

**المبحث الثاني: الضوابط الشكلية**

يراد بالضوابط الشكلية كل ما تعلق بعقد الزواج، فقد يكون داخلاً فيه، فلا يقوم العقد إلا به كالإختلاف في الجنس؛ فليس بالإمكان تصوّره - العقد - دونه؛ وقد يكون الضابط ليس من العقد لكنه مرتبط به، وهو ما قد تستحدثه بعض التشريعات لإعتباراتٍ تتعلق بالأشخاص كالكشف الطبي أو تتعلق بالعقد وقوامه كالإذن أو الترخيص سواءً تعلق بالتعدد أو بالزواج بالأجانب؛ وهذا ما سوف نتناوله في المطالب التالية.

**المطلب الأول: الاختلاف في الجنس والخنوثة**

لقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون ومختلف التشريعات الأخرى والاتفاقيات الدولية على أن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج، وهو العمود الذي يقوم عليه ويتوقف وجوده به، وقد اختلف في تسمية هذا الركن بين من يطلق عليه عبارة الصيغة وبين من يطلق عليه الإيجاب والقبول وهناك من يطلق عليه تسمية العنصر النفسي وهذا الاختلاف لفظي يلتقي عند معنى واحد، فلقد نصت المادة 16 من ميثاق حقوق الإنسان على أنه: "لا ينعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما زوجاً كاملاً لا إكراه فيه".

إن أبرز أهداف الزواج هو الحفاظ على الجنس البشري وتكوين المجتمعات، وهذا لن يتأتى إلا بعقد الزواج الذي يحل للزوجين الحق في المعاشرة الجنسية، أي أن ما يميز عقد الزواج في غالب المجتمعات هو الاختلاف في الجنس، فلا نستطيع الحديث عن زواج دون هذا الشرط. قد يبدو غريباً ذكر هذا الشرط، لكن هذه الغرابة سوف تزول حتماً لما نسمع به مؤخراً من تعطيل لهذا الشرط وظهور زيجات غريبة تتنافى والفطرة التي فطرنا الله عليها بل فطر بها جميع خلقه وهذه الزيجات هي زواج المثليين والتي سوف نأتي على بيانها فيما يأتي<sup>1</sup>

**الفرع الأول: مفهوم الاختلاف في الجنس**

حتى نقف عند مفهوم وبيان الاختلاف في الجنس لابد من التطرق إلى اختلاف الجنس بمعناه الحقيقي (الفعلي) واختلاف الجنس بمعناه في علم النفس.

1 - محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دراسة تاريخية وتشريعية وقضائية، الجزء: 01، منشأة المعارف، دون رقم الطبعة، الإسكندرية، 2000، ص: 96.

## أولاً: الاختلاف في الجنس بمعناه الحقيقي

## أ- حالة الشخص العادي من حيث التكوين الجنسي

إن مسألة الاختلاف في الجنس مسألة جوهرية في عقد الزواج، بحيث لا يمكن أن تبني الرابطة الزوجية إلا على أساسها، وهذا ما تقره كل الأديان السماوية وليست الشريعة الإسلامية فحسب.

لا يقصد بالاختلاف في الجنس كركن في عقد الزواج أن يكون الشخص المقبل على الزواج سليماً من الناحية الجنسية، وأن يكون أهلاً للتناسل وإنجاب الذرية، ولكن يمكن أن يكون العجز الجنسي سبباً للمطالبة بالطلاق أو التطليق في حالة عدم العلم به وكتمائه هنا بالنسبة للقانون الجزائري، أما القانون الفرنسي فيجعل من الجهل بالعجز الجنسي سبباً لإبطال عقد الزواج لإصابة إرادة الزوج الآخر بعيب من عيوب الرضا وهو الغلط في صفة من الصفات الجوهرية للزوج<sup>1</sup>

ويقصد باختلاف الجنس أن يكون المقبلان على الزواج رجل وامرأة ويكونان معلومي الصفات ظاهرياً ويستدل على ذلك من الظهور الوجوبي لهما إلى جانب وثائق إثبات الحالة كشهادة الميلاد التي يستدل منها على الجنس.

إن الاختلاف في الجنس بمعناه الحقيقي هو ذلك الشرط الواجب توافره لقيام ركن المحل في عقد الزواج وكما بينا سابقاً أنّ محل عقد الزواج هو حلُّ الاستمتاع وهذا لا يتحقق حتماً إلا إذا توافرت شروط في العاقدين وهما الزوج والزوجة.

فيشترط أن تكون المرأة محل العقد أنثى محققة الأنوثة، أما إذا كانت خنثى مشكل فإن عقد الزواج باطل<sup>2</sup>؛ لعدم تحقق مقاصده التي شرع من أجلها والأمر نفسه للرجل فيجب أن يكون ذكراً محقق الذكورة.<sup>3</sup>

1 - دلال وردة، مقال: زواج مثلي الجنس، مجلة دراسات قانونية، العدد: 16 اصدار: مركز البصيرة للبحوث والاستشارات التعليمية، دار الخلدونية، 1434هـ 2013، القبة، الجزائر، ص: 56.

2 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني، دار يافا، دون رقم الطبعة، 1432هـ - 2011 م، ص: 156.

3 - وهنا لا يكفي المظهر حتى نحدد الذكر من الأنثى، فلا عبرة بما ظهر فلا بد من التحقق، مخافة أن يكون أحدهما ذا مظهر مخالف لواقع حالهما، ونشير هنا لو حدث أن ظهر الطرف الآخر عكس ما اتجهت إرادة الطرف الآخر للتعاقد، فله أن يتمسك في وقوعه تحت عيب الغلط، إن لم يعلم العاقد الآخر بعيبه، وإن علم وأخفى فله أن يتمسك بوقوعه في التدليس.

## ب- حالة الخنثى

إن الحالة العادية للتكوين الجنسي التي تُظهِر الاختلاف الواضح لطرفي الزواج من ذكر وأنثى هي غالب الحالات، غير أننا نصادف حالة ثالثة وهي حالة الخنثى وهي حالة من لديهم أعضاء تناسلية غير عادية وواضحة.

يعرف الخنثى أنه ذلك الشخص الشاذ في تكوينه بحيث لا يُعرف إذا كان ذكراً أم أنثى فيبقى أمره مُتَرَدِّداً بين الذكورة والأنوثة وقد لا يتضح أمره إلا بعد مضي الزمان وتعاقب الأيام وذلك بعد ظهور أمارات الرجولة أو أمارات الأنوثة، كما قد يبقى طول حياته على حالته الأصلية<sup>1</sup>.

## 1- تعريف الخنثى

## -الخنثى في اللغة:

الذي لا يَخْلُصُ لذكر ولا أنثى أو الذي له ما للرجال والنساء جميعاً، مأخوذة من الخنث وهو اللين والتكسر، يقال خنث الشيء فتخنث أي: عطفته وتعطف والاسم الخنث.<sup>2</sup>

- الخنثى في الاصطلاح: من له آلتا الرجال والنساء أو من ليس له شيء منهما أصلاً وله ثقب يخرج منه البول .

المخنث بفتح النون: وهو الذي يشبه المرأة في اللين والكلام والنظر والحركة ونحو ذلك وهو ضربان أحدهما من خُلِقَ كذلك فهذا لا إثم عليه؛ والثاني من لم يكن كذلك خَلُقَهُ، بل تشبه بالنساء في حركاتهن وكلامهن والذي جاءت الأحاديث الصحيحة تلغنه فالمخنث لإخفاء ذكوريته بخلاف الخنثى .

## 2- أقسام الخنثى

يقسم الخنثى وفق الحالة إلى غير مشكل ومشكل.

- الخنثى غير المشكل: من تظهر فيه علامات الرجال فهو رجل له أحكام الرجال أو تظهر علامات النساء فهو امرأة له أحكامهن.<sup>3</sup>

1 - دلالة وردة، المقال: زواج مثلي الجنس، مرجع سابق، ص: 56.

2 - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، 45/02.

3 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 347/04.

والخنثى غير المشكل له حكم الشخص الطبيعي ولا خلاف أي إشكال في زواجه لكن نبقى أن نشير أن هذا الوضع يعتبر من بين العيوب يجب أن يصارح بها الخنثى مع من يود الاقتران به ولا خلاف بعده في صحة الزواج، أما إن أخفى هذا العيب فإنه يكون للطرف الآخر طلب فسخ الزواج لعيب كان يفترض أن يعلم به.

- **الخنثى المشكل:** هو الشخص الذي لا تتضح لديه ذكورته من أنوثته بأي علامة مميزة<sup>1</sup> ويعرف أيضا بأنه الشخص الذي لم تظهر فيه علامات الرجال ولا النساء.<sup>2</sup>

تعرفنا للخنثى المشكل كونه لم يتبين جنسه ولما كان الأمر كذلك فإن الأمر مدعاة للتحرز فالذي لم يتبين جنسه لا ينكح ولا يبطل الزواج إذا تعذر تحديد جنس الشخص<sup>3</sup>

فالمولى خلق البشر فإما أن يكونوا إناثا أو ذكورا فليس ثمة خلق آخر مصداقا لقوله عز وجل: ﴿وأنه خلق الزوجين الذكر والأنثى﴾ (سورة النجم، الآية: 45) وقال أيضا: ﴿وبث منهما رجالا كثيرا ونساء...﴾ (سورة النساء، الآية: 01)

## ج- زواج الخنثى

### 1- في الفقه الإسلامي

اختلف الفقه في زواجه، فذكر الخرقى أنه يرجع إلى قوله - يقصد الخنثى المشكل - فإن ذكر أنه رجل وأنه يميل طبعه إلى نكاح النساء فله نكاحهن، وإن ذكر أنه امرأة يميل طبعه إلى الرجال رُوجَ رجلاً، لأنه معنى لا يُتَوَصَّلُ إليه إلا من جهته وليس فيه إيجاب حقٍ على غيره فقبِلَ قوله فيه، كما يقبل قول المرأة في حيضها وعدتها، وقد يعرف نفسه بميل طبعه إلى أحد الصنفين وشهوته له، فإن الله تعالى أجرى العادات في الحيوانات بميل الذكر إلى الأنثى وميلها إليه، وهذا الميل أمر في النفس والشهوة لا يطلع عليه غيره، وقد تعذرت علينا علاماته الظاهرة، فيرجع فيه إلى الأمور الباطنة فيما يختص هو بحكمه<sup>4</sup>.

1 - دلالة وردة، مقال: زواج مثلي الجنس، مرجع سابق، ص: 57.

2 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 38/03.

3 - تشوار الجيلالي، الزواج والطلاق على ضوء الاكتشافات الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، دون رقم الطبعة، الجزائر، 2001، ص: 38 وما يليها.

4 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 208/07.

مما تعذر نكره في الجانب الفقهي فالشريعة الإسلامية قد راعت الرعاية التامة بالأشخاص ذكورا كانوا أو إناثا فمن كان ظاهر الصفات سهلاً بيانه، ورتب الأحكام وفق ما ظهر عليه أما إن تعذر ذلك فقد حفظ الشارع الحكيم حرمة الشخص على جسمه فليس لأحد أن يطلع عليه، بل ذهب إلى أبعد من ذلك بأن راعت حرمة حتى في موته فلا يغسل إلا بستر عورته، ولما كان الأمر كذلك؛ إلى جانب الميل والرغبة أمر كامن في النفس فلا يعلمه إلا البارئ أو النفس ذاتها، لذا تركت الشريعة أمر المشكل إليه فإن ادعى الذكورة وكان له ميل للنساء كان له أن يتزوج امرأة وإن كان الأمر غير ذلك زوج ذكرا.

لكن لو ادعى الخنثى المشكل غير ما أضرر كان الزواج باطلاً لاختلال أهم ركن في العقد وهو المحل، وذلك لاتحاد الجنسين، وسوف يكون بديها بالنسبة للطرف الآخر فالزوجة، إن تزوجها الخنثى المشكل على أنه ذكر، لكن في حقيقته أنثى، كان لها الإخبار بهذا مخافة وقوعها في المحذور، والأمر سيان بالنسبة للزوج، فالغاية من الزواج حل الاستمتاع بين الزوجين على الوجه الشرعي وفق ما بينته الشريعة الإسلامية، وكل من خالف ذلك وقع في المحرمات التي تستوجب الحد.

وبهذا طرح التساؤل التالي: ماذا لو ادعى الخنثى المشكل غير الميل والرغبة التي عليها ورضي الطرف الآخر بوضعه فإن كان أنثى أو به ميل للأنثى فيتزوج رجلا لكن في حقيقته مائل للرجال فنكون هنا بصدد اتحاد الجنس ونكون أمام فاحشة اللواط التي تحرمه الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: ﴿أتأتون الذكران من العالمين(165) وتذرون ما خلق لكم ربكم من أزواجكم بل أنتم قوم عادون﴾ (سورة الشعراء ، الآيات : 165 ، 166)

وكذلك الأمر لو اجتمعت امرأتان، امرأة بتكوين طبيعي وامرأة خنثى مشكل أقرب للأنثى فذلك السحاق، وهو محرم لقوله صلى الله عليه وسلم: " لَا يَنْظُرُ الرَّجُلُ إِلَى عَوْرَةِ الرَّجُلِ، وَلَا الْمَرْأَةُ إِلَى عَوْرَةِ الْمَرْأَةِ، وَلَا يُفْضِي الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ فِي نَوْبٍ وَاحِدٍ، وَلَا تُفْضِي الْمَرْأَةُ إِلَى الْمَرْأَةِ فِي النَّوْبِ الْوَاحِدِ"<sup>1</sup>

فالحديث شبه السحاق بالزنا المعلوم تحريمه بالكتاب والسنة.

1 - صحيح مسلم ، الحديث: 388 ، 266/01.

## 2- في القانون الوضعي

- بالنسبة للتشريعات العربية والإسلامية: فإنّ كل الدول العربية تقريبا التي تدين بالإسلام تكاد تكون تشريعاتها مطابقة تماما مع الشريعة الإسلامية، خاصة مع ما تعلق بفقهاء الأحوال الشخصية والزواج فهي لم تَعُدْ قيد أنملة عنه، فالخنثى المشكل رغبته وميله أمر باطني هو من يقرر، ونرتب الأحكام على قوله، فأمره إليه لا يتوصل إليه إلا به.

على الرغم من ظاهرة العولمة التي بات كل أمر معها مفضوح، فالخنثى المشكل له أن يتزوج ولا يهم بعدها لو حدث اتحاد الجنس، فبعض التشريعات الغربية تقر بالزواج المثلي في حالة الشخص العادي من حيث التكوين الجنسي فمن باب أولى عندهم زواج الخنثى المشكل، وهو ما سنتناوله لاحقا .

- بالنسبة للتشريعات الغربية: فالدول الغربية -أهل الكتب السماوية- التي لا تدين بالدين الإسلامي فهم غالبا أهل كتاب - إذا استثنينا المجوس والوثنيين - فكتبهم السماوية حرمت اتحاد الجنس في الزواج، فالمشكل مثلا إن تبين خلاف ما أُقِرَّ بطل عقد الزواج؛ فمثلا في فرنسا قرر القضاء الفرنسي وفقا لنص المادة 144 ق. م. ف. أنّ الزواج يعتبر باطلا من لحظة اتحاد الجنسين<sup>1</sup>

ولئن جرى فقه القضاء المقارن على رد دعاوى بطلان الزواج المؤسس على التباس جنس الزوج فمرد ذلك حسبما أشار إلى ذلك أحد أساتذة القانون في فرنسا، إنما الحرص على تقادي الخوض فيما هو محل شك، وتجاوز مشاكل إثبات حالة الزوج من حيث حقيقة جنسه، وما ينجر عن أعمال التحقيق والتحري في ذلك من فضائح تلطخ سمعة الأسرة وتشوه صورتها بما يكون له أسوأ الأثر عليها وما يلحق ضرراً ذا بال بها، ويكون ذلك الضرر دون مبرر ولا موجب إذا ما أظهرت أعمال التقصي والتحري تلك أن المطعون في جنسه هو سليم التكوين، وأن جنسه المستنتج من مظهره الخارجي متفق تماما مع جنسه الباطني<sup>2</sup>

1 - العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، الجزء: 01، دار الثقافة، دون رقم الطبعة، عمان ، الأردن ، 1433هـ - 2012 م، ص : 168 .

2 - محمد النجمي ، قانون الأسرة ، مرجع سابق، ص : 123(الهامش).

ونتيجة التطور العلمي، وخاصة في مجال الطب أمكن للجراحين إنهاء إشكال الخنثى المشكل بالجراحة أو بالهرمونات؛ وذلك بإظهار الجنس الغالب لديه من ذكورة أو أنوثة، ويبقى أمر الجراحة يشكل خلافاً لدى الفقه بين من يؤيد العمليات التي يراد منها تصحيح الجنس ومن ثمة الشفاء وبين من يرفضها لأسباب يرونها جدية.

### - الرأي الأول

يرى هذا الرأي أن الخنثى المشكل إنما هو في حقيقة الأمر، إما أن يكون ذكراً أو أنثى فليس هناك جنس ثالث لقوله تعالى: ﴿ وَأَنَّهُ خَلَقَ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى ﴾ (سورة النجم، الآية: 45)، وقوله أيضاً: ﴿ وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً ﴾ (سورة النساء، الآية: 01)، وما به -أي الخنثى- إنما هو تشوه يمكن تصحيحه فليس من الشرع - والذي من أهدافه الحفاظ على النوع البشري - حرمان مثله من التمتع بالزواج شرعاً وإلا مال إليه بغير الطرق الشرعية؛ إلا أن الإشكال لا يكمن هنا، فالشريعة لا تحرم الخنثى من الزواج فهي تأخذ من قوله ويتحمل بعدها تبعات قوله، وإنما يكمن في تغيير خلق الله، ومن حجج هذا الرأي إلى جانب أن الله إنما خلقنا إما ذكراً أو أنثى - كما سبق ذكره - إلى جانب أن الخنوثة إنما هي حصول طفرة في المولود بقدر الله، مما ينتج عنها خلل في جنس المولود، وهذا الخلل يجوز التداوي لإزالته، فما أنزل من داء إلا وأنزل له دواء، لقوله صلى الله عليه وسلم: " إن الله خلق الداء والدواء، فتداووا، ولا تتداووا بحرام " <sup>1</sup>.

فيرى هذا الجانب من الفقه أن التصحيح إنما هو علاج لا تغيير لخلق الله <sup>2</sup>.

نظر مجلس المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشر المنعقدة بمكة المكرمة بتاريخ 27 ذي الحجة 1433 هـ الموافق 11 ديسمبر 2012، في موضوع تحويل الذكر إلى أنثى وبالعكس، وبعد البحث والمناقشة بين أعضائه فيما يخص من إجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال فينظر فيه إلى الغالب من حاله فإن غلبت عليه الذكورة جاز علاجه طبيياً بما يزيل الاشتباه في ذكورته، ومن غلبت عليه علامات الأنوثة جاز علاجه طبيياً

1 - الالباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، الجزء: 04، الحديث: 1633، مكتبة المعارف، الطبعة: 01، 1415 هـ - 1995 م، الرياض، ص: 174.

2 - للتفصيل أنظر: صالح الفوزان، الجراحة التجميلية عرض طبي ودراسة فقهية مفصلة، ص: 551؛ وأيضا: زهير السباعي و محمد البار، الطبيب أدبه وفقهه، ص: 312؛ وأحمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، ص: 441.

سواء كان العلاج بالجراحة أم بالهرمونات لان هذا مرض، والعلاج يقصد به الشفاء منه وليس تغييرا لخلق الله<sup>1</sup>.

غير أن هذا الفقه يضع شروطا لتصحيح الجنس ومنها:

- **التحقق من وجود الخنوثة المرضية:** فرغم أن هذه الحالات قد تكون ظاهرة، إلا أنه يجب التحقق من أن هذا التشوه الظاهر هو حالة خنوثة بالفعل، ذلك أن الأعضاء الجنسية قد تتعرض لبعض التشوهات التي تعود إلى خفاء الجنس، فإذا لم يتحقق الطبيب من وجود الخنوثة لا يمكن القول بجواز التدخل الجراحي، مع ما فيه من محاذير ومضاعفات وكشف العورة، ويتم التحقق من ذلك بإجراء الفحوصات الطبية اللازمة، فالتشخيص الدقيق يعد من أهم الخطوات اللازمة في علاج حالات الخنثى وتأتي أهمية هذا الشرط من كون بعض المراكز الطبية تُقدم على إجراء جراحات لتحويل الجنس وتغييره بحجة أن الشخص الذي يطلب هذا التحويل خنثى، ومع الفحص الدقيق قد يتبين أنه صحيح الأعضاء، فيكون عمل الطبيب إذا محرما .

- **أن تكون الجراحة هي الوسيلة العلاجية الوحيدة لعلاج الخنثى:** فإن أمكن علاجها بغير الجراحة كحقن الهرمونات لم يجز انتهاك حرمة الخنثى وحرمة كشف عورته مع إمكان العلاج بغير الجراحة.

- **أن يُحقَّق العلاجُ المصلحة المرجوة منه في تحديد جنس الخنثى:** ويتحقق ذلك بغلبة ظن الطبيب أو الجراح، فإن غلب على ظنه عدم جدوى العملية في تحديد الجنس وإزالة مظاهر الخنوثة لم يجز إجراؤها، لأن مفسادها ستكون أكثر من مصالحها ومن القواعد المقررة إن " درء المفسد أولى من جلب المصالح".

- **رضا الخنثى بإجراء الجراحة:** إذ مقصود العلاج إزالة الضرر وعلاج التشوه الذي لحق جنس الخنثى. وعلاج هذا الضرر حق له، فلا بد من رضاه أو رضا وليه إن كان قاصراً<sup>2</sup>.

1 - قرارات المجلس الفقهي الإسلامي، 27 ذي الحجة 1433هـ الموافق 11 ديسمبر 2012 المنعقد بمكة المكرمة، ص : 262 .

2 - صالح الفوزان، الجراحة التجميلية، مرجع سابق، ص : 564.

- أن تتوفر الأهلية في الطبيب الجراح: وكذلك مساعدته<sup>1</sup>.

من خلال الشروط التي ساقها أهل هذا الاتجاه، فإنه ركز على التحقق من وجود الحالة من خلال الفحوصات اللازمة إلى جانب الابتعاد قدر الإمكان عن الجراحة إن كانت هناك حلول أخرى كحقن الهرمونات، مع الموازنة بين نتائج العمل الجراحي ومقارنتها بشفاء الحالة فإن كانت الجراحة سوف تقضي إلى وضع متأزم فالأولى تلافيا.

أما فيما يخص الشرط الأخير، وهي أهلية وكفاءة طاقم العملية وخاصة في الدول الإسلامية والعربية، فينبغي أن يكون الجراحون من ملة الإسلام إن أمكن، فهؤلاء أولى بحفظ الإعراض وكنم الأسرار.

### - الرأي الثاني

وهو الذي يرى بحرمة التصحيح الجنسي لأسباب منها:

إن في التصحيح تغيير لخلق الله لقوله تعالى: " ولأضلنهم ولأمنينهم ولأمرنهم فليبتكن آذان الأنعام ولأمرنهم فليغيرن خلق الله ومن يتخذ الشيطان وليا من دون الله فقد خسر خسرانا مبينا " (سورة النساء، الآية: 119)، فكل شيء تطاله يد الإنسان إلى أخيه فيغير فيه ما هو منه فهو مساس به وهو تغيير لخلقة خلقها الله فيه بحكمة قدرها . فتعدّي هذا الأمر فهو تعدي على فطرة فطرنا الله عليها وعبث بخلقه، فالخنثى بإمكانه الزواج والقول فيما هو أميل قوله، كما بينا، ولا حاجة بعدها لإزالة ما يخلق الشبهة في جنسه.

وما يؤكد الحرمة حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما: " لعن رسول الله عليه الصلاة والسلام المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال"<sup>2</sup> ، واللعن يقتضي حرمة الأمر الملعون، وجراحة تغيير الجنس في هذه الحالة فيمن تشبّه من النساء بالرجال فكانت محرمة لدخولها في دائرة اللعن<sup>3</sup>.

1 - محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها ، مكتبة الصحابة، دون رقم بلد، وسنة الطبع، ص:112.

2 - صحيح البخاري، الحديث: 5885، 07 /159.

3 - محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء، الفقه الإسلامي، دار النفائس، دون رقم وسنة الطبع، ص:204.

وقال ابن حجر: "والحكمة في لعن من تشبه إخراج الشيء عن الصفة التي وضعها عليه أحكم الحكماء"<sup>1</sup>.

- إن هذه العملية الجراحية تشتمل على الغش والتدليس؛ وقد عرف بعض المعاصرين الغش بأنه إخفاء عيب أو طمس حقيقة بحيث تبدو للناظر من غير وجهها<sup>2</sup>.

وهذه المعاني متوفرة في جراحة تغيير الجنس وقد ورد حديث ينهي عن الغش وهو قول رسول الله صلى الله عليه وسلم "من غشنا فليس منا"<sup>3</sup>.

- إن هذا النوع من الجراحة يشتمل على إستباحة المحظور شرعا دون إذن الشارع، إذ فيه كشف كل من الرجل والمرأة عن موضع العورة ويتكرر ذلك مرات عديدة<sup>4</sup>.

- إنّه يثبت بشهادة بعض المختصين من الأطباء، إن هذا النوع من الجراحة لا تتوفر فيه أي دوافع معتبرة من الناحية الطبية، وأنه لا يعدو كونه رغبة تتضمن التناول على مشيئة الله تعالى وحكمته التي اقتضت تحديد جنس الإنسان ذكرا كان أو أنثى<sup>5</sup>.

إن أبرز ما اتجه إليه الفقه المعارض لتصحيح جنس الخنثى المشكل هو التغيير في خلق الله فهو سبحانه من خلقهم على الهيئة التي هم عليها، لحكمة وقدر في علمه؛ فكل تعد على هذا هو تعد على الفطرة الإلهية، كما أنّ من مقتضيات الإيمان التسليم بالقدر خيره وشره والخنثى هيئة قدرها الله وجب الرضا بها.

إلى جانب أن فتح هذا الباب للجراحة من شأنه أن يخلق فوضى من خلال اتساع دائرة المطالبين بتصحيح الجنس وربما يشمل كل من كانت أعضاؤه التناسلية سليمة وخير دليل على ما يحدث في عصرنا الحالي من تحولات جنسية لأشخاص سالمين من حيث التكوين الخلقي.

1 - فتح الباري، ابن حجر العسقلاني، الجزء: 10، دار المعرفة، دون رقم الطبعة، 1379، بيروت، ص: 333.

2 - محمد نعيم نسيم، مقال: بحث في ريق غشاء البكارة في ميزان المقاصد الشرعية، ندوة: رؤية إسلامي لبعض الممارسات الطبية، ص: 589، نقلا عن: جراحات الذكورة والأنوثة، ص: 486.

3 - صحيح مسلم، الحديث: 43، 99/01.

4 - محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، مرجع سابق، ص: 136.

5 - محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، المرجع نفسه، ص: 136.

وأرى أن تصحيح وضع الخنثى المشكل بالجراحة أو بالهرمونات لا بد له من ضوابط شرعية السابق الإشارة إليها، ونجعل من الجراحة إجراءً إستثنائياً أو الملجأ الأخير، بدءاً بمحاولة إقناع المعني والرضا بوضعه ما أمكن، ثم تنشيط الجنس الغالب فيه بالهرمونات، ثم تكون الجراحة أخيراً على أن تقدم الجراحة الفائدة المرجوة فلو تساوت المصلحة بالمضرة أو جاوزتها بقليل لم يكن بُد منها.

إن مشكلة تصحيح جنس الخنثى المُشكّل قد أثارت جدلاً لدى الفقه، فإن كان - الخنثى المشكل - تشوه خلقي وما التصحيح إلا إزالة هذا التشوه أو معالجته، فما بالك بمن كان سويّ الخلقة ويغير جنسه لدواعي مرضية كما يدّعي، أو لدوافع مادية تحقق مصالح. لمن يريد زيادة إرثه بتغيير جنسه.

ثانياً: الاختلاف في الجنس في علم النفس  
أ- تعريف اختلاف الجنس نفسياً:

تعرضنا إلى الخنثى المشكل، وكيف يمكن تصحيح جنسه بما ينفق مع الميل والرغبة الحقيقية رغم الجدل الفقهي بشأن هذه العملية، فالعملية واسعة الانتشار في الدول الغربية فلا وازع ديني يحدها ويجمّعها، في حين لا تزال في الدول الإسلامية محتشمة خاصة بالدول العربية والتي لازالت تشريعاتها مترددة إلى حد بعيد؛ هذا مع إستثناء بعض الدول كمصر الشقيقة التي عرفت تطوراً كبيراً في هذا المجال بل تجاوزته إلى درجة التحويل الجنسي لأشخاص عاديي التكوين.

إن فكرة التحويل أو التصحيح الجنسي السابق بيانها قد يكون لها ما يبررها لكن، ماذا عن الشخص الذي لديه جنس مورفولوجي مميز ومحدد، وليس به أي تشوه، إلا أنه يشعر نفسياً بأنه ينتمي إلى الجنس الآخر أو الجنس المضاد لجنسه الطبيعي ( أي أنه امرأة في جنس رجل أو رجل في جنس امرأة ). وتلجأ مثل هذه الفئة إلى الجراحة قصد التحويل جنسياً إلى الجنس الذي يرون أنهم يشعرون أنهم إليه ينتمون، فتكون الجراحة ليست لدواعي التصحيح وإنما لدواعي التحويل، فهؤلاء لم يكونوا ضحية غلط يوم الولادة، كل ما في الأمر أنه يعتقد أن جنسه الحقيقي هو جنسه البسيكولوجي لا المورفولوجي<sup>1</sup>.

1 - تشوار الجبالي، الزواج والطلاق تجاه اكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، مرجع سابق، ص: 19.

**1- تعريف الموسوعة البريطانية:** أصبح يطلق على هذه الحالة وغيرها في عصرنا الحالي بالجنـدرة<sup>1</sup>، حيث تعرف الموسوعة البريطانية الهوية الجندرية " بأنها شعور الإنسان بنفسه كذكر أو أنثى، وفي الأعم فإن الهوية الجندرية تطابق الخصائص العضوية لكن هناك حالات لا يرتبط فيها شعور الإنسان بخصائصه العضوية ولا يكون هناك توافق بين الصفات العضوية وهويته الجندرية أي الشعور الشخصي بالذكورة أو الأنوثة... إن الهوية الجندرية ليست ثابتة بالولادة - ذكرا أو أنثى - بل تؤثر فيها العوامل النفسية والاجتماعية بتشكيل نواة الهوية الجندرية وهي تتغير وتتوسع بتأثير العوامل الاجتماعية التي ينمو بها الطفل"<sup>2</sup>.

**2- تعريف منظمة الصحة العالمية:** تبنت المنظمة مصطلح الجنـدرة، وهو شيء منطقي أن تتأثر هذه المنظمة باصطلاح وضعته الدول العظمى، وعرفته المنظمة بقولها " كونك ذكرا أو أنثى عضويا ليس له علاقة باختيارك لأي نشاط جنسي قد تمارسه فالمرأة ليست امرأة إلا لأن المجتمع أعطاها ذلك الدور ويمكن حسب هذا التعريف أن يكون الرجل امرأة وأن تكون المرأة زوجا تتزوج امرأة من نفس جنسها وبهذا تكون قد غيرت صفاتها الاجتماعية وهذا الأمر ينطبق على الرجل أيضا"<sup>3</sup>

وبهذا نرى أن الجنـدرة الأصل فيها أنها تطابق الخصائص العضوية للشخص إن كان ذكرا فذكر وإن كان أنثى فأنثى لكن هذا المفهوم توسع، فلا تتحكم الخصائص العضوية في تحديد جنس الشخص بل تتعداه إلى تلك العوامل الاجتماعية والنفسية والتي برأيهم قد تكون الغالب في التحديد، فالجنس تبعا للتكوين العضوي يخالف تماما الحقيقة التي يعتقد بها هذا الشخص .

إلا أن الأمر لم يتوقف عند هذا الحد حتما، سوف تكون له آثار ولعل أبرزها التحول الجنسي بالعمل الجراحي.

إن هذا الأمر الذي جاءت به الموسوعة البريطانية ومنظمة الصحة العالمية بحق قد جانب الصواب وهم بذلك يعاكسون الفطرة التي جُبلت عليها البشرية، فجنس المرأة لا يتحكم فيه إلا تكوينه العضوي، ولو سلمنا بالجنـدرة لأمكن لكل شخص التخفي في جنسه، وفي الدول الإسلامية

1 - واصلها الكلمة الانجليزية "genre"

2 - دلالة وردة، مقال: زواج مثلي الجنس، مرجع سابق، ص: 57.

3 - دلالة وردة، زواج مثلي الجنس، المرجع نفسه، ص: 58.

لجنس المرأة الأثر البالغ في الميراث فتكون المرأة بجنسها هذا محاولة منها لحرمان عمها من الميراث فتكون ذكرا فتحجبه -حجب حرمان- فالجنس هنا هو مجرد اعتقاد، فمجرد إن تعتقد أنك خلاف ما أنت عليه نكون كذلك، ولا حاجة بعدها للتحويل الجنسي ما لم يرغب فيه الشخص لدواعيه.

إن الحديث عن الاختلاف في الجنس بمعناه النفسي يقودنا للحديث عن التخنت والذي كثيرا ما تؤدي إلى التحويل الجنسي.

### ب- تعريف التخنت

**1- التعريف اللغوي للتخنت:** مصدر تخنت، وأما الخنوثة فهي مصدر قولهم خنوثة، وكلامهم مأخوذ من مادة (خ. ن. ث) والتي يقول عنها صاحب المقاييس الخاء والنون والثاء أصل واحد يدل على تكسر وتثن، فالخنث المسترخي المتكسر فيقول امرأة خنثت أي متثنية وقال ابن منظور: الانخاث: التثني والتكسر، فنقول تخنت الرجل إذا فعل المَخْنَث وقيل المَخْنَث الذي يفعل فعل الخنثي.

**2- التعريف الاصطلاحي للتخنت:** كما جاء عن ابن حجر العسقلاني: المتكسر المتعطف المتخلق بخلق النساء<sup>1</sup>، فالتخنت: تكسر الرجل وتخلقه بخلق النساء تعطفًا وتدللاً، وبهذا فالتخنت اللين والتذلل واتصاف الرجل بصفات النساء والعكس أيضا

### ثالثا: أسباب تغير الجنس

أ- إصابة الشخص بمرض اضطراب الهوية الجنسية: فيقوم بإجراء عملية تغيير الجنس غاية في علاج النفس.

ب- سعي الشخص للتخنت والتشبه بالجنس الآخر: وهذا يحدث لعدة أسباب من أبرزها:

**1- التكوين الأسري الخاطئ:** بلا شك تعتبر الأسرة بيئة الطفل الأولى في نشأته فهو يكتسب الخصائص النفسية والمعتقدات والقيم التي غالبا ما تتناسب مع جنسه فتتكون بذلك هويته الجنسية؛ وعليه فكل إنحراف في المعاملة تكون نتائجه عكسية فالرفق الزائد - دلال مفرط- أو الحرمان العاطفي والفضاضة في المعاملة للطفل تجعله منه في مضطرب الهوية وذا سلوك منحرف.

1 - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، مرجع سابق، 114/01.

**2- غياب الوازع الديني:** ليس منا من ينكر فضل الدين الإسلامي في التنشئة الصحيحة للإنسان بشكل عام، فإذا غاب هذا الوازع إنتبس على المرء أمره فنراه يتخبط يمينا ويسرة، وكما ثبت عن الإمام ابن قيم الجوزية " النفس إن لم تشغلها بالحق شغلتك بالباطل"، فالشخص إن اتخذ سلوكا منافيا لجنسه فإن ذلك محرما كأن يتشبه الرجل بالمرأة والعكس.

**3- الخطف والاعتصاب:** تعتبر هذه الحوادث من الجرائم التي يعاقب عليها الشارع الحكيم ناهيك عن القوانين الوضعية، فهذه الجرائم بغض النظر عن الفعل المادي الضار للضحية فهي تترك أثرا نفسيا للشخص، ناهيك عن النظرة القاسية للبيئة والمجتمع، مما قد يؤدي به الأمر إلى شعور وإحساس مغايرين لما فُطر عليه فيرغب في تغيير جنسه، لما ألم به من تأثير نفسي. فالطفل إذا ما اغتصب يحس بقهر يجعله يبحث لِحلٍ يختفي وراءه، ولا شيء أنسب له وفق تصوره إلا التغيير في جنسه.

**4- وسائل الإعلام:** ليس لأحد منا اليوم أن يعيش بمنأى عن وسائل الإعلام فقد باتت هذه الأخيرة المحرك الذي تدور كل الأحداث عليه، ومتى تمكنت من هذه الوسائل فقد حيزت لك مقاليد الأمور كلها، فهذه الوسائل أصبحت الأكثر تأثيرا في مجريات الأمور، فيصنع الإعلام أكثر مما تصنعه الحروب، فتدخل البيوت بلا استئذان، فتؤثر على نفسية الأفراد، خاصة الأطفال، فمشاهد العنف تولد العنف وانحراف السلوك يولد أخلاقاً ذميمة وهذا ما يهدم القيم والتقاليد.

ذكرت الدوافع التي أدت إلى تكوين خاطئ خلفت في الإنسان شعوراً ينافي طبيعته البيولوجية وإنما ذكرتها ليس من باب الاعتراف بها وجعلها أسباباً جدية تُبررُ بها إستباحة تغيير الجنس وإنما من باب العلم بها ودراستها كظاهرة تستحق المعالجة من جذورها لا أن نعلق عليها ونتخفى بها ونبرر العمل الجراحي هذا من جهة، ومن جهة ثانية العلم بالدوافع قد يدعو للوقوف عند الظاهرة ووقفاً جدياً، لأن جنس الخنثى كثيرا ما نلاحظ عند الدارسين ومن باب أولى عند عوام الناس عزوفاً عن دراسة الظاهرة، فما بالك بالمخنث أو المسترجلة الذي يود كل واحد تغيير جنسه، فهذا الموضوع ما كان ليطرح في العصور الأولى، ليس لأنه لا توجد الجراحة الحديثة التي نحن عليها وإنما كانت هناك حالات المتشبه بالجنس الآخر وكانت بصفة استثنائية لا تكاد ترى ومع مضي العصور بدأت هذه الظاهرة بالانتشار خاصة مع ما وجدته من آذان صاغية في بعض الدول الغربية من خلال سن تشريعات تعترف بالظاهرة وتقدم حلولاً لها لتجاوز معضلتها.

إن الظاهرة موجودة ويُذكر لها دوافع شئنا أم أبينا، فالتنكر لها ليس من الكياسة في شيء فلأمانة العلمية تقتضي البحث بتجرد عن كل توجه ديني أو وازع أخلاقي، وأن هذا أمر لا بد منه؛ بل حصر الظاهرة ثم النظر إليها من زاويتي الدين والأخلاق.

ذكرت الدوافع السابقة على اعتبار أنها الغالبة في رغبة التغيير إلى جانب أنها مرتبطة بالموضوع الذي نحن بصدد دراسته - بالرضا في عقد الزواج - بالرغم من أنه توجد أسباب أو دوافع أخرى ليست ذات صلة بالزواج، وتتمثل في السعي وراء تحصيل كسب معين، إذ يرغب بعض الأشخاص إلى تغيير جنسه سعياً وراء تحصيل كسب معين لا يستطيع تحصيله وهو على جنسه الأصلي الذي خُلق عليه، وهذا الكسب قد يكون إرث نصيب أكبر من الذي سيرثه وهو على جنسه أو غير ذلك من الأنواع كأن تلجأ المرأة لتغيير جنسها إلى رجل هذا الأخير يصبح عاصباً وقد يحجب بعض الأشخاص الذين كانوا يرثون لولا وجوده - كحالة الابن الذي يحجب الأخ- لإعتبار لأن القانون نظرته مادية في مثل هذه الوقائع.

### الفرع الثاني: علة الاختلاف في الجنس في عقد الزواج

إن عنصر الاختلاف في الجنس كان الأصل عدم ذكره لأنه متضمن في عقد الزواج، كما لو تكلمنا عن الرهن الرسمي من غير المنطقي الحديث عن المحل الذي يرد عليه وهو العقار، وإنما يُذكر لتمييزه عن الرهن الحيازي، فلا نقول بعدها كعنصر في الرهن الرسمي أن يرد على عقار، كذلك الزواج فاختلف الجنس هو قوامه، لكن البحث في هذا الموضوع دفعنا إليه الواقع الحالي الذي استحدثت زيجات نحن نعتبرها من الخيال وإن أحسنا الظن بها فهي سوء الأخلاق.

إن الخوض في موضوع الاختلاف في الجنس يقودنا إلى علة وسبب هذا الاختلاف في عقد الزواج، فمن المعلوم أن حقوق أحد الزوجين قبل الآخر هي مجموعة من المزايا تتمثل في الإنفاق والطاعة والمتعة، وهي تجعل كلاً من الزوجين بالنسبة إلى زوجه في وضع متميز عن سائر الناس، بشرط أن يمارس تلك الحقوق حسب القيود والحدود المقررة لها<sup>1</sup>.

1 - دلال وردة، مقال: زواج مثلي الجنس، ص: 58؛ ومحمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية- النظرية العامة للإباحة استعمال الحق، معهد الدراسات العربية العالمية، المطبعة العالمية، 1962، ص: 60.

**أولاً: حق المعاشرة (حق المتعة)**

تعتبر المتعة من أبرز الحقوق وآثار عقد الزواج والتي تعني حق المعاشرة الجنسية على الوجه الشرعي، وأناً لهذه المتعة أن تتحقق لولا الإختلاف في الجنس أي أن يتم الزواج بين رجل وإمرأة معلومي الحالة والصفة.

**تعريف حق المعاشرة (المتعة)**

يقصد بالمعاشرة الجنسية حق الاتصال بين الرجل والمرأة وفقاً للفطرة الطبيعية<sup>1</sup>.

وفقاً لهذا التعريف فالمعاشرة الجنسية تعني حق الرجل والمرأة في إفراغ شهوتهما الجنسية وفقاً للفطرة الطبيعية التي جبل الله - عز وجل - خلقه عليها البشر والحيوانات، ونعني بالفطرة في هذا المجال أن تتم المعاشرة على الوجه الطبيعي ويزيد للإنسان - ما أقرته الشرائع السماوية - أن تتم بعقد صحيح مستوف لشروطه وأركانه، إذ لا سبيل للاستمتاع الجنسي إلا على الوجه الشرعي كما بينا، وكل معاشرة لا يحلها عقد الزواج فهي تأخذ عدة مسميات، عدى المتعة الشرعية وجل الكتب السماوية نظمت عقد الزواج خاصة في الجانب المتعلق بالمتعة الزوجية<sup>2</sup>، التي يجب أن تتم على الوجه الطبيعي والشرعي ونعني بذلك أن يأتي الرجل زوجته من موضع الولد وخلاف ذلك لا يجوز شرعاً وليست الشريعة الإسلامية بمنأى عن هذه الشرائع السماوية ويتفق معها القوانين الوضعية خاصة الدول التي لا تدين بالدين الإسلامي.

**ثانياً: الحكمة في المعاشرة**

وفق ما ذكرنا سابقاً أن الاختلاف في الجنس يُؤلّد ذلك الحق المتمثل في حق المعاشرة الجنسية، هذه الأخيرة من شأنها أن تحقق أمرين أولهما هو الإحصان والثاني الحفاظ على النسل.

1 - دلال وردة، مقال: زواج مثلي الجنس، ص: 58؛ و: عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1968، ص: 279.

2 - ونقصد هنا أنها قد لا تتفق مع الشريعة الإسلامية، خاصة فيما تعلق بالمحرمات من النساء.

## أ- الإحصان والعفة

1- التعريف اللغوي للعفة: مصدر عف يقال: العفة: الكف عما لا يحل ويجمل. عف عن المحارم والأطماع الدنية يعف عفة وعفا وعفاً وعفاً... الاستغفار طلب العفاف<sup>1</sup>

2- التعريف الاصطلاحي للعفة: هي هيئة للقوة الشهوية، متوسطة بين الفجور الذي هو إفراط هذه القوة، الخمود الذي هو تفريطها، فالعفيف من يباشر الأمور وفق الشرع والمروءة<sup>2</sup>.

وقيل هي ضبط النفس عن الشهوات وقصرها على الاكتفاء بما يقيم أود الجسد ويحفظ صحته فقط، واجتناب السرف في جميع الحالات وقصد الاعتدال<sup>3</sup>. فالعفة اجتناب محارم الله بشكل عام وبشكل خاص هو الابتعاد قدر الإمكان عن الرغبات الحيوانية هذه الرغبات إنما أحلها الله عز وجل في حدود ضبطها في مشتملات عقد الزواج الذي يحقق للرجل والمرأة في المتعة وإفراغ الرغبات الجنسية، فهو بذلك يحقق إشباع الرغبة وفقاً للوجه الشرعي، وإن هذا بلا شك لن يتحقق كما لو كنا أمام مثلي الجنس .

## ب- حفظ النسل

من مقاصد الزواج إنجاب الولد الذي به يحفظ النسل وخلود الأثر وبقاء الحياة على الأرض واستعمارها قال تعالى: ﴿هو أنشأكم من الأرض واستعمركم فيها﴾ (سورة هود، الآية: 61) وتحقيق الخلافة عليها قال تعالى: ﴿هو الذي جعلكم خلائف الأرض﴾ (سورة الانعام، الآية: 165)، والعمارة والاستخلاف لا تتحقق بفرد واحد مهما طال عمره ومهما أوتي من مكانة وقوة، وإنما تتحقق بالكثرة فكان لا بد من الزواج والتوالد ليكثر النوع، فتعمر الحياة ويتحقق الاستخلاف وهذا ما أجره الله تعالى سنة تشريعية في آدم عليه السلام وذريته.

ولهذا أودع الله تعالى في الإنسان فطرة حب البقاء والحفاظ على النوع وبقاء الأثر بالزواج والنسل وأن كل مخلوق يبذل أقصى تضحية في سبيل هذا الغرض وما الميل والتجاذب بين نوعي الجنس الإنساني وغيرهما إلا سر من إسرار الله تعالى في خلقه لتحقيق هذا الهدف وتصديقا لهذا

1 - ابن منظور ، لسان العرب، مرجع سابق، 253/09.

2 - الجرجاني، التعريفات، مرجع سابق، ص: 151.

3 - الجاحظ، تهذيب الأخلاق، مرجع سابق، ص: 21.

قال تعالى: ﴿ فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم ﴾ ( سورة البقرة،، آية: 187) قال ابن عباس: هو الولد وقال مجاهد والحكم وعكرمة والحسن البصري والضحاك<sup>1</sup>.  
 و قد اقتضت إرادة الله تعالى أن لا يتساوى الإنسان مع الحيوان في كيفية تكاثر النوع مع تساويهما في أصوله، وان يضع له طريقا في التكاثر تتلاءم مع الشرف والتكريم اللذين منحهما الله له على سائر مخلوقاته، فشرع الله الزواج القائم على اختصاص الفروج والأرحام وامتياز النفوس والأجسام والحيطة بالشرف والأخلاق باعتباره أفضل وسيلة لإنجاب الأولاد واتصال الذرية وتكاثر النوع وامتداد الحياة الإنسانية على هذه الأرض حتى يرث الله الأرض ومن عليها قال ابن الجوزي:  
 " تأملت في فوائد النكاح ومعانيه وموضوعه فرأيت أن الأصل الأكبر في وضعه وجود النسل"<sup>2</sup>،  
 وقال ابن قدامة: " وفي النكاح فوائد منها الولد لأن المقصود بقاء النسل ليبقى جنس الإنسان"<sup>3</sup>،  
 وقال الشاطبي: " النكاح مشروع للناس بالقصد الأول"<sup>4</sup>، وقال ابن قيم في الزواج: " وُضِعَ في الأصل لثلاث أمور هي مقاصده الأصلية أحدهما حفظ النسل ودوام النوع إلى أن تتكامل العدة التي قَدَّرَ الله بروزها إلى هذا العالم "<sup>5</sup>.

و قد تبدو عملية تكثير النسل مشكلة عند بعض الاقتصاديين ولكنها في حقيقة الأمر دافع إنساني مزيد التنمية وتعزيز الإنتاج والاختراع واستكشاف خيرات الأرض وعمارتها فليس صحيحا أن كثرة النسل تؤدي إلى ضائقة سكانية أو ندرة اقتصادية تستوجب تحديد النسل، فهذا من الضرر المتوهم عند الفقهاء، وهو لا يقوى على معارضة المصلحة المحققة في الزواج وهو فلسفة غريبة للمكيدة بكثرة المسلمين وبركتهم في الأرض.

من خلال العرض السابق نلاحظ أن للزواج غرض هام وهو حفظ النسل بالولد؛ وبديهي أن هذا الأمر لن يتحقق ما لم يكن المقبلون على الزواج مختلفين جنسيا حتى يتحقق الغرض المطلوب من الزواج فإذا كان الزوج عنيئا أو خصيا كان للمرأة طلب الطلاق لهذا العيب فبه لن يتحقق للمرأة

1 - ابن قيم الجوزية، تحفة المودود بأحكام المولود، المحقق: عبد القادر الأرناؤوط، مكتبة دار البيان، الطبعة: 01، دمشق، 391هـ - 1971م، ص: 08.

2 - أبو الفرج ابن الجوزي، صيد الخاطر، دار القلم، الطبعة: 01، دمشق، 1425هـ-2004م، ص: 60.

3 - ابن تيمية، مختصر منهاج القاصدين، ص: 76.

4 - الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، 02 / 376.

5 - ابن قيم الجوزي، زاد المعاد، مرجع سابق، 4 / 249.

رغبتها الجنسية ولن يكون لها الولد بعدها، فإذا كان الأمر كذلك لمن وجد به عيب لا دخل له به، ورغم ذلك وتحقيقا لمقاصد الزواج جاز التفريق بين الزوجين حتى نصل إلى المراد من الزواج فمن باب أولى أو بديهي استحالة وقوع زواج للمثليين لإستحالة توافر مقاصد الزواج؛ فزواج مثلي الجنس إنما هو من سوء الأخلاق وشيوع الفاحشة.

### الفرع الثالث: الزواج المثلي

نقصد بزواج المثليين ذلك الزواج الذي يتم بين شخصين من نفس الجنس كأن يتم بين رجل ورجل، وامرأة وامرأة، ويعتبر هذا النوع من الزواج من بين أغرب العقود على الإطلاق في عصرنا الحالي وهو ما يَنمُّ عن إنفلات في الأخلاق والتحرر من قواعد الديانات السماوية ورغم كونه - أي الزواج المثلي - فريداً، فإن الأغرب الخوض فيه لكن ما أردته من الحديث عنه وضع الباحث وكل مطلع عن حقيقة هذا الزواج، والدول التي أقرته في تشريعاتها والمنظمات الدولية التي تبنته مع النظر إلى الجانب الشرعي في الدين الإسلامي .

### أولاً: موقف الشريعة الإسلامية

كما سبق وذكرنا أنّ الزواج المثلي حديث عهد، نما وترعرع في أوساط المدمنين والشواذ جنسياً غذته فكرة الجندرة التي باتت مطيئة كل شذوذ جنسي بالرغم من هذا فإن الشريعة الإسلامية ليس في أحكامها هذا النوع من الزواج، إذ تُعرّف كل ما يتم بين شخصين من نفس الجنس بمصطلح، فما يتم بين امرأة وامرأة تسمية سحاق وما يتم بين رجل ورجل باللواط.

### أ- اللواط

يقصد باللواط إتيان الذكر للذكر بحيث أحدهما الجانب الايجابي والآخر الجانب السلبي أو أحدهما فاعلاً والآخر مفعولاً به<sup>1</sup>

و اللواط في المعنى الاصطلاحي متضمناً للمعنى اللغوي وهو عموماً نوع من أنواع الشذوذ وانحراف عن المسلك الطبيعي للحياة الطبيعية

1 - دلالة وردة، مقال: زواج مثلي الجنس، مرجع سابق، ص: 61 .

- تجدر الإشارة هنا إلى نقطة هامة مفادها الخطأ الشائع في التعريف اللغوي أو الاصطلاحي للفظ اللواط فيفسر اللفظ نسبة إلى عمل قوم لوط، لكن المعنى الصحيح لعبارة لواط هي الإصلاح ومنه لوطا أي المصلح أو الصالح إذ من غير المعقول أن يكون نبيا مرسلا من رب العالمين يسمى بعمل شنيع كان يعمله قومه وما يؤكد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "إن أخوف ما أخاف على أمتي عمل قوم لوط"<sup>1</sup>، فذكر الحديث عبارة عمل قوم لوط وهو إتيان الذكران من العالمين ولم يذكر فاحشة اللواط فسمي إتيان الرجل الرجل بعمل قوم لوط.

### حكمه :

يعتبر عمل قوم لوط عمل قد خالف الفطرة السليمة للإنسان بل حتى للحيوان، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ ولوطا إذ قال لقومه أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين (80) إنكم لتأتون الرجال شهوة من دون النساء، بل أنتم قوم مسرفون (81) ﴾، (سورة الأعراف، الآية : 80 ، 81) فلما دعى لوطا قومه لصالح الأعمال أجابه في محكم تنزيله تعالى: ﴿ وما كان جواب قومه إلا أن قالوا أخرجوهم من قريبتكم إنهم أناس يتطهرون ﴾ (سورة الأعراف ، الآية : 82)

إن ما جاء به قوم لوط يعتبر عملا شنيعا ما سبق به من أحد من العالمين، ولعل دليل شناعة هذا العمل ما رتبته المولى عز وجل من عقاب لهم لما جاءت الرسل إلى لوط، لقوله تعالى: ﴿ ولما جاءت رسلنا لوطا سيء بهم وذاق بهم ذرعا وقال هذا يوم عصيب (76) وجاءه قومه يهرعون إليه ومن قبل كانوا يعملون السيئات قال يا قوم هؤلاء بناتي هن أطهر لكم فاتقوا الله ولا تخزونني في ضيفي أليس منكم رجل رشيد (77) ﴾ (سورة هود ، الآية : 76 ، 77)، فلما سعى لوطا ما استطاع الذود عن ضيوفه، هنا كلمه الرسل بما أرسلوا به مصداقا لقوله: ﴿ قالوا يا لوط إنا رسل ربك لن يصلوا إليك فاسر بأهلك بقطع من الليل ولا يلتفت منكم أحد إلا امرأتك أنه مصيبتها ما أصابهم وإن موعدهم الصبح أليس الصبح بقريب (80) فلما جاء أمرنا جعلنا عاليها سافلها وأمطرنا عليها حجارة من سجيل منضود (81) مسومة عند ربك وما هي من الظالمين ببعيد (82) ﴾ (سورة هود ، الآيات : 80 ، 82)

من نص الآية يتبين لنا أن العذاب الذي أنزله على قوم لوط كان عذابا منكرا ما شهدته من قبلهم ولا بعدهم حتى إن أبرهة الحبشي لما أراد هدم الكعبة وهو قد جاء بعد قوم لوط أرسل الله

1 - حديث صحيح: أنظر: ولي الدين التبريزي، مشكاة المصابيح، الجزء: 02، الحديث: 3577، المحقق: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، الطبعة: 03، بيروت، 1985، ص: 163.

عليهم الطير الأبايل تحمل حجارة مسومة<sup>1</sup>؛ لكن قوم لوط إلى جانب الحجارة فأثّه رفع الأرض التي هم عليها فجعل عاليها سافلها، فدل عِظَم العذاب على عِظَم الجرم، ذلك أن الجزاء من جنس العمل، وقد وقع خلاف بشأن تكييف عمل قوم لوط فمنهم من إعتبره زنا ورتب تبعاً لذلك أحكام الزنا عليه بشأن العقوبة فيجلد مقترف الفعل وإن كان محصناً يجرم، غير أن جانباً آخر نأى عن هذا الحكم ولم يُكَيّفه زناً، ذلك أن الجزاء أشد، حيث أقر بعضهم الجزاء الرمي من شاهق ويتبع بالحجارة وأما الجانب الآخر رتب على الفعل جزاء الرجم وهو جزاء الزاني المحصن.

لمّا كان إتيانُ الرجلِ الرجلَ عملاً غير مستساغ وبالرجوع للقرآن الكريم فالعقوبة عظيمة يستحيل تطبيقها على واقعنا.

وملخص إجتهد الفقه هو القتل وأياً كانت الطريقة فالنتيجة واحدة بالنسبة للفاعل والمفعول به ولكن الطريقة يراد بها الردع فكما كانت شديدة كلما حالت دون تكرارها.

إن هذا الفعل غريب إذ ثبت عن عبد الملك بن مروان -الخليفة الأموي- أنه ما كان يتوقع هذا الفعل مطلقاً لولا أنه ثبت بالقرآن لغرابته وعدم استساغته له.

## ب- السحاق

هو نوع آخر من الشذوذ الجنسي الذي تمارسه بعض النسوة، وهو لقاء جنسي بين امرأتين كما يحصل بين الأزواج من احتكاك جسدي، وفي أغلب الأحوال تحدث تلك العلاقة بموافقة الطرفين، وفي أحيان كثيرة تكون إحداهما أو كلاهما مصابة بمرض الغلطة النسوية<sup>2</sup>، وهو مرض تزداد فيه الرغبة الجنسية للمرأة وأحياناً أخرى تكون الأنثى المصابة بهذا النوع من الشذوذ فاقدة تماماً للرغبة في الجنس من الذكور<sup>3</sup>

1 - يراد بكلمة مسومة أي موسومة ، أي كل حجارة تُحْمَل موجهة لشخص بعينه.

2 - الغلطة النسوية ويطلق عليها أيضاً بشبق النساء ، وهي فرط الرغبة الجنسية أي شدة الشهوة للجماع ، وغلماً - من باب تعب إذا اشتد شبقه وشهوته للجماع ، أي تهيج غلمته، لما كان من بلغ هذا الحد كثيراً ما يغلب عليه الشبق قبل السبق: غلطة، ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى الاصطلاحي .

3 - دلالة وردة ، مقال: زواج مثلي الجنس، مرجع سابق، ص: 62 .

## حكمه

جاء عن ابن قدامة المقدسي في المغنى: إذا تداكت امرأتان فهما زانيتان ملعونتان لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان"<sup>1</sup> ولا حد عليهما لأنه لا يتضمن إيلاجا فأشبهه المباشرة دون الفرج وعليهما التعزير لأنه زنا لا حد فيه فأشبهه مباشرة الرجل من غير جماع<sup>2</sup>

من خلال ما جاء ابن قدامة يتبين أنه لا يوجد فيها الحد لانتفاء الإيلاج كأهم ركن مادي لقيام مثل هذا الفعل وأطلق عليها اسم الزنا العام كزنا العين واليد والرجل والفم وأنه لا يوجب في حق فاعل هذا الجرم سوى التعزير .

لكن بالتسليم بما جاء فيه ابن قدامة قد يكون داعيا للتقليل من قبح الفعل والاستهانة به، ذلك أن المرأة إذا سلكت ذلك السبيل فهي بذلك تكون قد بدأت تسلك طريق الفاحشة وهي لفعل ما سوى ذلك أسرع إذا ما توافرت أسبابه، وهل التعزير به تنظير المرأة.

حقيقة أن الفعل المنافي للشرع لا بد أن تتحقق أسبابه إذ لا بد أن تتخذ مظهرا ماديا يمكن تبيئنه، حتى نقيم ركنه المادي وبالتالي فالسحاق ليس لنا إن نكيفه زنا لغياب الإيلاج لكن في حقيقة الأمر هو فعل قائم بذاته وهو كاللواط فعل تستكفه النفس البشرية وتنفره .

وأراه كاللواط وأكثر فلا يمكن أن نتصوره لمنافاته الفطرة وما جُبلت عليه النساء عموما لعلني يمكن أن أدخله في عموم قوله تعالى: ﴿والذين لفروجهم حافظون(5) إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين(6) فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون(7)﴾ (سورة المؤمنون ، الآيات : 5-7)، فالعادون هم الذين لا يحفظون فروجهم بل يتعدون ذلك إلى ما لا يمكن تصوره، فالتعدي هنا أي التعدي على الأحكام الشرعية، وكل ما يمكن تصوره من العادات والأفعال التي لم يكن عليها سابقونا -السابقون بالخيرات- هي أفعال لا تجوز شرعا والعقوبة أولى أن تكون مشددة حتى لا تشيع الفاحشة -فواحش ابتدعوها- في المجتمع وربما التعزير قد لا يكون رادعا فتنقل العدوى إلى أخريات من النساء .

1 - حديث ضعيف، أنظر: السنن الكبرى للبيهقي، الجزء: 08، الحديث: 17033، المحقق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ- 2003م، ص: 406.

2 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 61/09.

## ثانيا: موقف القانون الوضعي

سبق الإشارة إلى أنّ الزواج المثلي فكرة حديثة بهذه الصورة دعت إليها بعض الأنظمة الغربية التي دعت إلى فكرة تغيير الجنس في نطاق التقاطع الجنسي وكلا الأمرين من الغريب بمكان فهما يخرجان عن نطاق الفطرة الطبيعية ولهذا فالزواج المثلي يجد تعارضاً كبيراً من كثير الدول.

## أ- بالنسبة للدول العربية والإسلامية

تعرض الدول العربية قاطبة على ما يسمى بالزواج المثلي ليس فقط من جانب كونه يتعارض مع الدين الإسلامي بل كونه يتعارض مع فطرة الخالق، لذلك لا نصادف مثل هذا في تقنينها الوضعي، ولكن لا ينفي وجود حالات كثيرة لأشخاص لديهم ميول مثلية، إلا أنّ نشاطها يغلب عليه الطابع السري، وفي الأحسن الأحوال تسعى هذه الفئة لتكوين جمعيات تحمي حقوقها، ففي لبنان مثلاً ظهرت جمعية في 2005 هي الأولى من نوعها تهتم بمثلي الجنس وتتخذ من بيروت مركزاً لنشاطاتها ولها موقع في الانترنت، غير أن هذه الجمعية مازالت لم تحصل على ترخيص بعد من وزارة الداخلية علماً أنّ هذه الجمعية ونشاطها لقي ردود فعل عنيفة من الشارع اللبناني وأطلقت دعوات للحيلولة دون انتشار هذه الظاهرة.

المثال الذي ضربناه على لبنان لا يعني أن باقي الدول العربية بمعزل عن المثلية الجنسية لكن هؤلاء الشواذ يمارسون أفعالهم في الخفاء.

تصّف القوانين الوضعية للدول العربية المثلية الجنسية بالجريمة، إلا أن العقوبة تختلف من بلد إلى آخر فتصل العقوبة إلى الإعدام كما هو الحال في دول السعودية، اليمن، السودان وموريتانيا إلى جانب إيران.

أما الجزائر فقد أبحاث العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة في عقد زواج شرعي وجرمت ما عدا ذلك من زنا<sup>1</sup> وشذوذ جنسي يرتكب من شخص من نفس الجنس باعتباره فعلاً علنياً مخالفاً بالحياء وذلك حسب المادة 333 من قانون العقوبات، فجعل التشريع الجزائري كلا من السحاق واللواط شذوذاً جنسياً إلا أنها اشترطت لتوافر هذه الجريمة قيام عنصر العلنية وهذا يعتبر نقصاً أو عيباً

1 - وان كان الزنا في التشريع الجزائري وفقاً لشروط توافر هذه الجريمة يقترب مع زنا المحصن في الشريعة الإسلامية، فحتى نكون أمام جريمة زنا، لا بد إن يكون أحد الإطراف أو كلاهما متزوجاً.

لأنه بهذا الشرط يفلت من العقاب من يقوم بهذا الفعل دون توافر العلنية، خاصة أن مثل هذا الشذوذ نادرا ما يرتكبه شخصان من نفس الجنس بصورة علنية في المجتمع.<sup>1</sup>

### ب- بالنسبة للدول الغربية

إن الحديث عن فكرة المثلية الجنسية هي فكرة ظهرت في الدول الأجنبية، لا يعني أن كلها تتيح هذه المثلية، فالمثلية لا اعتبارها مخالفة للفترة، هي فكرة يُعارضها كثير من الدول. وهذا يعني أن كثيرا من الدول غير العربية وغير الإسلامية هي أيضا لا تقر بالمثلية حتى نضع الأمور في نصابها.

عدل القانون المدني الفرنسي خاصة ما تعلق بالزواج وفقا للقانون بتاريخ 2013/05/17 حيث أقر أنه: "يمكن أن يكون الزواج بين أشخاص من نفس الجنس أو من جنس مختلف" وهو إقرار صريح بالمثلية.<sup>2</sup>

تعد الدنمارك أولى الدول التي أقرت بالمثلية الجنسية ليس فقط في أوساط المجتمع بل أقرت الزواج المثلي في تشريعها بقانون ماي 1989 حيث مَكَّن هذا القانون دُوو الشذوذ الجنسي بعقد الزواج دون أن يمكنهم هذا القانون من عقد الزواج في الكنيسة، وهذا يدل على رفض الكنيسة لمثل هذه الزيجات.<sup>3</sup>

ثم نهجت جملة من الدول نهج الدنمارك فأقرت السويد واسلندا الزواج المثلي بقانون 1996 ثم ألمانيا وفنلندا سنتي 2001 و2002 وتشارك كلها في عدم السماح بعقد الزواج في الكنيسة. و قد أخذت النرويج سبق إلى جانب أنها أقرت الزواج المثلي فقد سمحت به في الكنيسة، ولم تقف عند هذا بل منحت للمتزوجين -الشواذ جنسيا- جملة من الحقوق المدنية، بالغة بذلك ذروة

1 - دلالة وردة، مقال: زواج مثلي الجنس، مرجع سابق، ص : 65 .

2 - Depuis la loi du 17 mai 2013 "le mariage peut être conclu entre personne de meme sex ou de sex different (art 143.c.civ) vue : Corinne Renault – brahinsky , cualino , paris , 2013/2014 , p : 43

3 - دولة الدنمارك أول من سن زواج المثليين دون سائر الدول الأخرى ، وهي أيضا الراعية للرسومات المسيئة للرسول محمد صلى الله عليه وسلم ، فهي إذن تكون بذلك راعية لكل مالا يمت للأخلاق بشيء ، ولعل هذا جاء من باب بعث الانتباه ، ووضع مكان لها ضمن الدول، كما هو الحال لجريدة ابدو التي حققت مبيعات ما كانت لتتحققها في مشوار عملها كاملا ، من خلال خوضها في المصطفى صلى الله عليه وسلم، والعاقل من ينأى عن مثل هذا ، لأن مجاراتهم هو في حد ذاته علوا لشأن هؤلاء .

التشريعات في تبني مبدأ الحرية بمفهومها الواسع ومن بين هذه الحقوق إعطائهم الحق في التبني كما يعطي للنساء المثليات الحق في الإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي<sup>1</sup>.

بقيت الولايات الأمريكية المتحدة متأخرة في هذا المجال فلم تتبناه إلا سنة 2015 - حديثة عهد به - وتصبح بذلك الدولة الثامنة عشر التي تسمح بالزواج المثلي وذلك بعد قرار اتخذته المحكمة العليا وقضت بان دستور الولايات الأمريكية المتحدة يتطلب من جميع الولايات الاعتراف به بغض النظر عن الجنس، وكان قبل هذا القرار زواج المثليين مسموحا به في 38 ولاية، وعلّق الرئيس الأمريكي باراك اوباما على هذا الحكم على صفحته على فيسبوك بالقول: الحب إنتصر لتوه، رافعا صورة لفكر يسير إلى المساواة في الزواج، وتعتبر الولايات المتحدة متأخرة بالمقارنة بنظيراتها في أمريكا سواء بأمريكا اللاتينية أو الجنوبية فقد سبقتها الأرجنتين سنة 2010 الاورجواي 2013 أما الشيلي كان سنة 2015، أما في فنزويلا فلم يصدر لحد الساعة قانون بشكل رسمي ينظم هذا الزواج إلا أنّه ليس بمحظور وتسعى منظمات جاهدة لأجل سن قانون ينهي هذا الخلاف بشأن الزواج المثلي<sup>2</sup>.

تُقرّ جل دول أمريكا الشمالية والجنوبية الزواج المثلي بالرغم أنّه لم يكن لها السبق فيه إلا أنها تقدمت فيه كثيرا بالمقارنة بدول أوروبا التي لم تزل دول كثيرة تعارضه بل تقف له بالمرصاد، ولعل مرد ذلك إلى الكنيسة التي مازالت ترفض هذا الزواج، وتعتبره منافيا لسنة الخالق في خلقه، ويعد في نظرها مَعُول هدم الأسر الطبيعية.

1 - إن الغرابة في منح حق التبني بالنسبة للرجال ، والتلقيح الاصطناعي للنساء ، يكمن في الولد والذي منطلقا سينشأ فطريا في أن يكون له أب وأم ، لكن في حالتنا هذه فالولد يكون له إما أمان أو أبوان مما سيخلق حتما مشاكل اجتماعية يصعب تلافيتها في نشأة الولد ، إذ كثيرا ما لا يصلح حال ولد الزنا ، وكونه نشأ من نكاح خارج أطر الشريعة الإسلامية فما بالك بحالتنا هذه.

2 - تقنين زواج الشواذ المثليين في أمريكا ، وتأثيراته على العالم والإسلامي ، مقال منشور في الموقع التالي :

ووجدت بعض الدول مخرجًا للمثلية بحيلة تُحلُّ هذا النوع من الزواج دون الخوض في فكرة الاختلاف في الجنس كأهم ركن فيه من خلال الاعتراف بفكرة الميل النفسي والذي يحدد جنس الشخص حتى لو عارض تكوينه البيولوجي.<sup>1</sup>

والذي بإمكانه تغيير جنسه فيتمكن بذلك من خلال الإعراف بجنسه الجديد من الزواج، وهو ما يعارض جنسه الأصلي.<sup>2</sup>

إن الحرية التعاقدية وجدت مبدأ سلطان الإرادة أرضاً خصبة لها فصارت جل العقود يحكمها هذا المبدأ إلا ما استثنينا بعض العقود التي فرضت التشريعات لضرورة المصلحة بعض القيود هذه الأخيرة تكون متممة لها، فصار هذا المبدأ سيلاً جارفاً محاولاً تعميم كل العقود، فكان عقد الزواج من بين تلك العقود.

ولما كان قوام كل العقود هو الرضا الذي يستند إلى مبدأ سلطان الإرادة، فمتى توفر انعقد كل عقد وأنتج آثاره ولا يهم بعدها طبيعة العقد، ولما كان الأمر كذلك فهل يصدق ما ذكر على عقد الزواج؟

تحاول الدول والمنظمات تعميم فكرة المثلية الجنسية مؤسسة ذلك على مبدأ الرضا في العقود وفق ما ذكرنا. فالحرية التعاقدية تقضي أنه متى رضي شخص ما بالزواج من شخص مهما كان جنسه ينعقد صحيحاً متى رضي الأخير بهذا الزواج، وليس لنا بعدها أن نبحث إن كان طبيعياً أو مثلياً، المهم الرضا متوافراً.

ما ذكر سابقاً يصدق إلى حد بعيد حتى ولو كنا أمام عقود تقتضي شكلية معينة لكن هذا لا يؤخذ على إطلاقه بالنسبة للزواج، فهو ذو طبيعة خاصة فخصوصيته تكمن في محل التعاقد وهو جل الاستمتاع على الوجه المشروع، وأن هذا لا يرجى في الزواج المثلي هذا من جهة، ومن جهة ثانية آثار عقد الزواج والتي من أبرزها الولد وهو مرتبط بمحل عقد الزواج، وهذا حتماً لن يتحقق

1- Une définition du transsexualisme a été donnée par la cour européenne des droits de l'homme le 17 octobre 1986 " personnes qui, tout en appartenant physiquement à un sexe, ont le sentiment d'appartenir à l'autre". Valérie Gomez-Bassac, Droit civil, les personnes, la famille, les biens, tome1, Editions Foucher, 2010,p:16.

2 -M'élina Douchy-Oudot, Droit civil 1re année, introduction, personnes famille,6e édition, Dallooz édition,2011,p:303.

بالزواج المثلي، ولهذا تصدت الكنيسة لمثل هذا الزواج . فهو حسبها يتعارض وسنة الخالق في خلقه كما أنه يهدم الأسر ومن ثمة يهدد البشرية من خلال تراجع معدلات الإنجاب وإن كان هذا موجود في أوروبا قبل ظهور مثل هذه الزيجات، إذ ترتفع فيها نسبة الشيوخ على نسبة الشباب فماذا يحدث بإقرار الزواج المثلي؟ حتما سوف تتلاشى دول وهذا يقود إلى ضعف القوة القادرة على الإنتاج وبالتالي تراجع اقتصاديات الدول وتدهورها.

الزواج المثلي يهدد الأسرة التي تتكون من رجل وامرأة وأولاد على ما فطرنا عليه المولى عز وجل لكن بالمثلية الجنسية فالأسرة -رغم أنه لا تصح عبارة أسرة - تتكون من شخصين من الجنس نفسه.

يعتبر الشذوذ الجنسي منذ وقت ليس ببعيد إنحرافا للأخلاق وسلوكا لا تستسيغه النفس البشرية السوية، وكان كل مقترف لمثل هذا يتوارى من الناس سوء ما نُعت به، أما في وقتنا الحالي صار هؤلاء يخرجون في مسيرات لأجل بعث الانتباه إليهم، ثم أمكنتهم التشريعات الوضعية لبعض الدول من إمكانية التعاقد قانونا دون إجرام هذا في الكنيسة، وحاليا نسمع أنه عقد زواج مثلي في كنيسة وهو قمة ما كان يرجوه هؤلاء الشواذ، وهو بذلك يعد انتصارا لسوء الأخلاق والرذيلة، ولعلنا نسمع في المستقبل بظهور زواج بين الإنسان والحيوان مما ينبئ بشراً قد يحدث.

### المطلب الثاني: الكشف الطبي قبل الزواج

يعتبر الكشف الطبي قبل الزواج من بين الاجراءات الحديثة دعت إليها الضرورة في الوقت الحاضر . فكثير من الأمراض الوراثية التي تعاني منها الاجيال سببها ذلك التقارب -الذي يحصل له الزواج- الذي يظهر به جيل جديد، إلى جانب عدم العلم بالوضعية الصحية لطرفي عقد الزواج الذي من شأنه ظهور أمراض قد تكون مستعصية، وكان بالإمكان تلافيها بإجراء بسيط - كحقن مضاد - لو تم الفحص الطبي قبل إبرام عقد الزواج.

فما كانت هذه الأمراض لتظهر لولا هذا الزواج.<sup>1</sup>

1 بتبادر للكثير أن الامراض التي تظهر للاولاد سببها زواج الاقارب معللين اعتقادهم لحديث نسب للرسول صلى الله عليه وسلم مفاده "باعدوا تصحوا" وهو قول لا اصل له لم يثبت عن الرسول قولا. وما وما يؤكد ذلك زواج علي من فاطمة رضي الله عنهما . فلو ثبت هذا الحديث ما كان لهذا الزواج أن يحصل، وهما الصحابييان الأولى بإتباع النبي

ان من مزايا الكشف الطبي قبل الزواج بيان حاله الزوجين، وكل واحد من شأنه أن يتخذ في حالة الزواج لتقادي أمراض قد تحدث.

إن حفظ النفس وحفظ النسل على درجة من الأهمية جعلتهما الشريعة الإسلامية من الاسس والمقاصد الكبرى التي وضعت لأجل ترسيخ حمايتها من ضوابط وأحكام، ما يعزز تلك الحماية ويرتقي بها إلى أعلى المراتب، فإذا كان الأمر كذلك، فليس من حق الإنسان وهو يباشر حقه في الزواج أن يهدر حياته وحياة الآخرين، فدعوة الشارع إلى حفظ النفس والنسل تتضمن النهي عن كل ما يؤدي بالنفس إلى الهلاك.<sup>1</sup>

### الفرع الاول: مشروعية الفحوصات الطبية

قبل التطرق إلى دليل الفحوصات الطبية نورد بعض الاسباب الداعية إلى عزوف مقبلي الزواج على هذه الفحوصات ومنها:

#### أولاً: أسباب العزوف عن الكشف الطبي

أ/ التكلفة المادية: و يتعذر على الكثير من الاضطلاع بها وتختلف هذه التكاليف تبعاً لعدد الأمراض المراد الكشف عنها إذ تزداد بازديادها. وهذا من شأنه زيادة أعباء إضافية على المقبلين على الزواج.

ب/ ثانياً التخوف من الكشف: إنّه في ظل تَخَوُّفٍ كثيرٍ من الناس من نتيجة الفحوص والتي من المحتمل أن يؤدي الإخبار على الاختبار الوراثي عدم الإقدام على الزواج إلى أن يُبَرَّرَ كثير من الشباب عن إتمامه لعدم القبول النفسي من كثير منهم لهذا الاختبار، وتخوفاً من النتيجة التي سيُفَصِّح عنها بيانا لما سيلحق بذرياتهم<sup>2</sup>

ج/ إحصائية نتائج الكشف: ان نتائج الفحص الطبي مهما بلغت دقتها لا تخرج عن دائرة الاحتمال، خصوصاً وأنّ إنتقال الأمراض الوراثية إلى الذرية ليس مقطوعاً به، فمن الوارد ان

1 فاتن البوعيشي الكيلاني ، الفحوصات الطبية للزوجين قبل ابرام عقد الزواج، اسانيدها ومقاصدها دراسة مقارنة - دار النفائس للنشر والتوزيع، مصر، ص 10 وما بعدها.

2- حسن صلاح الصغير عبد الله . مدى مشروعية الالزام بالفحص الطبي قبل الزواج .دراسة مقارنة . دار الجامعة الجديدة . مصر . 2007 ص 22.

يكنم الجين للمرض ولا يُعبر عن نفسه في الذرية<sup>1</sup>، ولا شك أن هذا سيجعل الكثيرين يحجمون عن الزواج لمجرد الاحتمال<sup>2</sup>.

ان الأمراض الوراثية هي مجموعة من الأمراض لها نظامٌ معين في التوارث في أسرة ما لعدة أجيال ويكون سببها عيبا في تركيب الكروموزومات أو الجينات، أو عيب في الوظيفة النهائية الناتجة للجين<sup>3</sup>.

**د/ عدم كفاية الكشف:** إن الفحص الطبي قبل الزواج لا يعني وقاية الناس من كل الأمراض الوراثية، لأنه يبحث في الغالب على مرضين أو ثلاثة منتشرة في مجتمع معين، ويبقى احتمال الإصابة بأمراض أخرى غير معروفة قائما. وهذا يجعل الفحص الطبي قبل الزواج عديم الجدوى<sup>4</sup> فغالبا ما يعتقد من يقومون بالفحص الطبي قبل الزواج بأنهم في مَنعة من الأمراض خاصة الوراثية منها، ذلك أن الفحص الطبي يعد بالنسبة لهم تأشيرَةً تسمح لهم لولوج الحياة الزوجية في أمن، غير أن هذا لا يمكن التسليم به، فقد يحدث وأن يثبت الطب الحديث أمراضاً وراثية لاحقة عن الكشف الطبي، لكن هذا ليس مدعاة للتقليل من قيمة هذا الإجراء فهو في أسوأ الأحوال قد يجنبنا ما يمكن دفعها بوقاية بسيطة.

ويمكن التنبيه إلى أمر هام بالنسبة للمتخوفين من إجراء الكشف بالإقدام على تزوير نتيجة الفحوصات الطبية بالحصول على شهادة تثبت خلوهم من أي عيب وراثي حتى يتسنى لهم الزواج بسهولة.

1- يمكن التنبيه إلى نقطة هامة مفادها: التمييز بين المريض و الحامل للمرض فهذا الأخير هو شخص يحمل صفة المرض ولا تظهر عليه الأعراض الخاصة به، ويمكن لهذا الشخص أن يتزوج من شخص سليم ولا خطر في ذلك على الذرية و يظهر المرض فقط عند زواجه من شخص مصاب أو حامل لنفس المرض، في حين أن المصاب فهو شخص يعاني أعراض المرض وهذا يمكنه إنجاب أبناء أصحاء عند زواجه من شخص سليم، أما زواجه من حامل للمرض أو مصاب به فإن معدلات الإصابة للأبناء تكون مرتفعة فمثلا: مرض الانيميا المنجلية الذي يعد مرضا وراثيا من فئة أمراض الدم الوراثية، يمكن الوقاية منه بإجراء الفحص الطبي بالتأكد من خلو الخاطبين من صفة المرض ، لان سلامة أحدهما تكفي لإنجاب أطفال أصحاء أنظر في هذا: فاتن البوعيشي الكيلاني ، الفحوصات الطبية للزوجين، ص 23.

2- حسن صلاح الصغير عبد الله . مدى مشروعية الالزام بالفحص، مرجع سابق، ص 23.

3- فاتن البوعيشي الكيلاني ، الفحوصات الطبية للزوجين، مرجع سابق، ص 25 .

4 حسن صلاح الصغير عبد الله . مرجع سابق، ص 25.

فمثلا في الجزائر يتسلم المُقَدِّم على الزواج (رجل أو امرأة) مستخرجاً يسمى الكشف الطبي قبل الزواج . حتى يؤشر عليه الطبيب بعد استقاء جملة من التحاليل الخاصة بأمراض وراثية معينة، في حين لا يتضمن النموذج المُعد طبقاً للقانون إلا الزمرة الدموية وعامل الريزيس، وهناك نقص فادح بالمقارنة بالدول العربية إذ حددت أمراضاً معينة يقع لزاماً الكشف عنها، وخير هذه التشريعات المشرع العراقي إذ لم يحدد أمراضاً بعينها وإنما جعلها بيد وزارة الصحة لأنه قد يحدث أن تُكتشف أمراض جديدة فلا نلجأ حينها للتعديل كلما جد أمر .

قد يحدث أن يؤشر الطبيب على المستخرج دون طلب التحاليل وهو الغالب عندنا فما مدى مسؤولية الطبيب لو ظهرت لنا اجيال تحمل أمراضاً كان يمكن تفاديها لو أجرينا التحاليل الطبية، ولم نتحایل .

ثانياً: دليل الكشف الطبي

أ/ من القرآن الكريم

قال عز وجل: ﴿ يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيباً ﴾ (سورة النساء الآية 1)، وقال أيضا: ﴿ ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق ﴾ (سورة الإسراء، الآية 31)، فمرد النهي وان ورد في قتل الولد خشية الانفاق عليه إلا أنه شامل لكل فعل يؤدي إلى قتل الولد خشية الانفاق أو غير ذلك من الأسباب وربما يكون في اهمال الفرد المقبل على الزواج للفحص الطبي وعدم خضوعه له- وخاصة اذا كانت عائلة أحد الأزواج تعاني مرضاً وراثياً - تقصيرا في رعاية الولد وتضييعا لفرصة الحصول على العناية والرعاية الطبية التي قد تجنب الأهل المعاناة وتؤمن للأولاد حياة أفضل<sup>1</sup>.

إن غاية الزواج هي الاحصان للزوجين وغايتها الولد لما يتحقق به السعادة الزوجية، وحفظ النسل، وهذا قد لا يتحقق لو خُلف الزواج أولادا مرضى لا يحصل بهم النسل المطلوب لذا يكون الآباء في سعي دائم لأن يكون أولادهم في صحة جيدة. وهو ما يقره المولى عز وجل في قوله: ﴿هنالك دعا زكرياء ربه قال رب هب من لدنك ذرية طيبة إنك سميع الدعاء﴾ (سورة آل عمران، الآية 38)، حيث جاء في تفسير قوله " ذرية طيبة " أي نسلا صالحا، وطيبة أي سالحة مباركة. فدللت هذه الآية على طلب الولد وأنه للوصول إلى ذلك على الإنسان أن يتضرع إلى خالقه في

1 حسن صلاح الصغير عبد الله ، مدى مشروعية الالتزام بالفحص، مرجع سابق، ص: 44.

الدعاء بالهداية والصلاح والعفاف لولده وزوجه وتقديم الرعاية لهما بأن يكونا معينين له على دينه ودينياه حتى تعظم منفعته بهما في الدنيا والآخرة<sup>1</sup>.

نستشف من معاني هذه الآيات التي تدعو إلى زواج على أسس متينة زادها المودة والرحمة، وقد يصعب تحقيق هذا مع ما يتهددنا من خطر انتشار الأمراض وعدم الإستطاعة على علاج بعضها يقودنا إلى ضرورة إيجاد وسيلة تحد من خطر هذه الأمراض، ولأن النفس أمانة وإعمار الأرض، فإن على المسلم أن يؤدي هذه الأمانات ويُرعاها حق رعايتها، فإن كانت الأسرة اللبنة الأولى فهي تؤكد هذه الأمانات، وهو ما يتفق مع قوله تعالى: ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾ (سورة البقرة الآية 195)، فقد نهى المولى عز وجل أن يورد الإنسان نفسه مورد التهلكة. بأن يتعاطى الاسباب المؤدية إلى الهلاك. فهو نهى شامل لكل موارد التهلكة ولا يختص بصورة منها، حيث ثبت أن من الأمراض ما هو معد ومن الأمراض ما هو متوارث، فإن تجنب أسباب العدوى ووراثة الأمراض يكون مأمورا به ومنهيا عن عدمه<sup>2</sup>.

### ب/ من السنة النبوية

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا يُورَدَنَّ مُمرِضٌ على مُصِحِّحٍ " <sup>3</sup>

قال الشوكاني -رحمه الله- قال العلماء: الممرض: صاحب الابل المرَّاض، المصحح: صاحب الابل الصحاح.

فمعنى الحديث لا يورد صاحب الإبل المرَّاض إبله على صاحب الابل الصحاح لأنَّه ربَّما أصابها المرض بقدر الله<sup>4</sup>.

كما ثبت عن الرسول صلى الله عليه وسلم قوله: " لا ضرر ولا ضرار " فهذا الحديث من الاسس العظيمة التي تقوم عليها الشريعة الاسلامية لحفظ كلياتها ورعاية مصالح العباد، فالضرر ممنوع في الشرع، وازالته واجب، وتقادي حدوثه أولى بالاعتبار.

1 القرطبي، الجامع لاحكام القرآن الكريم، مرجع سابق، ص 72-74

2- حسن صلاح الصغير عبد الله . مدى مشروعية الالزام بالفحص، مرجع سابق، ص: 32.

3- صحيح البخاري، الجزء 5، ص: 2177، صحيح مسلم الجزء 4 ص 1743 .

4- نبل الاوطار للشوكاني، الجزء 7، مرجع سابق، ص: 187.

يعرف الضرر في الاصطلاح: "الاذى الشديد الواقع باحدى الضروريات الخمس: الدين، النفس، العقل، العرض والمال"

وجاء في الموافقات للشاطبي القول: فإن الضرر والضرار مثبتون منعه في الشريعة كلها في وقائع جزئيات وقواعد كلييات . منها التعدي عن النفوس والأموال والأعراض وعن الغضب والظلم وكل ما هو في معنى اضرار أو ضرار ويدخل تحت الجناية على النفس أو العقل أو النسل أو المال، فهو معنى في غاية العموم في الشريعة.<sup>1</sup>

ومن تطبيقات القاعدة تطبيقاً يرد كثيرا في كتب الفقهاء ويتعلق بمسألة محل البحث، يتلخص محتواه في: الطبيب الذي يريد أن يجري عملية جراحية لمريض وجب عليه أن ينظر أولا في نتائج العملية قبل الاقدام عليها، فان وجد أن المصلحة فيها أقوى من المفسدة أقدم على إجرائها وإلا فلا. وهذه المسألة ترد تحديداً عند الحديث عن فرع من فروع هذه القاعدة الكبرى وهو " إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها بارتكاب أخفها".<sup>2</sup>

ولنا أن نكيف هذه القاعدة الفقهية على ما نحن بصدد دراسته عن الفحص الطبي قبل الزواج فإنها بشكل أو بآخر تحوي معنى من معاني رفع الضرر ومنعه اذا كان بالمستطاع، فقد يصبح الزواج مطية لانتشار الأمراض الوراثية، وبالتالي فان رفع الضرر ومنعه إن أمكن قد يتحقق بالكشف الطبي، وبالتالي فالأحرى إجراء هذا الكشف دفعا لضرر قد يحدث.

روى البخاري في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله صل الله عليه وسلم: " فرّ من المجذوم كما تفر من الأسد "<sup>3</sup>

وعن عبد الله بن أبي أوفى عن النبي صلى الله عليه وسلم: " كَلِمَ المَجْذُومِ وَبَيْنَكَ وَبَيْنَهُ قَيْدٌ رَمَحٌ أَوْ رَمَحَيْنِ "<sup>4</sup>

1- أبو اسحاق الشاطبي، الموافقات، الجزء 3 ، مرجع سابق، ص: 1342.

2- فائق البوعيشي الكيلاني، مدى مشروعية الالزام بالفحص، مرجع سابق، ص: 60.

3- صحيح البخاري، الجزء 5، مرجع سابق، ص: 2158.

4- صحيح البخاري، الجزء 5، مرجع سابق، ص: 2158.

وجاء في تعليق لابن القيم: وهذه العلة -يعني الجذام - عند الاطباء من العلل المعدية المتوارثة ومقاربة المجذوم وصاحب السل يسقم برائحته - أي بِنَفْسِهِ - فالنبي صلى الله عليه وسلم لكمال شفقتة على الأمة ونصحه لهم، نهاهم عن الأسباب التي تعرضهم لوصول العيب والفساد إلى أجسامهم وقلوبهم، ولا ريب أنه قد يكون في البدن تَهَيُّؤٌ وإستعداداً كامن لقبول هذا الداء وقد تكون طبيعة الأبدان سريعة الأنفعال قابلة للاكتساب من أبدان من تجاوره وتخالطه، فانها نقالة، وقد يكون خوفها من ذلك وَوَهْمُهَا من أكثر الأسباب في إصابة تلك العلة لها. فإن الوهم مُسْتَوَلٍ على القوى والطبائع، وقد تصل رائحة العليل إلى الصحيح فتسقمه، وهذا معانٍ في بعض الأمراض والرائحة أحد أسباب العدوى ومع هذا كله فلا بد من وجود إستعداد البدن وقبوله لذلك الداء.<sup>1</sup>

وعليه فإن المجذوم بصفة عامة يُمنع من مخالطة الأصحاء مخافة إنتقال المرض وتفشيهِ<sup>2</sup>

أمّا بشأن إختيار المرأة، فقد جاءت الأحاديث كلها على إختيار المرأة ذات الدين والاقبل مؤونة غير أن الذي يهمننا هو ما ثبت عن الرسول صلى الله عليه وسلم في إختيار المرأة الولود وفق ما رواه معقل بن يسار رضي الله عنه قال: " جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إنّي أصبت إمراة ذات جمال وحسب وإنّها لا تلد أفأتزوجها؟ قال لا، ثم أتاه الثانية فنهاه، ثم أتاه الثالثة فقال له: "تزوجوا الولود فإنني مكاثر بكم الأمم " <sup>3</sup>

وقال العلماء تعرف الولادة بشيئين: الاول سلامة جسمها من الأمراض التي تمنع الحمل ويستعان لمعرفة ذلك بالمختصين، والثاني النظر في حال أمها وحال أخواتها المتزوجات، فإن كن من الصنف الولود فعلى الغالب هي تكون كذلك".<sup>4</sup>

1-إبن قيم الجوزية، زاد المعاد، الجزء 3، مرجع سابق، ص: 172.

2- لنا أن نتساءل بشأن هذا المرض وحالة المريض وكيف له أن يقضي مآربه جاء في نيل الأوطار للشوكاني قوله : واختلفوا في انه إذا كثروا وهم يؤمرون أن يتخذوا لأنفسهم موزعا منفردا خارج عن الناس ولا يمنعون التصرف في منافعهم وعليه أكثر الناس ام لا يلزمهم التنحي ، وقال ولم يختلفوا في القليل منهم ...، استبصر اهل قرية فيهم جذمى بمخالطتهم في الماء، فان قدروا على استنباط ماء بلا ضرر امروا له والا استنبطه لهم الآخرون او اقاموا من يستقي لهم ، والا فلا يمنعون. نيل الاوطار الجزء 7، مرجع سابق، ص 187

3- سنن أبي داوود، الجزء 2، مرجع سابق، ص: 220.

4-حسن صلاح الصغير عبد الله ، مدى مشروعية الالزام بالفحص، مرجع سابق، ص: 48 وما بعدها.

فالغالب أن المرأة الولود تكون بصحة جيدة.

قد يقال أن الكلام السابق كله متعلقٌ بالمرأة دون الرجل، مع أن الكلام عن الفحص الطبي يقتضي مراعاة ذلك في الزوجين؟ والجواب هو أن الأصل في الزواج قوله عز وجل ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ (سورة البقرة، الآية: 228)، فكل أمر مقرر للرجل هو أيضا مقرر للمرأة ثم إن المقصد الشرعي واحد، فالولادة والنسل مقصد من مقاصد الشرع في الزواج، ومن ثمة فإن مراعاة هذا المقصد يقتضي النظر في صلاحية كلا الزوجين للتكاثر والانجاب وهو أيضا واضح في عدم الزواج بالقريبات، فإنه يقتضي ذلك في الاقارب في الرجال.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: الحكم الشرعي من الالتزام بالفحص الطبي قبل الزواج

إن فكرة الفحص الطبي قبل الزواج، وكذا إلزاميته، محل نقاش بين فقهاء القانون وفقهاء الشرع بين من يراه لازما - خاصة فقهاء القانون - ويجب أن يتعدى فكرة النصيحة وبيان للحقيقة إلى وجوبه لانعقاد العقد، في حين يرى فقهاء الشريعة بأنه تدبير إجرائي، حتى نضع المتعاقدين أمام أمر واقع فنؤثر على الرضا في تعاقدهم .

إن فكرة الفحص الطبي وما تنطوي عليه فوائد وإيجابيات على المستويين الفردي والجماعي وما قد يثار بشأنها من سلبيات<sup>2</sup>، هو بسبب التساؤلات والنقاشات الحادة بين الفقهاء وتعدى هذا النقاش إلى الأطباء لإعتبارهم الأقدر في الموضوع من غيرهم لو نظرنا إلى الأمور بمنظور مادي محض دون تغليب الجانب الشرعي، وهو ما يتأكد لنا بقوله عز وجل: ﴿ وما أرسلنا من قبلك إلا رجالا نوحى إليهم فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون ﴾ (سورة النحل، الآية: 43)

1- حسن صلاح الصغير عبد الله، مدى مشروعية الالتزام بالفحص، مرجع سابق، ص: 50 \* قد لا نتفق مع الكاتب في شأن زواج الاقارب وما قد ينجر عنه من أمراض وراثية تنتافى والمقصد والباعث من الزواج وسنده في ذلك الحديث الذي سبق ذكره في باب الكشف الطبي وهو "باعدوا تصحوا"

2- ولعل من ابرز سلبيات الفحص الطبي قبل الزواج هو حالة اكتشاف أن الزوجين مريضين أو حاملان للمرض والذي ينتقل حتما للذرية فنكون بين أمرين : أولهما : أن ينعقد الزواج فنحقق رغبة الزوجين فنحقق مصلحة في مقابل مفسدة ممثلة في انجاب أولاد مرضى فنكون أمام ضرر أكبر  
الأمر الثاني : نمنع الزواج وهو امر سلبي للزوجين لعدم تحقق مرادهما .

يلجا العلماء إلى التوفيق بين الاعتبارات المتعارضة في مسألة الفحص الطبي، وهذا المسلك أولى من تغليب إعتبارٍ على آخر لأنه يحاول أعمال الإيجابيات وتفادي السلبيات قدر الإمكان<sup>1</sup>

إنّ الكشف الطبي قبل الزواج لا يثير اشكالا في حد ذاته، وإنما تكمن الاشكالية في أصل مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج وبين مشروعية الإلتزام به.

#### أولاً: موقف الفقه الشرعي من مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج

إن الوسائل تأخذ حُكْمَ الغايات، والمقصدُ والغايةُ من إجراء الفحص الطبي الجيني مقصد مشروع ولا دليل على حرمة هذه الوسيلة بحسب الأصل، بل انها مصالح مأمور بها ومقصودة شرعا على ما ظهر من الأدلة من الكتاب والسنة.<sup>2</sup>

يعتبر الكشف الطبي قبل الزواج من المستجدات التي إهتدى إليها مشرعوا زماننا، فمن المعلوم أنه لم تكن هناك حاجة لبحث هذا الموضوع قديما من قبل فقهاء الشريعة الاسلامية لما تميز به المسلمون من صفة الامانة في الإخبار عن العيوب، ولعدم وجود الامكانيات العلمية التي تمكنهم من اجراء الفحص الطبي، أما العلماء المعاصرون فقد ذهبوا في ذلك مذهبين بين التأكيد وعدمه<sup>3</sup>.

يقول الشيخ عبد الرحمان الصابوني في توضيحه لضرورة الفحص الطبي " إصابة أحد الزوجين بمرض معد ينتقل للزوج الآخر فيه من الضرر ما لا يخفى، كما أنّ فيه تغريرا للسليم منهما إذ ربّما لوعلم بمرض زوجه لما وافق على الزواج به، وإنني اقترح ان يضيف المشرع إلى هذه الشهادة تقريراً يتضمن فحص فصيلة دم كل من الزوجين . فقد أثبت الطب الحديث بما توصل اليه المختبر من دقة في التحليل عن أن فصيلة دم الزوجة اذا لم تكن على وفاق مع فصيلة دم الزوج فقد يحصل تشويه في الجنين أو إجهاض قبل الأوان، أو ينشأ الولد مريضا إلى غير ذلك

1- حسن صلاح الصغير عبد الله، مدى مشروعية الالزام بالفحص، مرجع سابق، ص 87 .

2- حسن صلاح الصغير عبد الله، مرجع سابق، ص 106 .

3- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج، المرجع نفسه، ص 298.

من الامور التي يمكن للطب حاليا ان يُنبئ عنها، نتيجة فحص زمرة دم كل من الزوجين. إن تقريراً من طبيبٍ لا يؤخّر زواجا ولكنه يعطي صورة واضحة لكلٍ من راغبي الزواج.<sup>1</sup>

إن الفحص الطبي ليس فيه ما يدعو للريبة طالما أنه تدبير إجرائي؛ ملخصه بيان وتوضيح لحالة المقبلين على الزواج، وقد لا نجد فيه تعارضا مع الشريعة الاسلامية من هذا الباب، وبه نتجنب ما قد ينجر عن كتمان أحد الزوجين عن حقيقة وضعه الصحي، فقد ندرجه ضمن باب التدليس الذي يترتب عليه فسخ العقد عموما، أمام بالنسبة لعقد الزواج فالفسخ فيه يختلف عن باقي العقود نظرا لخصوصية عقد الزواج والآثار التي لا يمكن معها اعادة الاطراف إلى ما كانوا عليه قبل التعاقد.

غير أننا إذا ناقشنا فكرة الفحص الطبي قبل الزواج للبحث عن أمراض للمتعاقدين ليست بظاهرة ولا يمكن معرفتها إلا بالفحص الطبي فإنه محل خلاف بين الفقهاء خاصة ما ذهب اليه المملكة العربية السعودية بان هذا الفحص لا حاجة اليه، لأنه ينافي إحسان الظن بالله، كما أنه قد يعطي نتائج غير صحيحة، ذلك أن عقد الزواج عقد خاص تولى المولى عز وجل وضع شروطه ورتب الآثار الشرعية عليه، وعن تخلف أحد هذه الشروط فكل خوض فيه كفتح الباب للزيادة فيه تحت أي مبرر فهو أمر غير حاجز.<sup>2</sup>

#### ثانيا: موقف القانون من مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج

إن إثارة هذه النقطة حول موقف القانون من فكرة الفحص الطبي قبل الزواج ليست إشكالا ذلك أنه في الغالب يقرر القانون أحكاماً ثم يبحث بعدها عن مدى مشروعية هذه الاحكام تجاه الشريعة الاسلامية.

فالكشف الطبي مقرر قانوناً، لكن هل تقريره جاء هنا بصيغة الأمر أي يفيد الوجوب فماذا ينجر عن تخلف هذا الاجراء؟

قبل الخوض في هذه الإشكالية نذكر الجانب القانوني من الكشف الطبي.

1- عبد الرحمان الصابوني ، أحكام الزواج في الشريعة الاسلامية، ص: 299 .

2- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج ، مرجع سابق، ص 300 .

**الجانب القانوني:** على الرغم من أن الكشف الطبي قبل الزواج من الأمور المستحدثة إلا أن المشرع الجزائري قد سايره على غرار عديد الدول - إن كان متأخراً في سببه - ونجد تردداً كبيراً من بعض التشريعات لدول عربية كالمشرع الكويتي والبحريني.<sup>1</sup>

تنص المادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج، يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل تشكل خطراً يتعارض مع الزواج ويؤثر بذلك في عقد الزواج

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم"

علماً أن المادة 7 مكرر المذكورة آنفاً أضيفت بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المتضمن تعديل قانون الأسرة ثم جاء المرسوم التنفيذي رقم 134/06 المؤرخ في 11 ماي 2006 الذي بين كيفية تطبيق هذه المادة .

أما المشرع الفرنسي فقد أقر بالكشف الطبي قبل الزواج وجعله من الشروط الشكلية الواجب توافرها لتتمام العقد.<sup>2</sup>

### الفرع الثالث: أثر الكشف الطبي قبل الزواج على الرضى في عقد الزواج

لا مجال للحديث عن أن الرضا فهو قوام العقود، وهو أساس أي التزام قانوني. وتكاد كل التشريعات تجتمع على نقطة مفادها أن أركان أي التزام تكمن في الرضا، فيصدق هذا إلى حد بعيد على الرغم من ما تثيره فكرة الشكلية في قيام العقد من دونها .

لكن يظل عقد الزواج عقداً خاصاً، لا بد له من رضا لانعقاده صحيحاً. لكن محل العقد هنا هو حل الاستمتاع، وبالتالي فهو يحقق غاية الإحصان . هذا المحل من آثاره النسل كأحد أهداف الزواج والذي به يتحقق الحفاظ على النسل والسؤال الذي يُطرح هنا ماذا لو كان بأحد الزوجين مرض يتعارض مع الزواج، فهل يقع الزواج ؟

1- انظر تهميش كتاب فاتن البوعيشي الكيلاني، مدى مشروعية الالتزام بالفحص، مرجع سابق، ص: 135.

2- François terré-Dominiquefenouillet, droitcivil, la famille,Dalloz,8<sup>e</sup> édition,paris,2011,p:61. -2

قبل الاجابة على هذا السؤال نين طبيعة الكشف الطبي.

### طبيعة الالتزام بالفحص

إن طبيعة الالتزام بالفحص الطبي لا يعدو كونه شرطاً إجرائياً لإبرام عقد الزواج، وأنَّ الإلزام به لا يعني بطلان العقد من عدمه فلا يملك وليُّ الأمر - السلطة في الدولة - منع غير الملتزمين به من الزواج أو الفصل بينهم، فهو شرط إجرائي فقط يلتزم به الزوجان، وتترتب مسؤولية الموثق لعقد الزواج عند عدم إدراجه الشهادة الطبية التي تثبت خلو الزوجين من الأمراض الوراثية أو المعدية ضمن أوراق التوثيق أو دون حصوله على الشهادة الطبية عند ادراجه ما يفيد خلو الزوجين من الأمراض في البند الخاص في وثيقة العقد، على فرض الزام القانون له بهذا أو ذلك<sup>1</sup>، مما يعني أن التكييف القانوني للفحص عند تقرير الدولة للإلتزام به لا يعطي الحق في منع الزواج أو فسخه عند عدم الإلتزام به وتقديم ما يفيد ذلك عند توثيق العقد، وليس هذا فحسب بل إن عدم الإلتزام بنتائج الفحص هو الآخر يفضي إلى الآثار نفسها.<sup>2</sup>

من خلال ما عُرِضَ، يتبين لنا، أنه لمعرفة طبيعة الإلتزام بالفحص الطبي يجب الوقوف على الآثار التي تنجم عن تخلف هذا الإجراء، ثم تبين مرض أحدهما بمرض يفضي لاستحاله الاستمرار، فماذا يتقرر للطرف الآخر من جهة، ومن جهة ثانية ماذا لو إلتزم به الطرفان وأثبت الفحص مرض أحدهما أو كليهما، ثم رَضِيَ بالزواج؟ فما موقف القانون؟ وماذا يتقرر لهما فيما بعد؟ وما مسؤوليتهما لو أنجبا أولادا مرضى؟

وسنجيب على هذه التساؤلات ضمن عنوان الآثار القانونية للفحص الطبي.

### الفرع الرابع: الآثار القانونية للكشف الطبي

#### أولاً: تخلف الكشف قبل الانعقاد

كما سبق البيان، إنَّ الكشف الطبي قبل الزواج إجراء شكلي يجب توفره قبل عقد الزواج، أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق.

1 حسن عبد الله الصغير . مدى مشروعية الإلتزام بالفحص، مرجع سابق، ص125 .

2 فانتن البوعيشي الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين ، مرجع سابق، ص: 158.

- بالنسبة للتشريع الجزائري: عند مراجعة المادة 7 مكرر من قانون الأسرة المتممة بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، تجعل من إجراء الكشف الطبي أو تقديم الشهادة الطبية التي تفيد خلو المتعاقدين من أي مرض يتنافى وعقد الزواج، وفقا للفقرة الأولى من المادة جعلت من تقديم الشهادة تحت طائلة الوجوب للقائم على عقد الزواج، فهو إجراء شكلي، وجوبي، لا ينعقد العقد دونه.

والسؤال الذي يُطرح: ماذا لو انعقد الزواج دون هذه الشهادة؟

و الجواب أنّ الزواج ينعقد ويُنتج آثاره، أما بخصوص تخلف الشهادة فيخضع للمساءلة من قام بإبرام العقد دون أن تكون مسؤولية على الزوجين<sup>1</sup>.

- بالنسبة للتشريعات العربية:

- في العراق: إشتراط قانون الأحوال الشخصية على المتقدم للزواج أن يبرز تقريراً طبياً يؤكد سلامته من الأمراض السارية والتي حددت باجتماع لجنة من وزارة العدل والصحة<sup>2</sup>.
- في الامارات العربية المتحدة: أصدر مجلس الوزراء قراره بشأن إلزام المواطنين المقيمين الراغبين في الزواج بالكشف الطبي لأجل حماية المجتمع وتحصينه من الأمراض المعدية.
- في فلسطين: صدر تعميم من ديوان قاضي القضاة يلزم الخاطبين باجراء فحص طبي على مرض الثلاسيميا ومرض الايدز.
- في الأردن: نص على أنه يتوجب على طرفي عقد الزواج قبل توثيقه إجراء الفحص الطبي لدى أي مركز من المراكز الطبي المعتمدة<sup>3</sup>.

يمكن القول إنّ الدول العربية منهجها واحد في اعتبار الفحص الطبي إجراء شكلي وجوده يقع على مسؤولية القائم بتوثيق عقد الزواج.

1- غالباً ما نجد العقد الذي يحرره ضابط الحالة المدنية كثيراً ما يحرص على تأشيرة الطبيب على وثيقة الكشف بغض النظر عما تحمله من بيانات، وتخلف هذا الاجراء قد نتصوره كما لو حرر عقد الزواج الموثق.

2- فاتن البوعيشي الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين، مرجع سابق، ص: 168.

3- بالنظر في التشريعات العربية نجد المشرع العراقي الأفضل كونه لم يحدد هذه الأمراض وجعلها خاضعة لما يسجد وفقاً لزمّن إبرام العقد، إذ نجد الأمراض التي تحطاط منها التشريعات تتعلق بالإيدز في حين نجد أمراضاً أخرى أكثر فتكاً، كمرض التحلل الدموي الذي يصيب الأجنة في حين أنه لا يُطلب في الكشف.

• أما بالنسبة للمملكة العربية السعودية: فلم يرق الفحص الطبي إلى مرتبة التشريع، إذ صدر قرار من مجلس الوزراء يهدف إلى تنظيم حملة صحية توضح فائدة الفحص الطبي قبل الزواج ومدى خطورة الأمراض المعدية والوراثية، وقراره هذا نابع عن فتوى الشيخ ابن باز رحمه الله بخصوص الكشف الطبي<sup>1</sup>.

وعموماً يمكن القول أن الفحص الطبي بالنسبة للدول العربية \_ عدا تلك التي لم تعتمد في تشريعها \_ إجراء شكلي وجوبي لا يمكن توثيق العقد دونه.

• تخلف الكشف الطبي بالنسبة للزواج العرفي<sup>2</sup>

إن من أسباب انتشار الزواج العرفي التعدد إلى جانب أسباب اجتماعية أخرى، فمتى تم الزواج عرفياً، فالمعنيون به هم من يتحرون وجود الكشف الطبي والذي حتماً لن يلتفتوا إليه، ثم يقع على العاقدين وجوب تثبيت الزواج أمام القضاء، فهل يقع على هذا الأخير طلب الكشف الطبي كشرط للتثبيت إلى جانب شروطاً أخرى؟.

الحقيقة أن الإجابة على هذا التساؤل قد تكون بسيطة من جانبين:

**الجانب الأول:** إن القضاء يقع عليه عبء إثبات الزواج رعاية لمصلحة الزوجة بالدرجة الأولى وانتساب الأولاد، كما أنه يعالج وضعاً قائماً لا بد من تصحيحه وهو تخلف الإجراءات الشكلية للعقد.

**الجانب الثاني:** ما جدوى طلب الكشف الطبي طالما أن هدفه بيان الحالة الصحية للأزواج قبل التعاقد وهم قد تعاقدوا، إلى جانب أن ما يفرزه الكشف - مهما كانت الأمراض - لن يمنع الأطراف من التعاقد طالما رضوا بما أفرزه الكشف.

1- وكان ذلك كمرحلة أولى ثم تدرجت ففي سنة 1423 هجري تم تنظيم حملة توعية صحية عبر القنوات الاعلامية ثم وابتداء من سنة 1425 أصبح الفحص الطبي إجبارياً مع ترك حرية اتمام العقد للطرفين.

2- الزواج العرفي هو ذلك الزواج الذي توفرت أركانه وشروطه وتخلفت الشكلية، هذه الأخيرة التي لا تعد شرطاً في العقد باعتبار عقد الزواج عقداً رضائياً لا تلزمه شكلية والتي دعت لها التشريعات حديثاً حفاظاً على رابطة الزواج وتحقيق مصلحة المرأة عموماً. لمزيد الاطلاع راجع: حامد الشريف، الزواج العرفي من النواحي القانوني والشرعية والاجتماعية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1992، ص 15.

## ثانياً: أثر الكشف الطبي بعد الزواج

طالما أن الكشف الطبي إجراءً شكلي يتقيد به القائم بإبرام عقد الزواج، فإن وُجد الكشف وجب على محرر العقد إعلام العاقدين بنتائج الفحوصات الطبية، فإن أثبتت مرض كليهما أو أحدهما<sup>1</sup>، ليس له أن يعارض إتمام العقد، ذلك أن الأمر للزوجين ورضائهما أولى بالرعاية.

تنص المادة السابعة في فقرتها الأخيرة من المرسوم التنفيذي 154/06 المؤرخ في: 12 ماي 2006 على ما يلي: "لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين"، يتبين لنا من خلال المادة أن الكشف الطبي لا يرقى إلى كونه إجراءً شكلياً، فلا تأثير لنتائجه على إبرام عقد الزواج.

## طالما كان الأمر كذلك فمى جدوى طلب الكشف الطبي ؟

إن فائدة الكشف هو بيان الصورة الصحية لكل مقبل على الزواج، ومن خلاله يتضح إمكانية الزواج، وهو الغاية المنشودة من الكشف، فلو أثبت أن أحد الزوجين أو كليهما مريض سواء كانا مريضين أمراضاً معدية أو وراثية - وهو غالباً ما يبحث عنه الكشف الطبي - ويستحيل معها الزواج لِمَا للمرض من خطر على الزوج أو الزوجة خاصة تلك الأمراض المعدية<sup>2</sup>.

إن ما يمكن قوله بشأن الكشف الطبي سواء بالجزائر أو الدول العربية هو إجراء لا يتعدى النصح وتوجيه إرشادات للمقبلين على الزواج، ويُترك الأمر للمعنيين، إذ لا تأثير له على الرضا، مما يؤكد أن الرضا قوامُ عقد الزواج، هذا لا يعني أن نهمل آثار الكشف، فإجراؤه واجب والالتزام بما فيه أمرُ الزوجين لكن من شأنه حَلَقُ التردد والتريث متى أبان عن أمراض، هذا في حد ذاته مكسب للمشرع كمرحلة أولى، على أن يجعل ما يفرزه الكشف من أمراض تحول ومقصد الزواج مانعاً من إبرام العقد.

1- مرض كلا الطرفين أو أنهما حاملان للمرض فإحتمال إصابة الأبناء كبيرة جداً، أما إن كان أحدهما مريضاً أو حاملاً للمرض فإحتمال الإصابة للأبناء ضئيلة.

2- إصابة الطرف الآخر أمر لا ريب فيه، أما الأمراض الوراثية فإحتمال انتقالها للأجيال كبير، و بالتالي إنشاء جيل مريض ينهك الأزواج ناهيك عن الدولة .

قد يكون ما ذهبت إليه من إفتراض، صحيح إلى حد ما، خاصة ما تعلق بتريث العاقدين، فإن لم يكن ذلك، فقد يقود إلى تفعيل دور الولي للمرأة، فيكون الولي بمثابة العقل للمرأة والتي غالباً ما تتحكم فيها الأهواء، فيكون له بذلك عَضْلُهَا ويكون مبرره حينها عدم كفاءة الزوج وهذا لا يتحقق إلا إذا كانت البنت غير راشدة، أما إن كانت راشدة فليس له عليها سلطان. إن ما ذُكر عن دور الولي متى أثبت الكشف الطبي مرض الرجل، فماذا لو وقع العكس وقَبِلَ الرجل الزواج من البنت المريضة فما دور الولي هنا؟

إن موقف الولي هنا لن يتغير وهو منع الزواج والسبب الذي أراه وجيها هو أن الولي قد يُسَلِّمَ بمرض ابنته على ما أظهره الكشف، لكنه حتما ما كان ليقبل مزيداً من المرضى في أسرته.

### المطلب الثالث: الإذن أو الرخصة

الإذن أو الرخصة هو ذلك الإجراء الشكلي يقع على المقدم على الزواج استيفاءً متى توافرت فيه شروطه فهو غير مطلوب إلا على من وقع ضمن حالاته، ولا يمكن الإقدام على العقد دونه، وقد تقرر الإذن أو الرخصة خدمةً لأطراف العقد من جهة، وتحقيقاً للمصلحة العامة للمجتمع من جهة أخرى، ذلك أن الأخير مبناه أسر تكونت بالعقد.

ونميز في الإذن أو الرخصة ما هو قضائي يختص القضاء بمنحه وما هو إداري يكون من اختصاص الإدارة الإقليمية وهو ما سنعالجه في ما يأتي :

### الفرع الأول: الرخصة أو الإذن القضائي

لرئيس المحكمة أن يمنح الترخيص بالزواج كإجراء شكلي لتمام عقد الزواج متى عقد هذا الأخير أمام الهيئات المخولة قانوناً بإبرام عقد الزواج، وهم في الغالب ضابط الحالة المدنية للبلديات، إلى جانب الموثق كما الحال في الجزائر وكثير من الدول العربية والدول الغربية، على اعتبار أن قوانيننا عدلت حتى تتماشى مع قوانين تلك الدول، وفي مصر يتولى عقد الزواج المأذون وهو كالموثق، غير أن المأذون يناط به إبرام عقد الزواج فحسب على عكس الموثق.

والترخيص القضائي يكون في حالتين وهما حالة عدم بلوغ أحد الزوجين أو كليهما السن المقررة قانوناً أو في حالة التعدد أي الزواج بأكثر من امرأة .

## اولاً: الرخصة لمن لم يكمل سن أهلية الزواج

عقد الزواج كسائر العقود يلزمُ تماماً وإنعقاده بلوغُ طرفي الزواج السن التي تسمح لهما من تحمل تبعات هذا العقد، والآثار الناجمة عنه، وبالنسبة للقوانين الوضعية وهي مختلفة في هذا الشأن بالنسبة للعقود قاطبة إذ السن حددت بين ثمانية عشرة سنة (18 سنة) أو تسعة عشرة سنة (19 سنة) وهذا التضارب بين لنا قصور هذه القوانين في تنظيم هذه المسألة بدقة تسمح لتجنب أي إشكال قد يقع خاصة في الزواج الذي يكون فيه عنصر أجنبي، فقد يحتاج الشخص إلى إذن قضائي متى بلغ 18 سنة ويود الزواج بامرأة من عمره من بلد تعتبر هذا السن بلوغاً.

ففي الجزائر، و قبل تعديل قانون الأسرة جعلت سن الزواج للرجل واحد وعشرين سنة، والمرأة ثمانية عشرة سنة ثم تداركت القصور بالتعديل الأخير 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 إذ وحدت السن للجنسين وجعلته متماشياً مع الشريعة العامة، في حين أنّ سن البلوغ للدول العربية بإستثناء دول المغرب العربي يتقارب مع الجزائر هو ثمانية عشرة سنة، وحتى لا نخوض في هذه المسألة وإن كانت متشعبة جداً في تحديد القانون الواجب التطبيق، فإن قانون الأحوال الشخصية من القوانين التي يحملها الشخص أينما حل، وما يهمننا في هذا الأمر هو أن من لم يبلغ سن الرشد حسب قانون بلده فانه يقع عليه لزاماً أن يستصدر الإذن أو الرخصة لإبرام عقد الزواج.

فبالنسبة الى منح الرخصة لمن لم يكمل سن أهلية الزواج اشترط القانون أن يكون الترخيص لمصلحة أو لضرورةٍ وعندما تتأكد قدرة الطرفين على الزواج،<sup>1</sup> إذن الترخيص له شروط يقع على القاضي التأكد من توافرها.

1/ المصلحة أو الضرورة: يبدو هذا الشرط مرتبطاً بالشرط الثاني، إذ لا بد من توافر الشرط الثاني لإمكان التكلم عن الشرط الأول، وفي الحقيقة فإن هذا الشرط لا يحتاج كثيرَ جهدٍ لفهمه وتحققه، فمتى كان الزواج يحقق مصلحة الإحصان وتحقيق العفة خاصة في عصرنا الحالي الذي تكاثرت فيه وسائل الاتصال وغزت القنوات الفضائية البيوت، أصبح الزواج أكثر من ضرورة، إذ ندرأ به مفساد كبيرة ونغلق به باب الفاحشة والزنا، لذا فكل متقدم بطلب الترخيص للزواج قد توافرت

1- عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل ط 4 ، دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر، 2013، ص 59.

الضرورة على أن يأخذ القاضي بعين الاعتبار المنطقة التي هو بها بين منطقة محافظة ويغلب فيها حكم المشايخ وكبير المنطقة وبين منطقة مخالفة لها.

وتحدد المصلحة أيضا كما لو كنا أمام يتيم سواء كان الزوج أو الزوجة فإنه لا خلاف أن الزواج حتما سوف يتقرر لمصلحته، والمراد هنا باليتيم من فقد أحدَ والديه أو كليهما وذلك دون البلوغ وفقا للمنظور الشرعي وهو دون البلوغ القانوني والحقيقة أن هذا السن لم يعد بعدها الحديث عن اليتيم لأنه في هذه المرحلة - مرحلة التقدم للزواج - لم يعد يتيما وإنما أردنا ذكر هذه الحالة خاصة للمرأة فإن عبأها كبير على والديها فما بالك عند كفلها . لذا فالراغب في الزواج منها حتما يخدم مصلحتها إن تقدم لها الكفء فتكون هناك مصلحة للمرأة وضرورة لحفظها بالزواج وجعل أمرها بيد زوجها الذي سيكون الأرف والأرحم بها متى كان كُفئا .

**ب/ القدرة على الزواج:** لا يعتبر الشرط الأول ماثراً للجدل كونه لا يحتاج إلى كثير جهد لإدراكه، لكن الشرط الثاني القدرة على الزواج يبدو غير مفهوم، ولم يتضح إذا كان المقصود هو القدرة الفيزيولوجية والجسمية، أو القدرة الاقتصادية وتحمل أعباء الحياة الزوجية،<sup>1</sup> إن الحقيقة أن هذا الشرط هو من المسائل الموضوعية التي يؤول الحسم فيها للقاضي، وإن كانت القدرة سواء الجسمية أو تحمل الأعباء، فكلاهما مطلوباً خاصة للزوج، فلا يعقل أن يتقدم بطلب من لا طاقة له ولا مال، لكن الأمر يختلف للمرأة فهي غير مطالبة أن تكون ذات مال وإنما يكفي فيها القدرة الجسمية، غير انه لا يمكن أن نطلق ذلك على العموم، فقد تتوفر القدرة الجسمية لمن لم تبلغ إلا أن تفكيرها لم يرتق بعد حتى نرشدها . تقريبا فيما يخص التفكير فإننا حقيقة نقف عند نقطة مفادها أن بنات الأرياف يغلب عليهم التفكير الجاد كما يتحملن أعباء الحياة مبكرا، لذا نجدهم قادرين على تحمل أعباء الزواج أكثر من نساء المدن اللاتي يغلب عليهن طبع رغد العيش.

هنا قد يتبادر للأذهان سؤال، خاصة لو كانت المرأة هي صاحبة الطلب أيعقل أن القاضي أقرر على تقدير مصلحتها، إن كانت هناك ضرورة للزواج من وليها الأقرب إليها والأعرف بها من غيرها؟ وهو بالنسبة للمرأة في هذه الحالة ركن في عقد الزواج أم أن الإذن والترخيص هنا مجرد إجراء شكلي حتى يتبين للقاضي موافقة الولي؟

1 عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 60.

وجواباً على هذا السؤال: إن القاضي إنَّما تَقَرَّر لتحقيق مصلحة المرأة - الصغيرة - حتى لا نكون أمام إكراه للبننت وللولي على الزواج، فيمكن للقاضي أن يستشف ذلك، ويتأكد إن كان الولي قد عضل من في ولايته من الزواج فيتقدم من له المصلحة ونعني بذلك البننت بطلبها - طلب الإذن بالزواج - ويستدعي القاضي الولي للوقوف على مدى مصلحة المرأة في الزواج أو المنع . يقرر المنع إن كان يخدمها، وبذلك يوافق الولي في عضله، وإما أن يقرر منح الإذن بالزواج، ويخرج بذلك عن رغبة الولي، لكن إن كان الراغب في الزواج من المرأة كفاءاً لها ما لا يدع مجالاً للشك، وكانت رغبة فيه، فإن كانت رغبة فيه ولم يكن لها كفاء فللقاضي منح رفض الطلب ومنح الإذن وإن كان الرفض يهدم الرضا كأهم ركن في الزواج وبذلك يكون الصغر تصرفات الصغير أو الصغيرة مرهونة بالإذن الذي يقف عائقاً أمام الرضا والحقيقة هنا ليس الإذن من يحول دون التعاقد لأنه لا يرقى عن كونه إجراءً شكلياً وإنما الحقيقة أن المصلحة تقف أمام الرضا فحداثة السن - الصغر - لا يخدم حتماً المصلحة التي لا يدركها إلا من كان أهلاً، فرضاً الصغير أو الصغيرة إنما يحركه الهوى الذي لا ضابط له وقد يسير فيما لا يخدم الشخص، لذا كان لابد من وجوب الإذن حتى يتسنى للقاضي معرفة وموازنة المصلحة لطالب الإذن.

#### ثانياً: الترخيص للتعدد

يعتبر الترخيص الذي تمنحه الهيئة المكلفة من بين القيود التي تقف حائلاً أمام الراغب في الزواج مرة أخرى ( الزوجة الثانية إلى غاية الرابعة ) وبالتالي فهو قيد شكلي يحول دون إبرام الزواج بصفة رسمية ونظامية .

ولدراسة الترخيص بالتعدد يقع لزاماً الوقوف على موضوع التعدد في سنده وحدوده .

#### 1/ دليل مشروعية التعدد

لم تُنشئ الشريعة الإسلامية نظام التعدد، وإنما كان موجوداً في الأمم القديمة، وقد أباحته الديانة اليهودية دون حد ولم يرد في كتب الديانة المسيحية نص صريح بتحريم تعدد الزوجات، وما فعلته الشريعة الإسلامية إلا تهذيبه وتعديله ونزلت به إلى حد أربع زوجات كحد أقصى، كما أوجبت العدل بين الزوجات ودليل تعدد الزوجات :

- من القرآن الكريم قوله عز وجل: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع...﴾ (سورة النساء، الآية: 03)، الآية صريحة الدلالة على جواز التعدد كما تضمنت الحد الواجب التقيد به.

- من السنة النبوية رُوي أن غيلان الثقفي أسلم وتحتة عشرة نسوة تزوجهن في الجاهلية واسلمن معه، فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم: "أمسك أربعا، وفارق سائرهن"<sup>1</sup>، فقد صدّق الحديث القرآن في مشروعية التعدد وفي الحد المطلوب.

وعندما أباح الله تعالى التعدد في الزواج، اشترط فقط العدل بين الزوجات لقوله تعالى: ﴿فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة﴾ (سورة النساء، الآية: 03)، ثم يأتي القرآن فينفي هذه الاستطاعة في العدل حيث يقول تعالى، ﴿ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وإن تصلحوا وتتقوا فإن الله كان عفورا رحيماً﴾ (سورة النساء، الآية: 128)، وهذا الأمر قد دفع البعض إلى القول بأن موضوع التعدد غير جائز، لأن هناك تعارضاً في حكم الآية الأولى والثانية، وهو ما يدل على أن الإنسان لا يمكن أن يجمع بين الاستطاعة وضدها، وهو ما يعني أن الله لم يبيح تعدد الزوجات، ولو أننا سلمنا بهذا الكلام فلن يستطيع أحد من المسلمين، الزواج لأن العدل مفروض حتى ولو تعلق الأمر بزوجة واحدة فقط<sup>2</sup>، ولا يوجد تعارض بين النصين، ولذلك فالعمل بكليهما أمر مطلوب، فالنص الأول يشير إلى العدل المادي بين الزوجات في المبيت والمأكل والملبس، أما الآية الثانية فتنتفي استطاعة العدل بين الزوجات فهو العدل القلبي وليس العدل المادي، ففطرة الإنسان دائماً ميالة إلى الجمال والمحاسن ونحو ذلك، وهذه الأمور قد لا تتوفر للزوجات الأربعة، والآية وإن نفت استطاعة حتى مع حرص الإنسان على العدل القلبي فإنها طلبت من الزوج أن لا يميل كل الميل إلى من يرغب فيها ويترك الأخرى تركاً تاماً، وإنما عليه أيضاً أن يهتم بها ولو بدرجة أقل<sup>3</sup>.

### ب/ أسباب التعدد

إن للتعدد أسباباً قسمها الفقه إلى أسباب عامة وأخرى خاصة .

1- سنن الترمذي، 92/4، كتاب النكاح، باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشرة نسوة، حديث رقم: 1128.

2- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص: 107

3- بن شويخ الرشيد، المرجع نفسه، ص: 108.

## ب/1 الأسباب العامة: ونجد منها

• **معالجة قلة الرجال وكثرة النساء:** سواء كان في الأحوال العادية بزيادة نسبة النساء كشمال أوروبا في أعقاب الحروب، وكما حدث في ألمانيا بعد الحرب العالمية الأولى، إذا أصبحت نسبة النساء للرجال واحداً إلى أربعة أو إلى ستة، فقامت النساء الألمانيات بمظاهرات يطالبن بالأخذ بنظام تعدد الزوجات<sup>1</sup>

• **تحقيق مصلحة اجتماعية وأخلاقية:** يحقق التعدد صيانة المرأة من الانحراف وتوفير السكن النفسي فيكون لها بيتٌ زوجية آمن، فتأوي إليه مطمئنة، بدل ما يظهر في الدول غير الإسلامية، من محاولة النساء البحث عن الأصحاب الوقتيين، أو وقوف النسوة في الشوارع سلعة للعرض.

• **زيادة النسل:** لا يتحقق النسل المرغوب، لأجل توفير يد عاملة ولأجل خوض غمار الحروب ضد الأعداء إلا بتعدد الزوجات.

• **توسيع القرابات:** تعتبر المصاهرة من بين أسباب زيادة الأسر وخير مثال لنا في ذلك سيرة الرسول صلى الله عليه وسلم لأجل نشر الدعوة الإسلامية<sup>2</sup>.

## ب/2 الأسباب الخاصة

**ازدياد القدرة الجنسية لبعض الرجال:** ويكون هذا لمواصفات خاصة بالرجل إذ تقتضي حالته عدم التوقف عند زوجة واحدة، ويدخل ضمن هذه الحالة، ما تمر به المرأة أحيانا من حالات كالحيض والنفاس، فمن غير المعقول حرمان الرجل من الزواج تلبية لحاجته في هذه الظروف، بدل الميل إلى سوء الأخلاق.

**مرض المرأة:** ويدخل ضمن هذه الحالة كل مرض يحول دون اتصالها بزوجها أو أن تكون مصابة بمرض يتنافى والحكمة من الزواج وهي الولد كأن تكون عقيماً.

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، دار الفكر، الطبعة الأولى، دمشق، سوريا، 1404هـ/1984م، ص 169.

2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته المرجع نفسه، ص: 169.

## ج/ شروط التعدد:

## ج/1 في الفقه الإسلامي:

حتى يتمكن الرجل من الزواج من امرأة أخرى - المرأة الثانية حتى الرابعة - لم يضع الشارع الحكيم أية شروط إلا شرطاً واحداً إذا إستثنينا شرط العدد، (وهو عدم تجاوز أربعة نسوة) وهو العدل بين الزوجات قال عز وجل: ﴿... فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة ...﴾ (سورة النساء، الآية: 20) أوجب الإسلام العدل بين الزوجات، فإن لم يستطع، وتحقق من عدم العدل وإلحاق المضرة بالمرأة، هنا يأخذ حكم المنع وعدم الإباحة، ولو تزوج كان العقد صحيحاً بالإجماع، لكنه يكون آثماً، والعدل المطلوب هو العدل الظاهر من القسّم بين الزوجات والمساواة بينهما في المعاملة والإنفاق، وهي الأشياء التي يتحكم فيها الزوج، أما الأمور الخارجة عن إرادته فهذه لا تتطلب منه إلا قدر الاستطاعة.<sup>1</sup>

ومعيار العدل هو معيار ذاتي متعلق بالشخص المقدم على التعدد، وقد يتساءل البعض كيف يكون شرطاً للتعدد تحقيق العدل والشخص لم يتعدد بعد، ولنا أن نزيل الإشكال بأن نية العدل أمر داخلي يمكن أن نستدل عليه من ناحيتين: الأولى أن الشخص الراغب في التعدد لزوجة ثالثة أو رابعة فسلوكه مع زوجاته دليل العدل من عدمه والثانية سلوكه مع زوجته الأولى فإن كان مهملًا لها فلغيرها أكثر إهمالاً.

ويبقى أمر العدل أمراً نسبياً قد يكون خُلُقُ المرء دليل سلوكه مع أزواجه فمن استشعر رقابة الخالق وتأسى بسيرة المصطفى حقيق العدل فيه.

ونشير هنا إلى أن العدل ما تعلق بكل ما هو مادي أما الميل العاطفي فليس للشخص في حد ذاته دخل فيه وينطبق فيه قوله صلى الله عليه وسلم: " اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك لا أملك "<sup>2</sup>.

## ج/2 موقف القانون: بالنسبة للدول التي أباحت التعدد نجدها على صنفين:

- صنف أباحه دون قيد أو شرط مثل المملكة العربية السعودية واليمن والسودان.

1- عبد الفتاح تقيّة ، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية و التشريعية، مرجع سابق، ص 69 وما بعدها.

2- رواه الترمذي وأبو داود والنسائي وابن ماجه وهو حديث ضعيف لإرساله من التابعي أبي قلابة.

بمعنى أن الرجل بهاته الدول يمكنه التعدد على أن يعلم الزوجة أو الزوجات زواجه الجديد والإعلام هنا من باب التبليغ لا من باب أخذ الإذن منهن.

• صنف أباحه وقيده بجملة شروط من بينها الجزائر والمغرب.

إذ وضعت له شروط وأهم شروطه حصول الراغب في التعدد على إذن أو ترخيص من القاضي وهذا الأخير حتى يمنح الإذن لا بد أن يتحقق من توافر عدة شروط وهي :

1- إثبات موافقة ورضا الزوجتين السابقتين واللاحقة، وإعلان رضائهما صراحة ويكون ذلك بإعلان ذلك كتابة أو بالحضور بالمحكمة وهو ما اختص به المشرع الجزائري

2- وجود المبرر الشرعي: وهي عبارة عامة، والمبررات الشرعية كثيرة وتختلف بحسب الوجهة التي ينظر بها، ومن المبررات الشرعية التي تكون مقبولة حالة العقم بيقين علمي أو الأمراض المزمنة التي تؤثر على سير الحياة الزوجية<sup>1</sup>، لو حصرنا المبرر الشرعي على ما ذكر سابقاً لم تحقق الغاية المنشودة من الزواج وهي زيادة النسل والتقليل من نسبة العنوسة، فلا بد من جعل معيار المبرر الشرعي مرناً حتى يتسنى معه تحقيق مصالح التعدد فقد يكون مبرراً الرغبة الجنسية الزائدة .

3- توفر شروط ونية العدل: بمعنى أن يثبت الزوج قدرته على توفير العدل من الناحية المادية، كالقدرة على النفقة، وتوفير السكن ويجب عليه تقديم الإثباتات اللازمة كسند الملكية، أو عقد الإيجار، كشف الراتب، وأن يصرح بأنه ينوي العدل في الجانب المعنوي<sup>2</sup>

هذه الشروط في حقيقتها موانع للتعدد، وليست شروط له فكل شرط - أو بالأحرى منع - يتأكد بما يليه وهذا ما يقود حتماً إلى محاولة الزواج بزوجة أخرى خارج الأطر القانونية أي بالزواج العرفي.

ويعتبر المشرع الجزائري الأكثر تعقيداً بالمقارنة بباقي التشريعات العربية الأخرى

1- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص: 110.

2- بن شويخ الرشيد المرجع نفسه، ص: 112.

فما وُضِعَ من شروط يصعب تحقيقها من الناحية العلمية، خاصة ما تعلق بموافقة الزوجة السابقة، إذ تعتبر موافقة الزوجة الثانية أمراً مُسَلِّماً به، ولكن تبدو الأمور أكثر تعقيداً كما لو أراد الرجل الزواج بالزوجة الثالثة والرابعة، فهل يلزم موافقة الزوجات الثلاث. ماذا لو وافقت منهن اثنتان وعارضت واحدة، قد تبدو هذه المسألة واضحة لو قورنت بما يلي: ماذا لو وافقت الزوجة السابقة وتعدرت تقديم المبرر الشرعي فهل يكون للقاضي رفض التعدد، والحقيقة أن المبرر الشرعي للتعدد يعتد به كما لو أبدت الزوجة السابقة رفضها للتعدد، فيكون المبرر الذي يلزم بتقديمه الراغب في التعدد، سبباً لمنح الترخيص، ويكون للزوجة عندها طلب الخلع، والحقيقة أن بقاءها مع زوجها متى تحقق المبرر الشرعي المتعلق بها الأفضل لها ولحفظ سرها.

أما بالنسبة للمشرع السوري فهو أقل شدة من المشرع الجزائري حيث جاء في المادة 17 من قانون 1975<sup>1</sup> " للقاضي ألا يأذن للمتزوج بأن يتزوج على امرأته إلا إذا كان لديه مسوغ شرعي وكان الزوج قادراً على نفقتها ". وهو نفس النسق الذي سار عليه المشرع المغربي، حيث جاء في المادة 40 من قانون الأحوال الشخصية: "يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها "ونلاحظ أن المشرع المغربي استعمل عبارة عدم العدل كمانع للتعدد وهي عبارة مرنة قد تؤخذ لصالح الزوج كما قد تؤخذ ضده والأمر على ما يبدو للقاضي، حيث يقف إلى جانب الطرف الأضعف وهي الزوجة السابقة، وفي هذا أقف إلى جانب القاضي فالصورة أو النماذج السيئة التي أعطاها البعض للتعدد من جور في حق الزوجة الأولى فلو كان عدم الإنفاق أو قلته على الأزواج ككل ما كان هذا مسوغ منح التعدد .

أما المشرع المصري فهو الأفضل من سابقه واقترب إلى حد كبير من الفقه الإسلامي فالمادة 11 مكرر من قانون رقم 100 لسنة 1985 المعدل للقانون 25 لسنة 1929 جاء فيها: "على الزوج أن يقر في وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية، فإذا كان متزوجاً فعليه أن يبين في الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته ومَحَال إقامتهن، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم وصول" وجاء في الفقرة الثانية من المادة نفسها ما

1 - تم تعديل القانون السوري للأحوال الشخصية بموجب القانون رقم 11 لسنة 2009

يلي: "يجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهم ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها" وجاء في التشريع الموريتاني في المادة 45 من قانون مدونة الأحوال الشخصية ما نصه: "يسمح بتعدد الزوجات إذا توفرت شروط ونية العدل، ويتم ذلك بعد علم كل من السابقة واللاحقة إن كان ثمة شرط".

أما المشرع التونسي فنأى عن الشرع الإسلامي من خلال منعه للتعدد منعاً تاماً، ولم يتوقف عند هذا، بل إعتبر كل متعدي مرتكباً لجريمة يعرض لعقوبة السجن لمدة سنة إلى جانب الغرامة من خلال نصها التالي: " كل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية..."<sup>1</sup>

يرى رجال القانون في تونس أن منع التعدد مكسبٌ للأسرة بقدر ما هو مكسب للمرأة، فيرون في تعدد الزوجات مضاراً تهدد الإستقرار داخل الأسرة، وفق ما يرونه ما يترتب عن التعدد من تسرب مشاعر الغيرة والحسد والنفور بين الزوجات وهدم للانسجام داخل البيت الأسري<sup>2</sup>.

#### - دول لم تبح التعدد

وتعتبر الدول الغربية قاطبة من منعت التعدد<sup>3</sup>، فلا يسمح بالزواج بامرأة ثانية إلا بعد انحلال رابطة الزواج الأول.

ففي القانون الفرنسي باعتباره رائد التشريع في أوروبا فإنه يعتبر أن الزواج من زوجة ثانية يعرض الزوج للمحاكمة بارتكاب جنائية، وقد تحكّم عليه المحاكم بالسجن ودفعت غرامة مالية<sup>4</sup>، كما تحصل الزوجة الأولى على حق حضانة الأطفال بالإضافة إلى مساعدات اجتماعية من طرف الدولة وفي بعض الحالات قد تُسحب الجنسية من الزوج إن كان مهاجراً وهو ما كاد يحدث

1- الفقرة الثانية من الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

2- محمد النجمي ، قانون الأسرة، مرجع سابق، ص: 258.

3- نصت المادة 147 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي: "و لا يجوز عقد زواج ثان قبل حل الزواج الاول.

4- المادة 340 من القانون الجنائي من القانون الصادر في 1933/02/17 التي اعتبرت الزواج بامرأة ثانية جنحة تكون العقوبة بين 6 أشهر إلى ثلاث سنوات و غرامة من 500 إلى 30.000 أورو.

للمهاجر الجزائري في فرنسا إلياس حجاج الذي اكتشفت السلطات انه متزوج من أربع زوجات، إحداهن فرنسية الأصل، لكنه أصر على أنه متزوج من واحدة وله ثلاث خليات وهو مالا يناقض القانون الفرنسي، وهذا ما دفع حجاج إلى القول: "إذا كان من الممكن تجريد المرء من جنسيته الفرنسية لان له خليات، فسيقصد الكثير من الفرنسيين جنسياتهم"<sup>1</sup>.

وقد سارت دول أوروبا على نهج المشرع الفرنسي، فالقانون المدني الايطالي في مادته (86) الصادر في 1942/03/16 جعلت من شروط الزواج عدم الارتباط بزواج سابق قائم وكذا القانون المدني الألماني في مادته (5) قانون رقم 1946/16<sup>2</sup>.

### موقف الفقه الإسلامي

التعدد من بين الأعراف التي كانت سائدة قبل مجيء الإسلام، فقد كان موجودا في الأمم القديمة كاليونانيين والصينيين والهنود والبابليين وقدماء المصريين وقد أباحته الديانة اليهودية دون حد وأنبياء التوراة قد أكثروا من النساء كداود وسليمان ... وكان العرب قبل الإسلام يعملون بنظام تعدد الزوجات بدون قيد<sup>3</sup>، وقد جاء الدين الإسلامي فأبقى على هذا العرف واستحسنه ولكنه هذبه بما يخدم البشرية فجعل له قيда كعدم تجاوز أربع زوجات وجعل له شرطا وحيدا وهو العدل بين الأزواج.

وقول المولى عز وجل: ﴿ ذَلِكْ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا ﴾ (سورة النساء، الآية: 03)، وجمهور المفسرين من الصحابة والتابعين والعلماء المحققين يفسر الآية ذلك ألا تظلموا وتجوروا<sup>4</sup>، وقال الطحاوي رحمه الله: "و نعلمه رُوِيَ عن أحد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في تأويلها غير هذا القول - أي التفسير السابق - وقد روى من غير واحد من التابعين في تأويلها مثل ذلك أيضا.

1- الخليات ... الوجه الآخر لتعدد الزوجات في أوروبا على الرابط : Startimes.com/pt=14759528 بتاريخ : 2010/08/09

2- ونجد أيضا المادة (5/83) قانون مدني اسباني صادر بتاريخ 24 يوليو لسنة 1889 و المادة 18 مدني يوغسلافي لسنة 1946 و المادة (8) مدني نمساوي لسنة 1938.

3- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص: 106.

4- ابن كثير ، الجزء : 02، تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، ص: 213.

وهناك قول ثان في تفسير الآية للإمام الشافعي رحمه الله وهو "ذلك أدنى ألا تكثر عيالكم"<sup>1</sup>.

ولعل ما يعضد التفسير الأول حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "تزوجوا الودود الولود فإنني مكاثر بكم الأمم"<sup>2</sup>، فعلى القول المشهور الذي ذهب إليه الجمهور . فالمراد بالآية الاحتياط للعدل بين الزوجات، أو الاقتصار على واحدة إذا خاف الظلم، وقد ذكر ابن قيم الجوزي هذا الاستشكال الظاهري بعد أن استعرض مجموعة من الأحاديث التي تدل على فضل الأولاد والأبناء، ثم أجاب في الاستشكال المبني على تفسير الإمام الشافعي من عشرة أوجه منها: أنه سبحانه قال: ﴿فإن خفتم ألا تعدلوا﴾ ولم يقل: "فإن خفتم ألا تقتنروا أو تحتاجوا" فلو كان المراد قلة العيال لكان الأنسب أن نقول ذلك<sup>3</sup>.

وعموماً فالشريعة الإسلامية أقرت التعدد وضبطته ولم تجعل له شروطاً كالتى فرضتها القوانين الوضعية وإنما اشترطت إعلامَ الزوجة أو الزوجات السابقات وضرورة تحقيق العدل.

### الفرع الثاني: الرخصة الادارية

#### أولاً: التعريف بالترخيص

ويراد بالرخصة الادارية تلك الرخصة التي تمنحها الجهة الإدارية المختصة للراغب في الزواج متى كان الطرف الآخر أجنبياً للزواج؛ ويعتبر هذا من قبيل الإجراءات الشكلية التي غالباً ما تفرضها الدول على كل أجنبي، و السبب يعود بالدرجة الأولى إلى معرفة ديانة الاجنبي ومن ثمة إمكانية الزواج من غيرها.

#### ثانياً: أسبابه

إنّ لهذا الإجراء عدّة مزايا ولعلّ أهمّها منع المسلمة من الزواج من غير المسلم.

أ- أسباب أمنية: يعتبر هذا الإجراء طبيعياً جداً فلكل دولة حق إتخاذ كل ما منة شأنه حفظ

أمنها

1- الشافعي، الأم، الجزء السادس، مرجع سابق، ص 275

2- رواه أبو داود (رقم 2050) و صححه ابن حجر " فتح الباري (9/13) و الشيخ الألباني في صحيح أبي داود "

3 أنظر تفسير الإمام الشافعي لقوله تعالى : "ذلك أدنى ألا تعولوا"على الرابط [islamqa.info/ar/128619](http://islamqa.info/ar/128619) تاريخ

الاطلاع 05 نوفمبر 2017 الأحد 16 صفر 1439 - 05 نوفمبر 2017

وفي الجزائر، بتاريخ 11/02/1980 وزعت وزارة الداخلية التعليمية رقم 2 على كل من الولاية والمديرين العاملين للأمن الوطني. تتعلق بوجوب الحصول على رخصة لإبرام عقد زواج الاجانب امام ضابط الحالة المدنية الجزائري. وجاء في هذه التعليمات أن الاجنبي لا يجوز له إبرام عقد الزواج الا بعد الحصول على رخصة كتابية مسلمة من طرف الوالي.

وقد تضمنت هذه التعليمات ثلاث حالات من عقود الزواج هي : حالة زواج أجنبيين حاصلين على بطاقة الإقامة؛ وحالة كون الزوج أجنبياً مقيماً مع أجنبي غير مقيم؛ وحالة كون الزوج المستقبل للجزائري هو أجنبي كما تضمنت مبدأ أنّ زواج المسلمة الجزائرية بغير المسلم غير جائز وممنوع بتاتا؛ ولا يمكن إعطاء أية رخصة بهذا الشأن.<sup>1</sup>

وعليه فمن خلال تحليل نصوص هذه التعليمات الوزارية يتضح لنا أنّها - و لأسباب أمنية - تقرر منع الاجانب من إبرام عقود الزواج فوق التراب الوطني إلا بعد الحصول على رخصة مسبقة من والي الولاية التي يوجد بها مكان اقامة الزوج المعني ببناء على طلب خطي؛ وبعد أخذ رأي مصالح الامن بالولاية إثر تحقيق شامل حول وضعية الاجنبي وظروف إقامته، ومن جهة أخرى توصي ضابط الحالة المدنية بأن لا يحرر أيّ عقد زواج يكون أحد طرفيه أو كليهما أجنبياً إلا بعد الاستظهار برخصة صادرة عن الوالي.<sup>2</sup>

### ب- منع زواج المسلمة من غير المسلم

لن نخوض في أدلة حرمة زواج المسلمة من غير المسلم فهي واضحة لا تحتاج إلى بيان فكل الفقهاء يلتقون عند حرمة زواج المسلمة من الكافر أي أصحاب الكتاب لأن غيرهم أولى بالتحريم، في حين ليس الأمر كذلك للرجل فله الزواج من الكتابيات.

أمّا ما يمكن أن نلاحظه بشأن هذه التعليمات الصادرة عن وزارة الداخلية؛ والموقعة من أمينها العام لهذه، من غير أن تشارك وزارة العدل في اعدادها أو توزيعها؛ ولم تُبلَّغ إلى قضاة المحاكم بأي شكل من الأشكال، فإن هذه التعليمات ليست إلا مجرد تعليمات إدارية موجهة من وزارة الداخلية الى مصالحها الخارجية في الولايات، و ليست لها قوة القانون، ومادام الأمر كذلك فإن قضاة المحاكم غير ملزمين قانوناً بتطبيقها.

1- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص: 62.

2- عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص: 62.

ولهذا يمكن القول، أنه إذا أبرم جزائري عقد زواج مع أجنبية داخل التراب الوطني، أو عقدت جزائرية زواجا مع أجنبي مقيم في الجزائر وفقا لأحكام قانون الاسرة و قواعد الشريعة الاسلامية ولم يكن تحرير زواجهما قد وقع أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية وفقا للقانون، وبعد مرور عدد من الشهور أو عدد من السنين جاء أحد الزوجين أو كلاهما يطلب إثبات وتسجيل عقد مثل هذا الزواج تطبيقا لنص المادتين 21-22 من قانون الاسرة بموجب حكم قضائي، فإنه لا يجوز للقاضي أن يرفض أو يمتنع عن اثبات العقد و الحكم بتسجيله بحجة عدم الحصول على رخصة مسبقة من الوالي.

لا يعتبر هذا الإجراء كفيل منع المسلمة من الزواج من غير المسلم فوصف الأجنبي ليس كفيل عدم الإسلام، فقد يكون الزوجان من بلد واحد وبديانات مختلفة فأنَّ لهذا الإجراء كشف هذا.

## الفصل الثاني: مركز الولي من الرضا في عقد الزواج

لو تركت المرأة تختار زوجها بنفسها، وتتفاوض معه فيما يتعلق بزواجها، فقد تتساق وراء هوى عابر، أو مظهرٍ خادع نظرا لما جبلت عليه من رقة في العاطفة، ورهافة في الحس فتقبل زوجا ما كانت لتقبله لو تنبعت إلى وضعيته، وأرشدت إلى حقيقته. كما أنها قد تتجنب عند مباشرتها لعقد الزواج الخوض في المسائل المادية المفروضة على الزوج لفائدتها. وقد تتحاشى بدافع الحياء وقلة التجربة الدخول في المفاوضات اللازمة في إنشاء هذا العقد، فتضيق كثير من المصالح التي كانت ستضمن لها لو كان معها من يدافع عنها ممن يهمل أمرها، فلماذا كان من اللازم أن يكون بجانب المرأة أحد أقاربها ليرشدها في اختيار زوجها، ويضع خبرته وتجربته في خدمتها. وليكون عقلها المفكر، ولسانها المعبر، ومحاميتها اليقظ. وبذلك يكون التوفيق حليفها في الغالب وتحفظ كرامتها، وتصان مصالحها.

وهكذا يتبين أن الولاية تعتبر في الواقع مظهراً من مظاهر تكريم الإسلام للمرأة. حيث كلف الرجل بأن يضع نفسه في خدمة المرأة التي في ولايته، ليعينها على اختيار الزوج الصالح، وليصونها عن الابتذال والوقوف من زوجها المنتظر موقف المساوم. بالإضافة إلى أن الزواج في مجتمعاتنا الإسلامية لا يخص المرأة وحدها، ولا تقتصر آثاره على الزوجين فقط، وإنما يؤثر على الأسرة كلها، وعلى أقارب الزوجين معا. لأن الإسلام يأمر بتمتين الروابط التي تجمع بين الأقارب، والمحافظة على المودة وصلة الرحم بين الأهل. فلذلك كان من حق أقارب المرأة أن يُبدوا آراءهم على لسان وليها في الشخص الذي سيتزوج قريبتهم، ويرتبط بهم برباط المصاهرة، كي يحموا ابنهم من الوقوع في شرك رجل تمكن من خداعها وإغرائها بمظهره، وحتى لا يتسرب إلى عائلتهم فيمتد أذاه إلى المرأة وأقاربها.

وسوف نعرض في هذا الفصل ضمن المبحث الأول الولاية في عقد الزواج على أن نتطرق في المبحث الثاني إلى مركز الولي في عقد الزواج.

## المبحث الأول: الولاية في الزواج

يختار الرجل شريكة حياته، والمرأة كذلك، ولكن عن طريق أوليائها من العصابات أو من يقوم مقامهم، وهؤلاء يختارون لها ما يختارونهم لأنفسهم بدواعي الشفقة ورعاية المصلحة، لأنه يؤلمهم ويؤذيهم أن تتعرض في واقع حياتها الزوجية للإهانة والشقاء، ولما كان الأمر كذلك فإن الفقهاء قد اهتموا إهتماماً بالغاً بموضوع الولاية في عقد النكاح وتحدثوا عنه في زوايا متعددة، حيث تحدثوا عن حقيقتها ومن الأحق بتولي أمر المرأة في عقد النكاح، وترتيب الأولياء<sup>1</sup>.

### المطلب الأول: مفهوم الولاية

#### الفرع الأول: تعريف الولاية

##### أولاً- التعريف اللغوي

الولاية بكسر (الواو) في اللغة هي المحبة والنصرة<sup>2</sup>. ومنه قوله عز وجل: ﴿ومن يتول الله ورسوله والذين آمنوا فإن حزب الله هم الغالبون﴾ (سورة المائدة، الآية: 56)، وفي قوله تعالى أيضاً: ﴿الله ولي الذين آمنوا﴾ (سورة البقرة، الآية: 257)، وقوله أيضاً: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا عدوي وعدوكم أولياء﴾ (سورة الممتحنة، الآية: 01)، وقال أيضاً: ﴿ومن يتولهم منكم فإنه منهم﴾ (سورة المائدة، الآية: 06)، فالولاية من مجموع هذه الآيات تعنى تولى الأمر وإدارة الشؤون بصورة عامة.

##### ثانياً- التعريف الاصطلاحي

الولاية في الاصطلاح الفقهي أو الشرعي هي تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه أو هي القدرة على إنشاء العقد نافذاً غير موقوف على إجازة أحد<sup>3</sup>، والولاية الشرعية على الأشخاص تبدأ منذ ولادتهم ومن هذا تتضح علاقة الولاية بنظام الأسرة الدقيق الذي شرعه الإسلام،

1 - ناصر أحمد إبراهيم النشوي، موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، دون رقم الطبعة، الإسكندرية، مصر، 1999، ص: 211.

2 - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، 407/15.

3 - بلحاج العربي، أحكام الزواج، مرجع سابق، 08/01.

لذا فالأصل فيها أن تكون للأب الحقيقي أو الحكمي، لأنّ جوهرها هو حرص الولي وقدرته على رعاية شؤون من هم في ولايته<sup>1</sup>.

وقد عرف الولاية كثيرًا من الفقهاء بتعريفاتٍ أضيق من التعريف المذكور سابقًا غير أن كل تلك التعريفات إنما هي في الواقع تعريفات لبعض أنواع الولاية لا تشمل الأنواع كلها<sup>2</sup>.  
وغالبًا ما تقتصر على تعريف الولاية على القاصرين لا غير، في حين إن الولاية أعم وأشمل وقد تجد تعريفًا لها في الإنابة.

### الفرع الثاني: أقسام الولاية

تنقسم الولاية إلى ثلاثة أقسام:

أ - ولاية على المال: تكون للأب والجد أو لوصيها . أو للوصي الذي ينصبه القاضي.

ب- ولاية على النفس: لا تكون إلا للأب والجد وإن علا.

ج- ولاية على النفس والمال معًا: وهي التي لا تكون أيضًا إلا للأب والجد وإن فقدت كانت لأقرب رجل من العصابات<sup>3</sup>.

والولاية التي تعنيها هي الولاية على النفس، لإعتبار سلطة إنشاء عقد الزواج وتكون للأب والجد وسائر الأولياء من العصابات حسب ترتيبهم في الميراث، إذ لا تهمنا الولاية بسبب الصغر أو نقص الأهلية، ذلك أن الولاية بسبب الصغر تكون على المولود منذ ولادته حتى البلوغ للذكور، وعلى الأنثى حتى تتزوج وإن كنت سوف أفرد لها مجالًا خاصة بالنسبة لزواج الصغير في الفصل الثاني من الباب الثاني.

ويقسم الفقهاء الولاية على النفس في الزواج إلى قسمين وهي ولاية الإختيار وولاية الإيجاب

1 - محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن القانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 1429 هـ 2008 م ، ص: 84 .

2 - أحمد الحجي الكردي ، الأحوال الشخصية، الأهلية، النيابة الشرعية، الوصية، الوقف والشركات، منشورات جامعة حلب ، سوريا، 1430 هـ - 2009 م، ص : 68.

3 - محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية ، مرجع سابق، ص : 84 .

**أولاً: ولاية الإيجار**

هي ولاية الأب أو الجد أو المقربين للفتاة البكر والصغير والمجنون، وفيها يستبد الولي بإنشاء العقد على المولى عليه ولا يشاركه أحد<sup>1</sup> لعدم توافر في المولى عليه شرط العقل والبلوغ في أهلية الزواج<sup>2</sup>.

**ثانياً: ولاية الاختيار**

تسمى ولاية المشاركة وتثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة فالخيار لها غير أنه يستحسن أن تستشير وليها الذي أن يقوم هو بإجراء عقد زواجها حتى لا توصف المرأة بالخروج عن التقاليد والأعراف<sup>3</sup>.

إن ولاية الاختيار تثبت عموماً على البالغة سواء كانت ثيباً أو بكراً، وفي هذه الولاية لا يستطيع الولي أن يستبد بتزويج من في ولايته بل يقع عليه مشاركة من وليه عليه، ويطلق على هذه الولاية فقهاء المالكية بولاية الشركة.

**الفرع الثالث: شروط الولاية**

إن الولي عموماً تكون له الولاية على شخص القاصر دون ماله باستثناء الأب فان الولاية على النفس والمال معاً، وغالبا ما تنتقل الولاية إلى القريب الذي يليه باستثناء الأب، فان الإمام مالك يقول في حالة غيبته لا يزوج المرأة غيره، إلا إذا كانت غيبته بعيدة أو مجهولة الإقامة أو أسيراً أو خيف الفساد على البنت<sup>4</sup>.

ولما كان دور الولي على هذه الدرجة من الأهمية، وخاصة ولاية الأب كان لابد من شروط واجب توفرها في الولي تبعا لما يقوم به من مهام وهي:

1 - وفي هذه الولاية يستبد الولي بتزويج من تحت ولايته بغير إذنه ورضاه وهي التي تعتبر ولاية كاملة وثبتت على الصغير ومن في حكمه بالنسبة للذكر وتثبت للصغيرة للبنت كانت بكراً أو ثيباً، أنظر: بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص: 66.

2 - بلحاج العربي، أحكام الزواج، مرجع سابق، 309/01؛ راجع أيضاً: بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص: 66.

3 - بلحاج العربي، أحكام الزواج، مرجع سابق، 309/01.

4 - ابن رشد، بداية المجتهد، 11/02.

## أولاً: الإسلام

هذا الشرط خاص بالدول التي تدين بالإسلام وتشتترط في الزوج الذي يود الزواج بالمسلمة أن يكون مسلماً، وعليه فالإسلام قد يقف حائلاً أمام الزواج بالنسبة للمرأة المسلمة حتى ولو رضيت به فمن باب أولى أن يزوج المرأة المسلمة وليها المسلم.

فلا تثبت الولاية للكافر على المسلم إذ لا ميراث بينهما هذا مصداقاً لقوله عز وجل: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ (سورة التوبة، الآية: 72)، وقوله أيضاً: ﴿لَا يَتَّخِذُ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ (سورة آل عمران، الآية: 28)، وقوله تعالى أيضاً: ﴿لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ سَبِيلًا﴾ (سورة النساء، الآية: 141)، وقوله صلى الله عليه وسلم: " لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر"<sup>1</sup> ولأن التوارث قرين الولاية فلا ولاية لمن لا يرث بسبب إختلاف الدين.

إن ولاية الكافر على المسلم تُشعر بإذلال المسلم، ذلك أن الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه فإن كان الإسلام قد صان المسلمة عن نكاح الكافر كان من باب أولى أن يتولى نكاحها مسلماً؛ هذا ويعد شرط الإسلام لا يقتصر على الولي فإن كان الولي مسلماً والمولى عليه كافراً فلا ولاية له عليه لأن المسلم لا يرث الكافر<sup>2</sup>.

## ثانياً: أن يكون الولي ممن يرث

لأن سبب ثبوت الولاية والوراثة واحدٌ وهو القرابةٌ وكل من يرثه يلي عليه ومن لا يرثه لا يلي عليه، ولا ولاية للمرتد على أحد لا على مسلم ولا على مرتد مثله لأنه لا يرث أحداً، ولأنه لا ولاية له على نفسه حتى لا يُجيز نكاحه أحداً لا مسلماً ولا كافراً ولا مرتداً ومن مثله فلا يكون له ولاية على غيره<sup>3</sup>.

1 - صحيح مسلم ، الحديث: 1614، 233/03.

2 - هذا في الولاية الخاصة، وقد أُسْتُثِنِي هذا الشرط بالنسبة للولاية العامة، كالقاضي لأن ولايته عامة على المسلمين وغيرهم ، لأن القاضي ولي من لا ولي له ، غير أن هذا الأمر محل خلاف بين رجال الدين و فقهاء القانون ؛ راجع في هذا : بلحاج العربي ، أحكام الزواج ، 315/01.

3 - أحمد علي جرادات، المرجع الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد، الزواج والطلاق، الطبعة: 01، دار الثقافة ، عمان، الأردن، 1433 هـ / 2012 م، ص: 74.

## ثالثا: العقل

القاعدة أن من يملك التصرف في أمره يملك التصرف لحساب غيره فان كان لا يملك التصرف لحساب نفسه فمن البديهي أن لا يتصرف في أمر غيره.

فلا تثبت الولاية للمجنون ومن كان في حكمه أو أقل منه درجة كالمعتوه وذو الغفلة فهم لا يملكون التصرف في أمرهم لعارض قد أصاب أهليتهم، كما لا تثبت الولاية للصبي لصغر سنه فالمجنون ومن في حكمه والصبي ليسوا من أهل الولاية في ولاية الملك لهذا لم تثبت لهما الولاية على أنفسهم مع أنهم أقرب إليها فلا تثبت الولاية على غيرهم من باب أولى<sup>1</sup>.

يعتبر هذا الشرط بديهيًا فإذا كانت المسؤولية لا تقوم في حق من لا أهلية له لعارض بها أو لصغر فكيف تقوم مسؤولية على غيره؟

## رابعا: العدالة

وقد اختلف الفقهاء حول هذه المسألة:

أ- الحنفية: لا يشترطون عدالة الولي وحجتهم في ذلك في عموم قوله عز وجل: ﴿ وانكحوا الأيامى منكم ﴾ (سورة النور، الآية: 32)، وقوله صلى الله عليه وسلم: " تخيروا لنطفكم، فانكحوا الأكفاء وأنكحوا إليهم " <sup>2</sup>.

إجماع الأمة أيضا، فإن الناس عن آخرهم عامهم وخاصهم من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير من أحد.

كما أنّ ولاية التزويج ولاية نظر؛ والفسق لا يقدر في القدرة على تحصيل النظر ولا في الداعي إليه وهو الشفقة وكذا لا يقدر في الوراثة فلا يُفدَح في الولاية بالعدل.

ودليل الحنفية أيضا أن الفاسق من أهل الولاية على نفسه فيكون من أهل الولاية على غيره كالعدل، ولهذا قبلنا شهادته ولأنه من أهل أحد نوعي الولاية وهو ولاية الملك حتى يزوج أمته فيكون من أهل النوع الآخر<sup>3</sup>.

1 - أحمد علي جرادات، المرجع الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 73.

2 - سبق تخريجه، أنظر ما سبق، ص: 19 .

3 - أحمد علي جرادات، المرجع الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص : 75 .

ب- الشافعية والمالكية والحنابلة: وقد إشتروا العدالة في الولي لأنه ليس للفاسق التزويج وحبثهم في ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا نكاح إلا لولي مرشد <sup>1</sup> والمرشد بمعنى الرشيد كالمصلح بمعنى الصالح، والفاسق ليس الرشيد، فالولاية من باب الكرامة، والفسق سبب الإهانة ولهذا لا تُقبل شهادة الفاسق <sup>2</sup>.

#### خامسا: الحرية

تعتبر الحرية شرطاً منطقياً في الولي، ذلك لأنّ العبد لا يملك زمام أمره إذ هو بيد سيده ولم تُشر كلُّ التشريعات إلى هذا الشرط، إذ لم يعد هناك رقٌّ، ولَمَّا كان الأمر كذلك كان منطقياً أن لا تتعرض له التشريعات.

#### سادسا: الذكورة

إنّ ذكّر الولي تعني غالبا المقدرة والقوامة وغالبا ما تكون هذه الصفات للذكور لأنهم الأقدر على تحمل تبعات من تولونهم، وان هذا الشرط محلّ اتفاق بين الفقهاء، هذا لو إستثنينا الحنفية إذ لا يشترطون الذكورة في الولي فهم لا يعتبرون الولي ضمن أركان عقد الزواج.

#### المطلب الثاني: أسباب الولاية

المقصود بالسبب عند الحديث عن أسباب الولاية في النكاح تلك الرابطة بين الولي والمولي عليه من قرابة أو ملك أو ولاء أو إمامة أو وصي، مما ينتج عنه ثبوت ولاية الولي على غيره، وتقديمه على من سواه في ذلك <sup>3</sup>.

من أسباب الولاية نجد :

#### الفرع الاول: القرابة

والمقصود بها رابطة النسب بين من تثبت له هذه الولاية وبين من تثبت عليه <sup>4</sup>، ولا خلاف بين العلماء في ثبوت ولاية التزويج لأقارب الميت الذكور وهم العصابات وإعتبارهم أقوى الأسباب

1 - البيهقي، السنن الكبرى، 112/7.

2 - أبو زكريا النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الجزء: 07، المحقق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة: 03، بيروت، 1412هـ / 1991م، ص: 47.

3 - السبب لغة : هو كل شيء يتوّصل به إلى الغير والجمع أسباب، وجعلت فلانا لي سبباً إلى فلان في حاجتي أي وصلة وذريعة، أنظر: ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، 458/01

4 - أسامة ذيب مسعود، الاكراه في عقد النكاح، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الاردنية وقانون الأحوال الشخصية، ص: 99.

لأنّ الإرث بها متفق عليه ويستحق بها جميع المال؛ ولكن الفقهاء اختلفوا في ثبوت ولاية التزويج لذوي الأرحام كأب الأم والخال وغيرهما من الذين يدلون إلى الزوجة بأنثى، وكان خلافهم على قولين:

\* **القول الاول:** يرى أنّه لا ولاية لذوي الأرحام، فالولاية خاصة بالعصابات وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية وأبي حنيفة في رواية عنه<sup>1</sup>.

ودليلهم يتلخص عموماً في أن الأولياء هم العصابات على الترتيب المعروف في الإرث لأنّ الولاية تثبت دفعاً للعار بعدم الكفاء، ذلك لأنّ العصابات هم الذين يُعَيَّرُونَ بذلك دون الأرحام.

• **القول الثاني:** إن كلّ الأقارب تثبت لهم الولاية في النكاح بما فيهم ذؤو الأرحام وهذا قول أبي حنيفة، ودليلهم يتلخص عموماً في نقطة هامة مفادها أن الأصل في هذه الولاية إنما هو القرابة الداعية إلى الشفقة والنظر في حق المولى عليه، وذلك يتحقق في كل من هو مختص بالقرابة فيشمل ذوي الأرحام بعد العصابات، إذ أنهم ممن عندهم الشفقة أيضاً<sup>2</sup>، وربما كانت الشفقة عند ذوي الأرحام أكثر من العصابات إذ الشفقة معروفة لدى الام وقرابتها كما في قرابة الأب.

وعموماً إنّ القرابة مبرر التولي ذلك أنها مدعاة للشفقة، فكلّ ما يُسيء للمولى عليها كأن تتزوج بغير كفاء كان عاراً يلحق الأقارب عموماً والعصابات خصوصاً، وعليه فالولاية تثبت للعصابات حسب ترتيبهم في الإرث ثم يأتي من بعدهم ذؤو الأرحام وإن كانوا يُدُلُّوا للزوجة بأنثى فقرابتهم مدعاة الشفقة أكثر من غيرهم.

### الفرع الثاني: الملك

ويراد بالملك ملك الرقيق فإذا ملك شخص عبداً أو أمةً ثبتت له الولاية الكاملة عليها ومنها ولاية التزويج، وإن كان في ولاية التزويج شيء من الخلاف بين الفقهاء إما في هذه الأيام فلا يوجد رقيق، لأنّ الإسلام ضيَّق مداخل الرق ووسع مخارجه إذ جعل تحرير الرقيق كفارة لكثير من الأفعال والتصرفات<sup>3</sup>.

1 - نضال محمد ابو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الاسلامية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون رقم الطبعة ، عمان، الاردن ، 432هـ 2011م ، ص : 79.

2 - نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح، المرجع نفسه، ص : 80 ، 83.

3 - أسامة ذيب مسعود، الاكراه في عقد النكاح، مرجع سابق، ص: 99.

يرى جل الفقهاء أن المملوك ليس له من أمر نفسه شيء، وكل أمره لسيدته، ذلك أنه في حكم المال ولصاحب المال التصرف في ماله بما يحقق مصلحته، هذا لو كان العبد رجلاً فإن الحديث عن المرأة من باب أولى.

### الفرع الثالث: الولاء

#### أولاً: التعريف اللغوي للولاء

من الولي: الواو واللام والياء أصل صحيح يدل على قرب

المولى: المعتق المعتق، الصعب والحليف وابن العم والناصر والجار كل هؤلاء من الولي وهو القرب؛ والولاء، ولاء المعتق وهو أن يكون ولاؤه لمعتقه كأنه يكون أولى به في الإرث من غيره إذا لم يكن للمعتق وارث نسب، والباب راجع كله إلى القرب إذ أنه المعنى المشترك للولاء والذي تعرضت له كل المعاجم اللغوية<sup>1</sup>، وذلك لأن أصل الولاء من الولي، وكلمة الولي والولية والتولي والولاء والولاية والولاية. والولي: القرب والدنو<sup>2</sup>.

يظهر جلياً أن المعنى المقصود في الولاء هو القرابة الملك إذ أن الولاء ما يترتب من علاقة بين المعتق والمعتق بعد العتق فالحديث عن الملك حديث عن أمر قد انتهى إلا أنه يمكن القول بأن المقصود بالملك عند من قال به هو الآثار المترتبة على الملك بعد زواله من ارث وولاية نكاح وغير ذلك<sup>3</sup>.

#### ثانياً: التعريف الاصطلاحي للولاء

وهو تعريف الشافعية بأنه عصبية سببها نعمة المعتق مباشرة أو سرية أو شرعاً كعتق أصله وفرعه فهذا التعريف اتسم بالشمولية حيث أنه تناول أصل المعرف "الولاء" وهو العصبية، وبين السبب الذي أدى إلى ثبوت هذه العصبية في إشارة إلى نعمة الإعتاق؛ ومعنى تعريف الشافعية: أن السيد المالك إذا إمتن على رقيقه بالعتق أي الحرية بات العبد الممتن عليه بالعتق عصبية لسيدته

1 - نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح، مرجع سابق، ص: 113.

2 - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، 411/15.

3 - نضال محمد ابو سنينة، الولاية في النكاح، المرجع السابق، ص: 114.

المالك، تجري عليه جميع أحكام التعصيب عند عدم عصبه النسب في كل من الإرث والنكاح ودفع الدية ونحو ذلك<sup>1</sup>.

ومن خلال التفحص والتدبر والنظر يبدو جلياً إنَّ معظم تعريفات الفقهاء المبسوطة في كتب الفقه للولاء إنما تشير إلى نوع واحد من الولاء المتفق عليه عند الفقهاء وهو ولاء العتاقة أو ولاء العتق<sup>2</sup> ودليل الولاء كسبب من أسباب ولاية التزويج قوله عز وجل: ﴿فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم﴾ (سورة الأحزاب، الآية: 05)

وأما من السنة فقولته صلى الله عليه وسلم: "... فإنما الولاء لمن أعتق"<sup>3</sup>، وقوله صلى الله عليه وسلم أيضاً "الولاء لحمة كلحمه النسب لا يباع ولا يوهب"<sup>4</sup>

إنَّ تشبيه النبي الولاء بالنسب دليل على قوة الولاء بالعتق، فعند انعدام القرابة النَّسَبِيَّة تحل القرابة السببية.

إن ما يمكن أن نخلص إليه بشأن الولاء الذي يتولد بالملك، ثم تفضل المالك بعتق معتقه فإن هذا العتق يولد قرابة بين المُعْتَق والمُعْتَق، وهذه القرابة هي قرابة نَسَبِيَّة أي نسبة للعتق وتكون بعدها سبباً من أسباب تولي التزويج.

1 - الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، 09/04.

2 - نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح، مرجع سابق، ص: 115.

3 - صحيح البخاري، الحديث: 27291، 192/03.

4 - البيهقي، السنن الكبرى، مرجع سابق، حديث : 3435، 04 / 210.

## الفرع الرابع: الإمامة أو السلطان

## أولاً: تعريف الإمامة

يراد بالإمام: كل من أُقْتَدِيَ به وقُدِّم للأمر والنبي صلى الله عليه وسلم: إمام الأئمة، والخليفة إمام الرعية والقرآن إمام المسلمين<sup>1</sup>.

ويراد بالإمامة في الاصطلاح: هو الإمام ويدخل فيها القاضي المأذون بالتزويج لأنه نائب عن الإمام<sup>2</sup>.

وبين ابن رشد أن المقصود بها السلطان أيضا كما في حاشية الدسوقي<sup>3</sup>.

وذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى أن الولاية تنتقل بعد ذوي الأرحام وموالي الموالات إلى الحاكم لأنه نائب السلطان<sup>4</sup>.

وأدلة ثبوت الولاية للسلطان أو الحاكم كثيرة، فجاء في القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾ (سورة النساء، الآية: 59)، ومعنى أولي الأمر منكم في إشارة إلى من يُدبَّر أمر الناس من حاكم وقاض، كما رُوِيَ عن عائشة قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أَيُّ امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوَالِيهَا؛ فَنَكَاحَهَا بَاطِلٌ (ثَلَاثَ مَرَّاتٍ)، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا؛ فَالْمَهْرُ لَهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا، فَإِنْ تَشَاجَرُوا؛ فَالْسلْطَانُ وَلِيٌّ مِنْ لَا وَلِيَّ لَهُ"<sup>5</sup>.

وجاء أيضا عن سهل بن سعد قال: جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: إني وهبت منك نفسي فقامت طويلا، فقال رجل: زوجنيها إن لم تكن لك بها حاجة، قال هل عندك من شيء تصدقها؟ قال ما عندي إلا إزاري، فقال إن أعطيتها إياه جلست لا إزار لك فالتمس شيئا فقال: ما أجد شيئا فقال التمس ولو خاتما من حديد، فلم يجد فقال: أمعك من القرآن شيء فقال: نعم سورة كذا وسورة كذا لسور سماها، فقال زوجناكها بما معك من قرآن<sup>6</sup> ووجه الدلالة من هذا

1 - ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، الجزء: 01، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ - 1979م، ص: 28.

2 - نضال محمد ابو سنينة، الولاية في النكاح، مرجع سابق، ص: 121.

3 - ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، 02 / 14.

4 - نضال محمد ابو سنينة، الولاية في النكاح، مرجع سابق، ص: 122.

5 - الألباني، الجزء: 06، الحديث: 1817، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الطبعة: 01، الكويت، 1423 هـ/2002م، ص: 320.

6 - صحيح البخاري، الحديث: 5135، 17/07.

الحديث أن النبي نسب التزويج إلى نفسه بقوله زوجها لأنها كان يرى ثبوت ولاية النكاح له بكونه إماماً وسلطاناً<sup>1</sup>.

ثانياً - شروط ثبوت ولاية الامام أو السلطان

أ - الشروط وفق الفقه الاسلامي

1 - عدم وجود الولي الخالص مطلقاً.

2 - عضل الولي وانعدام الأولياء ممن هم دونه: ففي هذه الحالة خاصة إن تقدم للمرأة من

هو كفاء، رُفِعَ الأمر إلى القاضي فيكون وليها في هذه الحالة.

3 - غياب الولي الأقرب

غير أن الشرط الأخير خلافاً بين الفقه، هل يتولى القاضي التزويج في حالة غياب القريب

رغم وجود الولي الأبعد وكان الفقهاء الذين يشترطون الولاية في هذا، على رأيين:

- الرأي الأول: وهو قول المالكية والحنابلة، فيرون أن يتولى التزويج الولي الذي يلي الولي

القريب رتبة، فقال ابن رشد المالكي: فإذا غاب الولي الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد<sup>2</sup>.

وقال البهوتي الحنبلي: "وإن غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة ولم يُوكَّل من يزوج، زوج الولي

الأبعد دون السلطان، لأن السلطان ولي من لا ولي لها، ما لم تكن أمة غاب سيدها فيزوجها

الحاكم<sup>3</sup>.

ودليل أصحاب هذا الرأي

- إن هذه ولاية نظرية: " وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه، ففوضناه إلى

الأبعد وهو مقدم على السلطان، فصار كما إذا كان الأقرب مجنوناً أو رقيقاً أو كافراً أو ميتاً أو

صغيراً"<sup>4</sup>، لأن السلطان ولي من لا ولي له وهذه لها ولي<sup>5</sup>.

- الرأي الثاني: وهو ما ذهب إليه الشافعية، ويرى الشافعي " ولا ولاية لأحد بنسب ولا ولاء

وأولى منه حي غائباً كان أو حاضراً بعيد الغيبة منقطعة مئوساً منه مفقوداً أو غير مفقود وقريبها

1 - نضال محمد ابو سنينة، الولاية في النكاح، مرجع سابق، ص : 121

2 - ابن رشد ، بداية المجتهد، مرجع سابق، ، 16/2

3 - نضال محمد ابو سنينة، الولاية في النكاح، المرجع السابق، ص : 128.

4 - فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، 02 / 127.

5 - نضال محمد أبو سنينة ، الولاية في النكاح، ص : 128.

مرجو الإياب غائبا وإذا كان الولي حاضراً فامتنع من التزويج فلا يزوجها الولي الذي يليه في القرابة ولا يزوجها إلا السلطان الذي يجوز حكمه<sup>1</sup>، أما إذا كان حاضرا وامتنع من التزويج " فلا يزوجها الولي الذي يليه في القرابة ولا يزوجها إلا السلطان الذي يجوز حكمه فإذا رفع ذلك إلى السلطان فحق عليه أن يسأل عن الولي"<sup>2</sup>.

وما يمكن أن نستخلصه من قول الإمام الشافعي أن السلطان يتولى التزويج عند غياب الولي كما يتولاه أيضا كما لو كان حاضرا وامتنع.

**4- إرادة الولي تزوج المولى عليها:** فيزوجه السلطان إن لم يكن لها ولي في درجته هذا لو كان الولي ليس محرما عليها، وهنا أقف على ما ذهب إليه التشريع السوري الذي سبق بيانه (للنظر في الترتيب) فقد إشتراط المحرمية في ولاية التزويج ولذلك نستبعد الشرط الرابع في ثبوت ولاية السلطان

#### ب- الشروط وفق القانون

بداية لا ينص القانون عند انتقال الولاية إلى أعلى القاضي، فهو بمثابة السلطان وفق المفهوم الشرعي.

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردنية في مادته الثانية والعشرين (22) "إذا غاب الولي الأقرب وكان في انتظاره تفويت لمصلحة المخطوبة انتقل حق الولاية إلى من يليه فإذا تعذر رأى من يليه في الحال وإن لم يوجد انتقل حق الولاية إلى القاضي".

يفهم من نص المادة أن الولاية تثبت للولي الذي يلي في حالة الفقد أو الغيبة ولا تثبت للقاضي إلا إذا فقد الأولياء.

ففي قانون الأسرة الجزائري في مادته الحادي عشر(11)<sup>3</sup>: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"، دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

1 - الشافعي، الأم، الجزء: 05، دار المعرفة دون رقم بدون طبعة، بيروت، 1410هـ/1990م، ص: 15.

2 - الشافعي، الأم، المرجع نفسه، 05 / 15.

3 - معدلة بموجب الامر: 05/02، المؤرخ في: 2005/02/27.

من خلال نص المادة يتبين أن المشرع لم يتناول موضوع القاضي إلا بالنسبة للقصر دون ذكر البالغين، إذ لا وجود للقاضي في تزويج الراشدة لاشتمال المادة على عبارة أي شخص تختاره مستبعدا حسب وفق ما أرى القاضي في ولاية التزويج، في حين حسب الفقرة الثانية من المادة نفسها أقرّ للقاضي ولاية التزويج لكن جعله مؤخرًا أي بعد الولي القريب والبعيد.

وقد أثرت مسألة غياب الولي وكذلك السلطان، فمن يتولى تزويج المرأة؟

إن هذه المسألة نادرة الحدوث إلا أن الفقهاء قد أثاروا هذه المسألة خاصة لو عُرض للمرأة فرصة قد لا تتحقق وغاب الولي والسلطان، هنا فصل الفقهاء في المسألة من ناحيتين :

**أولاً:** إن المرأة لا تتولى زواج نفسها حتى لا تدخل في عموم حديث الرسول صلى الله عليه وسلم "لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"<sup>1</sup>.

**ثانياً:** لا يجوز تولية غير الولي أو الحاكم (القاضي) إلا عند عدمهم، فهنا للمرأة أن تولي أمرها رجلاً مجتهداً ليزوجها من خاطبها، ويعد هذا الرجل بمثابة المُحَكِّم، والمحكم كالحاكم<sup>2</sup>.

### الفرع الخامس: الوصية

#### أولاً- تعريف الوصية

##### أ- التعريف اللغوي للوصية

مشتقة من الفعل وصى يوصي فهو واص، وأوصى إليه جعله وصية يتصرف في أمره وماله وعياله بعد موته، وعهد إليه، وأوصى له بشيء، أي جعله، وصى إليه: أي عهد إليه وتوصى القوم: أوصى بعضهم بعضاً، والوصية: ما يوصى به، والجمع وصايا، والوصى جميعاً: جرائد النخل التي يحزم بها وقيل هي من الفسيل خاصة، واستوصى به: قبل الوصية به، واستوصى به خيراً أراد الخير له وفعله<sup>3</sup>.

1 - سنن ابن ماجه، الجزء: 01، الحديث: 1882، الحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، دون رقم ومكان وسنة الطبع، ص: 606.

2 - نضال أبو سنينة، الولاية في النكاح، مرجع سابق، ص: 131، 132.

\* هذه الحالة قد لا تتحقق نهائياً لعدة أسباب، لعل أبرزها وجود القاضي بشكل يستحيل معه تحقق هذه الحالة، هذا رغم أن القاضي يتولى التزويج في حال انعدام الأقارب، العصبات وذوو الأرحام، حسب أبو حنيفة، وهؤلاء على كثرتهم قد لا يكون للقضاء دور في الولاية، إذ أن دور القاضي في التزويج، غالباً ما يبرز في حالة عضل الولي.

3 - ابن منظور، لسان العرب، 393/15.

**ب- التعريف الاصطلاحي للوصية**

عرفها الحنفية بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع وعرفها المالكية بنفس تعريف الحنفية، أما الشافعية فقد عرّفوها بأنّها: تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت<sup>1</sup>.

وعرفها الحنابلة فقالوا: أن الوصية بالمال هي "تبرع بعد الموت"<sup>2</sup>.

وقد عرفها الزحيلي: " بأن هناك من العلماء من عرف الوصية تعريفاً أشمل وأعم ممّا ذُكر فقال: هي الأمر بالتصرف بعد الموت وبالتبرع بمال بعد الموت فشمّل الوصية للإنسان بتزويج بناته أو غسله أو الصلاة عليه إماماً."<sup>3</sup>

إن ما يمكن أن نخلص إليه مما سبق تعريفه بشأن الوصية بأنها عقد من عقود التبرع لا تكون نافذة لصالح الموصى له إلا بعد وفاة الموصي، وهي بمثابة عقدٍ معلق على شرط واقف وهو تحقق الوفاة؛ تخول الموصى له التصرف في حاجات تتوقف على مقتضى الوصية فإن تضمنت الوصية التصرف في المال كان ذلك دون تجاوزه، أمّا إن تضمنت إدارة شؤون الأسرة كان ذلك ولعل من شؤون الورثة تولي تزويج البنات.

**ثانياً- أقوال العلماء في نيابة وصي الولي**

من الجدير بالذكر أن الوصاية فيها معنى النيابة عن الولي وهي تشبه الوكالة إلا أن هناك فرقا ينبغي الإشارة إليه وهو أن وكيل الوصي يكون نائباً عنه في حياته أما وصي الولي فيكون نائباً عنه في مماته<sup>4</sup>.

إنقسم الفقهاء بشأن كون الوصي نائباً عن الولي في التزويج إلى ثلاثة أقوال:

1- القول بعدم الجوز: أي لا أن تكون الوصية سبباً في التزويج.

ت- القول بالجواز: تثبت الولاية بسبب الوصية من الولي وهو مذهب المالكية والراجح عند

الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله.

1 - نضال محمد ابو سنينة، الولاية في النكاح ، مرجع سابق، ص: 135.

2 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 193/06.

3 - نضال محمد ابو سنينة، الولاية في النكاح ، مرجع سابق، ص: 135؛ ووهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، 7440/10.

4 - نضال محمد ابو سنينة، الولاية في النكاح، لمرجع سابق ص: 136.

وتستفاد ولاية النكاح بالوصية إن نص على التزويج، كالأب ويجبر من يجبره الموصي<sup>1</sup>. يستفاد من القول الثاني أن الوصية تكون سببا في ولاية التزويج اذا نص الولي صراحة في الوصية على ولاية التزويج، ويصبح حينها الموصى له بمثابة الولي في التزويج وكذا العضل إن رأى مصلحة المرأة.

**ج-القول بالجواز المشروط: أي إن الولاية في النكاح تثبت بسبب الوصية، وذلك شريطة أن لا يكون للمرأة عصة تُبَاشِر نكاحها، أما حال وجود العصة فلا تثبت هذه الولاية بسبب الوصية وهي رواية عن الإمام أحمد غير الرواية السابقة<sup>2</sup>.**

و جاء في المغني إن كان لها عصة لم تجز الوصية بنكاحها لأنه يسقط حقهم بوصيته وإن لم يكن عصة جاز لعدم ذلك<sup>3</sup>.

### ثالثا - شرعية الوصاية في التزويج

إنقسم الفقه الإسلامي بشأن الوصية كسبب من أسباب الولاية إلى إتجاهين:

#### 1- الإتجاه الاول: ويرى أن الوصية ليست سببا من أسباب ولاية النكاح

و هو ما جاء عن نافع عن ابن عمر - رضي الله عنهما في قضية زواج عبد الله ابن عمر من ابنة خاله - إذ جاء فيه: توفي عثمان بن مظعون وترك ابنة له من خولة بنت حكيم بن أمية بن حارثة بن الأوقص، وأوصى إلى أخيه قدامة بن مظعون، قال عبد الله: وهما خالاي فخطبت إلى قدامة بن مظعون ابنة عثمان بن مظعون فزوجها ودخل المغيرة بن شعبة - يعني إلى أمها - فأرغبها في المال، فحطت إليه، وحطت الجارية إلى هوى أمها، فأبتا حتى ارتفع أمرهما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قدامة بن مظعون يا رسول الله ابنة أخي أوصى بها إلي فزوجتها ابن عمتها فلم أقصر بها في الصلاح ولا في الكفاءة ولكنها امرأة حطت إلى هوى أمها، قال: فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "هي يتيمة ولا تتكح إلا بإذنها" وإنما قال: فانترعت والله مني بعد أن ملكتها، فزوجوها المغيرة بن شعبة<sup>4</sup>

1- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 20/07.

2- ابن قدامة، المغني، المرجع نفسه، 20/07.

3- ابن قدامة، المغني، المرجع نفسه، 20/07.

4 - الدار قطني، سنن الدار قطني، حديث: 37، 230/3، حديث: 37، و: البيهقي، السنن الكبرى، 195/7.

يُستَفَاد من الحديث أَنَّ الرسول صلى الله عليه وسلم قد رد نكاح الوصي بالرغم من أَنَّهُ ابن عمها وهو من العصابات ولم يجعل الوصية سبباً من أسباب الولاية في الإنكاح. غير أن هذا الحديث وإن سبق في باب أدلة من قال أَنَّ الوصية ليست سبباً من أسباب ولاية الإنكاح، إلا أن هذا قد يُرَدُّ إنكاح الولي في حد ذاته متى ثبت عدم رضا المرأة وقد يساق الحديث من باب عدم إجبار الولي من في ولايته على الزواج إذا لم ترض، ويكون هذا كما لو كانت المرأة يتيمة فإن حكمها حكم الثيب.

وأرى أَنَّهُ يستفاد من الحديث ما يلي:

- إن أمر تزويج المرأة يعود إلى رضاها متى تقدم لها الكفء.
- إن المرأة اليتيمة أمرها إليها كالثيب تماماً ما لم تبلغ العلم للحديث "ليس مع العلم يتيم".
- إن الوصي يكون ولياً في غياب العصابة من الورثة ما لم يكن الوصي من العصابة.
- تقديم العصابة على الوصي لما تحققه العصابة من مصلحة المرأة والتي حتما لا تتعارض مع مصالحهم، خاصة ما يلحقهم من عار المصاهرة إلى جانب أنهم أولى بالرعاية من غيرهم إذ نُفُتَرَض فيهم الشفقة على المولى عليها والذي قد لا يتوافر في الوصي ما لم يكن من الأقارب.

## 2- الإتجاه الثاني: الوصية سبباً من أسباب ولاية التزويج

ولأنه يجوز أن يستتنب فيها في حياته، فيكون نائبه قائماً مقامه بعد موته فجاز أن يستتنب فيها كولاية المال وما ذكره يبطل بولاية المال فعلى هذا لا يصير وصياً في النكاح بالوصية إليه في المال، لأنها إحدى الولايتين فلم يملكها بالوصية كالوصية الأخرى قياساً على وصية المال لا تملك بالوصية في النكاح<sup>1</sup>.

إن ما يمكن فهمه من القول السابق أَنَّهُ طالما كان للإنسان أن يوكل غيره في حياته كأن يوصي بعد مماته، فالوصي نائب عن الموصي فكما صحت منه الوكالة صحت منه الوصية. من خلال ما سبق بيانه بشأن الوصية كسبب من أسباب ولاية التزويج يمكن القول أن الوصية التي مفادها أن للوصي نفس سلطة الولي في التصرف، لكن كما لو كان محل الوصاية مال، لكن لو كان محل التصرف تزويج المرأة كان ذلك محل نظر.

1 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 20/07؛ انظر: الألباني، إرواء الغليل، حديث رقم 1835، 233/6.

ويمكن القول أن الوصي بإمكانه تولي تزويج المرأة كما لو كانت الوصية صريحة بشأن التزويج وأن لا يكون للمرأة عصبات، وإن كانوا كان لابد الحصول على إجازة منهم، وعليه يمكن طرح السؤال التالي: ماذا لو كانت للمرأة عصبات وأوصى وليها لشخص أن تزويجها ووافقت المرأة على تولي الوصي دون العصبات فلن يكون الأمر للوصي أو للولي من العصبات؟.

من خلال ما جاء من حديث نافع بن عمر - رضي الله عنهما - المذكورة سابقاً<sup>1</sup> والذي يستفاد منه أنه كما يكون للمرأة رفض تزويج الوصي لها قبول ذلك فمناطق الأمر لها أي رضاها، كما أنه للمرأة رد تزويج وليها وهو أولى بالولاية من الوصي ومن باب أولى أن ترفض تزويج أحد العصبات بعد الولي القريب.

يمكن عموماً أن نصل بشأن الوصية كسبب في التزويج إلى ما يلي:

- **إن كانت المرأة بالغة:** سواء كانت بكراً أو ثيباً كان الأمر بيدها فإن قبلت ولاية الوصي كان ذلك، وإنعقد الزواج، فإن رفضت تولى أحد العصبات تزويجها مع الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المولى عليها.

- **إن كانت المرأة قاصراً:** فليس لها من أمرها شيء فهي بعد لم تخبر الحياة، وهنا الولاية إما للوصي أو العصبات ممن يلي الولي القريب فإن إتبعنا قول الإمام أحمد بن حنبل - رحمه الله - الذي أوقف تزويج الوصي على إنعدام العصبات، وبالتالي حسبه لا وصاية في وجود العصبات أو بمفهوم عكسي للوصي التزويج بإجازة من العصبات، وإنما جعل الأمر للعصبات لما قد يلحقهم من عار كما لو زوج الوصي بغير كفاء، إلى جانب الشفقة مفترضة فيهم لكن هذا يبقى اجتهاد للفقهاء.

لكن ماذا لو تنازع الوصي وقدم كفؤاً، وقدم العصبات كفؤاً آخر، هنا يرفع الأمر للقاضي إذ عليه أن يوازن ويرى مصلحة المرأة، فقد يأخذ برأي الوصي لا العصبات.

قد يكون الوصي من العصبات لكن قريب بعيد، فهل للعاصب القريب رد تزويجه في هذه الحالة الشفقة ودرء العار مفترض في العاصب وهي من بين أسباب رد تزويج الوصي كما ذكرنا وبالتالي كان للعاصب التزويج، وقد يرفع الأمر للقاضي إذ يمكن القول أن الوصي القريب التزويج فهو أولاً

1 - انظر: ما سبق الحديث صفحة 131.

من الأقارب وثانياً قد أوصى له الولي وهو أدري بمصلحة موليته وإنما جعل الوصية في القريب من العصابات لإحتمال غلبة شففته ورحمته على العصابات.

**نقطة هامة:** رضا المرأة الموصى عليها، فالأمر معقود برضاها، فإن كانت قاصراً روعيت مصلحتها، وغلب ما يخدمها ولو على حساب رضاها.

### المطلب الثالث: ترتيب الأولياء

#### الفرع الأول: ترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي

إنّ الولي على إختلاف المذاهب الفقهية والقوانين الوضعية المختلفة في درجته وأهميته في إنشاء عقد الزواج، إلا أن دوره في العقد - عقد الزواج - لا يمكن تجاهله خاصة في مراعاة مصلحة الزوجة وإكمال ما ينقصها في دينها وعقلها.

قد يتعدد الأولياء لذا فلا بد من ترتيب لهم، وهنا نطرح سؤالاً مؤداه لمن تثبت الولاية ومن يتقدم أولاً لو تعدد الأولياء.

تثبت الولاية حسب الفقهاء للعصابات واختلفوا في تقديم الابن على الأب.

**أولاً: مذهب الحنفية:** ذهب الحنفية إلى أن الولاية للعصبة على ترتيبهم في الإرث والحجب كالتالي: الابن وابنه وإن نزل - وخالف محمد بن الحسن في المعتوه فقدم الأب على الابن - ثم الأب ثم الجد وإن علا - وتقديم الجد على الأخ هو المعتمد في المذهب الحنفي وذكر الكرخي أن الجد والأخ يشتركان في الولاية عندهما، والصحيح أن تقديم الجد على الأخ متفق عليه بين الإمام وصاحبيه، ثم الأخ الشقيق ثم ابنه، ثم ابن الأخ لأب، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب، ثم أعمام الأب الشقيق، ثم أبناءه، ثم عم الجد الشقيق، ثم أبناءه ثم عم الجد لأب، ثم أبناءه وإن نزلوا، فإذا لم يكن هناك عصبة فالولاية حسب أبي حنيفة للأب ثم بنت بنت الابن، ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت بنت، ثم الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأب، ثم الأخ أو الأخت أم، ثم أولادهم، ثم دُؤو الأرحام فتقدم العمات، ثم الأخوال ثم الخالات ثم بنات الأعمام ثم بنات العمات

فإذا فُقِدَ هؤلاء إنتقلت الولاية للحاكم، ودليله في جعل الولاية لهؤلاء بعد العصيات هو القرابة الباعثة على الشفقة<sup>1</sup>.

**ثانيا: مذهب المالكية:** لم يختلف المالكية في أن الولاية تكون للعصبة مع الحنفية، فمن كان أقرب عصبة كان أحق بالولاية والأبناء عندهم أولى وإن سفلوا، ثم الآباء ثم الإخوة الأشقاء، ثم الإخوة لأب ثم بنو الإخوة الأشقاء، ثم بنو الإخوة لأب، ثم الأجداد للأب وإن علو ثم العمومة على ترتيب الإخوة وإن سفلوا ثم السلطان، ثم عامة المسلمين.

**ثالثا: مذهب الشافعية:** رأيه كراي من قبله غير أنه اختلف من حيث الترتيب فجعل الولاية للأب وأصوله الجد وإن علا، ثم يأتي فروع الأب من الرجال ثم الإخوة الأشقاء ثم الإخوة لأب ثم ابن الأخ الشقيق وإن سفل ثم ابن الأخ لأب وإن سفل ثم الحاكم.

**رابعا: مذهب الحنابلة:** ذهب الحنابلة إلى أن الولاية للعصبة على الترتيب التالي: الأب، ثم الجد أبو الأب وإن علا، ثم الابن وابنه وإن نزل، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم بنوهم وإن نزلوا، ثم الأعمام، ثم بنو الأعمام وإن نزلوا، ثم أعمام الأب، ثم بنو أعمام الأب وإن نزلوا، ثم أعمام الجد ثم بنو أعمام الجد وإن نزلوا، ثم الأقرب فالأقرب من العصبات، فإن عُدِمَت العصبات فالحاكم<sup>2</sup>.

من خلال عرض آراء الفقهاء، يتبين أن هناك إختلافاً فيما بينهم، فالحنفية قالوا إن ولاية الإيجاب تثبت للعصبات النسبية، وقربات ذوي الأرحام والسلطان أو نائبه، بينما ذهب المالكية إلى القول أن ولاية الإيجاب لا تثبت إلا للأب ووصي الأب فقط، بينما قال الشافعية أن ولاية الإيجاب للأب والجد - أبو الأب - لأنه بمنزلة الأب عند فقده، أما فقهاء الحنابلة فهم متفقون مع المالكية في أن ولاية الإيجاب للأب ووصيه فقط<sup>3</sup>.

1 - جميل فخري محمد جاسم، مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، 1998، ص: 218، من خلال ما ذكر في المتن، يتبين لنا أن الحنفية هم من إنفردوا في ولاية المرأة، وجعل الولاية للمرأة القريبة على الحاكم، وباعثهم في ذلك هي القرابة الباعثة على الشفقة، وإن كان تلميذ أبو حنيفة قد خالفه، إذ ذهب أبو يوسف أن الولاية بعد العصبات للحاكم، لا للأب ولا لأخوات، لا لذوي الأرحام، ودليلهم في ذلك أن الولاية اقتضت على العصبات، لقوله صلى الله عليه وسلم "النكاح للعصبات"؛ انظر: جميل فخري محمد جاسم، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

2 - جميل فخري محمد جانم، مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع نفسه، ص: 219.

3 - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية، دون رقم الطبعة، الجزائر، 1998، ص: 126.

إن ما يمكن أن ننتهي إليك من خلال عرض ملخص ما ذهبت إليه المذاهب الفقهية الأربعة على اختلافها وإن إتفق اثنان منها - المالكية والحنابلة - يبدو لي قول المالكية والحنابلة الأقرب عقلا ومنطقا فلا يمكن حسبهم إطلاق الولاية للعصبات مطلقا والأب أو الجد من جهة الأب أولى بالولاية في تزويج كونهم أوفر شفقة على المولى عليهم والأقرب درجة في القرابة للمرأة من غيرهم كما أنه لو أثبتنا الولاية لبني الأخوة الأشقاء فإن هؤلاء يكونون قد تولوا تزويج عمتهم وهم أقل درجة منها. وبالتالي لا مجال لتقديم الابن على الأب بالرغم من أن الأب هنا من أصحاب الفروض في وجود الابن العاصب، إذ الولاية لا تكون للعصبة حسب ترتيبهم في الإرث والحجب.

### الفرع الثاني: ترتيب الأولياء في القوانين الوضعية

#### أولا: في الدول العربية

نص القانون الاردني في المادة التاسعة من قانون الأحوال الشخصية على أن: " الولي في الزواج هو العصبة بنفسه وفق الترتيب المنصوص عليه في القول الراجح من مذهب أبي حنيفة "

لم تختلف القوانين العربية كلها على أن الولاية تكون للعصبة، القانون السوداني في الفقرة الأولى المادة(32)، قانون 1991 ومشروع القانون العربي المادة (14) (المجلة العربية الأمانة العامة ص: 20، مشروع القانون الخليجي في المادة 12 إذ نصت المادة على مايلي " الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على ترتيب الإرث" كما نصت القانون التونسي الأحوال الشخصية في الفصل (8) على أن " الولي هو العاصب بنفسه ".

يعتبر القانون السوري منفردا عن باقي التشريعات العربية إذ أنه اتفق معهم في أن الولاية تكون للعصبات غير أنه قصرها في العصبات المحارم. وفق ما جاءت به المادة 21 من قانون الأحوال الشخصية إذ تنص على مايلي: " الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على ترتيب الإرث بشرط أن يكون مَحْرَمًا ".

كما أخذ بهذا الرأي مشروع القانون الإماراتي وفق المادة (31) التي جاء فيها " الولي في الكفاءة هو الأب ثم الجد الصحيح ثم الأخ الشقيق دون سواهم"

بالرغم من أن ما ذهب إليه القانون السوري في قصر الولاية على العصابات المحارم دون سواهم رأي لم يسبق إليه الفقه، غير أنه وفق ما إجتهدوا إليه أنه إن وُلِّيَ على المرأة العصابة من غير المحارم كابن العم مدعاة في تحكم هذا الأخير في زواج ابنة عمه، مما قد يعطل زواجها رغبة منه فيها، فلا يستقيم معها، إذ العبرة في الولاية هي مراعاة مصلحة المولى عليه، غير أن هذا قد يرده البعض، ذلك أن الولاية عليها إن كانت بالغة كان لها حق إختيار الزوج، فلم يبق لابن العم مجال للتحكم في منع ابنت العم من الزواج، وإنما له الحق في الاعتراض على من تختاره من الأزواج، فاذا وجد القاضي أنه كفاء لها، وأن إعتراض ابن العم في غير محله أذن بالزواج؛ لهذا فإن اشتراط المحرمية في الولي حسبهم خلافا لأقوال الفقهاء لا مبرر له<sup>1</sup>.

بالرغم ما قد قُدِّمَ من مبررات بشأن نفي المحرمية في العصابة وبالتالي مناقضة ما ذهب إليه القانون السوري، غير أنها تبدو مبررات ناقصة لا ترقى الى الهدف من إشتراط المحرمية فندفع ولاية ابن العم لما قد يشتبه فيه في مراعاة مصلحة المرأة، ونتجنب اللجوء إلى القضاء فنحقق مقصدين أولهما أن يشغل القضاء فيما هو أولى ويُنقِص عن كاهله جزءاً من القضايا وثانيهما تعزيز دور المحرم في التولي إذ المحرمية تحقق حتما مصلحة المولى عليه.

أما في التشريع الجزائري فقبل تعديل قانون الأسرة، كان للولي دوراً هاماً في عقد الزواج، بل عده من أركان العقد حيث عدَّ الأولياء إبتداءً من الأب فالأقرب فالأقرب، وهو ما يتفق مع المذهب المتبع ألا وهو مذهب الامام مالك رحمه الله الذي جعل الولاية في العصابات متوقفة عند الاب والجد من جهة الاب أو وصيهما فقط دون أن تنتقل إلى الابن.

غير أن التعديل الأخير لقانون الأسرة ( بموجب الأمر 02/05 ) قلَّ من مركز الولي فجعل للمرأة الراشدة تتولى زوجها بحضور وليها فهو من جهة قلَّ من دوره، ف سابقا كان هو الذي يتولى زواج المرأة الراشدة، ومن جهة ثانية عدد جملة من الأولياء، غير أنه إستعمل عبارة أو والتي تفيد الإختيار لا الترتيب، والأدهى من ذلك ذكر في آخر جملة الأولياء " أي شخص تختاره " وبالتالي كان للمرأة أن تختار أي شخص مع وجود أبيها.

1 - جميل فخري محمد جانم ، مقومات عقد الزواج، مرجع سابق، ص: 220 .

## ثانيا: في الدول الاجنبية

لا تولي الدول الاجنبية أهمية للولي لإعتبار عقد الزواج يندرج ضمن الشريعة العامة ولا يفرق بين الرجل والمرأة في إبرام العقود بشكل عام ومن ضمن ذلك عقد الزواج، إذ لا عبء بالولي ما لم يكن أحد أطراف العقد قاصرا يلزمه ولي أو وصي وهذا له أحكام خاصة.

## الفرع الثالث: انتقال الولاية

إن مسألة انتقال الولاية لا تثار إلا في حالة غياب الولي أو في حالة عضله.

## أولاً: انتقال الولاية بغياب الولي

لا ولاية للولي لأبعد مع وجود الولي الأقرب المتوفرة فيه شروط الأهلية فإذا غاب الولي الأقرب بحيث لا ينتظر الخاطب الكفاء استطلاع رأيه، انتقلت الولاية الى من يليه في القرب عند الحنفية والمالكية والحنابلة، وذهب الشافعية الى أنّها تنتقل الى الحاكم هذا في مختصر آراء الفقهاء ولنا بيان تلك الآراء الى أقوال ثلاثة.

- القول الأول: ذهب الحنفية والإمام الشافعي في أحد قوليه إلى أنّ الولاية تنتقل من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد. إذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة يُخشى معها فوات الكفاء.

إذا إنتظرنا حضوره واستطلاع رأيه، إلا أنّ الحنفية إختلفوا في الغيبة المنقطعة فقبل مسيرة شهر، وقيل إذا كان في موضع لا تصل إليه القوافل والرسل في السنة إلا مرة واحدة غيبة منقطعة<sup>1</sup> إنّ الغيبة المنقطعة لا يمكن بأي حال من الأحوال الحديث عنها في وقتنا الراهن الذي كثرت فيه وسائل الاتصال الحديثة، كالهاتف النقال وخاصة الانترنت، فبخاصية السكايب ترى الشخص صوتا وصورة، ومعها لا يمكن الحديث عن غيبة الولي المنقطعة، إذ الغيبة المنقطعة تؤول في وقتنا الحاضر الى مفهوم الفقد وله أحكام خاصة به.

وإستدل القائلون بانتقال الولاية إلى الأبعد عند تعذر وجود الاقرب بأن الأب الأقرب في ولاية التزويج، ولكن إذا تعذر حصول التزويج منه لسبب بُعده مثلا، فإن الولاية في التزويج تثبت لمن يليه من العصبات كما لو جن أو مات<sup>2</sup>.

1 - أسامة ذيب مسعود، الاكراه في عقد النكاح، مرجع سابق، ص 113

2 - أسامة ذيب مسعود، الاكراه في عقد النكاح، المرجع نفسه، ص: 113.

- **القول الثاني:** ذهب الشافعية في رواية إلى القول أنّ الولاية في التزويج عند غيبة الولي الأقرب المنقطعة تنتقل إلى القاضي، لأنّ ولاية التزويج هو حق له، فإن تعذر حضوره ناب عنه القاضي أو الحاكم، فالولاية لمن يلي الولي الغائب غير ثابتة، فبالغياب تزول ولايته، فتكون الولاية للسلطان أو الحاكم، فالولي الأبعدُ محجوبٌ لولاية الأقرب فلا يجوز له التزويج كما لو كان حاضراً، ودليل بقاء ولايته أنه لو زوج من حيث هو أو وكّل صح<sup>1</sup>؛ وإستدل أصحابُ هذا القول بقول الرسول صلي الله عليه وسلم: " السلطان ولي من لا ولي له "وجه الدلالة من هذا الحديث أنه يدل بمنطوقه على أن السلطان ولي من لا ولي لها، فالمرأة التي يكون لها ولي لا يكون السلطان وليها؛ سواء حاضرا أو كان غائبا.<sup>2</sup>

- **القول الثالث:** وهو ما ذهب إليه الامام مالك وهو قوله: أن هناك فرقا بين الولي المُجبر والولي غير المُجبر، وقال إن غاب الولي المجبر، فإما أن تكون الغيبة قريبة أو بعيدة؛ فإن كانت قريبة بقيت ولايته حتى يعود؛ وإن كانت الغيبة بعيدة ويُرَجَى حضوره فلا تُرَوِّج إلا بحضوره، أما إن كان لا يُرَجَى حضوره وكانت المرأة بالغة زوجها القاضي، فإن لم تكن بالغة لم يزوجه القاضي إلا إذا خاف عليها الفساد؛ وإن غاب الولي غيرُ المجبر غيبة قريبة، وتقدم إليها كفاء وأثبتت ما تدعيه من كفاءة الخاطب وغيبة الولي وحاجتها، زوجها القاضي دون الولي الأبعد وكذلك إذا غاب غيبة بعيدة لأن القاضي وكيل الغائب، فإن زوجها الولي الأبعد جاز ذلك مع الكراهة، أما إن كان للولي وكيل مفوض فهذا أولى من الأبعد.<sup>3</sup>

### من خلال بيان الأقوال الثلاثة فمن تؤول إليه الولاية لو غاب الولي القريب؟

يمكن حصر ذلك في: إما أن تؤول للولي الأبعد أو إلى القاضي، في حالة عدم وجود الوكيل المفوض - حسب الإمام مالك وفق ما ذكر أعلاه - ذلك أن الوكيل المفوض أولى، فهو بمثابة الولي، فإن لم يوجد هذا الأخير تولى التزويج الولي البعيد بدلا من القاضي.

1 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج ، مرجع سابق، ص:226.

2 - أسامة ذيب مسعود، الاكراه في عقد النكاح، مرجع سابق، ص: 114، 115.

3 -ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 32/07.

حيث رجّحت الولاية للقاضي في حالة العضل - وهو ما سيأتي بيانه لاحقاً - استناداً للحديث المذكور سابقاً في العضل، فالوليُّ موجودٌ ومع ذلك تركنا الأمر للقاضي، فلا يُعقل أن تنتقل الولاية للبعيد، إذ يعد بمثابة قرح في الولي القريب، فالقاضي يرجح ما يخدم المرأة، فهو بمثابة المُحكّم؛ بينما في غيبة الولي لا حرج من تولي الولي البعيد، فهو الأقرب للمرأة من القاضي، وهو خلاف ما يكون في حالة العضل - وسيأتي بيان ذلك في مبحث شرعية الولي -، وفي هذه الحالة تكون الولاية للولي الأبعد، فهو الأصلح لو غاب الولي القريب، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فتولي الولي البعيد لا يشكل قدحاً في ولاية القريب كونه بعيداً، ولعل أبرز حجة نقدمها بهذا الشأن هو ضعف تكوين القضاة من الناحية الشرعية، ما قد لا يراعي ذمةً في المرأة المُتولى تزويجها، ونخفف بذلك على القضاة عبءاً يكونون في غنى عنه .

### ثانياً: انتقال الولاية للأبعد في وجود الولي الاقرب

#### أ- في المذاهب الفقهية

- في المذهب الحنفي جاء في المبسوط: " إن زوجها الأبعد والأقرب حاضر توقف على إجازة الأقرب؛ لأن الأبعد كالأجنبي عند حضرة الأقرب فيتوقف عقده على إجازة الولي، فإن كان الأقرب غائباً غيبةً منقطعةً فلأبعد أن يزوجه " <sup>1</sup>.
- وفي المذهب المالكي: جاء في بداية المجتهد ونهاية المقتصد: إذا زوج الأبعد مع حضور الأقرب اختلف فيها قول مالك، فمرة قال: للأب أن يجيز أو يفسح، وهذا الخلاف كله عنده فيما عدا الأب في ابنته البكر، والوصي في محجورته، فإنه لا يختلف قوله أن النكاح في هذين مفسوخ، أعني تزويج غير الاب البنت البكر مع حضور الأب أو غير الوصي المحجورة مع حضور الوصي، وقال مالك أيضاً: إذا غاب الولي الأقرب انتقلت الولاية الى الأبعد <sup>2</sup>.
- وقال الشافعي تنتقل الى السلطان <sup>3</sup>؛ وقال لا يعقد أحد مع حضور الأب لا في بكر ولا في ثيب.

1 - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، 220/04.

2 - ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، 41/03.

3 - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 220/04.

- أما الحنابلة، فقد جاء في المغني على مختصر الخراقي: إذا زوجها الولي الأبعد مع حضور الولي الأقرب فأجابته إلى تزويجها من غير إذنه لم يصح، وبهذا قال الشافعي، وقال مالك يصح لأن هذا ولي له أن يزوجه بإذنها كالأقرب، وحجة الحنابلة: أن هذا مُسْتَحَق بالتعصيب، فلم يثبت للأبعد مع وجود الأقرب كالميراث وبهذا فارق القريب البعيد<sup>1</sup>.

### ب- في القانون:

- وفي قال الاحوال الشخصية الأردني رقم(16) لسنة 2010 حيث نصت المادة 16 منه على مايلي:"رضاء أحد الأولياء بالخاطب يسقط إعتراض الآخرين، إذا كانوا متساوين في الدرجة ورضاء الولي الأبعد عند غياب الولي الأقرب يسقط إعتراض الولي الغائب، ورضا الولي دلالة كرضائه صراحة"

- أمّا في قانون الأسرة الجزائري: فقد كرس آخر تعديل مبدأ الرضائية في عقد الزواج إلى حد يكاد يلغي فيه دورَ الولي الذي أنزل مرتبته من الركن إلى الشرط، إلى جانب التعداد الذي نص عليه فيما يخص الأولياء؛ خاصة عبارة أو أي شخص تختاره هذا بالنسبة للمرأة الراشدة، ولم يتعرض المشرع الى فكرة العضل وأيضا غيبة الولي وقد يكون قد فعل ذلك قاصدا مخافة الخوض في أمور فقهية قد لا يحيط بها رجال القانون وإن أحاطوا بها فلا يُعَلَم عواقبها لو لم يُقَدِّروا العقيدة الراسخة في أذهان الشعب.

وقد فعل حسنا بذلك لأنه في هذه الحالة يلجأ القاضي إلى المصدر الثاني في التشريع وهو الشريعة الاسلامية إذ المذهب المنتج هو المذهب المالكي، فتنقل الولاية في العضل للقاضي وفي الغيبة للولي الأبعد.

أمّا فيما يخص تولى التزويج الأبعد في حضرة الأقرب، فلنا أن نطبق عليه أحكام الفضالة التي يتوقف فيها نفاذ العقد على إجازة المعني بالعقد مباشرة.

1 - أحمد محمد علي داود، الاحوال الشخصية، دار الثقافة، دون رقم الطبعة، الاردن، 1430هـ 2009 م ، ص: 189.

## المبحث الثاني: شرطية الولاية

اتفق الفقهاء على عدم اشتراط الولاية لزواج الرجل ما دام بالغاً عاقلاً، فيملك أن يزوج نفسه بأي امرأة سواء كانت مكافئة له أو أقل منه، بمهر المثل أو بأكثر منه دون أن يعترض عليه أحد في ذلك، وإختلفوا في المرأة البالغة العاقلة بكرّاً كانت أو ثيباً، هل يمكنها تزويج نفسها أم يشترط حضور وليها؟ على الأقوال التالية<sup>1</sup>.

## المطلب الأول: اشتراط الولاية

إن المرأة لا تزوج نفسها ولا غيرها، فلا ولاية لها في عقد الزواج على نفسها ولا غيرها بالولاية، ورؤي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وعائشة - رضي الله عنهم - قال ابن المنذر: "إنه لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك"<sup>2</sup>، وإلى ذلك ذهب سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز، والثوري، وابن أبي ليلى وابن شبرمة، وأبو عبيد والطبري، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة، وهو ما نقله عن أبي يوسف كل من الطحاوي والكرخي<sup>3</sup>، واستدلوا على ذلك بما يلي:

## الفرع الأول: الأدلة من القرآن الكريم

· قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (سورة البقرة، الآية: 232)، وهذه الآية نزلت في معقل بن يسار إذ عضل أخته عن مراجعة زوجها، ولولا أن له حقاً في الإنكاح ما نهى عن العضل، قال ابن عبد البر: "هذا أصح شيء وأوضحه في أن للولي حقاً في الإنكاح، ولا نكاح إلا به، لأنه لولا ذلك ما نهى عن العضل، ولاستغني عنه"، ثم بيّن وجه إحتجابه بقوله: "ألا ترى أن الولي نهى عن العضل، فقد أمر بخلاف العضل، وهو التزويج، كما أن الذي نهى عن أن يبخس الناس قد أمر بأن يوفي الكيل والوزن، وهذا بيّن كثير"<sup>4</sup>

· قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ (سورة النساء، الآية: 25)، فالآية صريحة بإشتراط طلب إذن الأهل.

1 - الشافعي، الأم، مرجع سابق، 20/05، و: ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، 32/09 .

2 - الشوكاني، نيل الأوطار، الجزء: 06، تحقيق: عصام الدين الصبايطي، دار الحديث، الطبعة: 01، مصر، 1413هـ /1993م، ص: 143.

3 - أنظر: ابن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، الجزء: 19، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1387 هـ، ص: 89.

4 - ابن عبد البر، التمهيد، المرجع نفسه، 19 / 90.

- قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ﴾ (سورة النور، الآية:32)، فلم يخاطب تعالى في هذه الآية إلا الرجال، ولو كان هذا الأمر إلى النساء لذكرهن.
- قوله تعالى حكاية عن شعيب - عليه السلام - في قصة موسى - عليه السلام - : ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَةَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ﴾ (سورة القصص، الآية:27)، قال القرطبي: وفي هذه الآية دليل على أن النكاح إلى الولي، لا حظاً للمرأة فيه لأن صالح مدين تولاه<sup>1</sup>
- قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ (سورة النساء، الآية:34)، فأخبر تعالى أن للرجال حق القوامة على النساء، ومن القوامة الولاية عليهن.

### الفرع الثاني: الأدلة من السنة النبوية الشريفة:

- الحديث الاول: قول النبي صلى الله عليه وسلم: " لا نكاح إلا بولي"<sup>2</sup>، وهو من أصرح الأحاديث الدالة على اشتراط الولي، والاستدلال به من الوجهين التاليين:
- أولاً: صحة الاحتجاج به

فقد أورد المخالفون ضعف الحديث بسبب إرساله، وقد أجاب القرطبي على ذلك بقوله: " من يقبل المراسيل يلزمه قبوله، وأما من لا يقبل المراسيل فيلزمه أيضاً، لأن الذين وصلوه من أهل الحفظ والثقة، وممن وصله إسرائيل وأبو عوانة، كلاهما عن أبي إسحاق عن أبي بردة عن أبي موسى عن النبي صلى الله عليه وسلم، وإسرائيل ومن تابعه حَقَّاطُ، والحافظ تقبل زيادته، وهذه الزيادة يعضدها أصول<sup>3</sup>.

بل قد ذكر ابن القيم الاحتجاج على قبوله من خمسة وجوه، هي:

- أ- تصحيح من تقدم من الأئمة له، وحكمهم لروايته بالصحة كالبخاري وعلي بن المدني والترمذي وبعدهم الحاكم وابن حبان وابن خزيمة.

1 - تفسير القرطبي، مرجع سابق، 271/13.

2 - قال الشوكاني: « وقد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي صلى الله عليه وسلم، عائشة وأم سلمة وزينب بنت جحش، ثم سرد تمام ثلاثين صحابياً، وقد جمع الإشارة الديمياطي من المتأخرين، وقد اختلف في وصله وإرساله، فرواه شعبة والثوري عن أبي إسحاق مرسلًا، ورواه إسرائيل عنه فأسنده، وأبو إسحاق مشهور بالتدليس، وأسند الحاكم من طريق علي بن المدني، ومن طريق البخاري والذهلي وغيرهم، أنهم صححوا حديث إسرائيل» انظر: الشوكاني، نيل الأوطار: 249/6، سنن الدارقطني: 220/3، صحيح ابن حبان: 389/9، أبو داود: 229/2، المستدرک: 183/2، سنن ابن ماجه: 605/1.

3 - تفسير القرطبي، مرجع سابق، 72/3، وابن عبد البر، التمهيد، مرجع سابق، 89/19.

ب- ترجيح إسرائيل في حفظه وإتقانه لحديث أبي إسحاق، وهذا شهادة الأئمة له وإن كان شعبة والثوري أجلّ منه لكنه لحديث أبي إسحاق أتقن وبه أعرف.

ت- متابعة من وافق إسرائيل على وصله كشريك ويونس بن أبي إسحاق، قال عثمان الدارمي: سألت يحيى بن معين، شريك أحب إليك من أبي إسحاق أو إسرائيل فقال شريك أحب إلي وهو أقدم وإسرائيل صدوق قلت يونس بن أبي إسحاق أحب إليك أو إسرائيل فقال كُلُّ ثقة.

ث- ما ذكره الترمذي، وهو أن سماع الذين وصلوه عن أبي إسحاق كان في روايات مختلفة، وشعبة والثوري سمعاه منه في مجلس واحد.

ج- أن وصله زيادة من ثقة ليس دون من أرسله، والزيادة إذا كان هذا حالها فهي مقبولة كما أشار إليه البخاري.<sup>1</sup>

### ثانيا: إنّ المخالفين أوّلوا الحديث على أن معناه ( نفي الكمال لا نفي الصحة)

وقد أجاب أصحاب هذا القول بأن الأولى هو حملُ النفي في الحديث على نفي الفعل الشرعي، لا على نفي الفعل الوجودي، لأن الظاهر أن الشارع يطلق ألفاظه على عرفه، هو الشرعي، فلو حملناه على أن الفعل الحسي منتف احتجنا إلي إضمار لتصحيح اللفظ، وهو المسمى القدرة والافتضاء، وينشأ عنه النظر في أن اللفظ يكون عاما أو مجملا أو ظاهرا في بعض المحامل، أما إذا حملناه على نفي الحقيقة الشرعية، فلا نحتاج إلي إضمار فكان الأولى في هذا حملُه على الحقيقة الشرعية، فيكون نفيًا للنكاح الشرعي، بخلاف حملِه الحقيقة الحسية، فإن عدم الولي حسا احتجنا إلي إضمار فحينئذ يضمن بعضهم الصحة وبعضهم الكمال.<sup>2</sup>

وقد عضد الحديث الأول ( لا نكاح إلا بولي) الحديثين التاليين:

**الحديث الثاني:** عن عائشة رضي الله عنها عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: (أيا امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل، فإن أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له).<sup>3</sup>

1 - حاشية ابن القيم: 74/6.

2 - شرح عمدة الأحكام: 151/1.

3 - الحديث حسنه الترمذي وصححه ابن حبان وأخرجه ابن عدي، كلهم من طريق سليمان بن موسى عن ابن جريج عن الزهري عن عروة عن عائشة، قال في رواية ابن عدي قال: ابن جريج، فلقيت الزهري فقال: أخشى أن يكون سليمان وهم، قال الترمذي: وضعف يحيى بن معين رواية إسماعيل هذه، وقال ابن حبان: ليس هذا مما يقدر في صحة الخبر،.../.../...

**الحديث الثالث:** عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: (لا تتكح المرأة المرأة، ولا المرأة نفسها، وإنما الزانية هي التي تتكح نفسها)<sup>1</sup>

- الرد على ما استدل به المخالفون من السنة:

أما الأحاديث التي استدلت بها المخالفون، ومنها قوله - صلى الله عليه وسلم -: (الأيّم أحق بنفسها من وليها)<sup>2</sup>، فقد قال ابن تيمية رحمه الله: "فلما جعل الثيب أحق بنفسها دل على أن البكر ليست أحق بنفسها، بل الولي أحق، وهم تركوا العمل بنص الحديث وظاهره، وتمسكوا بدليل خطابه"<sup>3</sup>.

والحديث يُحتملُ من حيث اللَّفظ أن المراد أحق في كل شيء من عقد وغيره، ويحتمل أنها أحق بالرضا أن لا تُزوّج حتى تنطق بالإذن، بخلاف البكر، فلما صحّت الأحاديث الدالة على إشتراط الولي تعيين الاحتمال الثاني، وأن المراد أحق بالرضا دون العقد، وأن حقّ الولي في العقد، ودل أفعال التفضيل المقتضي المشاركة أن لوليها حقا أكد، وحقها أن لا يتم ذلك إلا برضاها.

أما دلالة الأيّم في اللغة على غير المتزوجة فقد أُخْتِلف في ذلك، فقال علماء الحجاز وكافة الفقهاء، المراد الثيب المتوفى عنها أو المطلقة، لأنه أكثر استعمالاً، ولأن جماعة من الثقات روه بلفظ (الثيب)، ولمقابلته بالبكر، وقال الكوفيون وزفر والشعبي والزهري: الأيّم هنا على معناه اللغوي ثيباً أو بكرةً بالغة.

.../... لأن الضابط قد يحدث ثم ينسى، فإذا سئل عنه فلا يكون نسيانه دالا على بطلان الخبر، وقال الحاكم نحو ذلك، ثم أسند عن أبي حاتم الرازي عن أحمد، أنه ذكر هذه الحكاية فقال: ابن جريج له كتب مدونة ليس هذا فيها؛ وذكر البيهقي في المعرفة عن بعض الناس: أنه أعل هذا الحديث بهذه الحكاية، ثم رد عليه بتوهين أحمد وابن معين، انظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية: 60/2، التحقيق في أحاديث الخلاف: 255/2، نصب الراية: 184/3.

1 - قال ابن حجر: رواه ابن ماجة والدارقطني من طريق ابن سيرين عن أبي هريرة، وفي لفظ: وكنا نقول: إن التي تزوج نفسها هي الزانية، ورواه الدارقطني أيضا من طريق أخرى إلى ابن سيرين فبين أن هذه الزيادة من قول أبي هريرة، ورواه البيهقي من طريق عبد السلام بن حرب عن هشام عنه بها، تلخيص الحبير: 157/3، وانظر: التحقيق في أحاديث الخلاف: 259/2، الدراية في تخريج أحاديث الهداية: 80/2.

2 - مسلم: 1037/2، الموطأ: 524/2، الترمذي: 416/3، الدارمي: 186/2، البيهقي: 115/7، الدارقطني: 240/3، ابن حبان: 367/9، النسائي: 280/3.

3 - كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه: 24/32.

## الفرع الثالث: الادلة العقلية

1- إنَّ النكاح عقدٌ عظيمٌ، خطرُهُ كبيرٌ، ومقاصدُهُ شريفةٌ، ولهذا أظهر الشرعُ خطرَهُ باشتراطِ الشاهدين فيه من بين سائر المعاوزات، فلا يُظْهَرُ خطرُهُ جعلت مباشرته مفوضة إلى أولي الرأي الكامل من الرجال.

2- أنَّ النساء ناقصاتُ العقل والدين، فكأن نقصان عقلها بصفة الأنوثة بمنزلة نقصان عقلها بصفة الصغر، والدليل على إعتبارِ نقصان عقلها، أنه لم يجعل إليها من جانب رَفْعِ العقد شيء، بل الزوج هو الذي يستبد بالطلاق<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني: عدم اشتراط الولاية

أي جواز مباشرة المرأة عقد زواجها وزواج غيرها مطلقاً إلا أنه خلاف المستحب، وهو قول محمد بن سيرين والشعبي والزهري وقتادة، وهو قول أبي حنيفة<sup>2</sup>، في الرواية الأولى عنه، وهي ظاهر الرواية، واستدلوا على ذلك بما يلي:

## الفرع الأول: الادلة من القرآن الكريم

وروت آياتٌ قرآنية كثيرة تصرح بأن الزواج ينعقد بعبارة النساء، لأن الزواج المذكور فيها منسوب إلى المرأة، ومن قال بعدم إنعقاده بعبارة النساء فقد رد نص الكتاب، ومنها:

1 - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، 11/05.

2 - للحنفية في استقلال المرأة بالولاية سبع روايات هي: روايتان عن أبي حنيفة: 1 . تجوز مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقاً إلا أنه خلاف المستحب، وهو ظاهر المذهب ، 2 . رواية الحسن عنه: إن عقدت مع كفاء جاز ومع غيره لا يصح ، واختيرت للفتوى لَمَّا دُكِرَ أن كمن واقع لا يرفع وليس كل ولي يحسن المرافعة والخصومة ولا كل قاض يعدل ، ولو أحسن الولي وعدل القاطبة: 01، ضي فقد يترك أنفة للتردد على أبواب الحكام واستقلالاً لنفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان منعه دفعا له.

وعن أبي يوسف ثلاث روايات: 1 . لا يجوز مطلقاً إذا كان لها ولي 2 . ثم رجع إلى الجواز من الكفاء لا من غيره 3 . ثم رجع إلى الجواز مطلقاً من الكفاء وغيره.

وروايتان عن محمد: 1 . انعقاده موقوفاً على إجازة الولي إن أجازه نفذ وإلا بطل، إلا أنه إذا كان كفئاً وامتنع الولي يجدد القاضي العقد ولا يلتفت إليه. 2 . ورواية رجوعه إلى ظاهر الرواية. فانتهى الخلاف إلى اتفاق الثلاثة على الجواز، مطلقاً من الكفاء وغيره ، وهذا الوجه الذي ذكرناه عن أبي يوسف من ترتيب الروايات عنه وهو ما ذكره السرخسي، انظر: المبسوط: 10/5، تبيين الحقائق: 218/5، حاشية ابن عابدين: 57/3، شرح فتح القدير: 255/3.

· قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾ (سورة البقرة، الآية: 230)، ووجه الاستدلال بالآية أن الله تعالى أجاز فعلها في نفسها من غير شرط الولي<sup>1</sup> . قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاصُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (سورة البقرة، الآية: 232)، ووجه الاستدلال بالآية من وجوه<sup>2</sup>، منها إضافة العقد إليها من غير شرط إذن الولي، ومنها نهيها عن العضل إذا تراضى الزوجان، والنهي يمنع أن يكون له حق فيما نهي عنه، ومنها أنه لما كان الولي منهيًا عن العضل إذا زوجت هي نفسها من كفو<sup>3</sup>، فلا حق له في ذلك، كما لو نهي عن الربا والعقود الفاسدة لم يكن له حق فيما قد نهي عنه، فلم يكن له فسخه، وإذا اختصموا إلى الحاكم فلو منع الحاكم من مثل هذا العقد كان ظالمًا مانعًا مما هو محظور عليه منعه، فيبطل حقه أيضا في الفسخ فيبقى العقد لا حق لأحد في فسخه فينفذ ويجوز.

قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ (سورة البقرة، الآية: 234)، ووجه الاستدلال بالآية من وجهين، أحدهما إضافة عقد النكاح إليها في قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾، والثاني قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ فنسب التراجع إليهما من غير ذكر الولي.

1 - وعلى عكس ذلك استدلال الشافعي بالآية ، فقال: « وهذه أبين آية في كتاب الله تعالى تدل على أن النكاح لا يجوز بغير ولي، لأنه نهي الولي عن المنع، وإنما يتحقق المنع منه إذا كان ممنوع في يده» ، الأم: 166/05.

2 - انظر تفصيل الوجوه في ذلك : أحكام القرآن للجصاص: 545/01.

3 - عبد القادر داودي، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الإسلامية جامعة وهران، 2005، ص:124.

## الفرع الثاني: الأدلة من السنة

ورود الأحاديث الدالة على صحة الزواج من دون ولي، ومنها:

**الحديث الأول:** عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الأيّم أحق بنفسها من وليها"<sup>1</sup>، وقد فسروا الأيّم بأنه إسم لامرأة لا زوج لها، بكرًا كانت أو ثيبًا، قال السرخسي: "وهذا هو الصحيح عند أهل اللغة، وهو إختيارُ الكرخي، قال: الأيّم من النساء كالأعزب من الرجال، بخلاف ما ذكر محمد، أن الأيّم اسم للثيب"<sup>2</sup>؛ واستدلوا على ذلك من اللغة بما ورد في أمثال أكثر بن صيفي: (كل ذات بعل ستئيم)، وهو يضرب لتحول الزمن بأهله، ويقول الشاعر:

أفاطم إني هالك فتثبتي ولا تجزعي كل النساء تئيم<sup>3</sup>

وهذا الحديث من أقوى ما يستدل به أصحاب هذا القول، ويعتبرونه معارضا للأحاديث التي ساقها أصحاب القول الأول، ويترجح عليه بقوة سنده، قال في حاشية ابن عابدين: "الأيّم من لا زوج لها بكرًا أو لا، فإنه ليس للولي إلا مباشرة العقد إذا رضيت، وقد جعلها أحق منه به، ويترجح هذا بقوة السند والاتفاق على صحته، بخلاف الحديثين الأولين (يقصد ما سبق ذكره من أحاديث) فإنهما ضعيفان أو حسنان، أو يجمع بالتخصيص، أو بأن النفي للكمال، أو بأن يراد بالولي من يتوقف على إذنه، أي لا نكاح إلا بمن له ولاية"<sup>4</sup>.

**الحديث الثاني:** عن سهل بن سعد، قال: أنت النبي صلى الله عليه وسلم امرأة، فقالت: إنها قد وهبت نفسها لله ولرسوله صلى الله عليه وسلم، فقال: «ما لي في النساء من حاجة»، فقال رجل: زوجنيها، قال: «فقد زوجتكها بما معك من القرآن»<sup>5</sup>، ولم يسألها هل لها ولي أم لا، ولم يشترط الولي في جواز عقدها.

**الحديث الثالث:** أن أم سلمة لما انقضت عدتها، بعث إليها أبو بكر رضي الله عنه يخطبها عليه، فلم تزوجه، فبعث إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب يخطبها عليه،

1 - مسلم: 1037/2، الموطأ: 524/2، الترمذي: 416/3، الدارمي: 186/2، البيهقي: 115/7، الدارقطني: 240/3، ابن حبان: 367/9، النسائي: 280/3.

2 - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، 12/05.

3 - فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق، 02/177.

4 - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 56/03.

5 - أنظر: صحيح البخاري: الحديث: 5029، 192/06.

فقالت: أَخْبِرِ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنِّي إِمْرَأَةٌ غَيْرِي، وَأَنِّي إِمْرَأَةٌ مَصْبِيَّةٌ، وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْ أَوْلِيَائِي شَاهِدٌ، فَأَتَى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ: إِرْجِعْ إِلَيْهَا فَقُلْ لَهَا: أَمَا قَوْلُكَ إِنِّي إِمْرَأَةٌ غَيْرِي، فَسَادَعُو اللَّهَ لَكَ فَيَذْهَبُ غَيْرَتُكَ، وَأَمَا قَوْلُكَ إِنِّي إِمْرَأَةٌ مَصْبِيَّةٌ فَسَتُكْفَيْنِ صَبِيَانِكَ، وَأَمَا قَوْلُكَ أَنْ لَيْسَ أَحَدٌ مِنْ أَوْلِيَائِي شَاهِدٌ فَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْ أَوْلِيَائِكَ شَاهِدٌ وَلَا غَائِبٌ يَكْرَهُ ذَلِكَ، فَقَالَتْ لِإِبْنِهَا: يَا عَمْرُؤُ، قُمْ فَزُوجِ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَزُوجَهُ<sup>1</sup>.

وقد حملت الأحاديثُ على الأمانة إذا زوجت نفسها بغير إذن مولاها، أو على الصغيرة أو على المجنونة، أو أنها محمولة على بيان النذب، وأن المستحب أن لا تباشر المرأة العقد ولكن الولي هو الذي يزوجها.

### الفرع الثالث: الأدلة العقلية

- 1- أنها تصرفت في خالص حقها، ولم تلحق الضرر بغيرها، فينعقد تصرفها كما لو تصرفت في مالها، لأن النكاح من الكفء بمهر المثل خالص حقها، بدليل أن لها أن تطالب الولي به، ويُجبر الولي على الإيفاء عند طلبها.
- 2- أنها من أهل إستيفاء حقوق نفسها، فإنما إستوفت مباشرة حقها، وكفت الولي الإيفاء، وقاسوا ذلك على صاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه، فاستوفى كان استيفاؤه صحيحاً.
- 3- إن إختيار الأزواج إليها باتفاق الفقهاء، والتفاوت في حق الأغراض والمقاصد إنما يقع باختيار الزوج لا بمباشرة العقد، ولو كان لنقصان عقلها عبرة لما كان لها إختيار الأزواج.
- 4- أنها تُعامل معاملة الكبير بدليل إعتبار رضاها في مباشرة الولي العقد، ولو كانت بمنزلة الصغيرة لما أُعْتِبِرَ رضاها، ويجب على الولي تزويجها عند طلبها، ولو كانت كالصغيرة لما وجب الإيفاء بطلبها.
- 5- أن حقَّ مطالبة الولي لأجل المروءة، لأنها تستحي من الخروج إلى محافل الرجال لتباشر العقد بنفسها، ويعد هذا وقاحةً منها، ولكن هذا لا يمنع صحة مباشرتها.
- 6- إنها لما بلغت عن عقلٍ وحرية فقد صارت ولية نفسها في النكاح، فلا تبقى مولا عليها كالصبي العاقل إذا بلغ.

1 - النسائي: 286/3، ابن حبان: 212/7، البيهقي: 131/7، أحمد: 317/6.

7- إن ولاية الإنكاح إنما تثبت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعاً، لكون النكاح تصرفاً نافعاً متضمناً مصلحة الدين والدنيا، وحاجتها إليه حالاً ومآلاً وكونها عاجزة عن إحراز ذلك بنفسها، وكون الأب قادراً عليه بالبلوغ عن عقل زال العجز حقيقة، وقدرت على التصرف في نفسها حقيقة، فتزول ولاية الغير عنها، وتثبت الولاية لها.

أن النيابة الشرعية إنما تثبت بطريق الضرورة نظراً، فتزول بزوال الضرورة، لأن الحرية منافية لثبوت الولاية للحر على الحر، وثبوت الشيء مع المنافي لا يكون إلا بطريق الضرورة، ولهذا المعنى زالت الولاية عن إنكاح الصغير العاقل إذا بلغ، وتثبت الولاية له.

### الترجيح:

إنطلاقاً مما سبق من أدلة الفريقين، فإن القول الراجح الذي نراه، هو التوسط بينهما، وذلك باعتبار الولاية شرطاً شكلياً من شروط الزواج، ومعنى هذا القول أن الولاية ليست ركناً من أركان الزواج، على خلاف من يقول بذلك لإمكان قيام الزواج شرعاً بدونها، ولعدم توفر الأدلة القطعية الكافية لإعتبار ركنيتها، وللخلاف في أصل اعتبارها.

وليس كذلك شرط صحة الزواج، وقد استدلل ابن رشد لذلك بقوله: "ولكن الذي يغلب على الظن أنه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الأولياء وأصنافهم ومراتبهم، فإن تأخر البيان عن وقت الحاجة لا يجوز، فإذا كان لا يجوز عليه - صلى الله عليه وسلم - تأخير البيان عن وقت الحاجة، وكان عموم البلوى في هذه المسألة يقتضي أن ينقل اشتراط الولاية عنه - صلى الله عليه وسلم - تواتراً أو قريباً من التواتر... فقد يجب أن يُعتَقَدُ أحد أمرين إمّا أنه ليست الولاية شرطاً في صحة النكاح، وإنما للأولياء الحسبة في ذلك، وإمّا إن كان شرطاً فليس من صحتها تمييز صفات الولي وأصنافهم ومراتبهم، ولذلك يضعف قول من يُبْطَلُ عقد الولي الأبعد مع وجود الأقرب"<sup>1</sup>، وهي ليست ركناً ولا شرط صحة أيضاً لأن بعض الأولياء يسيئ استخدام هذا الحق، فيستغل ولايته ليرمي موليته حيث شاء دون اعتبار لرغباتها.

ومع ذلك فإن عدم اعتبار الولي إطلاقاً مناف للنصوص الكثيرة الدالة على ذلك، وفتح لباب عظيم من الفساد والانحراف في المجتمع، وتهديم لبنان الأسرة المتماسك، وقد يتسبب عنه ضياع حقوق المرأة لعدم المطالب بها، وهو فوق ذلك إساءة لأوليائها الحريصين على مصالحها.

1 - ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، 09/02.

ولأجل هذه الاعتبارات، فإن القول الذي يمكن أن يجمع بينها جميعا هو اعتبار الولي شرطا شكليا للزواج، وآراء الفقهاء التفصيلية تكاد تقول بهذا القول، وقد كانت عائشة، رضي الله عنها، إذا هوى الفتى من بني أختها الفتاة من بني أخيها ضربت بينهما سترا وتكلمت، فإذا لم يبق إلا النكاح قالت: يا فلان، أنكح، فإن النساء لا ينكحن<sup>1</sup> وقد عبر عن هذا الاشتراط الشكلي الشعبي عندما سئل عن رجل زوج أختا له بواسطة فكرهت قال: هي أحق بنفسها قلت: إنه أخوها لأبيها وأمها قال: هي أحق بنفسها من أبيها إذا كرهت<sup>2</sup>، بل أنّ النصوص النبوية تدل على هذا النوع من الإشتراط فقد روي أن جارية بكرة أتت النبي - صلى الله عليه وسلم - فذكرت له أن أباه زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم.

وروي أن فتاة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: إن أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي حسيته، فجعل الأمر إليها، فقالت: قد أجزت ما صنع أبي ولكني أردت أن أعلم للنساء من الأمر شيئا<sup>3</sup>، وقد نَعَجِبُ لهذا التعبير، فكيف يكون شرطا، ثم يكون شكليا؟

والإجابة عن هذا التساؤل يتضمنها هذا الفصل، فسندى الكثير من الجوانب التي تجعل من هذا الشرط مجرد رسم من الرسوم يقصد منه إضفاء هيبة على هذا العقد الشرعي من غير أن يكون له تأثير على العقد نفسه، أو هو بتعبير آخر مجرد وكالة للمرأة صيانة لها في محافل الرجال والشهود.

### المطلب الثالث: أثر الزواج بدون ولي

إن المراد بأثر الزواج دون ولي للمرأة وللعقد ككل، هل يختلف كما لو كانت المرأة شريفة أو وضيعة، وهو ما سنبيته فيما يلي:

#### الفرع الأول: أثر اختلاف حال المرأة بين الشرف والوضاعة على شرطية الولي

اشتهر عن المالكية في الولاية التفريق بين الشريفة والدنيئة، حتى تصور البعض أن المالكية

1 - ابن أبي شيبة، المصنف، مرجع سابق، 276/03.

2 - ابن أبي شيبة، المصنف، المرجع نفسه، 427/3.

3 - النسائي، السنن، الجزء: 06، كتاب النكاح، البكر يزوجه أبوها، حديث رقم: 3269، ص: 86، حديث مرفوع وهو ضعيف، وورد الحديث أيضا عند ابن ماجة، السنن، الجزء: 03، كتاب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة، حديث رقم: 1874، ص: 321، حديث مرفوع وهو ضعيف شاذ.

يشترطون الولاية في الشريفة دون الدنيئة<sup>1</sup>، ولم يروا ذلك عن مالك وإنما روى ابن القاسم أن الدنيئة التي ليس لها ولي بقرابة ولا ولاية يجوز أن يزوجها الأجنبي دون الإمام، وقد أنكر ابن الماجشون رواية ابن القاسم، وقال: إنما قال مالك ذلك في الأعجمية تَعَمَدُ للرجل فيلي منها ما يلي من مولاته، لا بأس أن يعقد نكاحها بإذنها إذا لم يكن لها ولي، وأما ذات الحال والنسب فلا<sup>2</sup>، وقد أنكر ابن حزم مثل هذه المقولة بقوله: "أما قول مالك فظاهر الفساد، لأنه فرق بين الدنيئة وغير الدنيئة، وما علمنا الدناءة إلا معاصي الله تعالى، وأما السوداء، والمولاة فقد كانت أم أيمن رضي الله عنها سوداء ومولاة، ووالله ما بعد أزواجه صلى الله عليه وسلم في هذه الأمة امرأة أعلى قدرا عند الله تعالى وعند أهل الإسلام كلهم منها، وأما الفقيرة، فما الفقر دناءة، فقد كان في الأنبياء عليهم الصلاة والسلام الفقير الذي أهلكه الفقر وهم أهل الشرف والرفعة حقا وقد كان قارون، وفرعون، وهامان: من الغنى بحيث عرفوا وهم أهل الدناءة والردالة حقا، وأما النبطية: فرب نبطية لا يطمع فيها كثير من قريش ليسارها، وعلو حالها في الدنيا، ورب بنت خليفة هلكت فاقاة وجهدا وضياعا<sup>3</sup>.

وقد كان الشافعي أقرب إلى فهم مراد مالك، وأبلغ في الرد عليه من ابن حزم في قوله: السنة والآثار على كل امرأة، فمن أمركم أن تخصّوا الشريفة بالحيطة لها وإتباع الحديث فيها، وتخالقون الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن بعده في الدنيئة، أرايتم لو قال لكم قائل: بل لا أجزى نكاح الدنيئة إلا بولي لأنها أقرب من أن تُدَلِّسَ بالنكاح، وتصير إلى المكروه من الشريفة التي تستحي على شرفها، وتخاف من يمنعها<sup>4</sup>، ثم عقب على ذلك بقوله: "فإن الخطأ في هذا القول لأبين من أن يحتاج إلى تبيينه بأكثر من حكايته"<sup>5</sup>

وللإجابة على اعتراض الشافعي، ننقل بعض ما ذكره ابن عبد البر نقلا عن الإمام مالك توضيحا لمقصده من ذلك التفريق الذي أثار عليه الفقهاء: "في هذا الباب أقاويل يظن من سمعها أن بعضها يخالف بعضا، وجملة هذا الباب أن الله تبارك وتعالى أمر بالنكاح وَحَثَّ عليه الرسول صلى الله عليه وسلم، وجعل الله المؤمنين بعضهم لبعض أولياء، فقال تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ

1 - الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، 102/02.

2 - سليمان التيجيبي، المنتقى شرح الموطأ، 270/3، الخرشي، منح الجليل شرح مختصر خليل 181/03.

3 - ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، 33/09.

4 - الشافعي، الأم، مرجع سابق، 222/07.

5 - الشافعي، الأم، المرجع نفسه، 222/07.

وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴿سورة التوبة، الآية: 72﴾، والمؤمنون في الجملة هكذا يرث بعضهم بعضاً، فلو أن رجلاً مات لا وارث له، لكان ميراثه للمسلمين، ولو جنى جناية لعقل عنه المسلمون، ثم تكون ولاية أقرب من ولاية، وقربة أقرب من قرابة، وإنما يجوز النكاح على جهته، وبمن هو أولى بالمرأة، وبمن لو تشاجروا وترافعوا إلى الحاكم لجعل أمر المرأة إلى ذلك الرجل، فإذا كانت المرأة بموضع لا سلطان فيه، ولا ولي لها، فإنها تُصَيَّرُ أمرها إلى من يُوثق به من جيرانها فيزوجها، ويكون هو وليها في هذه الحال، لأن الناس لا بد لهم من التزويج، وإنما يعملون فيه بأحسن ما يمكن<sup>1</sup>.

قال ابن عبد البر تعقيباً على ما نقله من قول مالك: "وعلى هذا قال مالك في المرأة الضعيفة الحال إنه يزوجه من تَسْنِدُ أمرها إليه، لأنها ممن تضعف عن السلطان، وأشبهت من لا سلطان بحضرتها، ورجعت في الجملة إلى أن المسلمين أولياؤها، ولذلك قال مالك في المرأة التي لها أولياء، إنه يزوجها ذو الرأي منهم، وإن كان أبعد إليها من غيره، على ما قال عمر بن الخطاب: "لا تتكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان"، لأن ذلك وجه من وجوه إنكاحها، بل هو أحسنه، لأنه لو رفع إلى الحاكم أمرها لأسنده إلى ذلك الرجل<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: أثر استبعاد الأولياء على صحة الزواج

اختلف الفقهاء القائلون باشتراط الولاية في الزواج، فيما لو صيرت المرأة أمرها إلى رجل وتركت أولياءها على قولين:

#### أولاً: فسخ الزواج

فإذا وقع الدخول وتناول الأمر لم يفسخ، وهو قول مالك والليث بن سعد، واستدلوا على ذلك بأن الأمور إذا تفاوتت لم يُرد منها إلا الحرام الذي لا شك فيه، ويشبه ما فات من ذلك بحكم الحاكم إذا حكم بحكم لم يفسخ إلا أن يكون خطأ لا يَشْكُ فيه، فأما ما يجتهد فيه الرأي وفيه الاختلاف فإنه لا يفسخ، ولا يرد من رأي إلى رأي.

1 - ابن عبد البر، التمهيد، مرجع سابق، 90/19

2 - ابن عبد البر، التمهيد، المرجع نفسه، 90/19

قال ابن عبد البر: "وأما ما قال مالك: إنَّ المرأة إذا تزوجت من غير ولي، ففسخه الحاكم أنها تطليقة، فإنما قال ذلك لما وصفنا أنه ليس يعلم حقيقة أنه حرام، ولو كان يعلم حقيقة أنه حرام لكان فسحا بغير طلاق"<sup>1</sup>.

### ثانيا: بطلان الزواج

أن النكاح بغير ولي مفسوخٌ أبداً قبل الدخول وبعده، ولا يتوارثان إن مات أحدهما، وهو مذهب الشافعية، واستدلوا على ذلك بما يلي:

- أن الولي من فرائض النكاح لقيام الدليل من الكتاب والسنة على أن لا نكاح إلا بولي.
- أن المسلمين تتكافأ دماؤهم، وهكذا في سائر الأحكام، ليس في شيء منها فرق بين الوضيع والرفيع في كتاب ولا سنة.

### الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو عدم الفسخ قبل الدخول وبعده إلا إذا كان في الزوج من خصال الكفاءة ما لا تتمكن المرأة من العيش معه بسلام، أو تزوجها بتدليس وغرر كبير، فإن الزواج بهذه الحالة يفسخ، لحق الأولياء في موليتهم، ويتولى الفسخ الحاكم، ويستحسن أن لا يتم ذلك إلا بعد اقتناع المرأة بالعيوب التي يطالب على أساسها الأولياء بالتفريق، والأفضل في التفريق أن يكون فسحا لا طلاق.

1 - ابن عبد البر، التمهيد، مرجع سابق، 94/19.

### المبحث الثالث: مركز الولي في عقد الزواج

لا يمكن بأي حالٍ من الأحوال الحديث عن عقد الزواج دون ذكرٍ للولي خاصة بالنسبة للمرأة وهو دليل خصوصية عقد الزواج عن سائر العقود؛ سواء تطرقنا الى مركز الولي بالنسبة للقوانين الوضعية العربية خاصة والاسلامية عموماً، أو القوانين الوضعية للدول الغربية أو بالنسبة للفقهاء الاسلامي؛ فالولاية عموماً قد أثارت إهتمام الكثير من الباحثين في الفقهاء الوضعية والاسلامي خاصة مع تأثر الأنظمة العربية قاطبة بالنموذج الأوروبي وتنامي فكرة تحرر المرأة، الشيء الذي أثار بشكل كبير على مركز الولي؛ وأعني خاصة دول المغرب العربي، وقد التحقت الجزائر بهذا الركب حيث إنفتح تشريعها على المذاهب الفقهية تبريراً للتقليل من شأن الولي إلى إيجاد مرجعيات مذهبية، خاصة مع الإختلاف البين بين ما إنتهجه الأحناف بالمقارنة مع مذهب الجمهور.

لبحث موضوع مركز الولي في عقد الزواج بين الفقه والقانون ارتأينا توضيح أمر مفاده هو أن القانون بالنسبة للولي ميز بين المرأة الراشدة والمرأة غير الراشدة - دون سن الرشد -، أما الفقه الاسلامي فيولي أهمية كبيرة في ولاية التزويج بين البكر والثيب، كما أولى أهمية جلية لمسألة الكفاءة في الزواج، وسوف نتطرق أولاً الى دراسة موضوع البكر والثيب ضمن عنوان الفرق بين البكر والثيب، ثم نناقش مسألة الكفاءة في الزواج، بهذا نكون قد مهدنا الطريق، أمام دراسة سلطتي الولي في الإجبار والعضل وأثرهما على رضائية عقد الزواج.

#### المطلب الاول: الفرق بين البكر والثيب وعلاقته بالرضا

##### الفرع الاول: تعريف البكر

##### اولاً: التعريف اللغوي للبكر

جاء في لسان العرب لابن منظور أن البكر كل شيء أوله، والبكر أول ولد الرجل غلاماً كان أو جارية والبكر: الجارية لم تقتض، وجمعها أبقارا والبكر من النساء التي لم يقربها رجل والبكر من الرجال الذي لم يقرب امرأة بعد، والبكر العذراء، والمصدر البكارة بالفتح والبكر التي ولدت بطناً واحداً وبكرها ولدها والذكر والانثى فيه سواء ويقال ابتكرت المرأة إذا كان أول ولدها ذكراً<sup>1</sup>.

1 - ابن منظور ، لسان العرب، مرجع سابق، 87/04، 79.

و لعل ابرز ما يمكن ان نورده كتعريف للبكر بالنسبة لموضوع الدراسة هو العذراء أي المرأة المحافظة على عذريتها والتي لم تقرب الرجال بنكاح.

### ثانيا: التعريف الاصطلاحي للبكر

• **عند الحنفية:** البكر هي: اسم لإمرأة لم تجامع بنكاح ولا بغيره ويرى الكساني أنّ البكر: من جعل السكوت علامة دالة على رضاها، ولأب ولاية قبض صداقها بغير إذنها إلا إذا نهته نسا<sup>1</sup>

• **عند المالكية:** يرى المالكية أنّ البكر من لوليتها أن ينكحها بغير أمرها، والولي المقصود وهو الأب خاصة، ويراد بها التي لم تذهب عذريتها وذلك لمقابلتها بالثيب، ويقال لها العذراء أنّ لم تبلغ.

• **عند الشافعية:** أنّ البكر من كان وليها أحقّ بها وإن كانت بالغة فالمستحب أنّ يستأذنها، للخبر "فإذنها صماتها" ولأنها تستحي أن تأذن لأبيها بالنطق فجعل صماتها إذنها ولا يجوز لغير الأب والجد تزويجها الا ان تبلغ وتأذن<sup>2</sup>

وعموما من خلال ما تقدم فإنّ كل المذاهب تقترب إلى حد ما في تعريفها للبكر جاعلة التعريف الاصطلاحي مقاربا للتعريف اللغوي إلى حد كبير وكما نجدها تربط تعريف البكر بالرضا وجعل أمر البكر بيد وليها أي رضاها مرتبط برضا وليها هذا من جهة، ومن جهة ثانية ربطت التعريف بالتعبير فجعلت تعبير البكر عن رضاها بصمتها لحياتها كونها لم تحبّر الرجال بعد .

وكل المذاهب تقترب إلى بعضها في تعريف البكر خاصة في الشق المتعلق بالمظهر البيولوجي وكذا تعليق رضاها برضا ما كانت في ولايته.

### الفرع الثاني: تعريف الثيب

#### اولا: التعريف اللغوي للثيب

ثبت في لسان العرب لابن منظور أنّ المراد بالثيب من النساء: التي تزوجت وفارقها زوجها بأي وجه كان بعد أن مسّها، قال ابو الهيثم: امرأة ثيب كانت ذات زوج ثم مات عنها زوجها أو طلقت ثم رجعت إلى النكاح، قال صاحب العين: ولا يقال ذلك للرجل إلا أن يقال ولد الثيبين وولد

1 - نضال محمد ابو سنينة ، الولاية في النكاح، مرجع سابق، ص : 187.

2 - نضال محمد ابو سنينة ، المرجع نفسه ، ص : 188.

البكرين وجاء في الخبر: الثيبان يرجمان والبكران يجلدان ويغربان وقال الأصمعي: إمراة ثيب ورجل ثيب إذا كان قد دخل به أو دخل بها، والذكر والانثى ذلك سواء؛ وثيبت المرأة وهي مثير يقال ثيبت المرأة تثيرا اي صارت ثيبا وجمع الثيب من النساء ثيبات<sup>1</sup>.

قال عز وجل: ﴿ثيبات وأبكارا﴾ (سورة التحريم، الآية: 50)، وجاء في الحديث: "...الثيب بالثيب جلد مائة والرجم"<sup>2</sup>

من خلال ما تقدم فإن المراد بالثيب المرأة التي سبق لها الزواج إما أن يكون مات عنها زوجها أو طُلِّقت أو فسخ عقد زواجها، على أن يكون زوجها قد مسها أي أنها لم تعد بكرا وهي بذلك عكس المرأة العذراء.

### ثانيا:التعريف الاصطلاحي للثيب

جاء في تحفة الفقهاء أنّ الثيب من زالت عذريتها بوطء يتعلق به ثبوت النسب<sup>3</sup>. من خلال تعريف الحنفية، يتضح أنّ الثيب عكس العذراء أي من عاشرت الرجل، ويعتبر تعريفهم شاملاً فذكر الوطء سواء كان بعقد زواج صحيح أو فاسد ويثبت به النسب في حين جاء في تعريف الشافعية والحنابلة نوع من التخصيص، فالشافعية يرون أنّ الثيب غير ذات الزوج التي ذهبت بكارتها عقب الزواج كالمطلقة أو المتوفى عنها زوجها في حين يرى الحنابلة أنّ الثيب من وطئت في القبل لا في الدبر بألة الرجال لا بألة غيرها<sup>4</sup>.

رأينا تعريف الحنفية فقد جاء شاملاً، وخصص كل من الشافعية والحنابلة في التعريف فما أُغفل في تعريف إستره التعريف الآخر، مُكونا في الأخير صورة متكاملة عن تعريف للثيب، فنقول أنّ الثيب من زالت بكارتها بوطء في موضع الولد لا في غيره بألة الرجال لا بأي آلة أخرى كالسقوط مثلا أو غيره سواء كان بعقد أو بشبه العقد أو بعقد فاسد - لتخلف أحد شروط العقد - ولم تعد بعصمة الرجل سواء طلقت أو مات عنها زوجها.

1 - ابن منظور ، لسان العرب، مرجع سابق، 80/04.

2 - رواه مسلم، الحديث: 1690 ، 1316/03.

3 - السمرقندي، تحفة الفقهاء ، الجزء: 01 ، ص : 154.

4 - نضال محمد ابو سنينة، الولاية في النكاح ، مرجع سابق، ص: 193.

### الفرع الثالث: حكم من زالت بكارتها بعارض أو زنى

اختلف الفقهاء في حكم المرأة التي زالت بكارتها بعارض كإصبع أو عود أو وثبة أو شدة حيضة أو كسقوط من شاهق أو إذا زالت بكارتها باغتصاب أو بالزنا.

#### أولاً: العبرة بالوطئ عن رضا

وهو رأي الجمهور تقريباً وكل المذاهب، باستثناء رواية أخرى للشافعية، فهم يعطون من كانت هذه حالها - الحالات المذكورة سابقاً حكم الابكار.

وقال ابن قدامة المقدسي: " وإن ذهبت عذريتها بغير جماع كالوثبة أو شدة حيضة أو بإصبع أو عود أو نحوه، فحكمها حكم الابكار لأنها لم تخبّر المقصود ولا وجد وطؤها في القبل فأشبهت من لم تنزل عذريتها، ولو وطئت في الدبر لم تصر ثيباً ولا حكمها حكمهن لأنها غير موطوءة في القبل"<sup>1</sup>

#### ثانياً: العبرة بزوال الحياء بمخابرة الرجال

وهو ثابت في رواية أخرى للشافعي، ففرقت بين من ذهبت بكارتها بالزنا أو بعارض آخر. فمن ذهبت بكارتها بالزنا فهي كمن ذهبت بكارتها بالجماع في النكاح، فيكون حكمها حكم الثيب في الإذن؛ أما من ذهبت بكارتها بأي عارض لم يكن لها فيه حيلة فحكمها حكم البكر في التزويج. ويدعم هذا الرأي قول النووي: "... لأنه زال كمال حياؤها بممارسة الرجال، وسواء التي زالت بكارتها بنكاح صحيح أو فاسد أو بوطء شبهة أو بزنا؛ ولو زالت بكارتها بوثبة أو بإصبع أو بطول المكث أو وطئت في دبرها، فلها حكم الثيب على الأصح، ولأن الثيب إنما إعتبر إنزها بالنطق، لذهاب الحياء بالوطء، وهذا الحياء لا يذهب بغير الوطء، فالزانية إذا لم تستح من مباحضة الرجال على الزنى والإقدام عليه، لم تستح من النطق بالاذن؛ والظاهر أن القول المعتبر في المذهب هو أن من زالت بكارتها بعارض حكمها حكم البكر"<sup>2</sup>.

والقول أن الثيب جعل أمرها بالنطق لا بالسكوت بالنسبة للبكر، لكون الثيب قد خبرت الرجال بالنكاح، سواء بعقد مهما كانت طبيعته أو بالزنا - برضاها-، فقد ذهب حياؤها وجعل أمرها

1 - ابن قدامة، المغنى، مرجع سابق، 346/06.

2 - نضال ابو سنيّة، الولاية في النكاح في الشريعة الاسلامية، مرجع سابق، ص: 199.

بالتصريح، أما فقد عذريتها بغير ما نكرنا، فإنها تبقى محتقظة بوصفها بكرا، ويدخل معها المرأة التي فقدت عذريتها بغير رضاها.

بعد أن تطرقنا إلى بيان معنى البكر والثيب وهي مبنى الدراسة في الفقه الاسلامي في التفريق بين مركز الولي في التزويج دون الحاجة لذكر البلوغ الذي يبنى عليه الفرق في التزويج في القوانين الوضعية نأتي الى بيان الى وجود الولي في العقد ضمن عنوانين الاول للولي إجبار من في ولايته على الزواج والثاني ليس للولي حق الإجبار.

### المطلب الثاني: الكفاءة في الزواج

إن موضوع الكفاءة في الزواج من بين المواضيع التي كانت محلا للبحث، وإختلف لأجلها الفقهاء بين من يراها لازمة لعقد الزواج، ومختصر مبررهم هو لزومها لأجل ضمان إستقرار الأسرة ودوام العشرة، وبين من لا يلزمها ومبرراتهم في ذلك كثيرة، سواء في القرآن الكريم، لقوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾ (سورة الحجرات، الآية: 13)، أو في السنة النبوية، كقوله صلى الله عليه وسلم: " لا فضل لعربي على عجمي ولا لعجمي على عربي ولا أبيض على أسود ولا لأسود على أبيض إلا بالتقوى، ..."<sup>1</sup>.

إن الكفاءة من الأهمية بمكان في عقد الزواج، فهي مدعاة لتحسين عقد الزواج، إذ يجب تفعيلها قدر الإمكان خاصة في الوقت الحاضر، فلو رُوِّعِيَتْ كما يجب لَمَا انفكت الروابط الأسرية بأبسط الأسباب، وخير دليل تنامي نسب الطلاق، وباتت الحياة الزوجية فصلية إن لم نقل شهرية. غير أن إعمال مبدأ التراضي في العقود بشكل عام وعقد الزواج خاصة قد تجعل من الأزواج التغاضي عن شروط الكفاءة أو التقليل من حدتها وإن كان إغفاله يهدد الحياة الاسرية إلى حد كبير؛ إن هذا الموضوع يصبح على قدر كبير من الأهمية ويحل الأخذ به بجميع عناصره متى حصل منَع من الولي لموليته من الزواج "العزل" فإن الفاصلة في هذا النزاع يرجح فيه عنصر الكفاءة فمن كان كفنًا للمرأة أو أكثر كفاءة للمرأة قُدِّمَ.

ولما كانت الكفاءة على هذا القدر من الأهمية في تقدير مصلحة المرأة خاصة وأن من يعضلها-أي قربها- الذي إنمَّا فُرِضَ رعاية لمصالحها تجعلنا نبحت في معنى الكفاءة وعناصرها.

1 - الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة ، الحديث: 2700 ، 449/06

## الفرع الأول: تعريف الكفاءة

## أولاً: التعريف اللغوي للكفاءة

جاء في أساس البلاغة: "هو كفوّه وكفيئّه ومكافئّه وكفأؤه، ولا كفاء له وهو مصدر بمعنى المكافأة وُضِعَ مَوْضِعَ الْمُكَافِيءِ؛ قال حسان: وروح القدس ليس له كفاء، أي مكافيء مقاوم، وهو كفو بين الكفاءة والكفاء، قال:

وأنكحها لا في كفاءٍ ولا غنى ... زياد أضلّ الله سعى زياد

وهم أكفاء كرام. وأكفأت لك: جعلت لك كفوّاً؛ وتكافؤا: تساوا: " والمؤمنون تتكافأ دماؤهم "، وفي العقيقة: " شاتان متكافئتان ": متساويتان في القدر والسنّ، وكافأته: أويته، وهو مكافيء له. وكافأته بصنعه: جازيته جزاء مكافئاً لما صنع؛ وكان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لا يقبل الثناء إلا عن مكافيء؛ وكفأ الإناء وأكفأه: قلبه؛ ويقال: ربّ كافٍ كافٍ لفيك أي يرى أنه يكفيك. وهو يكفأك أي يكبّك لفيك"<sup>1</sup>.

وجاء في القاموس المحيط: "كافأه مُكافَأَةً وَكِفَاءً: جازاه، وفلاناً: مائتله، وراقبه؛ والحمدُ لله كِفَاءً الواجب، أي: ما يكونُ مُكافِئاً له، والاسمُ: الكِفَاءَةُ والكِفَاءُ، بفتحهما ومدّهما؛ وهذا كِفأؤه وكِفأئُهُ وكِفِيئُهُ وكِفُوهُ وكِفُوهُ وكِفُوهُ وكِفُوهُ: مثله."<sup>2</sup>

## ثانياً: التعريف الاصطلاحي للكفاءة

وفي إصلاح الفقهاء المماثلة بين الزوجين دعواً للعار في أمور مخصوصة .

ويراد منها تحقيق المساواة في أمور اجتماعية من أجل توفير إستقرار الحياة الزوجية وتحقيق السعادة بين الزوجين، بحيث لا تُعَيَّر المرأة أو أوليائها<sup>3</sup> بالزوج بحسب العرف.

فتعريف الكفاءة: "هي مماثلة الرجل للمرأة في مسائل مقررة لدى الفقه بها يتحقق إستقرار الزواج وتجنّب تعبير المرأة ولا أهلها، ويعتبر إنعدام الكفاءة عامل مقسد للحياة الزوجية .

1 - الزمخشري، أساس البلاغة، الجزء: 02، تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، 1419 هـ - 1998 م، ص: 139.

2 - الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، 50/01.

3 - وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، مرجع سابق، 299/07 وما بعدها.

أما فيما يخص آراء الفقهاء في إشرط الكفاءة في عقد الزواج فهذا خارج عن نطاق الدراسة، فما أردنا من إثارة هذا الموضوع ما يمكن أن يستمسك به الولي من عضل وإكراه أو المرأة المولى عليها لأجل تحقيق مصلحة من كانت الكفاءة مُبَرَّرَة في طلب رضاه، وإن ما يهم في هذا الموضوع بالرغم من الأهمية البالغة له في تحقيق قدر كبير من الاستقرار هو معايير الكفاءة.

### الفرع الثاني: الاوصاف المعتبرة في الكفاءة

أولاً: الدين

أ- تعريف الدين:

والمقصود به التقوى والصلاح، هذه الصفة من أعلى الصفات التي تنعكس آثارها على الأسرة.

ب- أدلة اعتبار الدين من الكفاءة

قال عز وجل: ﴿أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا﴾ (سورة السجدة، الآية: 18).  
 قوله أيضاً: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ (سورة التوبة، الآية: 72).  
 أما الأحاديث فكثيرة في فضل الدين، كأهم معيار في الكفاءة، فمنها أن النبي - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قال: "تنكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، ولجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك"<sup>1</sup>، ومنها قوله صلى الله عليه وسلم: "إن آل أبي - قال عمرو: في كتاب محمد بن جعفر بياض - ليسوا بأوليائي، إنما وليي الله وصالح المؤمنين"<sup>2</sup>؛ وقوله صلى الله عليه وسلم أيضاً: "إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكوه، إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير، قالوا يا رسول الله وإن كان فيه؟ فقال: "إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكوه ثلاث مرات"<sup>3</sup>.  
 وحديث سهل رضي الله عنه، قال: "مرّ رجل على رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: "ما تقولون في هذا؟ قالوا: حريّ إن خطب أن يُنكح، وإن شفع أن يُشفع، وإن قال أن يُستمع! قال: ثم سكت، فمرّ رجل من فُقراء المسلمين؛ فقال: ما تقولون في هذا؟ قالوا: حريّ إن خطب أن لا يُنكح،

1 - صحيح البخاري، الحديث: 5090، 70/07.

2 - صحيح البخاري، الحديث: 5990، 06/08.

3 - أخرجه الترمذي، ص: 1085.

وإن شفع أن لا يشفع، وإن قال أن لا يُستمع! فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: هذا خيرٌ من ملء الأرض مثل هذا"<sup>1</sup>

وذهب جمهور الفقهاء إلى إعتبار الدين شرطاً من شروط الكفاءة، فالفاسق ليس كفؤاً للمرأة الصالحة العفيفة التقية، لأن الفاسق مردود الشهادة والرواية، غير مأمون على النفس والمال، مسلوب الولاية، فلا يجوز أن يكون كفؤاً للعفيفة، وإنما يكون كفؤاً لمثله.

### ثانياً: النسب

#### أ- تعريف النسب:

يراد بالنسب الأصل والمنبت للرجل أو المرأة، فيقال رجل من نسب رفيع أو ذو حسب ونسب وعادة يُقَرَّن النسب للأصل، ويراد بالنسب الطبقة التي ينسب لها الشخص فيقال شخص من قبيلة كذا دلالة على رفعة تلك القبيلة، ومنه رجل من أسرة كذا سواء عرفت بالمال أو بالعلم والرفعة. فالمراد بالكفاءة في النسب: بأن يُنسب للمرأة من الشرف بالنظر الى من يُنسب الزوج اليه<sup>2</sup>.

#### ب- أدلة اعتبار الكفاءة في النسب :

يذكر مؤيدوا إعتبار الكفاءة في النسب عدة أحاديث، إلا أنها لا تصح جميعاً، وسنوردها لبيان سقطها.

استدلوا بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "العربُ بعضهم أكفاءُ بعضٍ والموالي بعضهم أكفاءُ بعضٍ إلا حائكا أو حجاماً" وهو حديث موضوع<sup>3</sup>.

وذكروا أثراً لعمر رضي الله عنه: "لأمنن تزوج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء"<sup>4</sup>، وهو ضعيف منقطع أيضاً.

1 - صحيح البخاري، الحديث: 5091، 08/07.

2 - ابراهيم رفعت النجار، معيار الكفاءة في النكاح دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، دون رقم الطبعة، الاسكندرية، 2005، ص: 47.

3 - أخرجه الحاكم، وجاء في "الروضة الندية": "وفي إسناده رجل مجهول، وقال أبو حاتم: إنه كذب لا أصل له، وذكر الحُفَاطُ أنه موضوع". وانظر "الإرواء" (1869).

4 - وقد أخرجه الدارقطني، وفيه انقطاع؛ فإن إبراهيم بن محمد بن طلحة لم يدرك عمر -رضي الله عنه-. وانظر "الإرواء" 1867.

ويستدلون بأحاديث عامة، منها ما روى أبو زرعة عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "تجدون الناس معادن خيارهم في الجاهلية خيارهم في الإسلام إذا فقهوا، وتجدون خير الناس في هذا الشأن أشدهم له كراهية، وتجدون شرَّ الناس ذا الوجهين الذي يأتي هؤلاء بوجه ويأتي هؤلاء بوجه"<sup>1</sup>.

فهي كما ترى أحاديث يصدق فيها قول القائل "صحيحها غير صريح، وصريحها غير صحيح".

لعل النسبَ يعتبرُ من أهم المعايير المعتمدة في تحديد مركز الأشخاص، وهو محل التفاخر والتباهي، ولعله الأبرز المعتمد في وقتنا الحالي، إذ ينظر في تزويج المرأة إلى نسب الرجل وكذا العكس إذا أراد الرجل اختيار الزوجة، فالشرف الرفيع والمكانة المرموقة تجعل الشخص من نسب رفيع والعكس بالعكس، ودون أن ننسى في وقتنا الحالي الذي طغت فيه النواحي المادية، فمركز الشخص المادي غالباً ما يُحدّد مكانته في المجتمع، وإن كانت هذه النظرة قاصرةً فسرعان ما يزول المال، ذلك أنّ الأيام بين الناس دول.

وننقل في هذا ما ثبت عن الاستاذ مرعي الحنبلي<sup>2</sup> رحمه الله.

قالوا: الكفاءة ستة، فأجبتهم

قد كان ذلك في الزمان المبهم

أما بنو هذا الزمان فإنهم

لا يعرفون سوى يسار الدرهم.

أما معيار الشرع فلا يقيم وزناً للنسب في الزواج أو غيره إذ العبرة بالصلاح والخلق، فعن عائشة رضي الله عنها: "أنّ أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس - وكان ممن شهد بدرًا مع النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - تَبَنَّى سَالِمًا وَأَنْكَحَهُ بِنْتَ أَخِيهِ هِنْدًا بِنْتَ الْوَلِيدِ بْنِ عَتْبَةَ بْنِ رَبِيعَةَ، وَهُوَ مَوْلَى لَامْرَأَةٍ مِنَ الْأَنْصَارِ".

وعن فاطمة بنت قيس رضي الله تعالى عنها أنّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لها: "أنكحي أسامة"<sup>3</sup>، فقال الصنعاني في "سبل السلام": "وفاطمة قرشية فهريّة، أخت الضحاك بن قيس، وهي من المهاجرات الأولى، كانت ذات جمالٍ وفضلٍ وكمالٍ، جاءت إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ

1 - صحيح البخاري، الحديث: 3493، 78/04.

2 - عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء: 04، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: 02، 1424 هـ - 2003 م، ص: 54.

3 - أخرجه مسلم: 1480.

وَسَلَّمَ بعد أن طَلَّقها أبو عمرو بن حفص بن المغيرة بعد إنقضاء عدتها منه، فأخبرته أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم خطباها، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "أما أبو جهم؛ فلا يضع عصاه عن عاتقه. وأما معاوية؛ فصعلوك لا مال له. أنكحي أسامة بن زيد ... " الحديث، فأمرها بنكاح أسامة مولاه ابن مولاه، وهي قرشية، وقدمه على أكفائها ممن ذُكر<sup>1</sup>.

### ثالثا: الكفاءة في الحرية

ذهب جمهور العلماء إلى إعتبار الكفاءة في الحرية، فلا يكون العبد ولا المدبر والمبغض والمكاتب كفوا للحر، وفي رواية للأمام أحمد بن حنبل أنه يرى عدم اعتبار الحرية في الكفاءة، ووافقه في ذلك ابن قيم الجوزية<sup>2</sup>.

وقد روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: "اشتريت بريدة فاشترط أهلها ولاءها، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: إعتقها فإن الولاء لمن أعطى الورق، فأعتقتها فدعاها النبي صلى الله عليه وسلم فخيرها من زوجها فقالت: لو أعطاني كذا وكذا ما ثبت عنده فاخترت نفسها"<sup>3</sup>. وفي تفسير للحديث جاء في فتح الباري أن زوج بريدة كان عبداً أسوداً ويسمى معيثاً فخير النبي صلى الله عليه وسلم بريدة وأمرها أن تعتد، ومعنى هذا أن العبد غير مكافئ للحر، فلو كانت تحت حر لم يكن لها رأي، لاتفاق العلماء على أن لمولاهما أن يزوجهما بغير رضاها<sup>4</sup>.

### وأما الاستدلال من المعقول فمن وجوه ثلاثة:

**الوجه الأول:** أن نقص الرق كبير، وضرره بين، لأن العبد مشغول عن امرأته بحقوق سيده، ولا يقدر على نفقة الموسرين، فهو كالمعدوم بالنسبة الى نفسه<sup>5</sup>.

**الوجه الثاني:** لأن النقص بالرق يمنعه من التصرف في كسب وهو غير مالك له، ولأن ملك السيد لرقبته يشبه ملك البهيمة، فلا يساوي الحر<sup>6</sup>.

1 - الامير الصنعاني، سبل السلام، الجزء: 02، دار الحديث، الطبعة: بدون طبعة، بدون تاريخ الطبع، ص: 90.

2 - ابراهيم رفعت النجار، معيار الكفاءة في النكاح، مرجع سابق، ص: 54.

3 - صحيح البخاري، الحديث: 2536، 147/03.

4 - ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، 318/09.

5 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 37/07.

6 - البهوتي، كشف القناع عن متن الاقناع، 29/7.

**الوجه الثالث:** لأن الرّق أثر الكفر، وفيه معنى الذل، فلا يعتبر في حكم الكفاءة بسببه<sup>1</sup>. إن ما ذكرناه آنفا فيما يخص الحرية، هو بمثابة ذلك العائق والحائل في الزواج بين الحرة والعبد، إذ الرق يجعل المُسترق مملوكا لسيده، وهذا يقود حتما إلى امكانية التصرف فيه بالتنازل والبيع، وهذا من شأنه التأثير على الرابطة الزوجية، فالعبد لا يملك أمر نفسه فكيف أن يكون له أمر غيره.

غير أن ما ذكرناه بشأن الحرية، قد لا يكون له معنى في وقتنا الحالي، نظرا لما انتهجته الشريعة الاسلامية في تحريم الاسترقاق، وجعلت كفارة عدة مخالفات هي تحرير رقبة مؤمنة، كما في القتل وكفارة اليمين والظهار وغيرها، فلا وجود للعبيد في وقتنا الراهن، وعليه لنا أن نستبعد هذا العنصر من الكفاءة كمعيار.

#### رابعا: الكفاءة في الحرفة

**أ- تعريف الكفاءة في الحرفة:** أن صاحب الحرفة الدنيئة ليس كفؤا لمن هو أرفع منه. والضابط في الحرفة الدنيئة ما دلت ملابسها على انحطاط المروءة وسقوط النفس كملابسة القاذورات.

وقيل في الحرفة ودرجاتها أنها إختلاف عصر وزمان، ففي زمن التابعين وتابعيهم دون ذكر زمن الصحابة الكرام إذ لا عبرة للكفاءة إلا للدين، فلا تعد الدناءة في الحرفة منقصة فلا تعتبر، بينما في الأزمنة التي جاءت بعدهم إلى عصرنا الحالي إستتقصت الأعراف الحرفة الدنيئة، فتدور الكفاءة معها، وعلى هذا ينبغي أن يكون الحائك كفؤا للعطار لما هناك من حسن إعتبارها وعدم إعتبارها وعدم عدها نقصا البتته، اللهم إلا أن يقترن بها خساسة غيرها<sup>2</sup>.

#### ب- آراء الفقهاء في اعتبار الحرفة :

اختلفت آراء الفقهاء في إعتبار الحرفة أو المهنة التي يكتسب منها الزوج رزقه، هل يشترط أن تكون مساوية لمهنة أب الزوجة أم لا.

1 - ابن همام، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، 298/3

2 - أحمد محمد علي داود، الاحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 210.

ذهب أبو حنيفة في رواية عنه وبعض المالكية والشافعية وأحمد بن حنبل في رواية عنه وكذا أبو يوسف في رواية عنه ومحمد بن الحسن ذهبوا إلى إعتبار الكفاءة في الحرفة<sup>1</sup>.  
و في رواية أخرى لأبي حنيفة وأبي يوسف والبعض الآخر من المالكية، ذهبوا الى أن الكفاءة في الحرفة لا تعتبر إلا إذا كانت المهنة حقيرة.

إنّ إعتبار الكفاءة في الحرفة أو ما يمكن تسميته باليسار أو اليسر يجد مبرره في القرآن الكريم كقوله تعالى: ﴿ وَاللّٰهُ فَضْلُ بَعْضِكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ فِي الرِّزْقِ ﴾ (سورة النحل، الآية: 71)، فالمولى عز وجل بين من الآية أنّ الناس ليسوا على درجة واحدة في الرزق فمنهم من يُحَصِّل رزقه بيسر ومنهم من يشق عليه الأمر فيَقْدِرُهُ عليه رزقه، فالله خلق عباده وقدر لهم أرزاقهم لكن أسباب الرزق للعباد تختلف من يسر إلى مشقة ومنه تتحدد مراكز العباد من غني إلى مسكين وفقير.  
وما يمكن أن نصل اليه من خلال العرض السابق يتبين لنا أنّ الحرفة معيار مكانة الرجل وبها يتحدد يسر الرجل من عدمه فالحرفة الشريفة تبين مركز الرجل، غير أنه لا يمكن التسليم بهذا خاصة في العصر الحالي أين تُؤمّن الدول الوظائف التي غالبا ما تراعى فيها المحصل العلمي للشخص؛ وبالتالي قد يتقلد ابن صاحب الحرفة الدنيئة أو المتوسطة المناصب السامية في الدولة، غير أنّ المجتمع الذي يقل فيه الوازع الديني، فيبقى هذا الابن مهما وصل في نظر هذا المجتمع ابن ذي الحرفة الوضيعة.

وأخيرا فيما يخص الحرفة أو ما شابهه فهي معيار يسر الزوج وهي معيار للكفاءة في الزواج، فكلما كان الرجل ميسورا كان كفوًا للزوج، لكن هذا يبقى حكم الناس، أما حكم الاسلام فملخصه هو الدين، ويكون اليسر مطلوبا كما لو أراد الرجل التعدد وفقا للقوانين.

#### خامسا: الكفاءة في السلامة من العيوب

إختلف الفقهاء في إعتبار السلامة من العيوب من شروط الكفاءة على قولين:

**القول الاول:** ذهب المالكية والشافعية إلى إعتبار السلامة من العيوب من شروط الكفاءة والعيوب المعتبرة هي المثبتة للخيار كالجنون، الجذام والبرص فمن كان شيء من هذه الأمراض ليس كفوًا للسلامة منها لأن النفس تعاف صحبة من به بعضها ويختل بها مقصود النكاح، كما أنّه

1 - ابراهيم رفعت النجار، معيار الكفاءة في النكاح، مرجع سابق، ص: 58.

ليس كفؤاً للمصابة بها، وإن كان ما بها أفحش وأقبح، لأنّ الانسان يعاف من غيره ما لا يعافه من نفسه، ومن كان به جب أو عنة على المعتمد لا يكافئ رتقاء أو قرناء.<sup>1</sup>

أمّا العيوب التي تثبت الخيار كالعَمى وقطع الأطراف وتشوه الصورة، فلا تؤثر في الكفاءة على المعتمد عندهم، وقال القاضي يؤثر كل ما يؤدي إلى فتور العاطفة الجنسية، وقال الروحاني ليس الشيخ كفؤاً للشابة وليس هذا معتمداً في الفقه الشافعي، وإن كان من المستحسن مراعاة ذلك.<sup>2</sup>

**القول الثاني:** ذهب الحنفية والحنابلة إلى عدم اعتبار السلامة من العيوب لأن النكاح لا يبطل بعمدها ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون أوليائها لأنه ضرر مختص بها وحدها، ولكننا نلاحظ أنّ الحنابلة قالوا بعدم التعليل السابق ولوليها منعها من نكاح المجذوم والابصر والمجنون.<sup>3</sup>

أما بالنسبة للكفاءة في العقل فلم يتعرض له فقهاء الحنفية القدامى وتطرق إليه المتأخرون منهم، فقد قيل بأن المجنون كفؤ للعاقلة وقيل ليس كفؤاً لها، ولكن المعتمد عندهم القول الثاني وذلك لأن الناس يُعَيَّرُونَ بتزويج المجنون أكثر من ذي الحرفة الدنيئة كما أن المجنون يُفَوِّتُ مقاصد النكاح فكان أشد من الفقر ودناءة الحرفة.<sup>4</sup>

ذكرنا من المعايير المعتمدة في الكفاءة هي الدين، النسب، الحرية، الحرفة (اليسر) والسلامة من العيوب وتستبعد الحرية لأنه لم يعد هناك رق، أمّا فيما يخص السلامة من العيوب وإن جعل الفقهاء الخيار للمرأة في القبول؛ هذا لو كانت المرأة راشدة أمّا إن كانت غير ذلك فلوليها الخيار وإن كانت قوانين الأحوال الشخصية بالنسبة للدول العربية قد إستحدثت ما يسمى الكشف الطبي قبل الزواج الذي من شأنه بيان حالة المتقدم للزواج ومنه يتبين لنا عيوب الشخص؛ هذا بالرغم من أنّ بعض الدول تجعل من الرضا أهمّ ركن في الزواج؛ فلو تقدم المَعِيب وعضل وليها ورضيت به فهل نقول عندها إنه كفء ولا عبرة بعضل الولي؟

### والسؤال المطروح هنا من هو الكفاء بين الفقه والقانون.

**في الفقه:** إنّ الكفاء حسب بيان معايير الكفاءة المذكورة آنفاً، هو في الغالب معيار الدين إذ أنّ حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي جاء فيه: "إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه

1 - ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، 16/2 .

2 - ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع نفسه، 16/2 .

3 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 38/07 .

4 - أسامة ذيب مسعود، الاكراه في عقد النكاح ، مرجع سابق، ص: 164 .

فزوجوه...<sup>1</sup> وهو قول صريح على تقديم صاحب الدين والذي نستخلصه من مظاهر الرجل وشهادة غيره عليه، كما ثبت أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم قد زوج رجلاً بما يحفظ من قرآن بالرغم من أن المهر ركن في الزواج وغالباً يكون عيناً أو نقداً فأصبح دين الرجل ليس معياراً للكفاءة فحسب بل أصبح مهراً للزواج، وما يؤكد ذلك حديث النبي سابق الذكر " تخيروا لنطفكم، فانكحوا الأكفاء وأنكحوا إليهم " قال الالباني - رحمه الله - بعد تصحيحه للحديث: "ولكن يجب أن نعلم أن الكفاءة إنما هي في الدين والخلق فقط"<sup>2</sup>

**في القانون:** تُعتبر القوانين الوضعية من صنع البشر فيجتهدون حسب مقتضيات وقتهم فيُسنون القوانين تبعاً لذلك، فتختلف من وقت لآخر، وتختلف من بلد لآخر فكلما بعدت المجتمعات عن دينها حادت تلك القوانين عن شرع الحكيم، فتقدم بعض الحضارات تجعل منها ملهما لغيرها من المجتمعات فتقتبس قوانينها منها دون مراعاة لطبيعة مجتمعاتها.

- ففي الاردن: نصت المادة 20 من ق. أ. ش: " يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤاً للمرأة في المال، وهي أن يكون الرجل قادراً على المهر المعجل ونفقة الزوجة. "  
- وفي السودان: المادة 21 ق. ف. أ. ش العبرة في الكفاءة بالدين والخلق.  
- بينما في الامارات: جاءت المادة 30 من مشروع الاحوال الشخصية: العبرة في الكفاءة بصلاح الزوج دينا وبتقاربه في المعرفة مكانةً وبقدرته على الانفاق ولو بالتكسب والمرجع في تقارب الحرفة لعرف البلد.

- في الكويت: نصت المادة 32 من مشروع أ. ش: العبرة في الكفاءة بالصالح في الدين وذهب كل من ق. أ. ش السوري (المادة 28) ومدونة أ. ش المغربي (الفصل 14) ومشروع القانون العربي الموحد (الفقرة ب، م 21) إلى أنّ تحديد الشروط المعتمدة في الكفاءة يعود الى عرف حيث نصت على أنّ العبرة في الكفاءة لعرف البلد<sup>3</sup>، أما التشريع الجزائري فلم تتضمن مواد قانون الأسرة ما يشير إلى ذلك، فقد أغفل ما أعظم من ذلك من باب أولى إغفال ذكر الكفاءة، فقد جانب الصواب، وما يعزیه في ذلك أنه أحال كل ما لم يأت على تنظيمه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ولعله بذلك قد تدارك وأحسن، فلو حدد معيار للكفاءة دون الدين حتماً لن يكون موقفاً،

1 - سبق تخريجه

2 - محمد ناصر الدين، سلسلة الأحاديث الصحيحة، الجزء: 03، الحديث: 1067، ص: 56.

3 - جميل فخري محمد جانم، مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص: 165.

وسيتدارك النقص بالتعديل، لكن من جهة أخرى يكون إغفاله عن قصد فيكون مرجعه المذهب المالكي وإن رأى فيه ما لا يخدمه عدل عنه من خلال إضافة موادٍ تنظمه وفقاً لما يخالفه كما حدث مع الولي في الزواج.

### المطلب الثالث: ولاية الإجماع وأثرها على الرضائية

#### الفرع الأول: ولاية الإجماع وحال البكر

أقر الإمام الشافعي ولاية الإجماع حال البكر، ولا عبرة بعدها إن كانت صغيرة أو كبيرة، إذ اعتبر العبرة في الإجماع إنما تكون بالبكارة؛ في حين يجعل المالكية العلة لا تتوقف عند البكارة بل أيضاً الصغر، كما أنّ العلم بمصالح النكاح لا تتحقق في البكر وإن كانت عاقلةً بالغةً، لأن العلم بها يقف على التجربة والممارسة التي تتحقق بالثبوتة<sup>1</sup>.

اولاً: في الفقه الاسلامي

أ- حال البكر الصغيرة:

#### 1- دليل شرعية تزويج البكر الصغيرة

ودليل تزويج الصغيرة هو ما يقول به جمهور الفقهاء-أي المذاهب الأربعة-، قول المولى عز وجل: ﴿ وَاللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا ﴾ (سورة الطلاق، الآية: 4)، ووجه الاستدلال من هذه الآية أنها في معرض الحديث عن عدة المطلقة، فالأصل أن المرأة المطلقة تعدت بالقروء، فإن لم تكن تحيضُ إعتدت بالأشهر، وهن اللاتي يئسن من المحيض لكبر أو اللاتي لم يحضن لصغر سن، وهو دليل أن المرأة تتزوج وتطلق وهي بعد ما زالت صغيرة. ودليلهم أيضاً حديث عائشة رضي الله عنها، أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها وهي بنت ست سنين، وأدخلت عليه وهي بنت تسع، ومكثت عنده تسعاً<sup>2</sup>.

1 - محفوظ بن صغير، احكام الزواج ، مرجع سابق، ص: 184، 185.

2 - صحيح البخاري، الحديث: 3896، 56/05.

يعقب ابن قدامة المقدسي على هذا الحديث أن عائشة رضي الله عنها لم تكن بحال من يؤخذ إذنها، وهناك كثيرٌ آثارٍ عن زواج الصغيرة، إكتفينا بالحديث السابق الأبلغ كدليل أحقية زواجها.

## 2- دليل شرعية الإيجاب

تجتمع المذاهب كلها تقريباً بإستثناء الأحناف بشأن أحقية الولي في إيجاب من في ولايته على الزواج، ويستدلون لذلك بجملة أدلة تؤكد مذهبهم، منها قوله عز وجل: ﴿... ولا تتكحوا المشركين حتى يؤمنوا...﴾ (سورة البقرة، الآية: 187)، وهي دليل الولاية على المرأة وإن كانت على العموم بالنسبة للبكر والثيب إذ دلت الآية من لفظ " تتكحوا " بضم التاء وكسر الكاف إذ نسبت الآية فعل التزويج للولي.

أما من السنة النبوية فقد قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن وإذنها صممتها "<sup>1</sup>

فلما قسم النساء قسمين وأثبت الحق لأحدهما دل على نفيه للآخر وهي البكر فيكون وليها أحق منها بها، ودل الحديث الإستثمار هنا والإستئذان مستحب في حديثهم ليس بواجب. فالمالكية والشافعية والحنابلة أقرُّوا للولي حق الإيجاب، ويستثنى من حال البكر؛ البكر اليتيمة فإنها تستأذن، لأنه لا أب لها، لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: " تستأمر اليتيمة في نفسها فإن أبت فلا زواج لها "<sup>2</sup>

## 3- ولاية الإيجاب وتعلق الصغر بالبكارة

حتى نثبت ولاية الإيجاب للولي على الصغيرة، فهل يشترط أن تكون بكرا؟

إختلف في هذا الشأن الفقه إلى قولين:

1 - رواه مسلم وابو داود

2 - الحاكم محمد بن عبد الله، المستدرک على الصحيحين 5/7/2 ط1 كتاب النكاح باب تستأمر البكر في نفسها رقم الحديث 2750.

**- القول الأول:** يُشترط البكارة للصغيرة وهم الشافعية والظاهرية، والحنفية (في روايتين عنهم)

وأدلتهم في السنة كثيرة: منها قوله صلى الله عليه وسلم: "ليس للولي مع الثيب أمر"<sup>1</sup>، وقوله أيضا: "لا تتكح الأيم حتى تستأمر"<sup>2</sup>.

**- القول الثاني:** لا يُشترط البكارة في الصغيرة، والقائلون بذلك الحنفية والمالكية والحنبلية (في

رواية عنهم)، فهؤلاء يعتبرون الصغيرَ بمعناه وما يترتب عليه من أحكام قائمة لم تتغير ولو أصبحت الصغيرة ثيباً، والصغر عندهم هو موجب ثبوت هذه الولاية على الصغيرة وليس الثيوبة فالصغير - كما هو مشهور - عاجزٌ في الغالب عن تدبير شؤون نفسه،...فوصفُ الصِّغَرِ لازال قائماً وهو ملازم للصغير لا ينفك عنه إلا عند البلوغ<sup>3</sup>.

فهم يرون أن الثيوبة ليست سبباً في زوال صفة الصغر إذ يبقى ملازماً لها وإن كانت ثيباً ما لم تبلغ ولعل ما ذهب إليه الاتجاه الثاني من أن الصغر يلازم البنت وإن كانت ثيباً، فوصف الثيوبة لا يرشد البنت ولا يجعل منها أقدر على تدبير أمرها، فوصفها بالثيوبة رغم صغر سنها دليل ضعف إدراكها لمصالحها.

#### 4- علاقة ولاية الاجبار بدرجة قرابة الولي

وقع الاختلاف في درجة الولي المُجْبِر وما يجره ذلك، على النحو التالي:

**- المالكية:** لا تثبت حسبهم ولاية الإجماع إلا للأب ووصي الأب، ولا تثبت لأحد غيرهما، فلا

ولاية لكل العصابات، كما أنه ليس للحاكم ولاية إجبار على الصغير والصغيرة في المذهب المالكي<sup>4</sup>؛ ومن بين أقوال أئمة هذا المذهب قول العدوي في شأن الوصي، قال: "والحاصل أن الوصي يجبر باتفاق، إذا أمره الأب بالإجماع، أو عين الزوج وإن لم يأمره بالإجماع، أو لم يعين الزوج بل قال له زوجها ممن أحببت، أو زوجها أو أنكحها أو أنت وصي على بناتي أو على بعض بناتي، أما لو قال "وصي" فقط؛ أو على مالي، فلا جبر إتفاقاً، ولكن لو زوج فالظاهر أنه

1 - سنن النسائي، حديث: 3263، بتخريج محمد ناصر الدين الالباني، ، كتاب النكاح، باب استئذان البكر في نفسها ، ص505.

2 - صحيح البخاري، الجزء: 09، الحديث: 6970، 09/25.

3 - نضال محمد أبو سنيبة، الولاية في النكاح في الشريعة الاسلامية، مرجع سابق، ص: 244.

4 - محمد ابو زهرة، الولاية على النفس، دار الرائد العربي، بيروت، ص: 167.

يمضي، والظاهر أنه إذا قال: أنت وصي على كل شيء، يجبر، ويظهر أيضا أنّ له الجبر إذا قال: انت وصي على أولادي.<sup>1</sup>

و قال الخرشي: "... للأب الرشيد الجبر، ولو لقبّح منظرٍ أو لعمى أو أقلّ حالا ومالا أو بربع دينار وصادق مثلها الف دينار، ولا كلام لها ولغيرها، رواه ابن حبيب عن الامام مالك رضي الله عنه"<sup>2</sup>

- الشافعية: وهم على وفاق مع ما ذهب إليه الامام مالك، غير أنه اختلف معه بشأن الولي لمن ثبتت الولاية، فلم يقيدوها عند الاب بل تعدوه للجد، ومن جملة أقوالهم ما ثبت عن أبي اسحاق الفيروزا بادي: " وإن كانت بكرًا جاز للأب والجد تزويجها بغير إذنهما، والمستحب أن يستأذنها إن كانت بالغة، وإذنها السكوت؛ وإن كانت ثيبًا، فإن كانت عاقلة لم يجز لأحد تزويجها إلا بإذنها بعد البلوغ، وإذنها بالنطق. . . "<sup>3</sup>

- الحنابلة: سار أحمد بن حنبل على مذهب مالك بن انس، وجعل ولاية الإجماع للأب ومن يوصي اليه، على أن يكون الأب قد عين له الزوج.<sup>4</sup>

وعليه فالجمهور يلتقي عند نقطة مفادها أن للولي حق إجبار من في ولايته متى كانت صغيرة على الزواج، لإعتبارات عدة، منها أن صغر البنت ينافي معرفتها بالزواج، وإن علمت أحكامه، كما أنها لا تُقدّر عواقب الأمور، كما أنها لم تخبر الرجال بالقدر الذي يُحوّلها تزويج نفسها، وهذه كلها تجعل للولي حق مباشرة زواجها.

ورغم الاختلاف الفقهيّ البين بشأن تزويج البكر، فإن للولي حق إجبار من في ولايته من الزواج ممن يرضاه لها، على أن يكون هذا الزوج من الكفاءة ما لا ترفضه المرأة، وعلة ذلك أن البكر وإن كانت عاقلة بالغة فإن هذا لا يؤهلها إلى أن تباشر زواجها بنفسها، وليس لها أن تتحجج ببلوغها ورجاحة عقلها، إذ أنّ هذين العاملين غير كافيين بشأن الزواج، - وإن كانا عكس ذلك

1 - العدوي حجازي بن عبد المطلب العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب، الجزء: 02، دار الفكر، دون رقم الطبعة، بيروت، 1992، ص: 53، 54

2 - محمد الخرشي، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء: 05، دار الفكر للطباعة، دون رقم طبعة، بيروت، وبدون تاريخ، ص: 14 وما بعدها.

3 - احمد عبدو، مقال: رضا المرأة في عقد الزواج في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة، مجلة دراسات قانونية، العدد: 10، مركز البصيرة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص: 57.

4 - احمد عبدو، مقال: رضا المرأة في عقد الزواج، المرجع نفسه، ص: 57.

بشان باقي التصرفات القانونية- ذلك أنّ عقد الزواج من شروطه البلوغ، لكنه ليس كافياً، فالمرأة إنّما سوف تتزوج رجلاً وطبعه غير طبع المرأة، وليس أفضل من وليها كي يخبره، ومن ثمة كان لهذا الأخير حقّ الإيجاب لوجود مبرراته، عكس الثيب.

### ب- حال البكر البالغ:

ثبت في صحيح مسلم: "البكر تستأذن في نفسها، وإذنها صممتها"<sup>1</sup>.

وموجبُ هذا الحكم إنّهُ لا تجبر البكر البالغ على النكاح ولا تزوج إلاّ برضاها، وهذا قول الجمهور السابق، ومذهب أبي حنيفة وأحمد في إحدى الروايات عنه، وهو القول الذي ندين لله به، ولا نعتقد سواه وهو الموافق لحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمره ونهيه وقواعد شريعته ومصالح أمتة.

وقوله صلى الله عليه وسلم: "البكر تستأذن..." وهذا أمرٌ مؤكد، لأنه ورد بصيغة الأمر الدال على تحقق المُخْبِر به وثبوتهُ ولزومه، والأصل في أوامره صلى الله عليه وسلم أن تكون للوجوب ما لم يعم إجماع على خلافه.

وقوله صلى الله عليه وسلم: "لا تتكح البكر حتى تستأذن" فأمر ونهي، وحكم بالتخيير، وهذا إثبات للحكم بأبلغ الطرق.

أما قواعد الشرع، فإن البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أقل شيء من مالها إلا برضاها، ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها، فكيف يجوز أن يرقّها ويخرج بعضها منها بغير رضاها إلى ما يريد هو، وهي من أكره الناس فيه، وهو أبغضُ شيء إليها، ومع هذا فينكحها إياه قهراً بغير رضاها إلى من يريده ويجعلها أسيرة عنده. كما قال النبي صلى الله عليه وسلم: "انتقوا الله في النساء فإنّهنّ عوانٌ عندكم"<sup>2</sup>، أي أسرى عندكم، ومعلوم أن إخراج مالها كله بغير رضاها أسهل عليها من تزويجها بمن لا تختاره بغير رضاها، ولقد أبطل من قال: أنها إذا عينت كفنّاً تحبه، وعين أبوها كفنّاً، فالعبرة بتعيينه، ولو كان بغيضاً إليها قبيح الخلقة، وأما موافقة مصالح الأمة، فلا يخص مصلحة البنت في تزويجها بمن تختاره وترضاه، وحصول مقاصد النكاح

1 - أخرجه مسلم، حديث رقم 1421، وأنظر: موطأ مالك، 02/ 524.

2 - أخرجه الترمذي، حديث رقم 1163.

لها به، وحصول ضد ذلك بمن تبغضه وتنفر منه، فلم تأت السنة الصريحة بهذا القول، لكن القياس الصحيح، وقواعد الشريعة لا تقتضي غيره<sup>1</sup>.

### ثانياً: في القانون

في الحقيقة لم تفصل القوانين الوضعية في هذه المسألة وجعلت في الغالب سريان القواعد العامة بشأن إنعقاد العقد الزواج، وبالتالي فهي تنظر لهذا العقد بشأن الانعقاد إلى الأهلية دون النظر إلى المرأة إن كانت بكرًا أم ثيبًا، فالمرأة متى بلغت سن الزواج كانت مؤهلة لتعقد زواجها من باب أنها باشرت بهذا السن كل التصرفات القانونية المتاحة وإن كانت تجعل للولي مكانة في هذا العقد، وهذا ما نصت عليه التشريعات العربية وإن كنا نقسمها إلى فريقين؛ فمع الفريق الأول: والذي يضم المملكة العربية السعودية ومن حذا حذوها - دول الخليج العربي تقريباً - نجد تشريعاته بشأن عقد الزواج مواكبة لإجتهد الفقهاء الإسلاميين وإن ظهر عليها إختلاف بسيطاً، أما الفريق الثاني: ويضم باقي الدول العربية فقد بدا عليها التأثير بالقوانين الغربية، فأدخلت تعديلات على تشريعاتها بما فيها قانون الأحوال الشخصية، فبدأ مركز الولي بالتراجع من الركن إلى الشرط كما هو الحال بالنسبة للتشريع الجزائري، أما التشريعات الغربية فلا تولي للولي أهمية في زواج المرأة ما لم تكن قاصراً، فمن باب أولى لا يؤلون إهتماماً للبكورة والثيوبية.

### الفرع الثاني: ولاية الاجبار وحال الثيب

الثيب كما بينا سابقاً، هي المرأة التي سبق لها الزواج، وتم البناء بها فتكون إما مطلقة أو توفي عنها زوجها، وبالتالي فهي قد خبرت الزواج وأحكامه وخبرت الرجال وطباعهم. فأصبحت بهذا الوصف الأقدَر في رعاية مصالحها من وليها.

#### أولاً: في الفقه الإسلامي

##### أ - حال الثيب البالغ:

إرتأينا البدء بالثيب البالغ لأنها لا تثير إشكالات، وعموماً فالأحاديث الواردة، جاءت ذاكراً صفة الثيوبية مطلقاً دون تعيين للسِّن فان كانت تشمل الصغيرة من باب أولى فإنها في البالغة أكد.

1 - ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، الجزء: 05، مؤسسة الرسالة، الطبعة: 06، بيروت، 1984، ص97.

فقد ثبت في الصحيحين، أن خنساء بنت خدام الأنصارية، أن أباهما زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك، فأنت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فرد نكاحه<sup>1</sup>؛ دل الحديث أن الثيب أمر نكاحها لها فإن زوّجت دون أمرها رُدَّ نكاحها.

وقال الفقيه ابن حزم الظاهري: "...إذا بلغت فإن كانت ثيباً من زوج مات عنها أو طلقها لم يجز للأب أو غيره أن يزوجه حتى تبلغ، ولا إذن لها قبل أن تبلغ، وإذا بلغت البكر والثيب لم يجز للأب ولا غيره أن يزوجه إلا بإذنها، فإن وقع فهو مفسوح أبداً، فأما الثيب فتكح من شاءت وإن كره الأب...<sup>2</sup>.

وإذنُ البنت لا بد أن يكون بالنطق ولم يُجَزَّ منها السكوت لظاهر الأحاديث السابقة، فإن السكوت للبكر دلالة الرضا فكلامها أكد لرضاها لوجود علة السكوت هو حياء البنت لِذِكْرِ النكاح، أما السكوت للثيب ليس له ما يبرره خاصة متى كانت بالغا فالنطق منها لازم، ويرى الشافعية أنه لا يصلح نكاح الثيب الأب، ولا يصح إذنها مع مقدرتها على النطق لقوله صلى الله عليه وسلم "البكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها"، فلما جعل إذن البكر الصمت، دل على أن إذن الثيب النطق فإن كانت خرساء أشارت إلى الإذن بإمائه منها صح تزويجها".

#### ب- حال الثيب الصغيرة:

الأصل أن العبرة بوصف الثيوبية، بمعنى أن المرأة بوصفها هذا قد أدركت الزواج وأحكامه وخبرت الرجال فَطَعَتْ أحكام وآثار الثيوبية على وصف الصغر، فما نقص بالصغر من كفاءة أدركته بصفة الثيوبية، هذا إلى جانب النصوص الظاهرة من أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم. غير أن هناك من يقول أنه ليس للصغيرة من أمرها شيء وإن كانت ثيباً وهو ما ذكرنا سابقاً في الإجابة عن التساؤل الذي مفاده: هل تثبت ولاية الإجماع على الصغيرة متى كانت بكراً فقط ورأينا ما ذهب إليه الاتجاه الثاني من الحنفية والمالكية، ورواية عن أحمد بن حنبل، من أن الولاية تثبت على الصغيرة وإن كانت ثيباً، لأنه حسبهم الثيوبية لا تُرْشَدُ البنت، هو في الحقيقة

1 - صحيح البخاري، الحديث: 5138، 18/07.

2 - ابن حزم الظاهري، المحلى، مرجع سابق، 38/09.

الأكثر توفيقاً فلو كانت الثيوبه ترشد البنت لكان لها مباشرة باقي التصرفات الأخرى، فالصغيرة تبقى بوصفها هذا وإن كانت ثيباً.

ومن خلال ما سبق يتضح أن أمر الثيب لها خاصة، إن كانت بالغاً إذ ليس لوليها من أمرها شيء وتكون الصيغة منها بالنطق لا بالسكوت، فإن سكنت دل هذا على عدم الرضا ما لم تدل ظروف الحال على خلاف ذلك كالمرأة شديدة الحياء.

### ثانياً: في القانون

تلتقي القوانين الوضعية كلها تقريباً، في أنه ليس للبنت الصغيرة حق مباشرة الزواج بنفسها، فسئها لا يخولها ذلك، وترى وجوب الولي في هذه الحالة، هذا بالنسبة للدول التي بدأت تشريعاتها هي مجال الأحوال الشخصية تسير بالتدرج نحو القوانين الغربية، خاصة ما تعلق بالولي، أما بالنسبة لدول الخليج العربي فتشريعاتها ما زالت تسير إلى حد ما مع أحكام الشريعة الإسلامية.

### المطلب الرابع: ولاية العزل وأثرها على الرضائية

#### الفرع الأول: تعريف العزل

##### أولاً: التعريف اللغوي للعزل

العزل في معجم العين للفراهيدي "عَضَلْتُ عَلَيْهِ، أَي: ضَيَّقْتُ عَلَيْهِ فِي أَمْرِهِ وَحَلَّتْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا يَرِيدُ ظُلْمًا، وَعَضَلَتِ الْمَرْأَةَ، بِالتَّخْفِيفِ إِذَا لَمْ تَطْلُقْ، وَلَمْ تَتْرَكَ، وَلَا يَكُونُ الْعَضْلُ إِلَّا بَعْدَ التَّرْوِيجِ. وَعَضَلَتِ الْمَرْأَةَ بَوْلِدِهَا، إِذَا عَسَرَ عَلَيْهَا وَلَادُهَا، وَأَعَضَلْتُ مِثْلَهُ، وَأَعَسَّرْتُ فَهِيَ مَعْضَلٌ"<sup>1</sup>

##### ثانياً: التعريف الاصطلاحي للعزل

هو امتناع الولي الأقرب عن تزويج المولى عليها، إذا تقدم لها خاطب كفاء ويدفع مهر المثل<sup>2</sup>.

1 - الخليل الفراهيدي ، كتاب العين، الجزء: 08، تحقيق: مهدي المخزومي، وإبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، دون دولة النشر، ص: 425.

2 - جمال الضمراني، الولاية والشهادة في النكاح وحكم الزواج العرفي، دار النهضة العربية، دون رقم وتاريخ الطبعة، القاهرة ، ص: 145.

وهو أيضا منع الولي المرأة العاقلة من الزواج بكفئتها؛ اذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه<sup>1</sup>.

ويُعرّف أيضا: هو منع الولي من تزويج من له حق ولاية تزويجه، بشرط أن يكون المهر الذي يراد إقباضه مهر المثل والزوج الذي يخطب كفئا.

### الفرع الثاني: شرعية العضل

ولقد نهى الله عز وجل عن عضل النساء، قال تعالى: ﴿واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف ذلك يوعظ به من كان منكم يؤمن بالله واليوم الآخر ذلك أركى لكم وأطهر والله يعلم وأنتم لا تعلمون﴾ (سورة البقرة، الآية: 232).

وقد روى أن هذه الآية نزلت في معقل بن يسار المزني وأخته؛ عن معقل بن يسار قال: كان لي أخت تخطب إلي فأتاني ابن عم لي فانكحتها إياه، ثم طلقها طلاقا له رجعة، ثم تركها حتى إنقضت عدتها، فلما خطبت إلي أتاني يخطبها فقلت لا والله لا أنكحها أبدا، قال ففي نزلت هذه الآية " واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن " فكفرت عن يميني وأنكحتها إياه رواه البخاري وأبو داود والترمذي وصححه ولم يذكر التكفير، وفيه في رواية للبخاري وكان رجلا لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، هو حجة في إعتبار الولي<sup>2</sup>

من خلال ما تقدم إنّه لا يجوز لمن ولي امرأة أن يمنعها من الزواج بمن هو كفء لها.

### أولا: علاقة ولاية العضل بالمهر

وقع اختلاف بين الفقه حول إمكانية أن يمنع الولي الزواج في حال لو تقدم للمرأة من هو كفء لها لكن بدون مهر المثل.

إختلف الفقهاء في هذا الى مذهبين

أ- عدم تعلق العضل بقيمة المهر

وهو مذهب الشافعية والحنابلة، وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة، فيرون أنّه ليس للولي عضل المرأة عن الزواج لنقص مهر مثلها، وإذا منعها في هذه الحالة يكون عاضلا لها، وإستدلوا

1 - وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، مرجع سابق، 215/07.

2 - أحمد محمد علي داود، الاحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 190.

لذلك بأن المهرَ خالصٌ حقّها وَعَوَضٌ يختصُّ بها، فلم يكن لهم الاعتراض عليها فيه، كأجرة دارها، ولأنها لو أسقطته بعد وجوبه سقط فبِعَضِهِ أولى.<sup>1</sup>

### ب- تعلق العضل بقيمة المهر

وذهب لذلك أبو حنيفة، فقال أنّ للأولياء منعها من الزواج بدون مهر مثلها، ولا يكون في ذلك عاضلا لها، واستدل لذلك بأن التزويج بدون مهر المثل، يلحق لهم عارا، ويكون فيه ضرر على النساء، لنقص مهر مثلهم<sup>2</sup>.

من خلال عرض المذهبين وما استدلوا عليه لتبرير اتجاه كل واحد، فيبدو أن المذهب الأول مذهب الشافعية والحنابلة أكثر مرونة مع متطلبات الوقت الراهن، ولعل تبريرنا في هذا إلى جانب ما تقدم به أصحاب المذهب الأول، من أنّ المهرَ عَوَضٌ تختص به المرأة فلها أن تسقطه بعد إقراره فلا حرج من إنقاصه، فلنا أن نظيف أنّ المرأة إن تقدم من هو كفاء لها كشرط محقق للتراضي؛ والرضى قوام العقد والمهر هنا وإن كان ركن في العقد فإن الإنقاص منه لا يعني إعدامه فهو متحقق لا محالة، ولنا أن نحتج بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم " إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة وفساد في الارض " فالحديث إعتبر أنّ الدين كجزء من الكفاءة إعتبره كاف للقبول بالزوج فما بالك لو تقرر مهر يكون أقل من مهر المثل .

### ثانيا: علاقة العضل بتزاحم الاكفاء

غير أن الاشكال في العضل يكمن إذا تقدم للمرأة زوج كفو، وأراد وليها تزويجها من كفاء آخر، فما الحكم في هذه الحالة:

- ذهب بعض الحنفية إلى أنّه يكون عاضلا بذلك، وذهب البعض الآخر إلى أنّه لا يكون عاضلا، وبعضهم فصل وفرّق بين أن يكون الكفاء الذي أراده حاضرا أو غائبا.

قال ابن نجيم في البحر: قالوا إذا خطبها كفاء وعضلها الولي، تثبت الولاية للقاضي نيابة عن العاضل<sup>3</sup>.

1 - أحمد محمد علي داود، الاحوال الشخصية ، مرجع سابق، ص: 190؛ راجع أيضا: جمال الضمراني، الولاية والشهادة في النكاح، مرجع سابق، ص: 146.

2 - أحمد محمد علي داود، الاحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 191.

3 - ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 63/03.

وقال ابن عابدين في منحة الخالق على البحر الرائق: قال الرملي: هذا الظاهر غير ظاهر، إذ الولاية بالعضل نيابة إنما انتقلت للقاضي لدفع الإضرار بها، ولا يوجد مع إرادة التزويج بكف غيره تأمل .

ويضيف ابن عابدين: أن يريد أن يزوجه من كفاء آخر لا تحبه ولا ترضى به، فإن إمتنع عن تزويجها ممن ترضى به يلزم منعها من التزوج أصلاً، وقد يقال الكلام في الصغيرة ولا عبرة برضاها وعدمه، بل ينبغي التفصيل بأن يُقال، إن كان الكفاء الآخر حاضراً وامتنع الأب من تزويجها من الأول، وأراد تزويجها من الثاني لا يكون عاضلاً لأن شففته دليل على أنه إختار لها الأنفع، أما لو حضر كفاء وإمتنع عن تزويجها له وأراد إنتظار كفاء آخر، فهو عاضل لأنه متى حضر الكفاء لا ينتظر غيره خوفاً من فوته، ولذا تنتقل الولاية للأبعد إذا غاب الأقرب إلا أن الرملي رأى أن الولاية تنتقل للقاضي نيابة عنه لدفع الإضرار بها ولا يوجد مع إرادة التزويج لكفاء غيره<sup>1</sup>

- مذهب الشافعية: إنما يحصل العضل من الولي، إذا دعت بالغة عاقلة إلى كفاء وإمتنع لأنه يجب عليه تزويجها من كفاء، فإن دعت إلى غيره كان له الامتناع، لأنه حق في الكفاءة وليس له الحق في الإمتناع لنقصان المهر، أو لكونه من غير نقد البلد، إذا رضيت بذلك، لأنَّ المهر محض حقها، فلو طلبت التزويج برجل وادعت كفاءته وأنكر الولي رُفِع للقاضي، فإذا ثبت كفاءته ألزمه تزويجها، فإن إمتنع زوجها به وإن لم تثبت فلا، ولا بد من ثبوت العضل عند الحاكم ليزوج، فإن حضر الولي والخاطب والمرأة فيأمر الحاكم الولي بالتزويج، فيمتنع فيه، أو يسكت، أو تقام عليه البيّنة عليه لتوار، أو تعزز، أو غيبه<sup>2</sup>، لا يزوج فيها القاضي ولو عينت مجبرة كفوًا وأراد الأب أو الجد المُجبر كفوًا غيره فله ذلك في الأصح، لأنه أكمل نظراً منها، والثاني يلزمه إجابتها، إعفافاً لها، وإختاره السبكي، والمعتبر في غير المُجبر من عينته جزماً، لأن أصل تزويجها يتوقف على إذنها<sup>3</sup>.

- مذهب الحنابلة: إذا عضل الأقرب وزوجه الأبعد، يعني من يلي الأقرب بين الأولياء، فإن عضل الأبعد أيضاً زوجها الحاكم، والعضل منعها من أن تتزوج بكفاء إذا طلبت ذلك ورغب كل

1 - أحمد محمد على داود، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 191، 192.

2 - أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، المرجع نفسه، ص: 193.

3 - الشربيني، مغنى المحتاج إلى شرح المنهاج، مرجع سابق، 154/153/3.

منهما في صاحبه بما صح مهرا، ولو كان بدون مهر منها ومن صور المهر المسقط لولايته: إذا إمتنع الخطاب لشدة الولي، ويفسق الولي بالعضل إذا تكرر منه<sup>1</sup>.

- وإن رغبت في كفاء بعينه، وأراد تزويجها لغيره من أكفائها، وإمتنع من تزويجها من الذي أرادته كان عاضلا لها، فأما إن طلبت تزويجها بغير كفئها، فإن منعها من ذلك، ولا يكون عاضلا لها بهذا، لأنها لو تزوجت من غير كفئها كان له فسخ النكاح، فلأن تمنع منه ابتداء أولى<sup>2</sup>

- نلخص من بيان المذاهب الفقهية على إختلافها في عضل الولي في زواج من في ولايته دون سبب وكان من تقدم كفاء، فلا عبرة بالعضل وأغثُر حينها العضل تعسفا في إستعمال السلطان، تولى زواج المرأة إما القاضي أو من يلي الولي في القرابة للمرأة غير أن العضل إن كان مبرره في الكفاءة، فلا عبرة بطلب المرأة، فالكفاءة سبب مُوجب لعضل الولي، فالولي أولى برعاية مصلحة موليته منها، بإعتباره الأقدر في تقدير الأمور منها، غير أن العضل إن كان سببه تقدم كفاء الولي الحاضر وطلبت المرأة كفاء غيره ترضاه كان لنا أن نقدم كفاء الولي لما ذُكر سابقا أو برفع الأمر للقاضي لتقدير الأكفاء ومصلحة المرأة .

### ثالثا: انتقال الولاية اثر العضل

ولنا أن نطرح سؤالا مفادها لمن تنتقل الولاية في عضل الولي:

وقد إختلف الفقه في هذا إلى مذهبين.

#### أ- انتقال الولاية للقاضي

وبه قال الحنفية والمالكية والشافعية وأحمد في رواية عنه إلى أنه: "إذا عضل الولي إنتقلت الولاية للحاكم أي القاضي، ولا تنتقل للولي الأبعد، وذلك لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"<sup>3</sup>، ولأن ذلك حق عليه إمتنع من آدائه فقام الحاكم مقامه<sup>4</sup> وقد إختار هذا أبو بكر وعثمان بن عفان رضي الله عنهما.

1 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 07 / 30.

2 - ابن قدامة، المغني، المرجع مفسه، 07 / 369

3 - رواه أبو داود والدارقطني، أنظر: سنن أبي داود، 229/2.

4 - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 07 / 368.

## ب- انتقال الولاية للولي الأقرب درجة

وهو قول الحنابلة بالرغم من أنه سبق لنا ذكر أحمد في المذهب الأول وهو في رواية عنه لكن المعتمد أنه إذا عضل الولي الأقرب إنتقلت الولاية إلى الولي الأبعد، الذي يأتي بعده في الترتيب وجاء في الإقناع وكشاف القناع: عضل الأقرب زوج الأبعد يعني من يلي الأقرب من الأولياء فإن عضل الأبعد أيضا زوجها الحاكم<sup>1</sup>.

إن مسألة من تنتقل إليه الولاية لو عضل الولي وكان عضله تعسفً، كأن يتقدم الكفاء للموَلَّى عليها فإن المذهب الأول هو الأرجح والأكثر تقبلاً شرعاً و عقلاً لأوجه ثلاث:

- الوجه الاول: في المنقول أي ما صح عن النبي من الحديث الذي ذكرناه سابقاً.

- الوجه الثاني: رفع الأمر للحاكم أي للسلطان لبيان الأمر فالسلطان يفترض فيه الأمام بمثل هذه المسائل، فيلعب دور الموازن بين عضل الولي وطلب المرأة ومن ثمة بيان مواطن الاختلاف وإزالة الغموض الذي قد يوجد.

- الوجه الثالث: إن تولى الأبعد غير مقبول، فالأبعد أبعد عن المرأة قرابة وأبعد عنها في رعاية مصلحتها من الولي الأقرب العاضل، لأن تولى البعيد قدحا في الأقرب ومداعاة لإحداث الفتنة بين الأهل، هذا من جهة، وقد يُبعد الولي الأقرب من الولاية والتزويج لسابقة العضل من جهة ثانية .

- إن رأيي هذا على ما بينته من الأوجه الثلاثة قد أذهب إليه كما لو كان القاضي عالماً بأحكام الشريعة الاسلامية، فيرعى مصالح النساء على الوجه الذي يرضاه الله ورسوله، لكن قد أذهب لخلافه كما لو كان القاضي ليس له علم بالأحكام الشرعية، فنقدم الولي الأبعد على السلطان أي القاضي، ذلك أن الولي الأبعد أصلح بالمرأة من القاضي لأن القرابة مدعاة للشفقة وتقديم مصلحة المرأة .

ذكرنا أن للولي حقّ تزويج من في ولايته متى كانت صغيرة بشرط أن يكون الخاطب كفؤاً للمرأة كما له أن يمنعها من الزواج - يعضلها- ممن ترغب فيه ولا يرغبه بشرط أن لا يكون كفؤاً لها لأنه في هذه الحالة لا يقتصر أثر عقد الزواج على أطرافه بل يتعداه إلى أسر الأزواج.

و لما كانت الكفاءة على هذا القدر من الأهمية فبها يكون للمرأة حق الزواج ممن ترضاه وليس لوليها حق الاعتراض كما لها أن ترفض من يقبله وليها ولا ترضاه على أن يكون الخاطب ليس بكفاء .

1 - أحمد محمد علي داوود، ، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 194.

# الباب الثاني

## تحقق الرضا في عقد الزواج

## الباب الثاني: تحقق الرضا في عقد الزواج:

إنَّ الخوض في تحقق الرضا في الزواج يلزمه توفر شروط في العاقدين كأن يكون كلٌّ من الزوجين معلوماً للأخرٍ ومعرفةً؛ أي أن يتحدّد الزوجين تحديداً نافياً لأيّ جهالة، كما يُشترط . أيضاً . خلوّهما من أسباب تحريم الزواج التي تمنع صحّته: ككون المرأة من المحرّمات على الرجل بنسبٍ أو رضاعٍ، أو كانت في عدّةٍ ونحو ذلك، أو كون الرجل كافراً والمرأة مسلمةً.

فإنّ تحققت الشروط اللازمة في العاقدين، أمكنّ لهما إبرام العقد الذي يجد أساسه وقوامه في تحصيل الرضا من كلا العاقدين بموضوع العقد؛ فالرضا أساس إنعقاد الزواج، ولما كان كذلك لزم لهذا الرضا تحقق ودلالة على وجوده، فجعلت الشرائع الكلام أو القول الصادر عمّا يختلج في النفس دليل هذا الرضا، وكل ما يقوم مقامهما من إشارات أو حركات أو ما لأبسهما قرين إرادة ونية المتعاقد، ورتّب الشارع الحكيم على يصدر عمّا في النفس الأحكام الشرعية.

فالإيجاب والقبول الدالان عن الرضا هما زكنا العقود حسب رأي بعض الفقهاء، ويقترن بهما شروط انعقاد عقد الزواج، فبهما تتجه إدارة المتعاقد لما يريده و تترتب عليه الآثار، وليتحقق ذلك لزم للإيجاب والقبول شروطاً تحقق غايتهما، كأن يصدر ممن يتمتع بأهلية لإجراء العقد وإنشائه وإعتبار رضاهما واختيارهما. ( وهو موضوع الفصل الأول: وجود الرضا) .

ولا يحق الرضا مقاصدة ويُنتج آثاره ما لم يصدر سليماً لم يُخالطه ما يشوبه، فقد يكون الرضا إلا أنه معيب، أي أنه صدر إمّا بإختيار دون رضاً تام أو بإكراه متى كان ملجئاً، فكل ما يفسد الإختيار و ينحرف بالقصد عما يريده العاقد يُفسد الرضا ويُوقف نفاذ العقد، وهو ما ينطبق على كل العقود، وعقد الزواج منها إلا خصوصيته المتمثلة في صعوبة أو إستحالة إعادة الأطراف إلى ما كانوا عليه قبل التعاقد تجعل الحرص في تحقيق الرضا أمراً لا بد منه. ( وهو ما سنتناوله في الفصل الثاني ضمن عنوان: سلامة الرضا)

### الفصل الأول: وجود الرضا في عقد الزواج

يجب لكي يعتد بالإرادة أن يُعبّر عنها أي أن تتخذ مظهراً خارجياً يدل عليها، فالتعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً وقد يكون ضميناً فالتعبير الصريح هو ما يدل مباشرة على المعنى المقصود من الإرادة مثل استعمال لفظ البيع أو الشراء أو كتابتها وقد يكون التعبير الصريح إشارة كهز الرأس عمودياً للدلالة على الموافقة أو أفقياً للدلالة على الرفض. ويكون التعبير ضميناً إذا كان مظهره ليس موضوعاً للكشف عن الإرادة ولكنه مع ذلك يدل عليها بطريقة غير مباشرة

والأصل أنه لا فرق بين التعبير الصريح والتعبير الضمني فكلّ منهما يكفي للتعبير عن الإرادة طالما كان الرضا صادراً عن إرادة واعية وحقيقية،<sup>1</sup> ولكن قد ينص القانون أو يتفق العاقدان على أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً، ففي مثل هذه الحالات لا يكفي التعبير الضمني؛ الإرادة مسألة نفسية والقانون لا يعتد بها ولا يترتب أثراً عليها إلا إذا اتخذت مظهراً خارجياً أي إلا إذا عبر عنها.

وفقاً لنظرية الإرادة الباطنية يجب - لتحديد التزام المتعاقد - أن نبحث عن إرادته الحقيقية لأنها الإرادة التي اتجهت لإحداث أثر قانوني، أما التعبير فليس سوى المظهر العادي للإرادة فإذا اختلف هذا المظهر العادي عن الإرادة الباطنة فالعبرة بهذه الأخيرة لا بمظهرها المادي. أما نظرية الإرادة الظاهرة فترى أن الإرادة شيء كامن في النفس يجب ألا يعتد بها إلا إذا ظهرت إلى العالم الخارجي، فالقانون لا يترتب أثراً إلا على الإرادة في مظهرها الاجتماعي؛ القانون لا يترتب أثراً على الإرادة إذا لم يتم التعبير عنها.

وسوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث نتطرق في المبحث الأول لإنعقاد الزواج بالصيغة اللفظية أما الثاني فنخصصه لإنعقاد الزواج بغير الصيغة اللفظية والمبحث الثالث نتطرق فيه لشروط الصيغة.

1- Sophie Druffin – bricca, Laurence – Caroline Henry, Introduction au droit et droit civil, Gualino éditeur, paris, 2007, p: 113.

**المبحث الأول: انعقاد الزواج بالصيغة اللفظية.**

تعتبر الصيغة اللفظية هي أبين صور التعاقد والأكثر تداولاً، كونها لا تثير إشكالا في التعاقد، كما أنها لا تحتاج إلى كثير بحث قصد من صدرت منه، فقاعدة لا يُنسب للسّاكت قول تجعل من اللفظ الأصل في التعاقد، ولا نخوض في القُصود إلا إذا إرتبنا في دلالة اللفظ سنعرض في هذا المبحث للتعاقد باللفظ والتعاقد بغيره، مع التطرق أولاً إلى الشروط الازم توافرها في الصيغة حتى يُعتدّ بها والتي تراعي غالباً طبيعة عقد الزواج وما يمتاز به من خصائص لأجلها وضعت له ضوابط تحفظه من الذهاب بمقصوده.

**المطلب الأول: التعريف بالصيغة اللفظية وألفاظها**

لما كان الأصل في العقود الرضا والإرادة، وهما أمران لا يمكن الإطلاع عليهما إلا بما يدل عليهما من قولٍ أو فعلٍ، لأن محلّهما القلب، فقد إعتبر الشارع الإيجاب والقبول دليلين ظاهرين على تحقق الإرادة والرضا في نفس كل من المتعاقدين، لذا كان الإيجاب والقبول أساس بناء الحياة الزوجية، وأساس تحقيق ما رتب الله على الزواج من ثمرة، وإحدى آيات الله الفطرية.<sup>1</sup>

و كما هو معلوم إن الصيغة من بين دلالات إنعقاد الزواج الخاصة.

**الفرع الأول: التعريف بالصيغة اللفظية**

ويقصد بالصيغة طريقة التعبير عن الارادة وتوافقها مع ارادة الطرف الآخر، فالإرادة أمر باطني لا يمكن التعرف عليه إلا بوسيلة معبرة عنه صراحة أو ضمناً، والصيغة هي تلك الوسيلة الكاشفة عن الرغبة الكامنة لدى المتعاقدين والدليل الظاهر للتأكد من الرضا الذي هو الأصل في قيام العقد<sup>2</sup> وتتكون الصيغة من الإيجاب والقبول.

فالزواج ينبني في نشأته على ركن الرضا لطرفيه ويتجلى في الإيجاب والقبول، ويطلق عليهما معا الصيغة، ولا خلاف بين فقهاء المذاهب الاسلامية في اعتبار الصيغة من أركان الزواج.<sup>3</sup>

1 - عبد الله بن حزر الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ص: 47.

2 - محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية- دراسة فقهية مقارنة، دار اليازوري العلمية، عمان، الأردن، 2010، ص: 122.

3 - محمد كمال الإمام، الزواج في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 76.

## تعريف الايجاب والقبول

الفرق بين الايجاب والقبول، ضابطه أولوية الصدور عند الأحناف، وهو ضابط دقيق يكفي للتمييز بين ما يطلق عليه الايجاب وما يطلق عليه القبول، مع أن الجوهر واحد وهو الموافقة على الزواج، والرضا به<sup>1</sup>.

أ- الإيجاب والقبول لغة: الإثبات<sup>2</sup>، والقبول من قبلت العقد أقبله، من باب تعب: قبولا بفتح القاف وهو مصدر شاذ يقال: أنه لا نظير له وقيل ما سوى القبول بفتح القاف من المصادر مضموم<sup>3</sup>.

ب- الإيجاب والقبول شرعا: عند الحنفية هو ما صدر أولا من أحد العاقدين دالا على رضاه بالزواج والقبول عندهم: ما صدر ثانيا من العاقد الآخر دالا على رضاه بما أوجبه الطرف الأول ويعلل الحنفية بأن كل منهما إيجاب، أي إثبات حق للطرف الآخر وإنما سمي الإثبات الثاني قبولا تمييزا له. عن الإثبات الأول، ولأنه يقع قبولا ورضا بفعل الأول<sup>4</sup>.

وبناءً على ذلك: لو قال الخاطب لولي المخطوبة: تزوجت ابنتك فلانة، فقال وليها "قبلت الزواج، أو زوجتك ابنتي، كان قول الخاطب أولا إيجابا، لأنه صدر أولا، وقول ولي المخطوبة ثانيا قبولا لأنه ثانيا، وكذا لو عكسنا الأمر، فسمي قول ولي المخطوبة زوجتك إيجابا، لأنه صدر أولا، وقول الخاطب تزوجت ابنتك قبولا، لأنه صدر ثانيا، وعلى ذلك فإن العبرة في تحديد الايجاب هو وقت صدوره، لا جهة إصداره، فما صدر أولا هو الايجاب، سواء كان صادرا من الزوج أو الزوجة وما صدر ثانيا هو القبول سواء كان من الزوج أو الزوجة<sup>5</sup>.

1 - محمد كمال الإمام، الزواج في الفقه الإسلامي، المرجع نفسه، ص: 76.

2 - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، 292 / 02.

3 - زين الدين الرازي، مختار الصحاح، المحقق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، الطبعة: 05، صيدا، 1420هـ / 1999م، ص: 340.

4 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص: 97.

5 - محمد خضر قادم، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، مرجع سابق، ص: 122.

ولا يُشترط أن يصدر الإيجاب من جانب معين، فاللفظ الذي من أي من العاقدين أولاً يعد إيجاباً، وما يصدر من الثاني يعد قبولا، ولا بد أن تتوفر في الصيغة \_الإيجاب والقبول\_ شروط حتى تعد منعقدة منتجة للآثار التي رتبها الشارع على عقد الزواج الصحيح<sup>1</sup>.

وعند جمهور فقهاء المسلمين: الإيجاب ما صدر ممن يكون منه التملك دالا على رضاه بالعقد، وإن جاء متأخرا والقبول عندهم: ما صدر ممن تأول إليه الملك دالا على رضاه بما أوجبه الطرف الآخر وإن صدر أولاً<sup>2</sup>.

وعلى ذلك لو قال الخاطب لولي المخطوبة: تزوجت ابنتك فلانة: فقال وليها: زوجتك ابنتي، كان قول الخاطب قبولا ولو صدر أولاً لأنه هو الذي تملك منفعة الزوجة، وقول ولي المخطوبة إيجاباً ولو صدر ثانياً لأنه الذي مَلَكَ منفعتها. وهذا هو مسلك فقهاء المسلمين في تعريف الإيجاب والقبول، والذي يستدعي النظر، إنَّ تعريف الحنفية هو الراجح لسهولة ويسره في التمييز بين الإيجاب والقبول، إذ يستطيع الإنسان أن يميز بينهما بمجرد أن يعرف أيهما صدر أولاً، ولا يحتاج إلى معرفة من يكون منه التملك، ومن يكون له التملك، خاصة أنه لا يترتب على هذا الخلاف آثار يمكن على أساسها المفاضلة، فالأمر يتعلق بالصياغة، أو الإصلاح كلما كان أوضح للدلالة على المراد كان أولى بالاعتبار<sup>3</sup>.

إن دلالة الرضا في العقود هو الإيجاب والقبول من المتعاقدين بكل ما يفيد على محل العقد ودلالته في عقد الزواج، هو الصيغة والتي يتم بها العقد وإن كانت الصيغة لها صور عدة، إلا أنها لا تخرج عن دائرة إيجاب صادر أولاً وقبول بعده؛ وإنَّ الإيجاب حسب ما سبق بيانه يكون ممن يكون منه التملك برضاه والقبول يكون لمن يقبل الملك. غير أن هذا قد يجعلنا نسلم من أن الإيجاب في عقد الزواج خاصة لا يكون إلا من ولي الزوجة أو وكيلها على اعتبار أنه سوف يجعل موليته تحت تصرف الخاطب، والقبول عندها يكون ممن يقبل هذا الملك وهو الخاطب، هذا يصدق كما لو كنا أمام سائر العقود عدى عقد الزواج لخصوصيته وقد لا نتصور أن يعرض الولي

1 - محمد علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية - الزواج والطلاق، دار الفكر، الطبعة: 01، عمان، الأردن ، 1428 هـ - 2008م، ص: 53.

2 - محمد حسين أبو يحيى، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص: 97.

3 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج ، المرجع نفسه، ص: 98.

موليته للزواج تسليماً من أن الإيجاب يكون ممن يكون منه التمليك، هذا كأصل عام على الرغم من أننا قد نجد من يعرض موليته للزواج ممن يراه أنسب لها تحقيقاً لمصلحتها؛ فتعريف الحنفية للإيجاب والقبول الأقرب للفهم والقبول.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: دلالة اللفظ في الفقه الإسلامي

#### أولاً: دلالة الحرف والاسم والفعل على الرضا

قد إتفق النحاة على أن الحرف لا يدل على معنى مستقل، وإنما يدل على معنى يتم بغيره. ولذلك لا مجال للبحث على دلالاته على الرضا، فلم يبق إلا الاسم والفعل، ثم لا يخفى أنّ اللفظ المفرد إنما يحقق معنى مفيداً وكلاماً مستقيماً إذا كان في جملة تامة<sup>2</sup>.

أ- دلالة الاسم: يمكن التعبير عن الرضا بالاسم، ويتم ذلك بعدة صور: منها صيغة اسم الفاعل واسم المفعول والمصدر أو باسم الإشارة أو نحو ذلك، مثل أن نقول: أنا بئع داري لك بكذا، فقال الآخر إني قابلها بكذا، أو قال داري مبيعة لك بكذا، فأجاب الآخر، دارك مقبولة لي بكذا.

بالنسبة لصيغة اسم الفاعل واسم المفعول فإنها بالنسبة للطلاق ينعقد بها، فلا خلاف بين الفقهاء في وقوع الطلاق بلفظ أنت طالق، أو أنت مطلقة وكذلك الأمر فيما يتم بإرادة منفردة كالتق والرجعة، لكنهم اختلفوا في انعقاد النكاح بصيغتي اسم الفاعل واسم المفعول، فقد ذكر ابن همام "انعقاد النكاح بصيغة اسم الفاعل في صورة عند أبي حنيفة، حيث قال "عن أبي حنيفة إذا قال: جئتك خاطباً بنتك، أو لتزوجني ابنتك فقال الأب: زوجتك فالنكاح لازم، وليس للخاطب أن لا يقبل بعدم جريان المساومة فيه"<sup>3</sup>.

1 - للتفصيل أنظر: محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 76.

2 - صبحي إبراهيم الصالح، دراسات في فقه اللغة، دار العلم للملايين، الطبعة: 01، دون بلد الطبع، 1379 هـ - 1960م، ص: 204.

3 - ابن همام، فتح القدير، الجزء: 03، دار الفكر، دون رقم بلد وسنة الطبع، ص: 191.

والخلاصة أن المَنَاطَ هو تحقق ما يدل على الرضا دون إحتمال مساو ولا سيما في العقود التي لا تقبل المساومة كالنكاح فينصرف اللفظ إن كان يَحْمِلُ الاستقبال إلى انشاء العقد لا إلى المساومة، اللهم إذا كان هناك قرينة تُصَرِّفُ إلى المساومة حسب مقتضى المقام.

بالنسبة لصيغتي إسم الفاعل والمفعول فلا خلاف بين المالكية والشافعية في إنعقاد الزواج بهما وإن كان المالكية يجعلون شرطاً أن يكون اللفظ دالاً على التملك أبدأ، أما الشافعية فيشترطون في اللفظ ما ورد من الشرع فكل ما اشتق من الشرع في لفظ النكاح والترويج بأي صيغة كان انعقد وصح الزواج به.

بالنسبة للمصدر بالنسبة للنكاح بأن يقول: نكاحي منك ثابت، أو نكاحي اياك لازم، أو تزويجي اياك ثابت، أو نحو هذه التعبيرات، فالذي تقتضيه قواعد المذهب الحنفي أنه لا مانع من انعقاد العقد بها، وذلك لأن الحنفية لم يشترطوا لفظاً خاصاً بالنكاح، بل أجازوا النكاح بكل لفظ يقتضي البقاء مدة الحياة كبعث ونحوه<sup>1</sup>.

في حين قيد الشافعية والحنابلة ألفاظ النكاح بما ورد من الشارع الحكيم بخصوص النكاح، أما المتأخرون من الحنابلة وخاصة شيخ الاسلام ابن تيمية فقد وسَّع في ألفاظ الزواج وأجاز إنعقاد النكاح بكل لفظ يدل على المقصود فقال: "وينعقد النكاح بما عده الناس نكاحاً بأي لغة ولفظ كان"<sup>2</sup>.

### ب- دلالة الفعل على الرضا:

الفعل كما هو معروف. له ثلاثة أقسام الفعل الماضي والمضارع وفعل الأمر فما دلالة كل واحد على الرضا.؟

1 - علي محيي الدين علي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص: 839.

2 - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، 05 / 450.

## 1/الفعل الماضي:

" وهو الدالُّ على اقتران حدث بزمان قبل زمانك "<sup>1</sup>؛ لا خلاف بين الفقهاء قاطبة في دلالة الفعل الماضي من صيغ العقود على الرضا، والاكتفاء به في إنعقاد العقد ولزومه به فمن قال: طلقت زوجتي ثلاثة، أو أنكحت أو تزوجت أو بعت، أو اشتريت، أو غير ذلك من العقود، وقيل قوله بالماضي فقد تم العقد<sup>2</sup>، وقد قالوا في توجيه ذلك، إن الفعل الماضي يدل على التحقيق، والوقوع، وذلك أنسب في الدلالة على إنشاء العقد، حيث يدل على أن صاحبه قد تخطى مرحلة التفكير والتردد والمفاوضة والمساومة إلى مرحلة الجزم والبت والحسم<sup>3</sup>.

إذا كان الفعلُ الماضي يدل على حدث سابق عن التكلم فيه، فكيف لنا القول أن هذا الفعل منشئٌ لحدث نحن بصدد التحدث عنه؟

إن صيغة الماضي وإن كانت دالة على ما حدث سابقاً، إخباراً عن الماضي من حيث الوضع لكن ذلك لا يمنع من إرادة التأكيد على تحقيق الفعل كون الفعل في إيجاده وتحقيق وقوعه كالماضي<sup>4</sup>، فقد أستعمل القرآن الكريم في هذا المعنى كثيراً منها قوله تعالى: ﴿ اقتربت الساعة وانشق القمر ﴾ (سورة: القمر، الآية: 01)، فقد عبر الله تعالى عن أحداث قرب الساعة بصيغة الماضي الدال على التحقق وللتأكيد على ذلك بمثابة الوقوع لأن إخبار الله تعالى عنها لا يخالف<sup>5</sup>.

إن الفعل الماضي وإن دلَّ على أمرٍ قد تحقق وما النطقُ به إلا إخباراً عنه، إلا أنه يكون دالاً على تحقق أمرٍ لا رجوع فيه فهو بمثابة التأكيد كقوله تعالى في محكم تنزيله: ﴿وكان الله غفوراً رحيماً﴾ (سورة النساء، الآية: 96)، فلا تفيد الآية أن الله كان غفوراً في الماضي فحسب بل غفرانه ممتد وهو ما تؤكد آيات كثيرة في القرآن الكريم.

1 - الزمخشري، المفصل في صنعة الإعراب، المحقق: علي بو ملحم، مكتبة الهلال، الطبعة: 01، دون بلد الطبع، 1993، ص: 319.

2 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 07 / 79.

3 - السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، 85/1.

4 - علي محي الدين علي، مبدا الرضا في العقود، مرجع سابق، 850/01.

5 - تفسير ابن كثير، 555/04.

حقيقة إن الفعل الماضي يدل على ما إنتضى لكن من جانب آخر فهو دال دلالة قطعية على الأمر المقدم عليه، إذ لا ريب على قصد الشخص ويذراً كل إحتمال للعودة عما تلفظ به، وصيغة فعل الماضي الأكثر استعمالاً كونها الأنسب لإحداث الأثر القانوني.

## 2/ الفعل المضارع

لا يخفى أن العقود تحتاج في إنشائها إلى صيغة تدل على هذا الإنشاء دون أن تكون فيها دلالة على احتمال أن يكون ذلك وعداً يقطعه على نفسه؛ ومن هذا يختلف العقد عن الوعد الذي يكون بإنشاء حدث في المستقبل، فإذا لاحظنا ذلك فإن المضارع إذا قلنا حقيقة في المستقبل يكون إنعقاد العقد به غير جائز إلا إذا كان هناك قرينة تخصصه للحال، وحينئذ يمكن قبوله في بعض العقود التي تتم بالتصريح والكنائي، أما العقود التي لا يتم إلا بالتصريح كالنكاح- وهو موضوع الدراسة- فيكون إنعقاد العقد به مثار خلاف وجدل ومناقشة.<sup>1</sup>

فالحنيفة قد إختلفوا في إنعقاد العقد بالمضارع، بالنسبة للنكاح صرح أكثر أصحاب المتون باشتراط كون الإيجاب والقبول بالماضي أو كون أحدهما ماضياً والآخر أمراً مثل أن يقول: زوجني فيقول زوجتك غير أن الآخرين صرحوا بجواز إنعقاد النكاح بالفعل المضارع، فقد صرح ابن همام بانعقاد النكاح بالفعل المضارع المبدوء بالهمزة مثل أن يقول: أتزوجك فقالت: زوجتك نفسي، فقد انعقد العقد؛ أما المبدوء بالتاء نحو: تزوجني ابنتك، فقال فعلت، فلا ينعقد إلا إذا قصد الإنشاء، فذكر ابن همام أن الفرق يكمن في أن الأول ليس فيه احتمال الوعد وذلك لأن الإنسان لا يستخير نفسه عن الوعد فيكون للإنشاء، بخلاف الثاني لإحتمال أنه يستخير ولي البنت بذلك، ثم قال: "وإذا كان كذلك؛ والنكاح مما لا تجري فيه المساومة كان للتحقيق في الحال فإنعقد به- أي المضارع- لا بإعتبار وضعه للإنشاء بل بإعتبار إستعماله في غرض تحقيقه واستفادة الرضا.

ويمكن القول إن الحنيفة يرون أن المضارع إن تمخّص للمستقبل فلا ينعقد العقد به، وإن تمخّص للحال بواسطة قرينة لفظية أو حالية ينعقد به، وإلا فإن إشتهر في عرف قوم استعماله في إنشاء العقود انعقد به دون الحاجة إلى النية وإلا- أي بأن كان قد بقي على حالته محتملاً الحال

1 - علي محيي الدين علي مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص: 852.

والاستقبال - فالراجح لديهم ولاسيما المتأخرين هو انعقاد العقد به يكن شرط نية الحال والاستثناء أو وجود قرينة تدل على ذلك<sup>1</sup>.

أما قول علماء المالكية وكذا الشافعية فقد أجازوا وقوع النكاح بفعل الأمر متى نوى العاقد إنشاء العقد في الحال<sup>2</sup>، أما الحنابلة فلم ينطقوا لانعقاد النكاح بالمضارع صراحة إذ لم يمثلوا الصيغتين الإيجاب والقبول الصحيحتين في عقدي البيع والنكاح إلا بالفعل الماضي<sup>3</sup>، والأمر نفسه بالنسبة للظاهرية لم يتطرقوا لانعقاد العقد بصيغة المضارع<sup>4</sup>.

إن الفعل المضارع وضعت له العربُ علاماتٍ خاصةً للدلالة على الاستقبال كالسين وسوف، وعلامات خاصة للدلالة على الحال كلام الابتداء، فهذا الوضع إن دل على شيء، فإنما يدل على أنَّ الفعل المضارع مشترك بين الحال والاستقبال، ولا يتعين في أحدهما إلا بسبب هذه العلامات اللفظية، أو الحالية ومن هنا نستطيع القول إن استعمال الفعل المضارع في جميع العقود لا يدل من حيث هو على الحال والإنشاء إلا بواسطة قرينة لفظية أو حالية، أو أراد العاقد نفسه الإنشاء به فيصدق حينئذ كما يصدق في إرادته به للمستقبل، لكن لو أراد به أحد العاقدين الإنشاء والآخر المستقبل لم ينعقد العقد لعدم وجود التراضي ما لم يشتهر في عرف خاص يقوم استعماله في الإنشاء، ففي هذه الحالات ينعقد العقد به ذلك لأن الأساس في العقود هو الرضا<sup>5</sup>.

قد لا نُولي إهتماماً بالغاً لعبارة التلغظ بالإرادة، فالرضا يختلج في نفس المتعاقد ما لم ينطق به متى كان ذلك مراده وقصده، فدلالة اللفظ دلالةً للقصد، فالفعل إن استبقناه بألف الاستفهام لم يكن منه إيجاباً صريحاً ولعل قبول الطرف الآخر لا يدل على تمام العقد إذ الإيجاب يحتمل الاختبار فلو قبل الثاني فقد يرد الأول إيجابه ومناطق كل ذلك هو الرضا، ودلالة العبارات قد تختلف فتدل في اللغة على أمر للمستقبل مثلاً، في حين يراد بها في عرف ما الحال عندها لا حاجة للوقوف على الدلالة اللغوية إذا حَسَمَ الرضا الأمر.

1 - علي محيي الدين علي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص: 854.

2 - علي محيي الدين علي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع نفسه، ص: 865.

3 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 97 / 07.

4 - المحلى لابن حزم، مرجع سابق، 47/09.

5 - علي الفرة داغي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص: 858.

وبذلك نرجح عرف المنطقة في تفسير اللفظ ولا تعني بذلك التعدي على المعنى اللغوي للفعل فقد يكون الفعل بصيغة الاستفهام إلا أنه دالٌّ على الحال ينعقد به عقد الزواج.

### 3/ فعل الأمر

وهو ما دل على معنى الطلب بصيغة افعل أو نحوه.

وقد حصل خلاف بين الأصوليين في أن الأمر المجرد عن القرائن هل يقتضي الأمر أم لا؟ فقد ذهب جماعة منهم إلى أنه يقتضي الفور - مذهب المالكية وحامد من الشافعية-، في حين ذهب اتجاه آخر إلى أنه يقتضي التراخي (الشافعية)، وذهب اتجاه ثالث إلى أنه مشترك بينهما، بحيث يتوقف في الدلالة على أحدهما على القرينة، مذهب الواقعية، وذهب اتجاه رابع إلى أنه للماهية المجردة وهي طلب الفعل خاصة<sup>1</sup>.

والذي يظهر رجحانه هو ما رجحه جمع من المحققين الأصوليين من أن فعل الأمر حقيقة في طلب الفعل وهو القدر المشترك بين طلب الفعل على الفور، وبين طلبه على التراخي من غير أن يكون في اللفظ إشعاراً بخصوص كونه فوراً وتراخياً، فعلى هذا إذا أردنا تحديده للحال، أو الاستقبال نحتاج إلى قرينة والخلاصة أن جمهور الفقهاء على أن صيغة الأمر صالحة لانعقاد النكاح لدى المذاهب الأربعة<sup>2</sup>.

من خلال الإطلاع على جملة الآراء الفقهية بشأن انعقاد العقد مطلقاً بصيغة الأمر فهم على خلاف ويجعلون من صيغة الأمر في العقود على أمرين: إذا لا يجيزونها في البيوع عدا المالكية إذ يرون أن صيغة الأمر تصح بها كل العقود مطلقاً، لكن لا خلاف بين الفقهاء بجواز انعقاد الزواج بصيغة الأمر فقد روي أن بلال رضي الله عنه خطب إلى قوم من الأنصار، فأبوا أن يزوجه، فقال لولا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرني أن أخطب اليكم لما خطبت، فقالوا له: ملكت، ولم يقل إن بلالاً أعاد القول<sup>3</sup>، كما روي في البخاري ومسلم في صحيحهما أن رجلاً قام إلى

1 - أمير بادشاه، تيسير التحرير، مرجع سابق، 357/01.

2 - علي محيي الدين علي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص: 859.

3 - حديث مرسل؛ أنظر: أبو داود، المراسيل، الحديث: 226، المحقق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة 01، بيروت، 1408هـ، ص: 193.

رسول الله صلى الله عليه وسلم في قصة المرأة التي خطبت نفسها إليه ولم يجد له بها حاجة فقال:  
"يا رسول الله إن لم يكن لك حاجة بها فزوجنيها.... قال : اذهب فقد زوجتكها بما معك من  
القرآن"<sup>1</sup>

إن ما يمكن أن نخلص إليه عموماً مما تقدم بخصوص دلالة الاسم والفعل على الرضا -  
هذا مع استبعاد الحرف إذ لا يكون له معنى إلا بغيره - هو صحة عقد النكاح بالاسم أما الفعل  
فلا خلاف بانعقاد النكاح به متى كان للماضي؛ فصيغة الماضي هي الصور الأصلية للإيجاب  
والقبول، والعقد ينعقد بها دون توقف على شيء آخر كالنية والقرينة<sup>2</sup>، والأمر نفسه كما لو كان في  
المضارع أو الأمر متى دل على الحال والإنشاء ولا يكون للمستقبل لأنه إن كان كذلك فإنه يفيد  
الوعد وهذا مع الأخذ بعرف المكان فقد تدل العبارة على المستقبل، غير أنه يفيد الإنشاء وصح  
العقد بها حسب ما تعارف عليه أهل المنطقة، إذ مناط كل ذلك الرضا.

ففعل المضارع والأمر لا بد له من قرينة تدل على إنشاء العقد في الحال، لأن هاتين  
الصورتين تفيد معنى الحال، كما تفيد معنى الاستقبال، فلا بد من توفير القرائن الدالة على إنشاء  
العقد<sup>3</sup>

### ثانياً: الألفاظ المتفق عليها لانعقاد الزواج

اتفق المسلمون على إنعقاد الزواج بلفظي النكاح والتزويج وما اشتق منهما<sup>4</sup>، ووجه الاتفاق  
على ما يلي:

قوله تعالى: ﴿فَانكحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ (سورة: النساء، الآية: 03)

وقوله تعالى أيضاً: ﴿وَلَا تَنْكحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ (سورة: النساء، الآية: 22)

ففي الآيتين دل لفظ النكاح على الزواج وبه يصح عقد الزواج، وجاء أيضاً في محكم

تنزيله: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾ (سورة: الأحزاب، الآية: 37)

1 - صحيح البخاري، الحديث: 5030، 06 / 192؛ صحيح مسلم، الحديث: 1425، 02 / 1040.

2 - محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 78.

3 - محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، المرجع نفسه، ص: 79.

4 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص: 99.

جاء في الآية لفظ تزويج مما يدل على صحة عقد الزواج بهذا اللفظ، هذا ما ثبت من القرآن الكريم، أما من السنة ما صحَّ من النبي صلى الله عليه وسلم: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء"<sup>1</sup> ففي الحديث لفظ التزويج فهو دال على صحة إنعقاد الزواج به.

إن ما لا يدع مجالاً للشك في انعقاد الزواج بلفظي التزويج والنكاح: أن يقول الخاطب: تزوجت ابنتك الفلانية فيقول ولي المخطوبة: زوجتك ابنتي هذه أو يقول: أنكحتك ابنتي الفلانية، وقول الخاطب: أنكحتها وكذا القول: لو كان الإيجاب بلفظ التزويج، والقبول بلفظ الإنكاح، ومثال ذلك، أن يقول ولي البنت: زوجتك ابنتي الفلانية فيقول الخاطب: نكحتها أو قبلت هذا النكاح<sup>2</sup>

وقد اختلف الفقهاء في أن يكون للقبول لفظاً معيناً كالإيجاب كأن يقول: قبلت أو رضيت أو أنه لا يشترط ذلك، ويكتفي بما يدل على الرضا بما قاله العاقد الأول - كأن يقول: قبلت أو رضيت على مذهبين:

**الأول:** ذهب الشافعية والحنابلة إلى اشتراط أن يكون لفظ القبول كالإيجاب، فيقول: قبلت هذا النكاح أو ما شابههما من الألفاظ الصريحة في التزويج، لأنه كناية في النكاح يفتقر إلى النية، والإضمار فلم ينعقد به كلفظ الهبة والبيع<sup>3</sup>

**الثاني:** ذهب الحنفية والمالكية وفي قول للشافعية والحنابلة إلى أنه لا يُشترط لفظ معين في القبول، فيصح بقول: قبلت أو رضيت أو فعلت، أو غيرها، وقالوا بأن القبول الصريح في الجواب، ينعقد به كما ينعقد به البيع وسائر العقود، وقولهم يفتقر إلى النية ممنوع، فإنه جواب فلا يتصرف إلا إلى المذكور<sup>4</sup>.

وعموماً يمكن القول إنَّ القبول، إن ورد اختصاراً بلفظ قبلت أو رضيت أو بعبارة نعم كما لو قال الولي بلفظ: تتزوج ابنتي فيقول الخاطب نعم: فإنه يعتد بهذا اللفظ لأنه ينصرف إلى قول

1 - صحيح البخاري، الحديث: 5066، 03/07

2 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص: 99

3 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 07 / 78.

4 - ابن قدامة، المغني، المرجع نفسه، 561/3.

الإيجاب حتماً ولا يدع مجالاً للشك في رضا الخاطب لعرض الولي، دون الحاجة لبحث عبارة القبول لأنها ترتيب لأثر لفظ الإيجاب وجواباً له.

**ثالثاً: الألفاظ المختلف في انعقاد الزواج بها:**

الألفاظ المختلفة في انعقاد الزواج بها كثيرة منها: الهبة والصدقة والتملك والجعل والبيع والشراء والسلم والإجارة والإباحة والإحلال والإعارة والرهن والتمتع.

اختلف فقهاء المسلمين في انعقاد عقد الزواج بهذه الألفاظ على ثلاثة أقوال:

### القول الأول: عدم الإنعقاد

إن عقد الزواج لا ينعقد إلا بلفظي النكاح والتزويج وما أشق منهما، أما غير ذلك من الألفاظ فلا ينعقد عقد الزواج بها. وهذا قول جمهور فقهاء المسلمين، وذهب هؤلاء إلى ما يلي:

قوله تعالى: ﴿وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين﴾ (سورة الاحزاب، الآية: 50).

وجه الدلالة في هذه الآية الكريمة أن قد جعل انعقاد الزواج بلفظ الهبة خاصاً برسول الله صلى الله عليه وسلم، كما دل على ذلك منطوق الآية والخاص لا يجوز تعميمه<sup>1</sup>.

وقوله صلى الله عليه وسلم في خطبته بعرفة: "فاتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله"<sup>2</sup>، ووجه الدلالة في الحديث الشريف أن المراد بكلمة الله ما ورد في كتابه عز وجل هو انعقاد عقد الزواج بلفظ النكاح والزواج.

ولأن إنعقاد الزواج بغير لفظي الزواج والإنكاح يعتبر من قبيل الكناية وهي لا تُعرف إلا بالنية والنية لا يعرفها الشهود، وهي شرط لصحة عقد الزواج<sup>3</sup>.

فالعقد قوامه الرضا على الإطلاق، إذ كل لفظ دال على مراد العاقد وفهمه الآخر صح به العقد، غير أن هذا اللفظ قد لا يؤخذ على إطلاقه بالنسبة لعقد الزواج؛ فهذا الأخير لا بد من

1 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص: 100.

2 - صحيح مسلم، الحديث: 1218، 886/02.

3 - شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، 212/6، 213.

حضور الشاهدين كركن لازم لعقد الزواج، فالعبارة الدالة على الزواج لا بد أن تكون مفهومة لدى الشاهدين وإلا انصرف كل بفهمه في مدلول اللفظ. وإن كان هذا لا يثير إشكالا في بداية العقد، لكن في حال وقوع خلاف بين الزوجين، وكان لا بد من الرجوع إلى مجلس العقد فيقع عندها التضارب بين الشهود والمتعاقدين.

### القول الثاني: إمكانية التعاقد

ينعقد عقد الزواج بلفظ الهبة والصدقة والتمليك والبيع والشراء، والجعل، فيصح إنعقاده بكل لفظ يدل على تمليك الأعيان، وهذا قول الإمام أبي حنيفة<sup>1</sup>، وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

1. ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم، زوج رجلا امرأة فقال: "قد مَلَكْتُكُهَا بما معك من القرآن"<sup>2</sup>.
2. إن هذه الألفاظ تدل مجازا على معنى الزواج والنكاح، لأن معناها اللغوي هو التمليك، والزواج تمليك المتعة، وليست الحقيقة وحدها طريقا للتعبير عن المعاني، بل الزواج طريق مألوف إذا قامت عليه قرينة وهنا كذلك<sup>3</sup>.
3. بأنه لفظ ينعقد به تزويج النبي صلى الله عليه وسلم فانعقد به نكاح أُمَّتِهِ كلفظ الإنكاح والتزويج.

وأجابوا عن استدلال الشافعية بالآية بأنها دليل لنا؛ لأنها تدل على أن لفظ الهبة يستعمل في الزواج، والخصوصية التي كانت للنبي صلى الله عليه وسلم ليست في لفظ الهبة بدل لفظ الزواج والنكاح، إذ ليس فيه كبير فضل، ولا تخفيف مشقة على النبي صلى الله عليه وسلم، وإنما الخصوصية في إسقاط المهر عنه، فغيره لا يجوز له أن يتزوج بلفظ الهبة أو غيرها من غير المهر<sup>4</sup>

1 - ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 91/3.

2 - صحيح مسلم 229/5.

3 - ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع نفسه، 52/3.

4 - ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع نفسه، 91/3.

واختلف فقهاء الحنفية في إنعقاد الزواج بلفظ البيع والسلم والصرف، والأصح عندهم انعقاده بهذه الألفاظ، كما اختلفوا في إنعقاد الزواج بلفظ الإجارة، والأصح عندهم لا ينعقد بها لأنها تدل على تملك المنفعة مؤقتاً والزواج على التأييد؛ ولا ينعقد بلفظ الإحلال والإعارة والوصية عندهم<sup>1</sup>.

والألفاظ التي لا تفيد ملك العين لا في الحال ولا في الاستقبال كلفظ الاباحة والإحلال والرهن بهذه لا يصح انعقاد الزواج بها اتفاقاً، لعدم وجود العلاقة بين المعاني الحقيقية لهذه الألفاظ وبين المعنى المجازي وهو الزواج<sup>2</sup>.

### القول الثالث: إمكانية التعاقد بشروط

ينعقد عقد الزواج بلفظ الهبة فقط معها المهر، أما إذا لم يذكر معها المهر فلا ينعقد ولو قصد به النكاح، أما كل لفظ يقتضي البقاء مدة الحياة مثل لفظ -الصدقة والتمليك - لأن الأصح عدم انعقاده، ولو ذكر معه المهر، وكل لفظ لا يقتضي البقاء مدى الحياة لا ينعقد به مطلقاً عندهم<sup>3</sup>.

إن ما يمكن أن نخلص إليه من القول الثالث هو أن عقد الزواج يصح بلفظ الهبة والتمليك ما لم يرد ذلك على سبيل التأقيت على إعتبار أن عقد الزواج لا يصح به إلى جانب ذكر المهر حتى تنصرف هذه الألفاظ إلى إنشاء عقد الزواج.

وعموماً من جملة الأقوال الثلاثة السابق ذكرها إنه لا خلاف بين الفقه بشأن انعقاد الزواج بلفظ التزويج أو الإنكاح كما دل على ذلك القرآن الكريم والسنة النبوية. أما غير هذين اللفظين فيتوقف إنعقاد الزواج على القرينة اللازمة للفظ الهبة، ولا يكون بهذا الزواج ما لم يذكر المهر - قول المالكية - في حين أن التملك يراد به تملك المنفعة لا تملك الرقبة. وكل لفظ جاز عدا عبارة الإجارة التي مفادها تملك المنفعة مؤقتاً، وهو ما يتعارض وفكرة التأييد في عقد الزواج.

1 - ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 91/3.

2 - عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة، مرجع سابق، ص: 106.

3 - ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، 53/03.

## الفرع الثالث: دلالة اللفظ في القانون

لم يكن للرضا المكانة التي هو عليها في الوقت الحاضر فقد ساد في القوانين الوضعية سابقاً مبدأ الشكلية إلى حد أنها طغت على كل التصرفات القانونية وبات كل عقد خالف الشكل المطلوب مصيره البطلان أما في الوقت الحاضر تراجعت الشكلية إلى حد كبير وباتت استثناء بالمقارنة مع الرضائية التي طغت على كل العقود وأصبحت المبدأ السائد، وإعمال هذا المبدأ يقودنا إلى طرق التعبير عنه، والحقيقة أن المبدأ وتفعيله يقتضي عدم التقيد بلفظ أو عبارة محددة للتعبير عن الإرادة بل الأصل ترك الأمر مفتوحاً لاتخاذ أية وسيلة في التعبير.

فالإرادة الصحيحة، يمكن أن تظهر بكل وسيلة يمكن توصيلها إلى الغير، فليس هناك مظهر خاص يتحتم اتخاذه للتعبير عن الرضا، فالقاعدة العامة في التعبير هي أنه لا يخضع لشكل ما، وهذا مقتضى مبدأ الرضائية، ولا شك أن أبسط وسيلة هي الكلام سواء كان موجهاً إلى شخص حاضر، أو غائب، سواء كان بطريق مباشر أو بواسطة الوسائل الحديثة<sup>1</sup>.

## أولاً: دلالة الألفاظ على الرضا

لم تخض التشريعات الوضعية في ألفاظ الانعقاد ودلالة كل لفظ على الرضا، فلم تتطرق إلى دلالة الأفعال والأسماء في التعبير، بل إكتفت بذكر دلالة اللفظ بشكل عام دون تخصيص، غير أنها خاضت في دلالة اللفظ الصريح والضمني على الرضا، والقانون لم يحدد وسائل محددة في التعبير الصريح وأخرى للتعبير الضمني، بل كونها كذلك في مدى دلالاته على الرضا فالتعبير الصريح - لفظاً كان أو غيره - إذا كانت الوسيلة المستعملة فيه من شأنها أن تؤدي إلى المعنى المقصود مباشرة دون احتمال معنى آخر، أي بالصورة المألوفة بين الناس، والأسلوب المتعارف عليه، مثل لفظ البيع والشراء، أو القبول أو نحوهما، فالمعيار في ذلك أن يفهم الناس من اللفظ المستعمل في الدلالة على الرضا المقصود دون البحث عن القرائن، ولا يهم بعد ذلك أن يكون اللفظ مؤدّى بواسطة اللسان مباشرة أو بواسطة التليفون أو الرسول<sup>2</sup>.

1 - على القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، 906/01 و ما بعدها.

2 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط- شرح القانون المدني، الجزء: 01، دار النهضة العربية، الطبعة: 03، القاهرة، 1981، ص: 217، 219.

أما التعبير الضمني فهو ما كانت الوسيلة فيه لا تدل بذاتها على حقيقة المعنى المقصود مباشرة لكن القرائن التي تحيط بها تُخصِّصُها للدلالة على الرضا بالعقد<sup>1</sup>.

إن التعبير الصريح بالرغم من أنه الأدل على التعبير والأكثر بيانا للناس منه للتعبير الضمني، إلا أن التشريعات الحديثة تعطي للتعبير الضمني نفس القيمة القانونية للتعبير الصريح، بالرغم من أن الثاني يحتاج لبذل عناية في بحث دلالة القرائن المحيطة به.

لا يؤخذ التعبير على إطلاقه كتعبير عن الرضا إذ أحدثت جلُّ التشريعات الحديثة بعض الإستثناءات على هذا المبدأ فقد إستتنت بعض العقود التي أوجبت أن تفرغ في شكل رسمي كالهبة والرهن في العقار دون المنقول، وقد إتفق المشرع الفرنسي مع المشرع المصري في عدم صلاحية اللفظ لإنشاء الأثر القانوني بالنسبة لبعض العقود حيث اشترط التسجيل أمام الموثق لتكوينه كالهبة والتنازل بين الأحياء ( م 931 قانون مدني فرنسي ) وكذلك عقود الزواج المادة (1394 م ف) والذي يعيننا في هذه الدراسة<sup>2</sup>.

وهذه العقود التي أوجبت القوانين أن تتم وفق شكل معين فرضتها خطورة ما تنطوي عليه هذه العقود، وحماية من المشرع لمن يقدم عليها مخافة أن يكون ضحية تسرع قد يندم عليه.

و ما يعيننا في هذا الصدد هو عقد الزواج الذي اشترط التشريع المصري وكذا التشريع الفرنسي أن يتم وفق شكل معين وأمام الشخص المؤهل وهو ما سارت عليه جل التشريعات سواء العربية أو الغربية وهذا يدل على :

- خطورة هذا العقد بما ينجم عليه من حِلِّ الاستمتاع وبالتالي الخوف من التلاعب بالأعراض.

- آثار العقد فطالما تم العقد وفق ما قرَّرَ قانونا، سنحفظ حقوق الأطراف فيه خاصة الأضعف وهي المرأة لإعتبارها الأكثر تضررا، ذلك أنه إذا تم الزواج خارج الأطر القانونية فإن تبعات هذا تتحملة المرأة كإثبات الرابطة الزوجية ونسب الأولاد فيما بعد.

1 - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، 219/01.

2 - ويتضاءل دور اللفظ في بعض التصرفات القانونية، ليس لأنها عقود شكلية، لكن لان القانون أوجب إثباتها بالكتابة خاصة، تلك التصرفات التي تربو قيمتها عن حد معين اقره القانون، حسب كل بلد.

- التلاعب بمثل العقد بإطلاق الرضا في التعاقد دون قيد من شأنه التلاعب بالنسيج البشري للمجتمع.

عموماً يمكن القول من خلال العرض السابق في دلالة اللفظ على الرضا أو الإرادة في عقد الزواج أن القوانين لم تلتفت إلى مثل هذه الأمور، من خلال إقرار التعبير الضمني كأداة التعبير، وجعلته بذات القيمة مع التعبير الصريح مما يمكن أن نستنتج منه أن اللفظ الدال على مراد صاحبه ولا يدع مجالاً للشك للطرف الآخر يكون منتجا لآثاره ولا يهمل بعدها بأي صيغة صدر، إن كانت بصيغة الفعل أو الاسم، ذلك أن العبرة بقصد المتعاقد وما التعبير إلا إظهار لما يضمّر القلب وتصديقا له، وليس لنا أن نبحث في دلالة التعبير بعدها ولعله بذلك تكون التشريعات قد أصابت من جانبين :

الأول: أنها جنبت نفسها عناء بحث دلالة كل لفظ وهو أمر ليس من اليسير ضبطه.

الثاني: إن تعليق القصد على اللفظ من شأنه أن نولي أهمية للفظ الهازل ومن كان بسكر والغاضب.

#### ثانياً: الألفاظ المتفق عليها لانعقاد الزواج

غلب القانون على عقد الزواج مبدأ العرف أي ما تعارف عليه أهل المنطقة فقد تكون ألفاظاً بمكان دالة على الزواج لا تكون بأخرى، والهام أن تكون العبارة دالة على قصد مريدها ويفهمه الطرف الآخر بشرط أن تكون العبارة أو اللفظ مما يفهمه مجلس العقد ونعني بذلك الشهود بشكل خاص.

\* ففي التشريع الأردني نصت المادة 15 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أن: "يكون الإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة بالإنكاح والتزويج، والعاجز عنهما بإشارة معلومة."

\* أما بالنسبة للتشريع الجزائري فنصت المادة 10 من قانون الأسرة على أن: "يكون الرضا بالإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً."

ذكرت نصين مختلفين لنظامين يظهر من خلاله الاختلاف الفقهي بين البلدين فالتشريع الأردني ومن سار على منهجهم يحصر لفظ عقد الزواج بلفظي الإنكاح والتزويج، وهو بذلك يتفق

مع مذهب الشافعية والحنابلة الذين يرون أن الزواج لا ينعقد إلا باللفظين المذكورين آنفاً<sup>1</sup> وهو مذهب ابن حزم الظاهري<sup>2</sup>، في حين تبني المشرع الجزائري ما جاء به مذهب الحنفية والمالكية في هذا الشأن.

وفقاً للمشرع الفرنسي فإن رضا الزوجين يتجسد القول بنعم ويجب أن يكون التعبير جدياً، ويكون باطلاً إذا كان هدفه الحصول على الجنسية أو لغرض الإقراض<sup>3</sup>

### الترجيح

من خلال عرض جملة أقوال العلماء بشأن انعقاد الزواج بغير لفظي النكاح والتزويج فهم على قولين: أحدهما يرى أن الزواج لا ينعقد إلا بالألفاظ المخصوصة له والصريحة، وكل لفظ خالفه لا ينعقد به الزواج، وهو رأي الشافعية والحنابلة والظاهرية.

والثاني يجيزون النكاح بغير الألفاظ الثابتة في القرآن والسنة بما لا يتعارض وطبيعة الزواج فيستبعدون كل لفظٍ دال على التأكيد والإجارة والإباحة والرهن حتى وإن دلت على معنى النكاح، كونها تنصرف إلى معانٍ تخالف تماماً عقد الزواج إلى جانب أن القرائن قد لا يعلمها الشهود في العقد

أما في القوانين الوضعية فهم يأخذون بالرأي الثاني من إطلاق الألفاظ في انعقاد الزواج وبذلك فهم يغلبون مبدأ الرضا على العقد لأن حصر النكاح بلفظ معين من شأنه إضفاء نوع من الشكلية على العقد.

1 - عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة، مرجع سابق، ص: 102.

2 - شيء منطقي أن يأخذ المذهب الظاهري بهذا الاتجاه، إذ أنهم يتقيدون بظاهر النص وبالتأويل الصحيح له، فهم لا يتوسعون في التفسير، فإذا كان هذا منهجهم فمن باب أولى ألا يأخذوا من ألفاظ الزواج إلا ما ورد في القرآن الكريم أو السنة النبوية.

3- Le consentement des parties matérialise par l'échange de "oui" il doit être conscient et sérieuse, est nul le mariage contracté dans un but étranger à l'institution matrimoniale, par exemple dans l'objectif d'obtenir la nationalité française ou dans un but successoral. Vue Corinne Renault- Brahinsky, l'essentiel du droit de la famille, p43.

## المطلب الثاني: انعقاد الزواج باللهجة العامية وبلغة أجنبية وبوسائل الاتصال الحديثة

إن إثارة مثل هذه الحالات لإنعقاد الزواج هي إختلاف ألسن الناس، ومن باب رفع الحرج والمشقة فقد أثار الفقه حالات لإنعقاد الزواج بغير الصور التي ذكرناها؛ كما لو تعاقد الأشخاص باللهجة العامية، أو بلغة غير العربية، وهذا الأمر مُثار حتى لدى قدماء الفقهاء، أمّا ما أمُستحدث في عصرنا الحالي من التعاقد بالوسائل الحديثة، فهو محل جدل لدى الفقه الإسلامي، وعلى العكس من ذلك في الفقه القانوني.

### الفرع الأول: انعقاد الزواج باللهجة العامية وبلغة أجنبية

#### أولاً: في الفقه الإسلامي

يُميز الفقه الإسلامي في انعقاد الزواج بين اللهجة العامية واللغة الأجنبية.

#### أ- باللهجة العامية

قد يتبادر إلى الذهن السؤال التالي:

ما حكم الزواج بالألفاظ المصحفة التي تجري على ألسنة العامة؟

والجواب: كل لفظ يدل على معنى الزواج في عرف البلدة تجري فيها العقد ينعقد به الزواج<sup>1</sup>.

إذ لا خلاف عند فقهاء المسلمين في صحة انعقاد الزواج باللهجة العامية التي تعارف أهل كل بلدة على استعمالها، ما دام هذا الاستعمال قد شاع بينهم، بحيث يدل على معنى الزواج، ومثال ذلك: أن يقول الخاطب لولي المخطوبة: تجاوزت بنتك فلانة، فيقول وليها: جوزتك بنتي فلانة.

قد لا تعتبر اللهجة إشكالا كما لو كان الزوجان من نفس المنطقة أو نفس البلدة، بقدر ما يُثار إشكال، كما لو كان الزوج من بلد والآخر من بلد آخر؛ طبعا في بلاد العربية هنا قد لا نتفق عند اللفظ بحد ذاته بقدر ما نتفق على قصد المتعاقدين على أن يُنقل معنى القصد للشاهدين حتى يتفق الكل على غاية واحدة من اللفظ وهي الزواج الصحيح.

1 - للتفصيل أنظر: ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 85/03-88.

## ب- انعقاد الزواج باللغة الأجنبية

1- **ممن يعرف العربية:** وهذا مثار إشكال كما لو كان العاقد قادرا على اللفظ وعبر بخلافه، فذهب الحنابلة والشافعية للقول إلى أنه: "لا ينعقد عقد النكاح إلا بالعربية لقدرته على الألفاظ الموضوععة لذلك"، في حين ذهب الحنفية والشافعية في الصحيح إلى أنه ينعقد، لأنه أتى بلفظه الخاص فانعقد به كما ينعقد بالعربية، ولأنه لفظ لا يتعلق به إعجاز فاكتفى بترجمته.<sup>1</sup>

2- **ممن لا يعرف العربية:** أما بالنسبة للذي لا يحسن العربية: فقد ذهب عامة الفقهاء إلى أنه يصح منه عقد النكاح بلسانه، لأنه عاجز عما سواه ويحتاج إلى أن يأتي بمعناه الخاص بحيث يشتمل على معنى اللفظ العربي، وليس على من لا يحسن العربية تعلم ألفاظ النكاح، لأن النكاح غير واجب تعلم أركانه بالعربية كالبيع، خلاف التكبير.<sup>2</sup>

إن المتكلم باللغة الأجنبية الذي لا يجيد العربية صح منه عقد الزواج بترجمة كل لفظ دال على الزواج أو النكاح على أن يفهم معناه للطرف الآخر إذا كان لا يجيد هذه اللغة وأيضا للشاهدين.

## ثانيا: في القانون

لا تثير اللهجة العامية اشكالا في انعقاد العقود بشكل عام وعقد الزواج أيضا لأنه طالما كان اللفظ صريحا دالا على مقصود صاحبه وإنصرف إلى الطرف الآخر وإلى مجلس العقد انعقد به الزواج بشرط أن تفهم هذه اللهجة للعاقدين والولي والشاهدين.

وفكرة اللهجة العامية لا تثير إشكالا في القانون بقدر ما تثيره بالنسبة للأطراف متى كانوا من مناطق مختلفة فاذا ما فسر اللفظ إلى كل معنى يفيد العقد، إنعقد الزواج.

ولعل ما ينطبق على اللهجة العامية ينطبق على اللغة الأجنبية متى كان من تعاقد معه يفهمها خاصة اذا كان من تكلم بها لا يجيد غيرها، أما إن كان يجيد العربية وتكلم بغيرها فالقانون لا يرتب على هذا أي أثر ما دام الطرف المتعاقد معه لا يثيره كإشكال، في حين لو تعاقد الغير

1 - ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 85 / 03 .

2 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 79/07.

مع من تكلم بغير لغته وأجازه بما تكلم ليس له أن يرجع عليه بشيء لم يفهمه من كلامه ما لم يثبت حسن نيته بفهم خاطئ للفظ.

وفقاً للتشريع الأردني في المادة المذكور آنفاً، أن الزواج ينعقد بألفاظ النكاح والتزويج؛ مما يفهم منه أنه لم يأت على ذكر اللهجة العامية واللغة الأجنبية.

أما التشريع الجزائري في المادة 10 من قانون الأسرة فلم يشترط لفظاً بعينه وإنما أرجع ذلك كله إلى العرف بما يفيد النكاح.

ونستخلص بشأن انعقاد الزواج بلغة أجنبية إن كان مجلس العقد ينطقون بلغة واحدة فالأصل أن ينعقد الزواج بلغتهم، أما إن كان أحد الأطراف أجنبياً جاز له الكلام بلغته على أن يفهم عبارته الأطراف وإن كان الزوجان عرباً تكلموا بغير العربية وفهم الشهود لغتهم، فالأولى أن ينعقد الزواج طالما كان قصد الأطراف معلوماً لدى الجميع.

### الفرع الثالث: انعقاد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة

لم يعرض الفقه الإسلامي إلى البحث في هذه الوسائل بل تناولت الآثار المترتبة على هذه الوسائل، وعليها رتبت الأحكام؛ في أسهب الفقه القانوني إسهاباً كبيراً في بحث هذه الوسائل بالقدر الذي ينفي الجهالة إلى وقت معلوم، لأن هذه الوسائل يغلب عليها التطور المستمر فيصعب معها ضبط أحكام ثابتة.

إن التطور السريع لوسائل الاتصال الحديثة بين الأشخاص من بلد واحد أو عدة بلدان أدى إلى شمولية هذه الوسائل لشتى مناحي الحياة، إذ كثيراً ما عُرفت في مجال التجارة وأطلق عليها التجارة الإلكترونية، غير أنها لم تقتصر على هذا المجال بل تعدته لتشمل مجالات أخرى مع التطور المذهل لوسائل التواصل الاجتماعي وتعددتها، وعليه لم يعد عقد الزواج في منأى عن هذه الوسائل الحديثة.

### أولاً: تعريف العقد الإلكتروني

أ- **التعريف الفقهي:** في الحقيقة إن العقد الإلكتروني لا يخرج عن المفهوم العام للعقد فكونه عقد تنطبق عليه أحكام العقود، إلا أن ما يميزه هو وسيلة انعقاده التي تحتاج إلى بحث طبيعتها القانونية.

عرّف الفقه القانوني العقد الإلكتروني وفقاً للزاوية التي نظر من خلالها إلى هذا العقد، فتباينت تعريفاتهم؛ فنظر البعض إلى العقد الإلكتروني باعتباره عقداً من عقود المسافة - أي العقود التي تبرم عن بعد - ونظر إليه البعض الآخر من جانب أنه عقد يتسم غالباً بالصفة الدولية، وجانب آخر يأخذ بالإعتبار الوسيلة التي يتم من خلالها، وهي وسائل الاتصال الحديثة والتي من بينها شبكة الانترنت، وذهب جانب من الفقه إلى تعريف العقد الإلكتروني بأنه: "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل"<sup>1</sup>.

والتعريف الذي نراه أقرب إلى ما نحن بصدد دراسته - عقد الزواج - هو ما ذكره الباحث ناصيف إلياس وجاء فيه: "العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم انعقاده بوسيلة الكترونية كلياً أو جزئياً وتتمثل الوسيلة الإلكترونية في كل وسيلة كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو الكترو مغناطيسية أو أي وسيلة مشابهة صالحة لتبادل المعلومات بين المتعاقدين"<sup>2</sup>.

ولعل التعريف الأخير لم يُبين الأثر القانوني للعقد ولم يوضح وسيلة الاتصال الإلكتروني بدقة فقد أحسن عملاً لأن حصر وسيلة الاتصال يجعل من التعريف قاصراً على فترة معينة دون أخرى، وكما نعلم يقيناً، إن التطور التكنولوجي سريع، فما يصلح لفترة لا يصلح لغيرها، وبالتالي فإغفال الوسيلة الإلكترونية والتعبير عنها بما هو أعم منها هو الصواب حتى لا يضطر الباحث إلى إقحام تعريف جديد بما يتلاءم والوسيلة الجديدة، ويتفرغ بذلك لبحث الآثار القانونية.

### ب- العقد الإلكتروني في التشريعات القانونية:

- في التشريع الأردني، عرف المشرع الأردني العقد الإلكتروني بموجب قانون المعاملات الإلكترونية في مادته الثانية الفقرة الثانية بأنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كلياً أو جزئياً"

1 - علاء محمد الفواعير ، العقود الإلكترونية ، التراضي - التعبير عن الإرادة - دراسة مقارنة ، دار الثقافة ، دون رقم الطبعة عمان، الأردن ، 1435هـ - 2014م ، ، ص: 44.

2 - إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، دار النهضة العربية، الطبعة: 01 القاهرة، 2009، ص: 36.

- في التشريع المصري: وقد عرفه في مشروع قانون التجارة الالكترونية في المادة 01 منه بأنه: " كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه، أو قبول وثائقه كلياً أو جزئياً عبر وسيط الكتروني "

- في التشريع الإماراتي: لم يعرف المشرع الإماراتي العقد الالكتروني بل عرف المعاملة الالكترونية بموجب نص المادة 02 من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية رقم (2) لسنة 2002 بأنها: " أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الالكترونية "

- التشريع التونسي: تُعتبر تونس أول دولة عربية تضع تقنياً خاصاً بالمعاملات الإلكترونية وهو التقنين رقم: 83 لسنة 2000، وقد نصت الفقرة الثانية من الفصل الأول منه على أن العقود الإلكترونية يجري عليها نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون.

- أما بالنسبة للمشرع الجزائري بالرغم من أنه لم ينكر دور الوسائل الجديدة في إبرام العقود الإلكترونية، حيث أجاز استعمالها بدليل أنه أقر بحجيتها في الإثبات.<sup>1</sup>

إن الملاحظ في التعريفات للعقد الالكتروني أنها أكثر ارتباطاً بالتجارة الالكترونية وهذا له ما يبرره كون العقد الالكتروني ما كان ليظهر لولا حركة التجارة وتطورها بتطور وسائل التعامل فيها خاصة الترويج للسلع والخدمات، ومن ثمة ظهور نماذج للعقود الالكترونية، وقد تعلق في بادئ

1 - وهو ما يمكن أن نستشفه من المرسوم التنفيذي رقم 307/200 المؤرخ في 14/10/2000 الذي يعدل المرسوم التنفيذي رقم 257/98 المؤرخ في: 25/08/1998 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات أنترنات و إستغلالها، وكذا المادة 69 من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد و القرض، إلى جانب التعديلات التي أوردها المشرع على القانون التجاري قانون رقم 59/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بموجب القانون 02/05 المؤرخ في 06/02/2005 ج.ج.ج عدد 11 الصادرة في 09/02/2005، وكذا القانون المدني رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم إلى آخر تعديل له بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 حيث أضاف المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 1، وكل النصوص تقريباً جاءت خالية من تعريف العقد الإلكتروني كما هو الحال بالقانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، وإن كان هذا القانون يعد فقرة نوعية في مجال التعاقد الإلكتروني، ثم تلاه قانون رقم 05/18 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، وهو بدوره لم يأت على تعريف للعقد الإلكتروني.

الأمر بالبرامج والخدمات - محل للتعاقد - والتي يتم التعاقد والتنفيذ إلكترونياً، ثم اتسع مجالها ليشمل كل ما يمكن أن يكون محلاً للتعاقد.

ثانياً: جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل

الأصل أن التعبير عن الإرادة في معظم التشريعات الحديثة لا تشترط في شكل خاص أو وضع معين، وبالتالي فهو جائز بكافة الوسائل كالتالي يمكن أن تؤدي إليه<sup>1</sup>.

فيمكن التعبير عن الإرادة باستخدام اللفظ سواء كانت الألفاظ صادرة مباشرة عن اللسان أم يؤديها اللسان بواسطة كالمخاطبة التليفونية، وقد يكون التعبير بواسطة الكتابة في أي شكل سواء كانت رسمية أم عرفية، وسواء وُردت في شكل سند أم كتاب أم نشرة أم إعلان وسواء كانت مكتوبة باليد أم بالآلة الكاتبة أم بالآلة الطابعة، وقد يتم التعبير عن الإرادة بالإشارة المتداولة عرفاً<sup>2</sup>.

ولما كانت شبكة الانترنت تقوم على الجمع بين تقنيات النص والصوت والصورة بالكتابة كالبريد الإلكتروني، وغرف المحادثة، ومجموعات الأخبار، وهاتف الانترنت، وتقنية السكايب فهذه الشبكة قادرة على دمج كل هذه التقنيات (النص، الصوت والصورة) بصورة أفضل من أي وسيلة اتصال أخرى، فلجوء الأطراف إلى التعاقد بهذه التقنية دالٌّ على التراضي، فالصوت المتبادل من خلالها هو عبارة صريحة دالة على التعبير عن الإرادة إلى جانب الكتابة الإلكترونية الواردة في الشبكة لا شك أنها بمثابة الكتابة العادية في دلالتها عن التعبير عن الإرادة .

بالنسبة للتعاقد عبر الانترنت، فإن التعبير عن الإرادة لا يتخذ مظهراً واحداً، وإنما يختلف مظهر التعبير عن الإرادة بحسب طريقة إبرام العقد، فالتعاقد عبر الانترنت لا يتم بطريقة واحدة، بل يتم بعدة طرق<sup>3</sup>.

1 - محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت دراسة مقارنة، الطبعة : 01، دار الثقافة عمان، الأردن، 2009، ص: 41.

2 - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، 01 / 217 وما بعدها

3 - سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت -دراسة مقارنة-، دار الكتب القانونية، دون رقم الطبعة، 2008، مصر، المحلة الكبرى، ص: 68.

## ثالثاً: صور التعاقد الإلكتروني

إن التعاقد عبر الانترنت يتخذ مظهرين؛ إمّا أن يكون التعاقد من خلال الموقع الإلكتروني ويُعرف بالتعاقد من خلال الويب، وهو من صورة التعاقد على الإطلاق، أو عبر البريد الإلكتروني.

## أ- التعاقد من خلال الموقع الإلكتروني

يعرف الموقع الإلكتروني بأنه: " مجموعة من الصفحات على شبكة الانترنت حول تنظيم ما أو موضوع ما خاص"<sup>1</sup>

ويعرف بعضهم الموقع الإلكتروني بأنه: " مجموعة من وثائق موضوعة معا في عنوان واحد عبر الشبكة"<sup>2</sup>.

وتحتوي شبكة الانترنت على ملايين المواقع الإلكترونية ولكل موقع عنوان خاص به غير متكرر ويقوم مقام العنوان العادي أو رقم التلفون، ويستطيع مستخدم الانترنت من خلال معرفة العنوان تصفح الموقع الذي يريد، وعلى مدار الساعة، ويُقدّم الموقع الإلكتروني كمّا هائلا من المعلومات المتعلقة بالجانب الذي يختص به ذلك الموقع، هذه المعلومات تكون خليطا من نصوصٍ بياناتٍ ورسومٍ وغيرها.<sup>3</sup>

من خلال ما عرض، لنا أن نتساءل عن كيفية التعبير عن الإرادة في المواقع الإلكترونية.

ويتم ذلك التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية

إذ يكون للشخص المتعاقد موقعٌ إلكترونيٌّ على شبكة الانترنت؛ حيث يعرض فيه محل تعاقد كسلع وخدمات، ويقع على الطرف الآخر -متصفح الموقع الإلكتروني- الدخول إلى الموقع للتعاقد على المحل الذي تم عرضه ويكون هذا العارض قد عرّف بمحل تعاقد بوسائلٍ إخبارية مع بيان موقعه، فيكون متصفح الموقع على علم بمحل التعاقد.

1 - عمر حسن المومني ، التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية ، الطبعة: 01، دار وائل، عمان، الاردن ، 2003، ص: 34.

2 - مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة ، إبرام عقد البيع عبر الانترنت ، الطبعة: 01، 2010 ، ص 93.

3 - علاء محمد الفواعير ، العقود الإلكترونية ، التراضي، مرجع سابق، ص: 90 .

ويقوم مالك الموقع بإعداد عقد مطبوع مكتوب فيه كل الشروط الخاصة بالعقد وفي آخر هذا العقد أيقونة القبول، التي يقوم المتعاقد الآخر بالضغط عليها إن قبل هذه الشروط، وبالتالي فالإيجاب المعبر عنه من قبل مالك الموقع، تم التعبير عنه بالكتابة الالكترونية، وإن كان الإيجاب الالكتروني يتم التحكم فيه من قبل البرنامج الذي يتولى عرض السلعة أو الخدمة للمستهلك وعرض هذا العقد المكتوب<sup>1</sup>.

فالتعبير في هذه الحالة قد تمّ وبشكلٍ مكتوبٍ من الموجب، والكتابة هي صورة من صور التعبير عن الإرادة الصريحة، وإن كانت الكتابة هنا لا تتم باليد وإنما إلكترونياً، مما يطرح إشكالا مفاده مدى كفاية الكتابة الالكترونية للتعبير الصريح عن الإرادة.

بات هذا التساؤل تقليدياً لا يجاري التطور الحاصل من جهة التعبير عن الإرادة، فقد كانت النصوص القانونية عامة (المادة 90 ق م المصري) تشترط صورة محددة وللكتابة، ومن جهة ثانية، فالتعبير الإلكتروني صريحٌ كما لو قارناه بالتعبير الضمني والإمائية وغيرها<sup>2</sup>، غير أنه تبقى مسألة أخرى أثارها شبكة الانترنت بالنسبة لصورة التعبير عن الإرادة تتعلق بمدى كفاية الضغط على مفتاح القبول في لوحة مفاتيح الحاسوب، أو الضغط بواسطة المؤشر المحرك على شاشة الحاسوب على الخانة المخصصة للقبول للتعبير عن الإرادة، ففي أغلب العقود التي تتم عبر الانترنت وبالذات عبر موقع الواب، غالباً ما يجد الراغب في التعاقد على هذه المواقع خانة خاصة بقبول التعاقد تتضمن عبارة دالة على الرضا أو الموافقة مثل: "أوافق"، فهل يعتبر الضغط بالمؤشر على هذه الخانة كافياً للتعبير عن الإرادة بالموافقة؟.

بالرجوع إلى الفقه القانوني، فقد إستقر على كفاية هذا الإجراء للتعبير عن الإرادة طالما استطاع صاحب الموقع التجاري أن يفهم منه بصورة تفيد نية أن الطرف الآخر قد قبل التعاقد<sup>3</sup>.

1 - سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت -دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص: 70.

2 - وإن المشرع الفرنسي قد ساير التطور الحاصل وعدل من فحوى القانون المدني من خلال النص، المادة 25 على المساواة بين الكتابة الالكترونية والكتابة الخطية.

3 - محمود عبد الرحيم الشريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، مرجع سابق، ص 43.

## ب-التعبير عن الإرادة بالبريد الإلكتروني

دفعت ثورة المعلومات والاتصالات وانتشار شبكات الاتصال في إبرام الصفقات والعقود العديد من المشرعين في الدول والمنظمات والمنظمات الإقليمية والدولية إلى إقرار هذا الواقع ومن ثمة إجازة التعبير عن الإرادة العقدية عبر الرسائل الالكترونية، وهو ما يعني أن النقاء الإرادات إلكترونياً كافٍ لإبرام التعاقد متى استوفى شروط صحته.<sup>1</sup>

وقد أجاز قانون الأونسترال النموذجي استخدام رسائل البيانات للتعبير عن الإرادة سواء كان إيجاباً أو قبولاً أم مجرد دعوة للتعاقد أو التفاوض، إذ نصت المادة (1/11) منه: " في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسائل بيانات في تكوين العقد، لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسائل البيانات لذلك العرض ".<sup>1</sup>

لم يكتف قانون الأونسترال عند هذا - على ما ذكر في المادة أعلاه - بل أضاف في المادة (12) ما نصه: " في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه، لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غير ذلك من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ مجرد أنه على شكل رسالة بيانات ... ".<sup>1</sup>

وسّعت المادة (12) من دائرة التعبير عن الإرادة فلم يقتصر على انعقاد العقد فحسب، بل شملت كل تعبير تعلق بالعقد وصدر إلكترونياً، وتضمن مشتملات العقد كتحديد ميعاد تنفيذ الالتزام وكل المراسلات والإعذارات.

وقد يكون التعاقد عبر الانترنت من خلال البريد الإلكتروني، إذ هنا تبادل الرسائل الالكترونية بين المتعاقدين حتى يتم انعقاد العقد، وهنا لا مجال للتشكيك في التعبير عن الإرادة إذ يتم الكترونياً سواء من الموجب والقابل وبالتالي فالإشكال المثار بشأن القابل ومدى قبوله بالضغط على زر القبول.

1 - إبراهيم خالد ممدوح ، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، الطبعة: 01 ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص: 128.

إنّ هذه الصورة من صور التعاقد الإلكتروني - تبادل الرسائل الكترونياً - تقترب إلى حد ما مع صور التعبير عن الإرادة في صورتها التقليدية فيصدر الإيجاب من شخص من موقعه الإلكتروني بشرط أن تتوافر في الإيجاب ما يميزه عن الإعلان أو الدعوة إلى التعاقد والتفاوض كون هذا الأخير لا يعد إيجاباً والتي منها:

\* أن يكون الإيجاب جدياً كأن يتضمن البيانات الكافية عن محل التعاقد بحيث ينفي الجهالة وحتى يكون جدياً أيضاً أن يكون جلياً واضحاً وموجهاً لشخص محدد أو مجموعة محددة.

\* أن يكون الإيجاب باتاً في اتجاه الإرادة لإحداث الأثر القانوني ولا يكون كذلك إلا إذا رتبنا الأثر على الإيجاب متى إقترن به قبول، هذا ما تعلق بالإيجاب أما القبول فمتى إتسم الإيجاب بالشروط المذكورة لا يثار إشكال بشأن القبول كونه مبنياً على إيجاب جدي، ولكن السؤال الذي قد يثار هنا زمان ومكان إقتران الإيجاب والقبول؛ كما ندرك أن الموجب يبقى على إيجابه ما لم يتحلل منه ولم يقترن بقبول، فالقبول متى أُرسِل إلى الموجب في بريده الإلكتروني فلا عبرة بالإرسال وإنما العبرة بمجرد إطلاع الموجب على الرسائل في بريده، فهذا الإطلاع هو الذي يحدد زمان الارتباط.

هذه الصورة من صور التعاقد - E.MAIL - قد تصدق على كثير من العقود بشكل عام، إلا أنه لا يمكن تعميمها، فبعض العقود تتنافى وهذه الطريقة ومن بينها عقد الزواج.

جل التشريعات، إعمدت أو عممت تطبيق قانون الأنسترال خاصة المواد المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني، إلا أنها استثنت بعض التصرفات القانونية من نطاق تطبيقها ومن أمثلة هذه التشريعات التشريع الأردني وذلك في نص المادة (06) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، إذ جاء فيها: "لا تسري أحكام هذا القانون على مايلي: وذكر في الفقرة أ البند الرابع: الوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية<sup>1</sup>.

وفق هذه المادة فإن التعاقد بالبريد الإلكتروني لا يصلح أن يكون وسيلة في التعبير عن الإرادة لإعتبرات عدة منها:

1 - انظر: المادة: 06 ، قانون المعاملات الإلكترونية الأردنية.

● خصوصية عقد الزواج فهو حقيقة يتم بين رجل وامرأة، وينعقد برضاها، ولكن آثاره لا تقتصر عليهما فحسب، بل تمتد لتشمل أقاربهما وكذا المجتمع، لذا ضبطه الشارع الحكيم بقيود منها الولي والشاهدين.

● يقتصر التعبير بالبريد الإلكتروني على الموجب والقابل دون أن يمتد إلى الشهود والولين كما أننا نتعامل مع شخص إفتراضي وهو ما يُثير إشكالية هوية المتعاقد، حقيقة لدينا إيجاب وقبول يدلان على تعاقد، والولي بإمكانه الاطلاع على بريد الرسائل الإلكترونية والأمر نفسه للشاهدين، لكن الإشكال الذي يطرح في مجلس العقد أنه لا بد من وجود كل الأطراف في مجلس واحد حتى يتسنى للشاهدين رؤية الأطراف بما يفيد التعاقد.

فالتكييف القانوني للتعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين فما محل الشاهدين والولي من هذا التعاقد؛ ونخلص في الأخير إلى أن التعاقد بالبريد الإلكتروني لا يكون محله عقد الزواج بأي حال من الأحوال، لكن يمكن أن نستشف منه الرضا بين الزوجين متى أمكن التأكد من الهوية الحقيقية للأطراف، وهذا غير كافٍ لتمام عقد الزواج ما لم يحضر الولي والشاهدين.

### ج- التعبير عن الإرادة بالتفاعل المباشر:

ومن صور التعاقد الإلكتروني أيضا التفاعل المباشر عبر الانترنت.

على الرغم من أن هذه الصورة الأقل تداولاً في مجال التعاقد الإلكتروني خاصة في مجال التجارة الإلكترونية لما عرفته هذه الأخيرة من نماذج عقود تم توحيدها على المستوى العالمي، في حين أن التفاعل المباشر الأكثر تداولاً في مجال التعارف، فهذه الصورة تتفق كثيراً مع عقد الزواج لإعتبار أن هذا العقد لا يدخل ضمن العقود التجارية، وبالتالي ليس له نموذج معين، ولا خير من إنعقاده بالتفاعل المباشر.

فالتفاعل المباشر عبر شبكة الانترنت يتم من خلاله تبادل العبارات الشفوية كما لو كانوا يتحادثون هاتفياً، بل ويمكن أيضاً لكل متعاقد رؤية المتعاقد الآخر على شاشة جهاز الحاسوب، وذلك من خلال تركيب كاميرا رقمية موصولة بجهاز الحاسوب<sup>1</sup>.

1 - سامح عبد الوهاب التهامي، التعاقد عبر الانترنت، مرجع سابق، ص: 79.

كما يمكن استعمال تقنية السكايب<sup>1</sup>.

فالتعاقد وفق هذا الشكل كأنه بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان، في حالة عدم وجود فاصل زمني بين صدور الإيجاب والقبول، وكذا في حالة المشاهدة والمحادثة المباشرين الفوريين بالصورة والصوت (المسمى الشات)، فالشهود يسمعون خطاب الطرفين حين نُطْفِهَمَا بالإيجاب والقبول، مع تحديد مقدار الصداق وهم يشهدون على ما سمعوا، فإذا كان ذلك بحضور ولي الزوجة، وكان الموثق أو ضابط الحالة المدنية لإضفاء الشكلية أو الرسمية، إنعقد العقد قانوناً (وفق للمواد 9؛ 9 مكرر، 10 و18 ف. أ) ولكن هذا يحتاج من الناحية العملية إلى تأسيس وتدعيم هياكل وآليات الحكومة الالكترونية، وإنشاء وكالة وطنية لأمن المعلومات، لأن التَّحَوُّط في الفروج يستوجب اتخاذ إجراءات تضمن سلامة إجراء العقود.<sup>2</sup>

وقد نظم المشرع الجزائري التوقيع الالكتروني، للتأكد من صحة الرسالة الالكترونية أي أنها جاءت من مصدرها، دون أن تتعرض لأي تغيير أو تعديل أو تحريف أو تزوير، أو قرصنة، في بياناتها أثناء عملية التبادل الالكتروني للبيانات.<sup>3</sup> (م 323 مكرر 1 و2/327 ق. م) المعدلتين بالأمر 10/05 المؤرخ في 20/06/2005.

بالرغم من أن المشرع الجزائري في قانونه المدني حاول مسايرة التطور الحاصل في مجال تكنولوجيا الاتصالات وأثرها في إنشاء التصرفات القانونية من خلال تنظيم العقد الالكتروني، إلا أنه كان لزاماً إستحداث قوانين أخرى في مجال حماية التعاقد الالكتروني من خلال خلق قاعدة بيانات تتعلق بإطراف العقد الالكتروني ونماذج العقود لأجل إضفاء الرسمية على العقود؛ إلى جانب تعديل القانون الجزائري فيما يخص الإخلال بالالتزامات التعاقد الالكتروني. هذا بالنسبة للعقود بشكل عام، أما بالنسبة لعقد الزواج فهو يحتاج لعناية خاصة لما يتضمن من مساس بالأعراض وهو ما يبرر الموقف الشرعي الرافض للتعاقد الالكتروني في مجال الزواج.

1 - أسامة الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ص: 111؛ وبلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 146/01.

2 - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص: 147.

3 - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص: 147.

## رابعاً: إشكالية التعبير عن الإرادة عبر الإنترنت

التطور المذهل لعالم التجارة والمعاملات بشكل عام جعل للوقت أهمية كبيرة، الشيء الذي أضحت معه الأنترنت أقرب وسيلة لتأمين سرعة هذه المعاملات، وأصبح بإمكان التعبير عن الإرادة عبر الأنترنت، ولكن بقدر ما حققته الأنترنت من عظيم الفائدة بقدر ما أشكلت في الكثير من المرات خاصة ما تعلق في تحديد هوية الشخص المتعاقد وأهليته ومسألة نيابة الوسائط الالكترونية المؤتمتة في التعاقد.

## أ- تحديد هوية الشخص المتعاقد وأهليته:

إن هذا الإشكال ما كان ليثار كما لو كنا بصدد التعاقد بالصورة التقليدية، فالمتعاقد على ضوء المظهر الخارجي يسهل عليه التأكد من شخصية الطرف الآخر وأهليته، ولكن بالنسبة للعقود التي تبرم عبر الأنترنت فليس باليسير التعرف على هوية الشخص المتعاقد معه، كون المحيط المتعاقد فيه إفتراضياً، مما ينجز عنه إشكالاً في هوية المتعاقد معه من حيث أهليته التعاقدية؛ وذاته من إحتمال إنتحاله صفة غير صفته الحقيقية.

لحل هذا الإشكال لجأت مؤخراً العديد من المواقع التجارية على الأنترنت إلى إعداد عقود نموذجية تُوضع على الموقع التجاري وتكون خاصة به؛ ويتضمن مثل هذا العقد الأمور المطلوبة من الطرفين...، وقد تلجأ المواقع إلى الاستعانة بالعقود النموذجية للمعاملات الالكترونية والتي أعدها بعض المشرعين على النطاقين الدولي والوطني بغية إيجاد تنظيم مسبق لإجراء المعاملات عبر الأنترنت أو أي وسيلة مماثلة كالعقد النموذجي الفرنسي الذي ينظم معاملات التجارة الالكترونية بين التجار والمستهلكين في فرنسا وكذلك مشروع العقد النموذجي الخاص بالمعاملات الالكترونية والذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال Unistral)<sup>1</sup>.

وتحدد هذه العقود النموذجية صورةً متكاملة للعقد المزمع إنشاؤه عبر الأنترنت بكل حيثياته ومنها هوية كل من المتعاقدين منها الاسم التجاري والموقع (الإقامة) والموقع الالكتروني<sup>2</sup>.

1 - محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في تكوين العقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص 66 وما بعدها.

2 - أنظر على الموقع للاطلاع على المشروع: <http://www.un.or.at/uncitral>

رغم ما تحمله العقود النموذجية من بيان لهوية المتعاقد ورغم ذلك فهي قاصرة، فلا يوجد ما يؤكد لنا صحة البيانات المقدمة، خاصة وأنّ هؤلاء يبررون عدم الإدلاء ببيانات دقيقة بالخوف من استغلال هذه البيانات والدخول بها في تعاقدات أخرى . وكحل لهذه الإشكالية فقد أُستحدثت طريقة التوقيع الإلكتروني، وهذه التقنية تسمح بالتعرف على هوية المتعاقد، وهذا التوقيع قد يتخذ عدة صور منها التوقيع البيومترى الذي يعتمد على الخواص الفيزيائية والطبيعية والسلوكية للشخص الموقع<sup>1</sup>.

وحتى يكون التوقيع ذا حجة لابد أن يكون موثقاً من قبل سلطات توثيق معتمدة قانوناً، فإن لم يكن كذلك، لم يكن للتوقيع أيّ حجة أو قيمة قانونية.

#### ب/ نيابة الوسيط الإلكتروني في التعاقد:

وهذه التقنية الإلكترونية تم اللجوء إليها للحجم الهائل من المعاملات الإلكترونية التي بات معها موقع الويب عاجزاً على مسايرتها، فظهرت الوسائط الإلكترونية كبداًل للكوادر البشرية التي تعمل بصورة روتينية ومبرمجة لانجاز تصرفات يحددها صاحب الموقع<sup>2</sup>.

سأيرت الدول العربية هذه التقنية خاصة التشريع الأردني بشكل لافت بدءاً بتعريفه للوسيط الإلكتروني (المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني ) كما أشارت المادة 14 منه بأن ما يصدر من الوسيط يعد صادر عن المُنشئ.

1 - يتم التوقيع البيومترى باستخدام البصمة أو مسح العين البشرية أو التعرف على الوجه أو نبذة الصوت قد تكون لهذه الصور من التوقيع الدقة ما يسمح من التعرف على المتعاقد، ورغم ذلك فلا تعد كافيةً فمسح العين من خلال القرنية والتي لم تعد دالة على شخصيته إلى حد ما في ظل زرع القرنية، كما أن تقنية التعرف على ملامح الوجه قد أظهرت عائلات ذات ملامح متقاربة جداً إلى حد يصعب التمييز بين الذكر و الأنثى من الوجه، إذ يملكون تقاسيم وجه متماثلة تماماً، لذا فإنه من الأنسب اللجوء إلى التوقيع بالرقم السري أو باللجوء إلى المفتاح الخاص عند استخدام التوقيع الرقمي الذي يخضع في إصداره ومتابعته إلى رقابة جهات معتمدة ، يحقق قدراً من الثقة في التوقيع وانتسابه إلى صاحبه لا يمكن للتوقيع العادي أن يحققها. لمزيد الإطلاع في ما يخص التوقيع الإلكتروني، راجع في هذا: محمود عبد الرحيم الشريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، مرجع سابق، ص: 68، 69 .

2 - محمود عبد الرحيم الشريقات ، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، المرجع نفسه، ص: 75.

كما يعتبر المشرع الإماراتي قد أحاط بهذه التقنية بما لا يدع أي شبهة في حين نجد المشرع البحريني قد إستقى تشريعه من قانون المعاملات الالكترونية الموحد الأمريكي<sup>1</sup>، في حين يبقى المشرع الجزائري بعيد كل البعد عن التطور الحاصل وإن كان يقر بالتعامل من باب الإثبات لا من باب الانعقاد.

### خامسا: حكم التعاقد الالكتروني في الزواج

#### أ- في القانون الوضعي:

#### 1 - في الدول العربية

سأيرت الدول العربية قاطبةً التقدم التكنولوجي في مجال المعاملات الالكترونية فسنت تشريعات بما يتلاءم وإمكاناتها ومستوى رقيها، فمنها من بلغت مصاف الدول الكبرى في هذا المجال كالإمارات العربية والأردن، وأصبح التعاقد الالكتروني أمراً مسلماً به في جميع المعاملات تقريباً، غير أنها إستثنت بعض العقود ومثال ما أورده المادة السادسة من قانون المعاملات الالكترونية الأردني إذ استثنى من نطاق سريان القانون جميع العقود والمستندات والوثائق الشكلية أي التي تنظم وفق شكل معين اشترطه القانون، كما استثنى المعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية وقد سار على نهج المشرع الأردني، المشرع البحريني من خلال المادة (3/2) من مرسوم المعاملات الالكترونية لعام 2002، وأيضاً قانون المعاملات الالكترونية السنغافوري لعام 1998 المادة 4 من الفصل الأول .

#### 2- في الدول الغربية :

لا مجال لإثارة هذا الموضوع بالنسبة للدول الغربية باعتبارها الرائدة في مجال التعاقد الالكتروني من جهة، إلى جانب أن ما تعلق بالزواج تطبق عليه الأحكام العامة للعقود وبالتالي فإن استثناء عقد الزواج من العقود الالكترونية غير وارد.

#### ب- في الفقه الإسلامي

نظراً لقداسة عقد الزواج وما أولته الشريعة الإسلامية له من عناية خاصة من تنظيم أحكامه وشروطه وأركانها، كما حقتة بجملة من القيود ووضعت له ضوابط حتى لا يُلعب به، فإن اتجاه

1- نص قانون المعاملات الالكترونية الموحد الأمريكي، متوفر على الموقع: <http://www.nccusi.org>

الفقه الراجح أنه لا يجوز مثل هذه المعاملات الالكترونية على عقد الزواج، فقد أصدر مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السادسة المنعقدة لمدينة جدة بتاريخ 14-1991/03/20 قرار رقم (6/3/24) نص فيه صراحةً على صحة إجراء العقود بالوسائل الالكترونية ومنها الحاسب الآلي واستثنى من ذلك عقد النكاح لاشتراط الإشهاد عليه<sup>1</sup>.

وأضيف سببٌ آخر لاستثناء عقد النكاح من المعاملات الالكترونية وهو ما ذُكر ضمن عنوان إشكالية التعبير عن الإرادة السابق، خاصة الإشكال الأول وهو هوية المتعاقد، فالتعامل افتراضي وأخصّ بالذكر التعاقد بالتفاعل المباشر سواء بالسكايب أو بالشات، حقيقة أن كلا الطرفين يرى الآخر وحتى الولي والشاهدان، ويبقى الإشكال دائماً في هوية المتعاقد معه، فأنت تتعامل مع صورة قد لا يُصدِّقها الاسم إلى جانب إمكانية استعمال طرق الاحتيال من تغيير لملامح الشخص ألياً، فإذا كنا بالمشاهدة العينية لأطراف حاضرة ونقع في هذا الإشكال، فمن باب أولى أن نقع فيه ولا يجمع أطراف العقد مكان واحد .

يوصف من اتخذ هذا الاتجاه بعدم مسايرة التطور الحاصل في مجال الاتصال؛ والحقيقة أن هذا التطور قد أحدث ثورة في مجال المعاملات التجارية، وحقق من اليسر القدر العظيم الذي بات العيش دونها أمراً مستحيلاً، غير أن عقد الزواج له ما يميزه فهو النواة الأولى للمجتمعات به يكون البشر فأنا لنا أن نعمم الوسائل الالكترونية على الزواج، وهذه التقنية في حد ذاتها في تطور خاصة ما تعلق منها بشروط الأمان وصحة البيانات ونسبتها إلى مُنشئها، إذ تسعى البرامج إلى توفير أكبر قدرٍ ممكنٍ من الثقة، فكثيراً ما يقع متعاملون ضحايا هذه الوسائل المتطورة والتي في أسوأ أحوالها خسارة المال، فكيف لنا أن نعممها على الزواج والخطأ فيه كبيرٌ؟ ولعله يكون باباً لتقشي الفساد.

1 - اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ، فتاوى اللجنة الدائمة ، الجزء : 02، الإدارة العامة للطبع برئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، دون رقم وتاريخ الطبعة، الرياض، ص: 33؛ و: مجمع الفقه الإسلامي، قرارات توصيات، تعليق: أبو رغبة عبد الستار، دون دار الطبع، الطبعة: 02، 1988، ص: 121؛ و محمد عقله، مقال: حكم إجراء العقود عبر وسائل الاتصال الحديثة، مجلة الشريعة، 1986، عدد: 05، الكويت، ص: 135.

**المبحث الثاني: انعقاد الزواج بغير الصيغة اللفظية**

إن صورة التعاقد باللفظ من أبرز صور التعاقد، كونها لا تثير إشكالا في دلالتها وقصد من صدرت منه، لكن لا تعد الصيغة الطريق الوحيد للتعاقد فقد ينعقد الزواج بغيرها كالتعاقد بالكتابة والإشارة والسكوت.

**المطلب الأول: انعقاد الزواج بالكتابة.**

يعد انعقاد الزواج بالكتابة من الصور التي ينعقد بها الزواج من غير الصيغة اللفظية، فقد ينعقد الزواج بالكتابة إن كان العاقد عاجزاً عن النطق أخرس أو نحوه، وقد يُلجأ إلى هذه الطريقة حتى لو كان العاقد قادراً على النطق.

**الفرع الأول: الفرق بين انعقاد الزواج بالكتابة وانعقاد الزواج بالرسالة****أولاً: معنى إنعقاد الزواج بالرسالة**

أ- **تعريف:** ومفاد العقد بالرسالة أن يكلف شخص-الخطاب-شخصاً آخر بأن يذهب لولي المرأة ويخبره أنه تزوج ابنته بمهر كذا، فإذا بلغ هذا الخطاب للولي بحضور شهود وقبل الولي انعقد العقد.

فالرسول هو بمثابة سفيرٍ أو معبرٍ أو ناقلٍ لكلام الموجب إلى المرسل إليه، فالمرسل إليه إن قبل العرض من المرسل في مجلس العقد انعقد العقد، أما إن لم يوافق في المجلس الأول فليس له أن يقبل بعدها كون الرسول مكلفاً بتبليغ الرسالة بمضمونها في ظرف معين فإن تغير أيّ منهما. لم يصح العقد حينها، كما يمكن للمرسل أن يتراجع عن إيجابه قبل أن يصل الخطاب للمرسل إليه.

ب- **الرسالة والوكالة:** يختلف دور الرسول عن دور الوكيل كون هذا الأخير يتصرف باسمه وتحقيقاً لمصلحة موكله، فإن وكله بأن يتولى عقد زواجه بامرأة معينة وبمهر محدد، فالوكيل تحقيقاً لرغبة الموكل يسعى إلى تزويج موكله مما يمتلكه من مهارة في عرض رغبة موكله، بينما الرسول ليس له أن يجتهد في الرسالة أو الخطاب فدوره محدد؛ ففقوله بمثابة ترجمة لخطاب المرسل.

ج- **التعاقد بالرسالة والتعاقد بالكتابة:** فالتعبير بالرسالة عن الرضا للعاقد الآخر بالنسبة للإيجاب بالكتابة، إذا لم يوجد في أول مجلس بلغه فيه الكتاب، فله أن يقبل في مجلس آخر، ويتم

العقد بناءً على قبوله، لأن الكتاب باقٍ في مجلس العقد الثاني فهو بمثابة تكرار الخطاب من الحاضر في مجلس آخر بخلاف الرسالة<sup>1</sup>، والتعاقد بالرسالة العبرة فيه إلى الرسول فقد يكون الخطاب كتابة وقد يكون شفاهةً، وهو الخلاف بين هذه الصورة والتعاقد بالكتابة فالأخير سُمِّي كذلك كون التعبير فيه كتابة.

#### ثانياً: حكم التعاقد بالرسالة

يرى جمهورُ فقهاء المسلمين جوازَ انعقادِ العقد بالرسالة، وتكون بمنزلة اللفظ بين الحاضرين في التعبير عن رضا العاقدين<sup>2</sup>.

#### الفرع الثاني: في الفقه الإسلامي

##### أولاً: تعريف الكتابة

يُقصد بالكتابة أن يعبر شخصٌ عن رضاه بإنشاء عقدٍ عن طريق الكتابة بأن يكتب شخصٌ ما يَجِيشُ في نفسه بخصوص إنشاء عقدٍ، كالبيع والنكاح والطلاق ونحو ذلك، سواء كان يكتبه لنفسه أي لا يبعثه لغيره، وهذا يتحقق في التصرفات التي تتم بالإرادة المنفردة كالطلاق ونحوه، أو يكتبه لغيره كما في التصرفات التي تتم برضا الطرفين<sup>3</sup>.

##### ثانياً: مشروعية الكتابة في الزواج

إذا كان العاقد عاجزاً عن النطق لعجز ونحوه، فيجوز إنعقاده بالكتابة المستتية، أي الواقعة الدالة على المراد، وسواء كان حاضراً أم غائباً، وهذا قول عامة فقهاء المسلمين<sup>4</sup>، وعليه جواز انعقاد الزواج بالكتابة لوجود ما يبررها.

1 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص: 115.

2 - محمد حسن أبو يحيى، المرجع نفسه، ص: 114.

3 - علي القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص: 941.

4 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص: 109.

أما الحاضرُ الناطقُ فلا يجوز له إبرام عقد الزواج بالكتابة عند عامة فقهاء المسلمين لعدم الحاجة إلى ذلك، وهو قول الشافعية والمالكية والحنابلة، إذ يعتبرون الكتابة بالكناية، ولا ينعقد النكاح بألفاظ الكنايات عندهم<sup>1</sup>.

أما العاقد الغائب، فقد اختلف فقهاء المسلمين في إنعقاد الزواج بكتابته على قولين:

#### أ- إنعقاد زواج الغائب بالكتابة

يرى الجانب الأول - الأحناف والمالكية - من الفقه جواز انعقاد زواج الغائب بكتابته المستبينة أي الواضحة التي يمكن فهمها وقراءتها ومثالها الكتابة على الورق، أما الكتابة على الهواء أو الماء، فلا ينعقد الزواج بها لعدم وضوحها، ومن أمثلة الكتابة كأن يبعث الخاطب خطاباً أو كتاباً لامرأة محددًا إسمها الكامل وهويتها وعنوانها، يقول فيه تزوجتك بمهرٍ مقداره ألف دينار مثلاً، فإذا وصل الكتاب المرأة، أحضرت شهوداً ووليها وقرأت الخطاب عليهم، ورضيت بما جاء في الخطاب ورضي لرضاها أبوها، فتم عندها القبول بناء على الإيجاب المكتوب في مجلس العقد وانعقد به الزواج<sup>2</sup>.

#### ب- عدم إنعقاد زواج الغائب بالكتابة

أما الجانب الثاني من الفقه لا يرى جواز إقصاد الزواج بالكتابة بين الغائبين، كما هو الحال عند حضورهما، مع القدرة على النطق، وهذا قولُ الشافعية والحنابلة ووجه هذا القول: إن الكتابة تعتبر من الكناية، ولا ينعقد عقد الزواج بألفاظ الكناية، والكناية لا تعرف إلا بالنية والنية لا سبيل لمعرفة من قبل الشهود، والشهادة شرط صحة عقد الزواج على رأي بعض فقهاء المسلمين، وعلى رأي بعضهم تعتبر ركناً من أركانه<sup>3</sup>.

مما تقدم بشأن إنعقاد الزواج بالكتابة، فلا خلاف لدى الفقه على جوازها كما لو كان العاقدان أو أحدهما، لا يستطيع النطق لعجزٍ أو نحوه، فمبرر الكتابة إستحالة التعبير بالنطق وبه تقررت شرعية الكتابة، أما الكتابة بالنسبة لمن يقدر على النطق فهي لا محالة ليس لها ما يبررها كما لو

1 - شمس الدين الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، الجزء : 04، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، دون بلد الطبع، 1415هـ - 1994م، ص: 230.

2 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص: 109.

3 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج، المرجع نفسه، ص: 110.

كان العاقدان أحدهما أو كلاهما حاضراً، فلا مناص عن التعبير بالنطق، أما لو كان العاقدان غائبين، فالحنابلة- على اعتبار أن هذا المذهب هو آخر المذاهب وهو الأكثر اعتماداً على السنة الصحيحة- لا يعتبرون الكتابة مبرراً حال النطق حتى لو كان العاقدان غائبين، ذلك أن الكتابة حسبهم لا تُعبر عن النية ولا شيء أبلغ من النطق تعبيراً عنها وعلماً لدى الشاهدين، إن كان جانب من الفقه يجيز الكتابة بين الغائبين بشرط وضوح الكتابة مما لا يدع مجالاً للشك في مضمونها وعلم بها الشاهدان صح عقد الزواج.

غير أن التطور الحاصل في عصرنا جعل العالم قريةً واحدةً بفضل وسائل الاتصال الحديثة التي اختصرت المسافات، وأضحى الواحد من بيته يتراسل ويتكلم ويتسوق في جميع أماكن العالم دون تنقل وعناء، وليس الزواج بمنأى عن هذا التطور، إذ تعد الرسائل بالايمايلات شيء بسيط أو ما يعرف بغرفة المحادثة (chat)

إذ تتم المحادثة بين الطرفين بالكتابة، وقد تتم المحادثة بالصوت والصورة فما مدى شرعية عقد الزواج بهذه الطرق في منظور القانون والشرع؟

### الفرع الثالث: في القانون

إن للكتابة في القانون ثلاثة أدوار: إما أن تكون شكلاً معيناً يتطلبه القانون في عقود معينة لا تتعدى إلا به ويقع باطلاً كل عقد خالف هذا، وإما أن تكون وسيلةً للاثبات لازمةً في التصرفات التي زادت قيمتها عن حدٍّ معين، وإما أن تكون أداةً للتعبير عن الإرادة وهذه الأخيرة هي التي تعيننا بالدراسة.

تعتبر الكتابة من أهم وسائل التعبير في العصر الحديث سواء كانت عرفيةً أو رسميةً في شكل سند أو كتاب أو نشرة إعلان موقعا عليها أو غير موقع، مكتوبةً باليد أو بالآلة الكاتبة، أو بالآلة الطابعة أو أي طريقة أخرى، أصلاً كانت أو صورة سواء كانت صريحة أو ضمنية<sup>1</sup>، والكتابة وسيلةً صالحةً لأن تكون أداةً للتعبير عن الإرادة سواء أطراف العقد حاضرين أو غائبين، كما جاء عن جوسران في كتابه محاضرات في القانون المدني الفرنسي "ويبدو منطقياً أن

1 - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، 218/01.

المراسلات سواء كانت خطابات أو برقيات متبادلة بين متعاقدين غائبين أو متباعدين تحل محل الأقوال فيما لو كانوا حاضرين... بشرط سلامة التراسل<sup>1</sup>...

وهذا بشأن الكتابة عامة في العقود، لكن عقد الزواج عقدٌ خاص لتعدد أطرافه، فليس فيه الزوجان فحسب، بل نجد الولي للمرأة والشاهدين، إذ لا بد من تلاوة التراسل بين الزوجين حتى يدركه مجلس العقد، ثم يتبادر إلى الأذهان إشكالية إثبات هوية المرسل.

وأرى من خلال عرض آراء الفقه وإن أقرّوا الكتابة دليل رضا العاجز فقط دون غيره، فلنا أن نُقرّ بالرأي الأول، من حيث إعتبار الكتابة دليل اثبات متى كانت مستبينة بشرط أن تكون الكتابة من أحد أطراف، العقد ويتولى الطرف الثاني تلاوة ما جاء في الخطاب أمام الولي والشاهدين ويعلن موافقته، أمّا أن يكون الإيجاب والقبول كتابة، فأنا للشهود العلم بهذا وإن أمكن تلاوة الخطابين كيف لنا أن ننسب الخطاب لمن كتبه.

حقيقة أن الفقه الإسلامي قد عظم رابطة الزواج، ولا أدل على هذا التعظيم من تعظيم أركانه والتقيّد بظاهر نصوص الشرع، لأن إطلاق العنان لوسائل التعبير عن الإرادة في العقود وإلحاق عقد الزواج بها من شأنها التقليل من شأنه والذهاب بقدسيّته.

• جاء في قانون الأسرة الجزائري المادة 10: " يكون الرضا بالإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا. "

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغةً أو عرفاً كالكتابة والإشارة" إن نص المادة جعل من الكتابة تعبير العاجز فقط.

• القانون الأردني: نص قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 15 على ما يلي: " يكون الإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة... " والمشرع الأردني من خلال نص المادة قد تبني المذهب الشافعي أو الحنبلي، وبذلك يكون توجّهه يوافق الشريعة الإسلامية إذ لا عبرة بالكتابة في عقد الزواج من خلال الإعتداد بالألفاظ الصريحة.

1 - نقلا عن: علي محي الدين علي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص: 951.

## المطلب الثاني: انعقاد الزواج بالإشارة

الأصل أن يتم عقد الزواج من قبل العاقدين أو كليهما مشافهة، ذلك أن الإرادة أمر باطن، والإيجاب والقبول باللسان يكشفان عنهما، فيشهد الشهود على الإيجاب والقبول اللذين يُعقد بهما العقد ولكن قد يكون هناك مانع من النطق والتلفظ بصيغة العقد، كأن يكون أحد منعقد اللسان، أو أنه أبكم خلقة، أو قد يكون غائباً عن مجلس العقد، ولما كانت الأحكام الشرعية تؤتى حسب الاستطاعة والطاقة، لأن الله لا يكلف الإنسان إلا بما كان ضمن استطاعته، ولا يكلفه فوق قدرته تصديقاً لقوله تعالى: ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ﴾ (سورة: البقرة، الآية: 286)، وقوله صلى الله عليه وسلم " إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم " ولذا يجوز للأخرس (معقود اللسان) ولأبكم الإيجاب والقبول منه بإشارته المعهودة المتعارف عليها<sup>1</sup>.

الإشارة إما أن تكون مفهومة أو غير مفهومة، فإن كانت غير مفهومة فقد إتفق فقهاء المسلمين على أنها لا تصح للتعبير عن رضا العاقدين بالزواج ولا غيره من العقود الأخرى؛ أما الإشارة المفهومة والمعبرة عن رضا صاحبها بوضوح، كأن يكفيها تصويت منه، فقد تكون صادرة من شخص يستطيع النطق أو لا يستطيعه قادر على الكتابة أو غير قادر فلها حالتان<sup>2</sup>.

## الفرع الأول: في الفقه الإسلامي

أولاً: الإشارة المفهومة<sup>3</sup> الصادرة ممن يستطيع النطق

إن عبر العاقدان عن رضاهما عن الزواج بإشارة مفهومة رغم قدرتهما عن النطق انعقد عقد الزواج.

عند المالكية وظاهر مذهب الحنابلة، ووجه ذلك: أن الإشارة كالنطق استناداً لقوله تعالى في محكم تنزيله: ﴿ آيضُكَ إِلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمَزًا ﴾ (سورة: آل عمران، الآية: 41)، والرمز يراد به الإشارة، فعند هؤلاء التعبير عن الرضا بالنطق والإشارة والكتابة والرسالة سواء، لأنها تعتبر مظهراً للتعبير عن رضا المتعاقدين.<sup>4</sup>

1 - محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، مرجع سابق، ص: 46

2 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص: 111

3 - الإشارة المفهومة وهي الإشارة التي لا يختص بها فطنو الإشارة الواضحة، المفهومة للجميع، أما ما يختص به الفطنون أي غير المفهومة إلا لأناس قليلين، فلا ينعقد بها، وهو غير ما ذكرته الحنبلية في كتبهم عن الأخرص، إن فهمت إشارته صح نكاحه بها؛ راجع: محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، مرجع سابق، ص: 46.

4 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص: 111.

وعند الحنفية والشافعية وقول آخر للحنابلة والشيعة الجعفرية لا ينعقد بها، لأن النطق يقيد اليقين في الكشف عن رضا المتعاقدين، والإشارة لا تصل إلى دربة اليقين، فلا يجوز التعبير بها عن الرضا إلا لضرورة لخرس ونحوه، ولا ضرورة مع وجود النطق.<sup>1</sup>

من خلال ما تم عرضه وأقوال المذاهب بشأن الإشارة المفهمة ممن يستطيع النطق فإن القول الذي يرد الإشارة ولا يجعلها سبيلاً للتعبير عن الرضا متى كان العاقد قادراً عن التعبير، وهو القول الأكثر تقبلاً إذ الإشارة لن تكون أكثر بياناً من النطق فلماذا نتركه ونلجأ إلى ما يدعو إلى الريبة والغموض اجتهاداً في البحث عن قصد العاقد، وعليه فالإشارة إن كان لها ما يبررها صح بها عقد الزواج.

أما حجة من أجاز التعبير بالإشارة ممن يستطيع النطق فهو ما ورد في قوله عز وجل الذي سبق ذكره، وقد يكون هذا الأمر مخصوصاً بالأنبياء والرسل، وما كان خاصاً بهم فلا مجال لتعميمه وأخذة قاعدة في التعبير بالإشارة بدل التلفظ.

#### ثانياً: الإشارة المفهمة الصادرة ممن لا يستطيع النطق

من لا يستطيع النطق لخرس ونحوه، إمّا أن يعرف الكتابة ويقدر عليها، وإمّا أن لا يعرفها ولا يقدر عليها، وإن قدر على الكتابة وعبر عن رضاه بالإشارة المفهمة، فقد اختلف الفقهاء في انعقاد عقده بإشارته المفهمة على قولين:

• **القول الأول:** ينعقد عقد زواجه بإشارته المفهمة وهذا قول الحنفية والمالكية والحنابلة وبعض الشافعية (بمعنى جمهور الفقهاء) ووجه هذا القول، أن الإشارة المفهمة الصادرة من الأخرس وسيلة من الوسائل الدالة على الرضا، فيعقد عقد الزواج بها ولو كان قادراً على الكتابة<sup>2</sup>.

• **القول الثاني:** لا ينعقد عقد الزواج بالإشارة المفهمة مع قدرته على الكتابة، بل لا بد من تعبير بالكتابة لدفع الضرورة بما هو أدل على المراد من الإشارة وهذا قول الشافعية.

من خلال تبيان ما ذكر بشأن صحة عقد الزواج بالإشارة. فإنه لا مناص منها كما لو كان العاقد أخرساً أو أبكماً فقد وُجد مُبَرِّرها على إعتبار أنّ الكتابة من الكناية والكناية تحتاج إلى بيان

1 - محمد حسن أبو يحيى ، أحكام الزواج ، مرجع سابق، ص: 111..

2 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج ، المرجع نفسه، ص: 112.

القصد منها، ولا يُعقد الزواج بالكنايات خاصة لو كان العاقد لا يعرف الكتابة، أما لو كان يجيد الكتابة، فلا نلزمه بها.

ولنا أن نطرح تساؤلاً مفاده: لماذا لا يتولى تزويج الأبكم أو الأصم وليه أو وصيه؟

إجابةً على هذا التساؤل: أن الخرس كالصمم لا يوجب الحجر إلا إذا لُيس بعارض من عوارض الأهلية التي من شأنها عدم نفاذ تصرفاته.

بقي أن نشير إلى نقطة هامة مفادها إن الإشارة المفهومة في العقود عامة تختلف عنها في عقد الزواج، ففي الأولى يكفي أن تكون مفهومة ودالة للمتعاقدين بحيث لا تدع مجالاً للشك بشأنها بينما في عقد الزواج الإشارة لا يقصر فهمها على المتعاقدين بل تتعدى إلى الشاهدين لأبد من علمهما بمدلول الإشارة، إذ الشهادة إن لم تكن ركناً حسب بعض الفقه وكانت شرطاً فسخ العقد، إن وإن كانت ركناً بطل عقد الزواج.

### الفرع الثاني: في القانون

إن التشريعات الحديثة تجعل من الإشارة المفهومة دليلاً على الرضا أو الممانعة في العقود بشكل عام، هذا مع استثناء العقود التي يتطلب القانون لها شكلاً رسمياً أو نوعاً خاصاً للتعبير عنها -كعقد الزواج - فهذه التشريعات لم تشترط وضعاً معيناً أو حالة ما حتى تكون الإشارة دليل الرضا بل وسعت من دائرة التعبير بالإشارة إذ يعتد القانون الوضعي بالإشارة المتداولة عرفاً كالإمالة بالرأس عمودياً دليل قبولٍ أحياناً دليل رفضٍ.

إن ما يمكن إثارته هنا، أن الإشارة المفهومة تصلح كتعبير عن الرضا في سائر العقود متى وجد مبررها، كما تصلح للتعبير متى كانت متداولة عرفاً، لكن لا يُنطبق هذا على عقد الزواج، إذ عباراته مخصوصة شرعاً والإشارة فيه لا تكون إلا لمن لا ينطق.

جاء قانون الأحوال الشخصية الأردني في مادته 15 منه على ما يلي:

" يكون الإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة كالإنكاح والتزويج، وللعاجز عنهما بإشارته المعلومة "

من خلال النص يتضح لنا أن المشرع الأردني جعل الإشارة سبباً للتعبير عن الإرادة في حال العجز عن النطق بالألفاظ الصريحة، وليس لنا أن نبحث بعدها إن كان يُجيد الكتابة، أو لا، هذا لو تقيدنا بالمعنى الحرفي لنص المادة فإن الكتابة ليس دليلاً للتعبير عن اللفظ، ولا يؤخذ بها لأنه قد تكون الكتابة عبثاً ولعباً أو تجربة قلم، غير أنه هناك من برر هذا أنّ العبث واللهو لا يضر انعقاد الزواج، لأنه ينعقد في جميع الحالات في حال الجد والهزل<sup>1</sup> ودليلهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد. الزواج، الطلاق والعقاق "2

### المطلب الثالث: انعقاد الزواج بالتعاطي.

#### الفرع الأول: تعريف التعاطي أو البذل

##### أولاً: المعاطاة أو البذل في اللغة

يقصد بالبذل لغةً: السماح بالشيء، وإباحته وإعطاؤه، فيقال: بذله بذلاً أي سمح به وأعطاه وجاد به وأباحه عن طيب النفس<sup>3</sup>.

المعاطاة لغة: المناولة<sup>4</sup>، وهي تقوم على الأخذ والإعطاء بدون كلام كما هو الحال في عقد البيع<sup>5</sup>،

##### ثانياً: المعاطاة أو البذل في الإصطلاح

وعلى هذا، فالمراد بالبذل هو أن يُقدم الشخص على عرض المعقود عليه كسلعة ما، وجعل ثمناً له، فيأخذه الشخص الآخر دون لفظ أو إشارة؛ فالتعاقد هنا كان بالبذل من كلا العاقدين وقد يكون الإيجاب باللفظ من الموجب ويكون الفعل من القابل أو العكس.

والمعاطاة في الزواج معناها: أن يُظهر القابل قبوله بالزواج بالفعل دون اللفظ، بالقول: ومنال ذلك: أن يقول الخاطب لولي المخطوبة- في حضور الشهود- تزوجت ابنتك فلانة بمهر مقداره ألف دينار أردني، فيبادر ولي هذه المرأة بأخذ هذا المهر دون التلفظ بلفظ القبول، وكذا الحال لو قال ولي

1 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص: 113.

2 - سنن الترمذي، حديث: 1184، 490/03.

3 - الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، 344 / 03.

4 - الفيروزآبادي، القاموس المحيط، المرجع نفسه، 356/4، 357.

5 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص: 115.

المرأة المذكورة في حضور الشهود: زوجتك ابنتي فلانة بمهر مقداره ألف دينار، فيبادر الخاطب بإعطائه المبلغ المذكور في مجلس عقد الزواج، دون التلفظ بالقبول<sup>1</sup>.

إن ما يفهم بشأن وانعقاد الزواج بالمعاطاة أن يصدر التعبير عن الإرادة سواء كان الموجب، والقابل بحيث يصدر من أحدهما، بينما تعبير الآخر عن إرادته لا يكون باللفظ، وإنما يكون بفعل يدل على القبول، فيتبادر إلى الذهن أن التعبير بالفعل الدال عن الرضا بما قدمه الآخر، لا يشوبه شيء طالما دل على القبول لكن هذا قد يصدق في بعض العقود كعقد البيع، لكن هل يصح أن يكون في عقد الزواج؟ وهو ما سنجيب عنه في العنوان التالي.

### الفرع الثاني: موقف الفقه الاسلامي من التعاقد بالتعاطي (البذل)

لا يصح عقد بالمعاطاة، لأنه أكثر العقود خطورة، لما له من آثار بالغة الأهمية، فوجب أن يتم بما يدل على الرضا بصورة صريحة وواضحة، وانعقاد الزواج بالمعاطاة لا يدل على ذلك صراحة، ولو كان انعقاد الزواج بالمعاطاة جائزا لفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم. ولعلمه الصحابة والتابعون وتابعو التابعين، والمشاهد أن الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا لم يتعاملوا في إبرام عقد الزواج بمعاطاة مما يدل على عدم صحة انعقاد الزواج بها<sup>2</sup>.

هناك إتفاق لدى الفقه في إستبعاد إنعقاد الزواج بالتعاطي، وسبب هذا الإتفاق هو خصوصية هذا العقد وخطورته في نظر الاسلام، لاختلافه عن البيع في أمور كثيرة، وفي هذا الصدد نذكر ما جاء عن القرافي في الفروق قوله: "... فهذه نصوص العلماء على إختلافها لم يقل فيها أحد بالمعاطاة كما قالوه في البيع والفرق مبني على خمسة قواعد هي:

• **القاعدة الأولى:** إن الإشهاد شرط في النكاح إمّا مقارنة بالعقد كما قال الشافعي، أو قبل الدخول كما قال مالك، وعلى التقديرين فلا بد من لفظ يشهد عليه أنه تزويج لا زنا وسفاح، والبيع كما لم يكن الإشهاد فيه شرطا جَوِّزُوا فيه المناولة.

1 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص: 115.

2 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج، المرجع نفسه، ص: 115.

- **القاعدة الثانية:** إنّ قاعدة الشرع " أنّ الشيء إذا عَظُم قدره شُدِّد فيه وكثرت شروطه وبالغ أبعاده إلا لسبب قوي تعظيماً لشأنه ورفعاً لقدره..."، فالنكاح عظيم الخطر جليل المقدار لأنه سبب بقاء النوع الانساني المكرم المفضل على جميع المخلوقات، وسبب العفاف الحاسم لمادة الفساد واختلاط الأنساب، وسبب المودة والمواصلة والسكون وغير ذلك من المصالح، فلذلك شُدِّد الشرع فيه، فاشتراط الصداق والشهادة والولي، وخصوص الألفاظ دون البيع.
- **القاعدة الثالثة:** كل حكم شرعي لا بد له من سبب شرعي، وإباحة المرأة حكم فله سبب يجب تلقيه من الشرع.

#### ● **القاعدة الرابعة:** الشرع قد ينصب خصوص الشيء سبباً، كالزوال ورؤية الهلال لوجوب

الظهر والصيام، والنكاح عندنا من هذه القاعدة.

- **القاعدة الخامسة:** يحتاط الشرع في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرمة، لأن التحريم يعتمد المفسد فيتعين الاحتياط له، فلا يُقَدِّم على محل فيه المفسدة إلا بسبب قوي يدل على زوال المفسدة، أو يعارضها، أو يمنع الإباحة ما فيه مفسدة بأيسر الأسباب دفعا للمفسدة بحسب الإمكان، ... ولم يُجَزَّ النكاح بكل لفظ، بل بما فيه قرب من مقصود النكاح، لأنه خروج من الحرمة إلى الحل، وجَوِّزنا البيع بجميع الصيغ والأفعال الدالة على الرضا بنقل الملك في العوضين لأنه الأصل في السلع الإباحة حتى تَمَلِك بخلاف النساء، الأصل فيهن التحريم حتى يعقد عليهن بملك أو نكاح ... ولعموم الحاجة للبيع...<sup>1</sup>

#### الفرع الثالث: موقف القانون من التعاقد بالتعاطي (البذل)

اتجهت معظم التشريعات الحديثة إلى إمكانية التعاقد بالتعاطي أو البذل ولا يرون حرجاً في ذلك بل يعتبرون البذل صورة من صور التعاقد لا تدع مجالاً للشك نيّة صاحب الفعل في التعاقد ما لم ينص القانون على وجوب شكل معين من الكتابة أو عبارات مخصوصة، هذا بشكل عام، لكن هذا لا ينطبق على عقد الزواج إذ تلزمه عبارات مخصوصة به كلفظ التزويج أو الانكاح في بعض التشريعات، في حين تجيز تشريعات أخرى الزواج بكل لفظ دال على الزواج بعرف المنطقة ولم تذكر هذه التشريعات البذل كأداة للتعبير عن الإرادة في عقد الزواج ولعل مبرر ذلك خطورة

1 - علي محيي الدين علي، مبدأ الرضا في عقد الزواج، مرجع سابق، ص: 920.

هذا العقد من جهة، ومن جهة ثانية مخافة أن يقترب هذا العقد مع حالات العقود المحرمة كالزنا وزواج المتعة. فما يُمَيِّز عقد الزواج قداسته، وما يرتبه من آثار ليست كسائر آثار العقود الأخرى، تجعل منه يسمو عليها بإنفراده بأحكام تنظمه، ومنها عدم إنعقاد الزواج بالمعاطاة.

### المطلب الرابع: دلالة السكوت على الرضا في عقد الزواج

ذكرنا سابقا دلالة الألفاظ على الرضا، ففيها يصدر من أحد المتعاقدين أو كليهما ألفاظاً تفيد معان قد تأخذ على ظاهرها، وفي أحيان أخرى نأخذ بمقاصدها، وفي كل الأحوال واللفظ هو مظهر ايجابي، لنا أن نستشف ميل الإرادة لإحداث تصرف قانوني معين، لكن ماذا لو لم يصدر من المتعاقد لفظاً أو أي مظهر آخر كإشارة مثلاً، أي يأخذ مظهر الساكت فهل لنا أن نعتد به وما أثر الظروف المحيطة به؟

للقوف على دلالة السكوت على الرضا في عقد الزواج سوف ندرس هذا الموضوع من جانبين الأول من ناحية القانون الوضعي والثاني من ناحية الفقه الإسلامي .

### الفرع الأول: دلالة السكوت على الرضا في الزواج في القانون الوضعي:

يجب أن نشير إلى نقطة مفادها أن السكوت كمظهر من المظاهر اتجاه إرادة أحد المتعاقدين لإبرام عقد ما إنما يكون من الطرف الثاني أي القابل، فلا يمكن أن نتصور أن هذا المظهر يصدر من الموجب لأننا ندرك كما سبق بيانه أن الإيجاب يصدر ممن تلفظ أولاً، وهو المظهر الايجابي الذي يجب أن يكون في أي تصرف قانوني، فلا يكون السكوت إيجاباً ما لم يقترن بظروف تحيط بالتصرف، حتى نستشف طبيعة التصرف ومن ثمة إرادة الشخص.

### أولاً: تعريف السكوت

إذا كان التعبير باللفظ المظهر الايجابي فان السكوت هو المظهر السلبي الذي يتخذه من يوجه إليه الإيجاب، ويقصد بالمظهر السلبي عدم الإجابة على السائل أو المنشئ لا بقول أو فعل، أي لا بلفظ ولا كتابة ولا إشارة<sup>1</sup>.

1 - أنظر: السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، 01 / 281.

ويعرف السكوت - الذي يكون تعبيراً عن الرضا - المسمى في الفقه الإسلامي بالسكوت في معرض الحاجة، وفي الفقه الوضعي بالسكوت الملابس أو المُسَبَّبُ بأنه: "عدم الرد على الموجب لا بقول ولا بفعل، لكن يستشف منه الرضا بما عرضه عليه من خلال القرائن" ومن هذا التعريف يظهر بوضوح تمييزُ السكوت عن التعبير الضمني أو غير المباشر الذي يعد اتخاذ وضع ايجابي لا يمكن تفسيره إلا برضاه بالعرض، في حين أن السكوت هو وضع عدمي كان الأصل فيه هو "أن العدم لا يدل على شيء"، أو بعبارة أخرى أن السكوت ليس تعبيراً عن الإرادة، ولا يعتبر إرادة ضمنية، لأن التعبير الضمني يستخلص من ظروف ايجابية تدل عليه، أما السكوت فهو العدم، والعدم لا يدل على شيء، فقد يركن للسكوت رغبة في التروي، لأنه لا يروقه ولا يريد أن يجشم نفسه مؤونة رفضه<sup>1</sup>.

فالسكوت لا يمكن أن يفسر إلا إذا وُجِّهَ للساكت تعبيرٌ دال على تصرف ما وقد أحاطت بالساكت ظروف ملابسات تكون دالة على قصد الساكت سواء رفض الإيجاب أو قبله.

أثار الباحث القرة داغي تساءلاً هاماً مفاده إذا كان السكوت هو العدم، وأن دلالاته مستفادة من الظروف التي تحيط به، والقرائن الدالة عليه، فلماذا أعطيت الدلالة للسكوت وليست للقرائن والظروف المحيطة به؟ أو بعبارة أخرى، كان من الأولى حينئذ أن يقال: إن السكوت ليس دليلاً على الرضا، وإنما الذي يدل على الرضا هو مجرد هذه الظروف والقرائن، فمثلاً من عرضت عليه بضاعة من قبل شخص كان معه علاقة تعاقدية، ولم يرد عليه أعتبر سكوته رضا، لوجود هذه العلاقة القانونية، فالأولى: على ضوء الاعتراض - أن يقال: إن الدلالة على الرضا لم تؤخذ من السكوت، وإنما أستشفت من العلاقة التجارية السابقة، أو بعبارة أخرى فإن رضاه مستفاد من الاستمرارية أو على لسان الفقهاء الاستصحاب على الحالة السابقة، أو بالقياس على الحالة السابقة، وهكذا بالنسبة للعرف القاضي باعتبار السكوت في بعض التصرفات رضا، فالدلالة مستفادة من العرف، وهكذا الأمر بالنسبة للأحوال التي يعتد فيها القانون بالسكوت؟<sup>2</sup>.

1 - علي القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص: 975؛ وراجع أيضاً: عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء: 01، مصادر الالتزام، الطبعة: 01، دون بلد الطبع، 2011 م - 1432 هـ، ص: 100.

2 - علي محيي الدين علي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ص: 976.

وملخص التساؤل، لماذا لا نعتد بالقرائن والظروف المحيطة بدل من المظهر السلبي المتمثل في السكوت، طالما أن هذا الأخير هو العدم، والعدم لا يمكن أن تكون له دلالة. والإجابة على هذا التساؤل تكون من جانبين:

- الجانب الأول: هو أن القرائن والظروف المحيطة غالباً ما تكون من الموجب فلا يعقل أن يصدر من الموجب إيجاباً وقبولاً في الآن نفسه، كما لو كنا أمام عقد من جانب واحد وهو ما لا يصدق في عقد الزواج.
  - أما الجانب الثاني: هو أن الرضا أمر داخلي خاص بالمتعاقدين لا سبيل إلى معرفته إلا بالملايسات المحيطة به، وليس لنا أن نستشف الرضا بعمل الغير، الذي لا يرقى إلا أن يكون قرينة للوصول إلى رضا من وجب إليه الإيجاب .
- ولنا أن نتساءل: هل السكوت يصلح أن يكون محلاً للتعاقد ؟

كما نعرف إنّ السكوت لا يفيد شيئاً لأنه عدمٌ ولا ينتج العدم إلا العدم، فالسكوت لا يعتبر قبولاً باعتبار أن الشخص الذي يلتزم الصمت لا يقصد قول ما وجّه إليه من إيجاب، بل إن معناه رفض الإيجاب الموجه إليه، وتبرير ذلك، أنه لو إعتبرنا السكوت قبولاً لأزمننا كلّ من وجّه إليه إيجاباً بالرد عليه صراحة بالرفض أو بالقبول، وبذلك تتعرض حريات الأفراد إلى المضايقات من جانب من يكثرون بحكم مهنتهم، من توجيه الإجابات كأصحاب الصحف والمجلات بالنسبة للمشاركين، فالناشر الذي يرسل إلى شخص مجلة دورية دون أن يكون بينهما اتفاق سابق، لا يحقّ أن يُعتبر هذا الشخص مُشترِكاً في المجلة حتى لو ذكر عدم الرد يعتبر قبولاً للاشتراك.<sup>1</sup>

السكوت هو العدم، يكون له معنى بالقرائن، هذا هو الاستثناء في دلالة السكوت على الرضا ويرد على هذا استثناء أي دلالة السكوت على الرضا بالقرائن أن هذا لا يصلح في كل الأحوال كما لو كنا أمام عقود شكلية، إذ لا بد للقبول من ظهور للاستدلال عليه .

فالسكوت عدم، فلا ينسب للساكت قول، وهذا بديهي ويكون له معنى إذا كان في معرض لبيان فيكون ذلك على أمر، وهذا أيضا لا يمكن أخذه على الإطلاق فلا عبرة بالسكوت في العقود

1- عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، 132/01.

التي أُلزمت التشريعات أن تكون في شكل معين فلا بد من إفراغ القبول بشكلٍ صريحٍ دالٍ على التعاقد.

### ثانياً: حالات الاعتداد بالسكوت

كان الأولى في رسالتنا هذه، الرضائية في عقد الزواج، قصر الدراسة على دلالة السكوت على الرضا في عقد الزواج باعتباره موضوع الدراسة، إلا أن التشريعات الوضعية ذكرت حالاتٍ يمكن الاعتداد بالسكوت كدليل على الرضا بشكل عام؛ فهل يمكن إحداث إسقاط هذه الحالات على عقد الزواج. مع الأخذ بعين الاعتبار سكوت المرأة الذي يعد دليلاً على رضاها بنص الشريعة الإسلامية<sup>1</sup>.

ذكر التشريع المصري حالاتٍ يعتد فيها بالسكوت في المادة 98 والتي منها :

1- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم إذا كان لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب .

2- ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه.

وأضافت هذه المادة عبارة " أو غير ذلك من الظروف " مؤكدة بذلك أن الحالتين المذكورتين سابقاً إنما ذُكرتا على سبيل المثال لا الحصر، وتركت للقاضي الاجتهاد في باقي الحالات على أن يضع نصب عينيه هذه الحالات حتى تكون نبراساً لغيرها من الحالات.

ويعتبر التشريع المصري منفتحاً إلى حد بعيد، أمّا التشريع الفرنسي فهو جد متحفظ، فلم ينظر للسكوت كدليل على الرضا إلا في حالات جد ضيقة، كحالة التجديد الضمني لعقد الإيجار، وإن لقيت هذه الحالة نقداً شديداً من جانب الفقه، إذا لا مكان للسكوت فيه كدليل، وإنما يوجد تعبير

1 - هنا ينبغي الإشارة إلى نقطة هامة، مفادها أن السكوت كردٍ غالباً ما يكون ممن وجه إليه الإيجاب، فيكون عقد الزواج من المرأة، حيث يستأذنها وليها، ثم ينجلي هذا السكوت بالرضا المعلن من الولي، فهذا الرضا يستشف رضا المرأة الساكته. لكن السكوت قد يكون من الزوج في حالتين: حالة لو كان ولي المرأة هو من وجه الإيجاب، كأن يقول أزوجك ابنتي على مهر كذا، فيبادر الزوج بالسكوت، أما الحالة الثانية : كأن يرد ولي المرأة على إيجاب الزوج بإيجاب، كأن يقول الزوج زوجني ابنتك على مهر كذا، فقول الولي قبلت على مهر أعلى ، فرد الولي إيجاب جديد فيبادر الزوج بالسكوت .

ضمني الذي يستفاد من خلال موقف ايجابيٍ إمّا من المؤجر أو المستأجر، أما الحالة الثانية فوردت في عقد التأمين، المادة: 07 من قانون 1930/07/17، إذ اعتبرت المادة أن عدم الرد على الاقتراح المقدم بتعديل العقد ونحوه، خلال عشرة أيام من وصوله إلى المؤمن سكوتاً دالاً على رضاه.<sup>1</sup>

أما التشريع العراقي فقد مائل التشريع المصري وقد اعتمد القاعدة الفقهية " لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان يعتبر قبولاً " وذلك ضمن الفقرة الأولى من المادة الثامنة من قانونه المدني، ومفاد هذه القاعدة أن كل حالة تستدعي الحاجة فيها إلى الكلام ويسكت المتعاقد الآخر ويعتبر سكوته قبولاً إلا إذا كان هناك نص تشريعي أو اتفاقي يقضي باشتراط قبول صريح، أو شكل خاص.

تعتبر التشريعات العربية قد أعطت للسكوت أهمية بالغة ونظمت له أحكاماً خاصة به وجعلت له قيمة في الرضا، وينعقد العقد به صحيحاً وينتج آثاره ضمن الحالات المبنية في تشريعاتها ووفق ما إجتهد القضاء، وبالمقارنة مع القانون الانجليزي فقد قرر من خلال السوابق القضائية أن السكوت لا يعد وسيلة من وسائل التعبير، وهذا هو المبدأ الذي اتفق عليه الجميع كما سبق، لكنه هل يقبل كإستثناء دليلاً على قبول العرض أم لا؛ فالتشريعات الغربية ذات النزعة اللاتينية قد قبلت ذلك غير أن الذي يظهر من السوابق القضائية الانجليزية وكتب الفقه الانجليزي، أن القانون الانجليزي قد ضيق الخناق على السكوت كتعبير عن الرضا بشكل كبير جداً، كما أن عشرات القضايا حُكِم في حالات مختلفة ومع وجود قرائن على السكوت بأنه لا ينشأ عنه التعاقد بل تنص على اشتراط كون القول بالمشافهة أو بالكتابة أو بالفعل أو السلوك الذي لا يدع شكاً في أن التعاقد قد رضي به، أما عدم الرد فلا ينشأ عنه القبول، بل لا بد من وجود لفظ أو فعل، كما أن الفقه الانجليزي لم يتناول موضوع السكوت عند كلامه عن وسائل التعبير، أو في باب العرض والقبول بل صرح مراراً بأن القبول يجب أن يكون مدلولاً عليه بالوضوح ودون أن يلابسه أي شك.<sup>2</sup>

1- للتفصيل أنظر: علي محيي الدين علي، مبدا الرضا في العقود، مرجع سابق، ص: 981، 982.

2 - علي محيي الدين علي، أحكام الزواج، المرجع نفسه، ص: 984.

إن المتتبع لجملة القضايا التي عرضت على القضاء الانجليزي نجدها كلها تقريبا لم تأخذ بالسكوت كدليل على التعبير على الرضا بالرغم أن السكوت قد أحاطت به قرائن وملابسات لا تطرح مجالاً للشك في مدلولها على الرضا، ورغم ذلك لم يأخذ بها القضاء الانجليزي، وأراه بهذا قد جانب الصواب وتسبب في تعطيل مصالح من صدر منه السكوت، وإن كان القضاء الانجليزي حديثاً قد ساير بعض التشريعات لكن في حدود ضيقة إذ اعتبر السكوت دليلاً على القبول وجعله في مرتبة القبول الضمني وفي حالة تعامل سابق بين الطرفين تم تكرار هذا التعامل.

من خلال التطرق إلى التشريعين الانجليزي والفرنسي نخلص إلى أن كليهما ضيق من مجال اعتبار السكوت دليل التعبير في حدود يمكن حصرها، هذا إذا ما أخذنا التشريع الفرنسي منفرداً، لكن التشريع الانجليزي أهمل السكوت ولم يأت على ذكره كحالة من حالات التعبير، واعتبره كذلك في حالات تكاد تكون حالة واحدة، لكن بالنظر إلى التشريعات العربية والتي غالباً ما غلب عليها الاقتباس من التشريعات الغربية، إلا إنها فيما يخص السكوت قد ذهبت إلى أبعد ما ذهبت إليه التشريعات الغربية إذ وسّعت من مجال السكوت وعددت حالات الاعتداد به كدليل على التعبير، وذكرت هذه الحالات كأمثلة يهتدي بها القضاة ففتحت لهم المجال للاجتهد بما يتفق ويمثل الحالات المذكورة في التشريع .

ولعل السبب فيما ذهبت إليه التشريعات العربية يعود إلى مرجعيتها الدينية ومذاهبها الفقهية وعمل الفقهاء في هذا المجال، والذي به غُذِيَ القانون الوضعي بما يسمح له من تغطية قدر الإمكان من حالات اعتبار السكوت كدليل على الرضا، ومن ثمة الاعتداد به في التعاقد وترتيب الآثار القانونية .

### الفرع الثاني: دلالة السكوت على الرضا في عقد الزواج في الفقه الإسلامي

السكوت في اللغة يعني الصمت، والسكون وعدم الكلام<sup>1</sup>.

غير أن السكوت المطلوب هنا في عرف الفقهاء، والذي يمكن أن يكون تعبيراً عن الرضا: هو ليس الصمت المجرد عن كل قرينة كما أنه ليس الصمت الذي صاحبه فعل من إشارة ونحوها بل هو الصمت المطلق أي الخالي عن مصاحبة أي حركة فيخرج بهما عن التعريف للصمت

1 - ابن منظور ، لسان العرب، مرجع سابق، 155/01.

الذي صاحبه فعل كالإشارة والإعطاء ونحوهما، وقولنا تحييط به قرائن خرج به الصمت الذي لم تصاحبه أيُّ قرينة للدلالة على إنشاء التعاقد، فهو إذن موقف عَدَمِي محض، لا يمكن أن يكون دليلاً على الرضا بالعقد على الإطلاق؛ فالساكت الذي صمت لمجرد التفكير في نفسه، أو لعدم وجود أي حال أمامه لا يستند إليه شيء، وأن الرضا لا يمكن أن يُفرض فرضاً مجرداً من أي أساس.

يعتبر السكوت المظهر السلبي، فهو العدم الذي لا يتخذ صاحبه أي حركة تدل على القصد لأنه إن صاحبه حركة أو إشارة خرج عن مفهوم السكوت ودخل في الموافقة الضمنية التي لا تحتاج إلى كثير جهد للاستدلال عليها، في حين أن السكوت وفق ما عرفناه سابقاً، السكوت الذي لا ترافقه حركة فإن لابس شيء كالقرائن خرج من دائرة العدم وأصبح له مدلولٌ كسكوت مَنْ كان الإيجاب في صالحه.

وهذا المعنى الذي يحمله السكوت، عبر عليه الإمام الشافعي بقاعدة " لا ينسب للساكت قول"<sup>1</sup>

لا يختلف المراد به في إصطلاح الشريعة الإسلامية عن معناه اللغوي، ويعرف فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه " حالة سلبية غير مصحوبة بلفظ أو إشارة أو فعل شيء ينبئ عن الإرادة ويدل عليها<sup>2</sup>؛ فالسكوت هو إخفاء وكنمان، وهو ما يخزنه الشخص في طيات نفسه من إرادة، أو عدم التعبير عن الإرادة بنوعية الصريح والضمني<sup>3</sup>.

#### أولاً: حالات قبول السكوت دليل التعاقد بشكل عام

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بشأن حالات الاعتداد بالسكوت كدليل على الرضا فمنهم من ضيقها كالإمام الشافعي إلى حد أن حصرها في سكوت البكر في التزويج، ومن الفقه من

1 - ولقد كان الإمام الشافعي قد أطلق القول بأن الساكت لا ينسب له قول، واستثنى مسألة البكر، ثم استثنى أصحابه مسائل أخرى؛ انظر أيضاً: الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، الجزء: 02، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: 02، الكويت 1405هـ - 1985م، ص: 208.

2 - رمضان علي السيد الشرباصي، السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984، ص: 16.

3 - عبد الرزاق حسن فرح، دور السكون بالتصرفات القانونية "دراسة مقارنة"، مطبعة المدني، القاهرة، 1980، ص: 10.

أطلق حالات السكوت كالحنفية وكان نكؤها - سكوت البكر في التزويج- كأمثلة لحالات أخرى تدخل فيها وهو بذلك متفق مع المالكية في هذا، أما الشافعية فهم من أكثر الفقهاء تضيقاً لحالات صلاحية السكوت في التعاقد إذ ينسب لإمامهم القول " بأن الساكت لا ينسب إليه قول" إلا أن أصحابه جمعوا من المسائل المتناثرة في الفروع والجزئيات وذكروا حالات تُعد إلى جانب سكوت البكر كسكوت من وجبت له الشفعة بعد علمه بالبيع إسقاطاً لحقه<sup>1</sup>، وكذلك إذا وقعت الإجارة عن كل شهر بشيء معلوم صحت الإجارة عند القاضي وليس كلامنا فيه، ولكن ذهب الخراقي إلى أن الشهر الأول تلزم الإجارة فيه بإطلاق العقد، وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالسكوت الملتبس به<sup>2</sup>.

واختصاراً بالنسبة للحنبلة، فقد ردوا القاعدة المشهورة في أن الساكت لا ينسب إليه قول إلا في أماكن يسيره، قال ابن قدامة المقدسي: " إن اللسان هو المعبر عما في القلب، وهو المعتبر في كل موضع يعتبر فيه الإذن غير أشياء يسيرة أقيم الصمت مقامه لعارض"<sup>3</sup>؛ أما الظاهرية فقد حصروا نطاق السكوت كتعبير عن الرضا في موضعين ذكرهما ابن حزم بقوله " والسكوت ليس رضا إلا من اثنين فقط:

أحدهما: رسول الله صلى الله عليه وسلم المأمور بالبيان الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، الذي لا يقر الباطل، والذي ورد النص بأن ما سكت عنه فهو جائز.

والثاني: البكر في نكاحها، للنص الوارد في ذلك فقط، وأما كل ما عدا ما ذكرنا فلا يكون سكوته رضا حتى يقر بلسانه بأنه راض به<sup>4</sup>

إن ما يمكن أن نلخص إليه بشأن رأي الفقه الإسلامي في السكوت، وحجيته في التعبير عن الإرادة ومن ثمة دلالاته على الرضا في التعاقد، إنهم أجمعوا أن الساكت لا ينسب إليه قول، كما

1 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 05 / 321.

2 - ابن قدامة، المغني، المرجع نفسه، 05 / 446.

3 - ابن قدامة، المغني، المرجع نفسه، 05 / 493.

4 - ابن حزم، المحلي، مرجع سابق، 09 / 444 .

كان منهم أن السكوت في معرض الحاجة بيان على الرغم من أن الظاهرية والذي غالباً ما يتفقون عند النص، فيلتزمون ظاهره ويقفون عنده، وهم قد حصروا مدلول السكوت في أمرين:

**الأول:** ما كان على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وانتهى بموته.

**والثانية:** في نكاح البكر ولعل الأمر الثاني ما يهمننا في هذه الدراسة وهو دور السكوت في الرضا في عقد الزواج، وهنا نميز في السكوت بين البكر والثيب وسكوت الزوج.

ثانياً: بالنسبة لعقد الزواج

ا/ بالنسبة للمرأة

ونميز في زواج المرأة بين المرأة البكر والثيب ودلالة السكوت:

1- **بالنسبة للبكر:** إن عقد الزواج كما وصفه الله عز وجل بأنه ميثاق غليظ فقد حفه بجملة إجراءات حتى لا يُلعب به وَيَسْمُهُ بالجديّة، وتأكيداً على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "ثلاث جدهن جد وهز لهن جد، العتق والزواج والطلاق " حتى لا يكون الزواج مطيئةً للأهواء ولا يفتح الباب للاجتهاد، ولما كان الزواج كذلك فقد راعى الفقه فيه الصيغة وهي دلالة الرضا، ففيها يتم الإيجاب والقبول وينعقد العقد وبما يعضد الصيغة من أركان أخرى، فالإيجاب ما يكون غالباً من الزوج ويقابله القبول من الزوجة أو بمن يمثلها، وهو وليها لاعتباره ركناً في العقد، والولي هنا يستأذن موليته، فالبكر رضاها يكون بصمتها، بورود أحاديث صحيحة مشهورة بهذا الخصوص فقد روى مسلم، وأصحاب السنن بسندهم مرفوعاً أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال " الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تُستأذن، وإذنها صماتها "<sup>1</sup> كما ثبتت رواية أخرى قال فيها النبي صلى الله عليه وسلم: "لا تُكْحَ البكر حتى تُستأذن، قالوا يا رسول الله، كيف إذنها، قال: أن تسكت "<sup>2</sup>

والسكوت للبكر حياءً، إذ تستحي أن تفصح عن رغبتها في الزواج في حين أنها لا تستحي من إبداء رفضها له، كما للعرف دورٌ بارزٌ في تعيين سكوت الرضا دون آخر، فقد جرى أن البنت إذا سكنت عن عرض أبيها في أمر النكاح، أُعْتَبِرَ ذلك رضا نظراً لجديّة عقد النكاح وعدم الهزل

1 - مالك بن أنس، الموطأ، مرجع سابق، ص: 325.

2 - صحيح البخاري، الحديث: 5136، 07/17؛ و: صحيح مسلم، الحديث: 1419، 1036/02.

فيه، ولهذا إذا استأذنها غير وليها لا يعتبر سكوتها رضا، لأنه يكون في الغالب لقلّة التفاتها إلى كلامه، وعدم اهتمامها به بخلاف أبيها<sup>1</sup>.

إن سكوت البكر إن استأذنها وليّها دلّ على موافقتها، فالسكوت دال على أمرين أولهما حياء البنت كما ذكرنا والثاني هو أن السكوت دل الأمر على أنه في مصلحتها وإلا كان لها أن ترفض. لكن يُحْتَجُّ هنا، على أن السكوت - بالنسبة للبكر - دليل على الرضا قد يكون السكوت خوفاً، فهل يؤخذ كدليل على الرضا؟

عند الوقوف عند ظاهر نص الحديث فإنّ السكوت دليل الرضا، غير أنّه إن ثبت في السكوت خوف البنت، فيكون بذلك الرضا قد شابه عيباً، فإن تبين قبل الدخول بطل العقد، وإن تبين بعد الدخول ولم يكن للبنت رغبة فسخ العقد واستحقت المهر.

2- أما بالنسبة للثيب: لم يعتبر الشرع سكوت الثيب رضاً بل اشترط النطق لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم المذكور سابقاً، فالثيب أحق بنفسها من وليها فلا بد من إبداء موافقته بكل تعبير أو إشارة أو حركة أو كتابة دالة على الموافقة على النكاح فهل ينعقد الزواج - الثيب - كما لو استأذنت في الزواج وسكتت، وهنا الحديث واضح والوقوف عند حرفيته واجب، إذ لا عبرة بالسكوت إلا للبكر.

### ب/ بالنسبة للرجل

الأولى أن لا تُطرح حالة الرجل، إذ تنطبق عليه القاعدة العامة في العقود بشأن السكوت إذا وُجِّه له إيجابٌ سواء من المرأة أو وليها، فنأخذ دلالة السكوت من ملبساته.

1 - علي محيي الدين علي، مبدا الرضا في العقود، مرجع سابق، ص: 973.

**المبحث الثالث: شروط الصيغة.**

فيما يخص الشروط المتعلقة بالصيغة هي تلك الشروط المتعلقة بالإيجاب والقبول وهي تقريبا عامة في كل العقود باستثناء عقد الزواج على اعتباره عقداً خاصاً إذ يَنْشَأُ كعقد ويدوم كنظام، لذا لزمته شروط خاصة به، وهي أن تكون صيغة عقد الزواج دالةً على إنشائه، وإِتِّحَادِ موضوع الإيجاب والقبول وإِتِّصَالِهِمَا إلى جانب عدم تأقيت الصيغة بوقت.

إنّ من شروط الصيغة دلالة الألفاظ المستعملة في صيغة عقد الزواج أي الإيجاب والقبول وقد سبق بيان هذا في عنوان ألفاظ الإيجاب والقبول<sup>1</sup>.

**المطلب الاول: اتحاد موضوع الإيجاب بالقبول وإِتِّصَالِهِمَا**

يعتبر هذا الشرط الأهم من بين الشروط إذ به يتحد موضوع التعاقد، ويظهر العقد، ولا يراد بهذا الشرط توافر محل التعاقد فجلاً الإستمتاع موجود لوجود الزوج والزوجة وإنما الموضوع يراد به تعيين الأطراف دون ريب مع تحديد المهر بدقة.

**الفرع الاول: اتحاد موضوع الإيجاب بالقبول****اولاً: في الفقه الاسلامي**

يُقصد باتحاد موضوع الإيجاب والقبول بأن يكونا متوافقين دالين على توافق الإرادتين وتلاقي الرغبتين، وبذلك يتحقق معنى ركنيّتهما لعقد الزواج، فإذا لم يوافق القبول الإيجاب كأن يرد الإيجاب على شيء والقبول على غيره، مثل أن يقول وليّ المخطوبة: زوجتك ابنتي فلانة بمهر مقداره كذا، فقال الخاطب، تزوجت ابنتك الأخرى بنفس المهر، أو يرد الإيجاب على شيء مقيد بوصف، ويرد القبول على ذلك الشيء مُقَيِّداً بوصف آخر، مثل أن يقول الأول: زوجتك ابنتي فلانة بمهر مقداره ألف دينار، فيقول الخاطب، تزوجتها بخمسائة دينار، فلا ينعقد عقد الزواج، لعدم التوافق بين

1 - وهو ما تناولته في المبحث الأول من هذا الباب الذي نحن بصده.

الإيجاب والقبول، إلا إذا قبل الطرف الأول وهو ولي المخطوبة ( بناء على رغبة المخطوبة) فيصح ويعتبر قول القابل: تزوجتها بخمسائة دينار إيجاباً مبتدأ، فإذا قال الطرف الأول: زوجتك إياها بهذا المهر، انعقد عقد الزواج لاتحاد موضوع الإيجاب والقبول.<sup>1</sup>

إن ما تعلق بإتحد موضوع الإيجاب والقبول فقد يكون مُنصباً على أطراف عقد الزواج وهما الزوج والزوجة إذ يجب أن يقع التعيين للمتعاقد تعييناً دقيقاً نافياً لأي جهالة، خاصة بالنسبة للزوجة إذا تولى زواجها وليها فيقع منه تحديد موليته، أما الزوج فلا يثير إشكالا كما لو تولى زواجه بنفسه، أما إن تولى زواجه غيره كوكيل أو وصي - إذا لم يبلغ، أو حل به عارض من عوارض الأهلية - فيجب عليه تحديد من وكله تحديدا لا يثير إشكالا، فلو دلت الصيغة-الإيجاب والقبول- على وجود تناقض في صفة المتعاقدين لا يتعد العقد، كما لو قبل الخاطب الزواج من ليلي والولي قد عرض سلمى، ما لم يصدر قبول جديد من الولي بشأن سلمى وسُمي حينها قبول الخاطب إيجاباً جديداً، هذا فيما يخص الإيجاب والقبول، هذا ما تعلق بأطراف العقد، أما إتحد موضوع الإيجاب والقبول فيما يشتمله العقد من ذكر المهر، يجب أن يكون قبول الخاطب الزواج من المرأة بالمهر الذي عرضه ولي الزوجة، فلو قبل بمهر أقل لا ينعقد العقد ما لم يصدر قبولاً جديداً من ولي المرأة، والسؤال المطروح هنا، ماذا لو قبل الخاطب الزواج بمهر أكبر مما عرضه الولي، ففي هذه الحالة فإن الأصل أن القبول يكون موافقاً للإيجاب وسُمي عندها قبولاً صريحاً، أما في هذه الحالة فيعتبر قبولاً ضمنياً لأن الرضا بالمهر الأكبر دلالةً ضمناً على القبول بالمهر المطلوب ولا نحتاج بعدها لإيجاب جديد من ولي المخطوبة.

### ثانياً: في القانون

يُعبّر عن إتحد موضوع الإيجاب والقبول بالتطابق، ونعني به أن يكون القبول موافقاً للإيجاب في كلّ عناصره وشروطه، فإن حصل الاختلاف لم يتم الإرتباط، وبالتالي لن ينشأ عنه التزام، لكن لا يعني الاتفاق على كلّ شروط المعاملة سواء كانت أساسية أم مسائل ثانوية، بل

1 - الشريبي، مغني المحتاج إلى شرح المنهاج، مرجع سابق، 227/04.

يكفي لقيام العقد إتفاق الطرفين على المسائل الاساسية وترك الثانوية للإتفاق عليها في وقت لاحق.<sup>1</sup>

تنص المادة 958 من القانون المدني المصري على: " إذا إتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الإتفاق عليها، أُعتبر العقد قد تم وإذا قام الخلافُ على المسائل التي لم يتم الإتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة وإحكام القانون والعرف والعدالة".

هناك إتفاق بين القانون والفقهاء الإسلاميين في هذه المسألة وهي إتحاد أو تطابق الإيجاب والقبول، فلكي ينشأ العقد سليماً منتجاً لآثاره حجة في مواجهة الغير، لا بد من أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب، فإن أُغفل أمرٌ أو مسألة في الإيجاب ووافقه القبول ينعقد العقد، ما لم يذكر في الصيغة أن عدم الإتفاق في المسائل التفصيلية لا يكون به العقد، وهو ما نعني به التطابق التام.

### الفرع الثاني: اتصال الإيجاب بالقبول

يتحقق اتصال الإيجاب بالقبول بأمر ثلاث وهي:

#### أولاً: عدم رجوع الموجب عن إيجابه قبل قبول الآخر

لا بد لصحة اتصال الإيجاب بالقبول من بقاء الإيجاب حتى يصدر من الآخر القبول بعقد الزواج، بأن يبقى الموجبُ مصرّاً على إيجابه حتى يقبل الطرف الآخر، فإن رجع الموجب عن إيجابه قبل قبول الآخر بطل هذا الإيجاب، فإن حصل القبول بعد ذلك ولم يرتبط بالإيجاب ومن ثمة لا ينعقد عقد الزواج لانتهاء شرط ركنه، ولا يترتب على رجوع الموجب أي التزام شرعاً لأن الرجوع قد استعمل حقه من غير أن يلحق بالآخر ضرراً، لا فرق في ذلك بين أن يكون الموجب ولي المخطوبة أو الخاطب لأن رجوعه عن إيجابه إبطال حق القابل، لأن كل ما يثبت له بعد إيجاب الموجب هو حقُّ قبول موضوع الإيجاب أو رفضه، والذي أوجد له هذا الحق هو الموجب بسبب إيجابه، فيكون له الحقُّ في سحب هذه الولاية كما في الوكالة، فإن الموكل له يملك عزل وكيله، هذا فضلاً عن أن الإيجاب قبل القبول لا يثبت به حكم عقد الزواج؛ وإذا كان الأمر كذلك لم يكن في رجوع الموجب عن إيجابه إبطال أي حق للآخر، فيكون رجوعُ الموجب عن إيجابه

1 - علي محيي الدين علي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص: 1109.

جائزاً له وهذا قول الحنفية الذين يثبتون للموجب خيار الرجوع ما دام المتعاقدان في المجلس ولم يصدر من الآخر ما يدل على القبول أو الرفض<sup>1</sup>، وكذا يثبتون للقابل خيار القبول مادام المتعاقدان في المجلس، ولم يصدر من الموجب ما يدل على الإعراض قبل القبول، وهذا قول الحنابلة الذين يقولون بخيار المجلس والقبول، ولم يشترطوا اتصال القبول بالإيجاب فور صدوره كما فعل الشافعية<sup>2</sup>.

أما الشافعية فقد اشترطوا اتصال القبول بالإيجاب فور صدوره، دون أن يفصل بينهما فاصل في غير موضوع العقد، واعتبروا أن صدور أي شيء من الآخر في مجلس العقد قبل إظهار رغبته يكون فاصلاً مانعاً من إتحاد الإيجاب بالقبول، ويعدونه بهذا منهياً لمجلس العقد<sup>3</sup>.

من خلال ما ذكر بشأن عدم رجوع الموجب عن إيجابه قبل قبول الآخر يمكن أن نخلص إلى نقطة مفادها أنه متى انعقد مجلس العقد وصدور الإيجاب من ولي المخطوبة، ووصل هذا إلى الخاطب أو من ينوب عنه، فإن قبل انعقد العقد فإن تأخر قبوله حتى إنقض المجلس لا ينعقد العقد حتى ولو صدر منه قبول لاحق في مجلس ثانٍ، إذ لا بد في المجلس الثاني أن يصدر الإيجاب ثانية ويتبعه القبول أو أن يكون القبول هنا إيجاباً في المجلس الثاني ورضا الولي هو القبول، هذا في حال تأخر القبول من الخاطب، أو أن يعدل الموجب -ولي المخطوبة- عن إيجابه قبل صدور القبول من الخاطب، أو ما يُعرف بخيار المجلس، فلا ينعقد العقد لغياب الإيجاب ولا حاجة بعدها للقبول ما لم يعد هذا الأخير إيجاباً جديداً، على الرغم من أن الشافعية كما ذكرنا فقد شددوا بشأن الإيجاب القبول، فاشترطوا في القبول أن يكون فوراً فلا يُخاض بعد الإيجاب في أي حديث عدا عقد الزواج وإن حدث عُدّ فاصلاً بين الإيجاب والقبول، كما لم يخيروا للموجب بالرجوع عن إيجابه.

1 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص: 138 .

2 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 81 / 07.

3 - عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، 27 / 04.

**ثانياً: علم كل من الموجب والقابل بما صدر من صاحبه إذا كانا مجتمعين**

وهذا الأمر لا بد منه، لأنه في عقد الزواج لا بد من اتصال رغبتَي الموجب والقابل وتوافقهما، وهذا المعنى لا يتحقق إلا إذا علم كل منهما بما أوجبه الآخر، فيعلم القابل إيجاب الموجب، ويكون ذلك بسماعه وفهمه له وإن كان بالخطاب أو بالكتابة، أو يراه إن كان بالإشارة وبذلك يكون ما يصدر عنه قبولاً، وكذلك لا بد أن يعلم الموجب قبول القابل بإحدى وسائل العلم المتقدمة، حتى يتأكد من وجود التزامه<sup>1</sup>.

فلا يُعقل أن يقبل الخاطب أمراً لم يسمعه، وإن دل مجلس العقد على موضوع، الزواج فدلالة المجلس ليست بالضرورة دلالة على إيجاب الموجب وإن دلت على المراد بالاجتماع إذا لا بد للقابل من معرفة ما تم عرضه ويكون قبوله حينها مطابقاً للإيجاب، فإذا حدث القبول لزم أن يعلمه الموجب حتى يعلم أن إجابته قد طابقه قبول حتى لا يتحلل من التزامه بدعوى عدم علمه بقبول القابل.

**ثالثاً: إتحاد مجلس عقد الزواج**

مجلس العقد والذي يحضر فيه المتعاقدان، الولي والشاهدان بالنسبة لعقد الزواج وفيه يتبادل المتعاقدان الإيجاب والقبول تبعاً لموضوع العقد.

إتحاد مجلس عقد الزواج لا يعني بالضرورة الإتحاد المكاني للعقد فهذا مفترض، ذلك أن الانقطاع المكاني للمجلس أي أن يصدر إيجاب في وقت ويصدر القبول لوقت آخر، فإنه بلا شك لا عبرة باختلاف مجالس العقد في انعقاد العقود بشكل عام وعقد الزواج بشكل خاص، وبالتالي فالإيجاب والقبول الصادران بمجلس واحد هما المُعتَبَرُ في انعقاد العقد، لكن إتحاد مجلس العقد يفيد صدور إيجاب وقبول، دون أن يكون هناك فارق بينهما سواء كان بالسكوت أو بالانشغال بشيء غير موضوع العقد، وقد اختلف الفقهاء بشأن هذا الفاصل أو الفارق بين الإيجاب والقبول وعلاقته بانعقاد العقد.

فإذا فصل بين الإيجاب والقبول فاصلاً يدل على إعراض الزوج عرفاً، مثل الانشغال بشيء آخر كالبيع مثلاً لم ينعقد الزواج، لأن الفاصل الذي يدل على الإعراض حسب العرف يضر عقد

1 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص: 139 .

الزواج، ويؤثر في انعقاده بخلاف الفاصل الذي لا يَدُلُّ على الإعراض حسب العرف، ومثاله شرب كوب من الماء فإنه لا يضر ولا يؤثر<sup>1</sup>.

ف عند الحنفية: الفاصل الذي يسمح به الإيجاب والقبول هو الفاصل اليسير، ومثاله: أن يقول ولي المخطوبة زوجتك ابنتي فلانة بألف دينار، وكان في يد الخاطب كوب من العصير فشربه، ثم قال له: تزوجت ابنتك فلانة بهذا المهر، فإنه لا يضر، أما إذا اشتغل بأكل أو نوم فإنه يضر ومن ثمة يمنع إبرام عقد الزواج<sup>2</sup>.

في حين يُفَرِّق الشافعية بين ما إذا كان الفصل بكلام أجنبي أو بكلام فيه وصف لموضوع عقد الزواج أو بسكوت يسير أو طويل، فإن كان الفصل بكلام أجنبي فإنه يضر عقد الزواج، وإن كان بذكر أوصاف تتعلق بموضوعه، مثل ذكر صفات الخاطب والمخطوبة فإنه لا يؤثر فيه وإن طال، وكذا لو كان بالسكوت اليسير، أما السكوت الطويل وهو ما يُشعر بالإعراض عن القبول، فإنه يضر عقد الزواج<sup>3</sup>.

وعند المالكية والحنابلة فإن أمر الفاصل بين الإيجاب والقبول يرجعونه إلى العرف فكل فاصل دلَّ حسب عرف المنطقة على أنه اشتغال عن عقد الزواج أفسد العقد حتى وإن كان هذا الاشتغال متعلق بموضوع عقد الزواج.

من خلال ما ذكر سابقاً بشأن الفاصل وأثره في انعقاد عقد الزواج من عدمه، يمكن أن نرجع إلى ما ذهب إليه المالكية والحنابلة؛ إذ جعلوا مرد كل ذلك إلى العرف فإذا تعارف أهل المنطقة على أن الفاصل كالسكوت مثلاً يعد قبولاً وإن طال انعقد العقد، على الرغم من أن هذا يتنافى والقانون والفقهاء وإن كان الفاصل الحديث في أطراف العقد وإن كان هذا منطقاً لا يناقض العقد بل ينظمه، فإن اعتبره العرف إنشغالاً عن العقد، كان هذا الفاصل مفسداً وضاراً بعقد الزواج إذ العرف هو ما تراضى عليه الناس والعقد قوامه الرضا.

1 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج، المرجع نفسه، ص: 140.

2 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص: 140.

3 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج، المرجع نفسه، ص: 140، 141.

فيما يخص إتصال الإيجاب بالقبول فإن ما ذكرناه كان في الفقه الإسلامي، أما التشريعات العربية ونأخذ التشريع المصري مثلاً بإعتباره الرائد؛ فإن ما تعلق بهذا الموضوع نجده مستمد من الشريعة الإسلامية. أما الفقه الفرنسي - كما ثبت عن الأستاذ السنهوري - لم يعالج هذه المسائل علاجاً خاصاً، في حين أولأها الفقه الإسلامي عناية بالغة، فالمادة 94 مدني مصري - جاءت هذه المادة بمناسبة إتصال الإيجاب بالقبول - قد إستقت أحكامها من المذاهب الثلاثة بإستثناء الشافعية، حيث لم تشترط الفورية في القبول، بل يمكن أن يتحقق العقد ما دام مجلس العقد قائماً.

في حين إشتطرت التقنينات الحديثة الفورية، حيث يقول الاستاذ السنهوري بهذا الشأن: "ولا شك في أن الوضع على هذا الأساس المستمد من الشريعة الإسلامية قد أصبح وضعاً عملياً معقولاً، ولم تعد الفورية في القبول لازمة بل يجوز فيه التراخي مدة معقولة لا ينشغل فيها المتعاقد بغير العقد، ويبقى فيها الموجب على إيجابه"<sup>1</sup>

#### المطلب الثالث: عدم تأقيت الصيغة بوقت

يعد الزواج ذلك السكن للزوجين، وما تحمله كلمة سكن من معاني منها أن يعيش الزوج في كنف الآخر ويسكن إليه، ومن أهداف الزواج الحفاظ على النسل البشري بالإنجاب، وإن كل هذه الأهداف لن تتحقق لو حيدَ بهذا العقد عما قرره الشارع الحكيم، ولعل أبرر ما يهدد هذا العقد هو جعله عقداً مؤقتاً أي أن لا يكون على صفة التأييد وإذا ما حدث هذا حاد عقد الزواج عن الغاية السامية لوجوده، وتحول إلى غير الإحصان بل إلى الانحلال والفجور.

إن تأقيت الزواج يؤدي بنا إلى الحديث عن زواج المتعة، وقد سمي بهذا الاسم لأنه مرتبط بوقت ولا يكون غايته في الغالب الحفاظ على النسل بالإنجاب لأنه لو كان كذلك لرضي الزوجان به بحسب الفطرة التي فطرنا عليها المولى عز وجل.

يؤدي بنا الحديث في هذا الشرط إلى التعرض إلى زيجات متى تم الإنحراف عن معنى هذا الشرط والتي سنأتي على ذكرها فيما يلي:

1 - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، 01 / 273.

## الفرع الأول: زواج المتعة

## أولاً: تعريفه

زواج المتعة: هو الزواج بلفظ التمتع لفترة مؤقتة، مثل أن يقول المتمتع: تمتعت بك مدة شهر بأجر مقداره كذا، فتقول: قبلت التمتع<sup>1</sup>.

وهنا يجب أن نشير إلى نقطة هامة مفادها أن التمتع هو محل عقد الزواج إذ هذا الأخير يجعل كلاً من الزوجين حلاً للآخر، فالإشكال لا يكمن في التمتع، وإنما يكمن بإضافة وقت إلى الزواج؛ فيكون مؤقتاً، ومحل الزواج التمتع فيكون عندها الزواج زواج متعة إلى وقت معلوم.

إن تعليق الزواج بوقت يجعل منه زواج متعة حتى وإن طال الوقت، نستثنى من هذا كما لو قال الخاطب لولي المخطوبة: قبلت الزواج بابنتك مدة حياتي أو حياتها، فهذا التأقيت لا يتنافى والتأييد في عقد الزواج؛ وقبل الخوض في مشروعية زواج المتعة والخلاف الفقهي بشأنه بقي أن نشير إلى الفرق بين أن يتزوج الرجل المرأة إلى شهر، وأن تشتترط طلاقها بعد شهر، ففي الحالة الأولى التأقيت معين لجهة المتعة، بينما التأقيت كشرط للطلاق فهذا الأخير قاطع للنكاح، فاشترطه بعد شهر ينقطع به، دليل على وجود العقد مؤبداً ولهذا فبعد مضي شهر لا يبطل النكاح فكان النكاح صحيحاً والشرط باطلاً<sup>2</sup>.

## ثانياً: حكم زواج المتعة

زواج المتعة كما بينا سابقاً لا يكون على وجه التأييد بل يكون مؤقتاً، ولما كان كذلك كانت غايته المتعة، وقد اختلف الفقه بشأنه<sup>3</sup>، على أن الراجح لدى كل فقهاء المسلمين عدم مشروعيته شرعاً وعقلاً بإستثناء علماء الشيعة.

## أ/ زواج المتعة حرام

و قد إستدل علماءنا الإجماع بجملة من الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع.

1 - محمد حسن أبو يحيى، احكام الزواج، مرجع سابق، ص: 142.

2 - محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية، مرجع سابق، ص: 78.

3 - ذكرت أن هناك اختلافاً لدى الفقه بشأن زواج المتعة، وكان الأولى عدم ذكر هذا الاختلاف، كونه الزواج محرماً بإجماع الفقه، وإنما أردت ذكر هذا الخلاف، لأجل بيان أدلة من يعتبرونه مشروعاً خاصة علماء الشيعة، وإدحض تلك الأدلة.

## 1. الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴾ (سورة: المؤمنون، الآيات: 29، 30، 31).

من خلال تتبع الآية أمرنا المولى عز وجل بالحفاظ على الفروج أي نهانا عن الجماع ما لم يكن على طريقين وهما الزواج أو ما ملكت اليمين فعدا هذين الطريقين عدُّ جماعا محرما، فلم تأت الآيات على طريق آخر للجماع الشرعي، فلا تكون المتعة طريقا لحفظ الفروج.

وبالتالي فزواج المتعة ليس بزواجٍ إذ يرتفع ويُنهي بغير طلاق ولا فُرقة ولا نفقة ولا يجري به التوارث<sup>1</sup>.

## 2. السنة

ما رُوِيَ عن علي رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم " نهى عن نكاح المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر"<sup>2</sup> وفي رواية " حرّمها يوم فتح مكة " كما في صحيح مسلم، وجاء في رواية لمسلم " كنت قد أذنت في الاستمتاع من النساء، ألا وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة، فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله، ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا"<sup>3</sup>.

يعتبر الحديث المذكور ثانيا هو ما جاء أولا من حيث التواتر ثم يأتي الحديث الثاني، وهذه الأحاديث قد قطعت كل تأويل قد يُفهم من الآيات المذكورة في الكتاب المبين فالحديث المروي من جهة مسلم بين لنا أن زواج المتعة قد أحله الرسول صلى الله عليه وسلم ثم عاد وحرمه وما يؤكد ذلك ما روى عن علي رضي الله عنه مرفوعا للنبي ليؤكد حرمة زواج المتعة.

## 3. الإجماع

أجمع علماء الأمة الإسلامية قاطبة على حرمة زواج المتعة لما سبق ذكره من الكتاب والسنة.

1 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص: 142.

2 - الترمذي 223/4.

3 - صحيح مسلم، حديث: 1406، 1025/02.

من المعقول؛ عقد الزواج عقد خاص فهو السكن للزوجين ففيه يعيش الزوجان في كنف المودة ويكون كل من الزوجين لباساً للآخر، وهدفه إيجاد النسل وما المتعة إلا قضاء شهوة وتحقيق متعة، وهو أشبه بالزنا، الذي حرمه الله لأضراره الاجتماعية والأخلاقية، فليس من المعقول أن يحرم الزنا مع إباحة المتعة إذ كلاهما وجهان لعملة واحدة لتقاربهما في العلة والغاية، كما أن زواج المتعة مقترن غالباً بوقت فيغيب عنه حتماً الاستقرار والسكينة وهما غاية الزواج، كما أن زواج المتعة يكون بأجر، وهو أشبه بتأجير الفتاة نفسها مقابل أجر وهو ما يعرف بالبغاء وهو ما نهى عنه المولى عزوجل قوله: ﴿ولا تکرهوا فتیاتکم علی البغاء إن أردن تحصناً﴾ (سورة: النور، الآية: 33)

### ب- زواج المتعة جائز

يعتبر زواج المتعة جائزاً لدى الشيعة الإمامية وأدلتهم في ذلك هي الكتاب والسنة:

1- الكتاب: قال تعالى: ﴿فما استمتعتم به منهن فأتوهن أجورهن فريضة﴾ (سورة: النساء، الآية: 24)

ووجه الدلالة من هذه الآية:

\* إن الآية ذكرت لفظ الاستمتاع، وهو غير لفظ النكاح في المعنى.

\* أمرت الآية بإيتاء الأجور، وهو حقيقة في الإجارة، وهي عقد على المنافع، والمتعة عقد على منفعة البضع.

\* إن الآية أمرت بإعطاء الأجر بعد الاستمتاع، ولو كان المراد بالأجر المهر لوجب بنفس العقد لا بعد الاستمتاع، كما هو الحال في النكاح فدل ذلك على أن المراد هنا عقد يخالف عقد النكاح.<sup>1</sup>

الرد: وقد رد علماء السنة على استنتاجات الشيعة من الآية بالتالي:

\* المراد بالاستمتاع في الآية هو النكاح، لأنه هو المذكور في أول الآية وآخرها بقوله تعالى: ﴿ولا تتكحوا ما نكح آبؤكم﴾ إلى قوله تعالى: ﴿ومن لم يستطع منكم طويلاً أن ينكح المخصنات المؤمنات﴾ (سورة: النساء، الآية: 25)، فدل على أن المراد بالاستمتاع هنا النكاح.

1 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص 143.

\* أما التعبير بالأجر على اعتبار أن الأجر يقابل منفعة المتعة والمهر يقابل النكاح والزواج فهذا القول مردود ذلك أن المهر يسمى أجراً كقوله تعالى: ﴿يا أيها النبي إنا أحلنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن﴾ (سورة: الأحزاب، الآية: 50)، أي مهرهن.<sup>1</sup>

أما ذكر الأجر بعد الاستمتاع والمهر يؤخذ قبل الاستمتاع فالجواب عنه: أن هذا تقديمًا وتأخيرًا، والتقدير فأتوهن أجورهن، إذا استمتعتم بهن، أي إذا أردتم الاستمتاع بهن كقوله تعالى: ﴿إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم﴾ (سورة: المائدة، الآية: 108)، أي إذا أردتم القيام إلى الصلاة فاغتسلوا.

من خلال بيان الرد على ما استنتجه الشيعة من الآية يتبين لنا بطلان ما اعتمده من تفسير وتأويل للآية هذا من جهة، ومن جهة ثانية أخذ الجزء من الآية واستبعاد الباقي من الآيات التي تدحض إدعاءاتهم، وكذا جعل الأجر دالاً على منفعة المتعة دون العقد وهذا يناقض الآيات الدالة على المعاني الأخرى للأجر.

## 2. السنة

\* ما رُوِيَ عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: ( كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وليس معنا نساء، فقلنا، ألا نختصي؟ فنهانا عن ذلك، ثم رخص لنا أن ننكح المرأة بالثوب إلى أجل).<sup>2</sup>

\* عن أبي حمزة قال سمعت ابن عباس سُئِلَ عن متعة النساء ترخص، فقال مولى له: إنما ذلك في الحال الشديد وفي النساء قلة أو نحوه، فقال ابن عباس نعم<sup>3</sup>؛ وأخرجه الطحاوي (15/2) والبيهقي (204/7) بلفظ: "إنما كان ذلك في الجهاد والنساء قليل ...". وليس عندهما، " فرخص ". إلا أنه تراجع " حين أنكر عليه أمير المؤمنين علي بن أبي طالب، وغيره من الصحابة رضوان الله عليهم، ورووا له التحريم فيها، والنسخ<sup>4</sup> فروى البخاري عن محمد بن علي: " أن علياً رضي الله عنه قيل له: إن ابن عباس لا يرى بمتعة النساء بأساً، فقال: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم

1 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج، المرجع نفسه، ص: 144.

2 - صحيح البخاري، 04/07.

3 - صحيح البخاري، 12 / 07.

4 - ابن أبي حافظ المقدسي، تحريم نكاح المتعة، ص: 112.

«نهى عنها يوم خبير، وعن لحوم الحمر الإنسية» وقال بعض الناس: «إن احتال حتى تمتع فالنكاحُ فاسدٌ». وقال بعضهم: «النكاح جائزٌ والشرطُ باطلٌ»<sup>1</sup>

استدلّ لهم بحديث ابن مسعود رضي الله عنه فقد جاء هذا الحديث في ظروف خاصة ثم جاء بعد ذلك التحريم ويدل على ذلك الآثار التالية:

• عن سلمة بن الأكوع قال: " فرض لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم، متعة النساء عام أوطاس ثلاثة أيام ثم نهى عنها بعد "2

هذا الحديث دال على أن هذا النوع من الزواج ما هو إلا ترخيص لفترة ثم نهى عنه لما دل على ذلك هذا الأثر عن الصحابي.

\* ما روى عن سبرة أن معبد الجهني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: نهى عن المتعة قال: " إنها حرام منذ يومكم هذا إلى يوم القيامة، ومن أعطى شيئاً فلا يأخذه"<sup>3</sup>.

\* ما روى عن سبرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " كنت أذنت لكم في الاستمتاع بالنساء وقد حرم الله ذلك إلى يوم القيامة"<sup>4</sup>.

\* ما روى عن سبرة قال: أذن لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمتعة فانطلقت أنا ورجل إلى امرأة من بني عامر كأنها بكر غبطاء ( وهي الحسنة طويلة العنق ) فعرضنا أنفسنا، فقالت ما تعطيني؟ فقلت: ردائي، وقال صاحبي: ردائي، وكان رداء صاحبي أجود من ردائي، وكنت أنا أشب منه، فإذا نظرت إلى رداء صاحبي أعجبها، وإذا نظرت إليّ أعجبتها، ثم قالت: أنت ورداؤك تكفيني، فمكثت معها ثلاثاً، ثم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " من كان عنده شيء من هذه النساء التي تمتع بهن فليخلي سبيلها"<sup>5</sup>.

1 - صحيح البخاري، 09 / 24.

2 - البيهقي، السنن الكبرى، مرجع سابق، حديث رقم: 14161، 07 / 332.

3 - البيهقي، السنن الكبرى، المرجع نفسه، حديث رقم: 14161، 07 / 332.

4 - البيهقي، السنن الكبرى، المرجع نفسه، حديث رقم 14153، 07 / 332..

5 - البيهقي، السنن الكبرى، المرجع نفسه، حديث رقم: 14157، 07 / 331.

## الترجيح

## أ- الفقه الشرعي:

الحقيقة أنه لا حاجة إلى ذكر الترجيح، ذلك أن مَفَادَ ذكر الخلاف الفقهي بشأن زواج المتعة وإن كان غالب الفقه على رأي واحد كما ذكرنا سابقاً، وإنما ذكرنا تلك الأدلة التي يُسَوِّقُهَا أئمة الشيعة لإباحة وإجازة زواج المتعة، والأهم أن مثل هذا النوع من الزواج هو زواج موجود فعلاً خاصة مع تغلغل الشيعة والمذهب الشيعي في الكثير من البلدان العربية والمسلمة مع تفشي مظاهر الانحلال الخلقي التي تغذيها القنوات الفضائية والمواقع المشبوهة عبر الانترنت، فيجد ضعاف الإيمان في هذا النوع من الزواج ملجأً ومخرجاً مستغلين الاختلاف الفقهي بشأنه، والحقيقة؛ إن هذا الزواج حرام بإجماع أهل الفقه مستدلين بالمنقول من قول البارئ وقول رسوله الكريم صلى الله عليه وسلم وبالمعقول الذي يُصَدِّقُ الفطرة التي فطرنا عليها المولى عز وجل، فزواج المتعة كما دل عليه إسمه فغايته المتعة وهو بذلك يشترك مع الزنا.

## ب- رأي القانون:

لم تقر جل الدول العربية وكذا الإسلامية زواج المتعة سواء ذكرت ذلك صراحة في نصوص قانونية، فإن لم يكن فقد حرّمته ضمناً، من خلال إسقاط كل شرط يتنافى وعقد الزواج، إذ تعتبر التشريعات العربية والمسلمة عقد الزواج عقداً مقدساً حَفَّتْهُ بجملة من الإجراءات منعا للتلاعب به، فإذا لم تلغه صراحة أو ضمناً، فلم تأت على ذكره وفي هذه الحالة تعود لأحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر الثاني في التشريع إن لم تكن الأولى<sup>1</sup>، فمثلاً أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني بما أخذ به الجمهور فحرم نكاح المتعة وجعله من الأنكحة الفاسدة كما ورد في المادة 6/34.

1 - هنا يجب أن نستثني بعض الدول العربية ، التي تنتهج المذهب الشيعي، إذ تقرر زواج المتعة في شرائعها، هنا لا بد من التركيز على المذهب الشيعي، إذ بات يشكل خطراً على دول كثيرة، فقد أصبح الخليج العربي محاصراً بهذا الفكر، ففي العراق قبل سقوط نظام صدام حسين لم نكن لنسمع عن هذا الفكر، ولم يكن زواج المتعة مشروعاً، وبعد سقوط نظامه صارت العراق بلد شيعي، تقريباً بنسبة ثلاثة أرباع السكان؛ فقد كان نظام صدام كصمام لهذا الفكر، فبعده رأينا الشيعة في اليمن والبحرين والكويت وسوريا ولبنان، ولم تكن المملكة العربية بمنأى عن هذا المد.

وبالنسبة للملكة العربية السعودية مهبط الرسالة والتي تتبع فكر محمد بن عبد الوهاب الذي يلقب بمجدد عصره وهو فكر سني، محض ولما كان الأمر كذلك فزواج المتعة عندهم محرّم لا نقاش فيه.

### الفرع الثاني: الزواج المؤقت

#### أولاً: تعريف الزواج المؤقت

الزواج المؤقت هو زواج مثله مثل الزواج الشرعي غير أن الصيغة فيه الإيجاب والقبول أن يكون على سبيل التأقيت، فيقول الخاطب: تزوجت ابنتك أو تزوجتك بمهر كذا مدة شهر أو سنة، فيقول ولي الزوجة أو الزوجة قبلت.

الزواج يكون بصيغة التأييد دون أن يأتي المتعاقدان على ذكر ذلك في العقد فهذا الأمر متضمن في عقد الزواج، وكل أمر خلاف ذلك يجعل من عقد الزواج محل نظر.

#### ثانياً: حكم الزواج المؤقت

##### 1- في الفقه الشرعي

إختلف فقهاء المسلمين في حكم الزواج المؤقت على قولين:

**القول الأول:** إن الزواج المؤقت محرّم وباطل، وهذا قول جمهور فقهاء المسلمين لأنه كمنكاح المتعة إلا أن نكاح المتعة يكون بلفظ التمتع، والنكاح المؤقت يكون بلفظ النكاح أو التزويج<sup>1</sup>

**القول الثاني:** إن الزواج المؤقت صحيح لكن الشرط باطل، ويكون الزواج مؤبداً وهذا قول علماء الحنفية ووجه هذا القول: أن التأقيت شرط فاسد، وعقد الزواج لا تبطله الشروط الفاسدة فيصح العقد ويلغى الشرط<sup>2</sup>

ويفرق زفر من الحنفية بين المتعة والزواج المؤقت من حيث العقد فزواج المتعة يكون العقد فيه بالفاظ التمتع، بينما المؤقت يكون بلفظ الزواج ونحوه، لهذا يصح عقد الزواج المؤقت ويبطل زواج المتعة.

1 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص: 146

2 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج، المرجع نفسه، ص: 146.

## القول الراجح:

من خلال عرض آراء الفقهاء بشأن الزواج المؤقت فإن القول الأول الذي جعل منه زواج محرم باطل وقول جمهور الفقهاء هو القول الراجح من ثلاث جهات:

- الأولى أنه ذهب إليه أغلب الفقهاء أي أصحاب المذاهب الثلاثة خاصة الحنابلة باعتبار أن هذا المذهب هو آخر المذاهب وهو أكثرهم إماما بالأحاديث الصحيحة.

- الثانية: أن الزواج المؤقت يقترب مع زواج المتعة لإشتراكهما في المقصد، والغاية فزواج المتعة وغايته من صياغته، أي المتعة أما الزواج المؤقت، فالتأقيت فيه قرينة الاستمتاع وعدم استقرار الرابطة الزوجية وبالتالي الزواج المؤقت بوابة زواج المتعة.

- الثالثة: وهي إعمال القاعدة الفقهية سد الذرائع وكذا قاعدة درء المفسد أولى من جلب المصالح ففي هذه القاعدة، إن كانت المصالح المحققة أكبر بكثير من المفسد فهنا ندرأ المفسد وإن قلت على حساب المصالح وإن كثرت، هذا لو سلمنا أن الزواج المؤقت يحقق مصلحة وإن كانت هذه المصلحة محل نظر، فإن المفسد بلا شك أعظم من المصالح.

يرى الجمهور أن الزواج المؤقت باطل، لأن الغرض من شرعية الزواج دوام المحبة والعشرة وتربية الأولاد وإقامة أسرة صحيحة، وهذا لا يكون إلا إذا كان الزواج قائماً على ركيزة التأييد أما جمهور الفقهاء فلا يفرقون في الحكم بين المتعة والنكاح المؤقت من حيث الغرض الواحد والعبرة في إنشاء العقد بالمقاصد والمعاني، وهذا لا يقصد منه إلا التمتع، فلا فرق بينه وبين زواج المتعة<sup>1</sup>

كما يترتب على الزواج المؤقت مشاكل اجتماعية تتعلق بالنسب والإرث والعلاقات على الأسرة الواحدة، وهذا يتنافى مع الحكمة من الزواج التي تقوم على المودة والتراحم والترابط الأسري

1 - عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابه، 2006، ص: 226.

غير المشروط لمدة معينة، ولا يحقق هذا إلا التأييد لأنه العمود الفقري للأسرة والمجتمع إذا صلحت الأسرة صلح المجتمع<sup>1</sup>.

#### ب- موقف القانون

لا مجال للحديث، إن الزواج المؤقت هو من الأنكحة الفاسدة في الدول السنية سواء العربية أو غيرها. كما جاء في التشريع الأردني في المادة 34 الفقرة 6 إذ ذكرت الحالات التي يكون فيها الزواج فاسداً وذكرت منها الزواج المؤقت.

في قانون الأسرة الجزائري لم يأت على ذكر الزواج المؤقت، وهو بذلك يحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية (المادة 222 من قانون الأسرة) خاصة المذهب المالكي، لأن القانون في كثير من الحالات لم يأت على أحكامه وترك الأمر للفقهاء الإسلاميين.

1 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 261.

## الفصل الثاني: سلامة الرضا

العقدُ تصرف قانوني قوامه الإرادة، والإرادة قد تكون موجودةً وقد تنعدم، وتتعدم الإرادة إذا انعدمت حرية الاختيار كما في حالة انعدام التمييز، فما يصدر عن المجنون بعد الحجر عليه ومن الصبي غير المميز لا يعتبر إرادة، لذلك فإنه في هذه الحالة لا تتصور نشأة العقد نتيجة هذه الإرادة المنعدمة فيكون العقد باطلاً أي غير موجود<sup>1</sup>.

وفي الفقه الإسلامي لا جدال في أن العقد يقوم على أساس الرضا الكامل وافتراض الصدق والأمانة بين المتعاقدين، سواء في إنشاء العقد أو في تنفيذه، كما تم عليه اتفاقهما وفقاً لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ (سورة: النساء، الآية: 29)، وقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل مالٌ امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه"<sup>2</sup> وعيوب الإرادة هي تلك العوامل التي تلابس إنشاء العقد، ويكون لها فيه بعض التأثير، وهي عواملٌ يحكم معها بانتفاء إرادة العقد، كما لا يحكم معها بسلامة هذه الإرادة، ولا يُستطاع اعتبار العقد صحيحاً كاملاً ملزماً نظراً لوجود شائبة تعيب إرادة العاقد، ولذا التقنين المدني جعل العقد المشوب إرادته بأحدها قابلاً للإبطال، كما هي الحال في التقنين المدني الجزائري والمصري، أو موقوفاً كما هي حال بعض التقنينات المدنية الأخرى كالتقنين المدني الأردني والعراقي.<sup>3</sup>

والأمر نفسه بالنسبة للشريعة الإسلامية، فإن أي عيب يصيب الإرادة<sup>4</sup> يجعل من العقد باطلاً ولا يكون نافذاً.

ويقصد بعيوب الرضا أمور تلحق إرادة احد المتعاقدين أو كليهما، فتفسد الرضا دون أن تزيله، فالرضا موجود، وغاية الأمر أن الإرادة لا تجيء سليمة، إمّا لأنها أتت نتيجة وهمٍ كاذبٍ،

1 - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2014، ص: 05.

2 - البيهقي، السنن الكبرى، مرجع سابق، الحديث رقم: 11545، ص: 166/06.

3 - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة، مرجع سابق، ص: 06.

4 - لقد جرى العمل على تسمية عيوب الإرادة بعيوب الرضا، والواقع أن هذه التسمية غير دقيقة، فقد يفهم من عبارة عيوب الرضا، انه يشترط أن يشوب العيبُ الإرادتين معاً، والواقع خلاف ذلك إذ يكفي أن يشوب إرادة احد العاقدين حتى يحق له أن يطالب بإبطال العقد، وذلك دون الحاجة لأن تعيب إرادة من تعاقد معه؛ انظر: محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة، المرجع نفسه، ص: 07.

وإمّا لأنها جاءت وليدة الضغط والعيوب التي تفسد الرضا غالباً نجدها أربعة: وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال<sup>1</sup>.

هذا بشأن عيوب الإرادة في العقود بشكلٍ عام، وعقد الزواج من بين هذه العقود، فهو أيضاً يتأثر بكل ما يشوب الإرادة، ولما كان هذا العقدُ خاصاً لُقداسته واختلاف آثاره عن باقي العقود الأخرى فإن آثار هذه العيوب تختلف كما لو تمّ الدخول أو لم يتمّ، وسنتناول هذه العيوب وفق مبحثين الأول بعنوان: أن لا يقع الرضا تحت إذعان، والثاني بعنوان: أن لا يكون سبب الرضا وهماً.

### المبحث الأول: أن لا يقع الرضا تحت إذعان

إذا كان الرضا لا يتحقق وجوده إلا بتحقيق أركانه فإن هذا الوجود لا يكفي ليجري عليه الأثر إلا إذا توفرت فيه شروطه التي تتحقق بها صحته ولزومه ونفاذه، وبعبارة أخرى فوجود الرضا يتوقف على وجود أركانه، وأمّا سلامته فتتوقف على توفر شروطه، ولا يكون الرضا سليماً إلا إذا كان حرّاً، ويكون الرضا كذلك إذا لم يَشْبُهْ ضغط أو إكراه، أو أن لا يقع تحت وضع يجعل من رضاه ناقصاً غير معبرٍ عما يختلج بالنفس.

### المطلب الأول: أهلية الزواج

ذكرنا أن العقد يتم بارتباط الإيجاب والقبول بين المتعاقدين، أي توافق الإرادتين، بمعنى وجود الرضا لكن وجود الرضا لوحده لا يعطي للعقد قوته الملزمة، إذ يُشترط خلوّه من أي عيب يصيب الإرادة أو عارض يصيب الأهلية، فإن كان ذلك كان العقد إما باطلاً أو قابلاً للإبطال، فيكون الرضا مشوباً لنقض أهلية أحد المتعاقدين أو كليهما، أو لعيبٍ في إرادته، كأن يكون أحد المتعاقدين قد وقع في غلط أو كان ضحية تغرير أو كان مكروهاً.

وسنتناول أهلية الزواج في جزأين، نبحث في أولهما عن الأهلية كشرط لصحة العقد وفقاً للقوانين، وفي جزئه الثاني نتناولها في الفقه الإسلامي.

1 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء : 01، الطبعة: 04، دار الهدى، الجزائر، 2006، 2007، ص: 161، 162.

## الفرع الأول: الأهلية في القانون

لكي يكون العقد صحيحاً يجب أن يكون صادراً من متعاقدين تتوفر فيهما الأهلية، أي بالغين سن الرشد وإلا شاب رضاهما عيبٌ في الصحة.<sup>1</sup>

## أولاً: الأهلية لغة واصطلاحاً

أ- الأهلية لغة: هي الصلاحية، يقال فلان أهل لهذا الامر، أي أنه صالح له وجدير به.  
ب- اصطلاحاً: بأنها صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحاً لأن تثبت له الحقوق، أو تثبت عليه الالتزامات وتصح منه التصرفات.<sup>2</sup>

## ثانياً: أقسام الأهلية

يقسم فقهاء القانون الأهلية الى نوعين أهلية وجود وأهلية أداء

## أ- أهلية الوجوب

هي القدرة على اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، الأصل فيها الكمال<sup>3</sup> ومفاد هذه النظرية هي الوجود، فمتى وجد هذا الشخص طبيعياً كان أو حكماً (معنوياً) قامت أهلية وجوبه، ويوجد الشخص المعنوي بتأسيسه وفق الإجراءات القانونية المطلوبة<sup>4</sup>، ويوجد الشخص الطبيعي بولادته حياً.<sup>5</sup> وعليه، يمكن أن نخلص إلى أن أهلية الوجوب يمكن تسميتها بأهلية الوجود إذ تجب لكل شخص كان له وجود سواء كان طبيعياً بميلاده حياً أو حكماً بالنسبة للشخص المعنوي المؤسس وفق الإجراءات القانونية المطلوبة في القوانين الوضعية وقد تختلف هذه الإجراءات من بلد لآخر.

- 1 - عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية- الالتزامات- دراسة مقارنة، دار الثقافة ، الطبعة: 01، عمان، الاردن، 1430هـ، 2009، ص: 109.
- 2 - عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، المرجع نفسه، ص: 109.
- 3 - محمد محفوظ ، دروس في العقد، مركز النشر الجامعي، دون رقم الطبعة، تونس، 2004، ص: 118.
- 4 - غير أنه بالنسبة للشركات التي لها الشخصية المعنوية نميز بين الشركات المدنية والتجارية، فكلاهما لا بد من عقد تأسيس يحدد غرضه وبه تتحدد أهليته، الذي لا بد من قيده وتسجيله، بالشركة المدنية بمجرد التسجيل تصبح لها شخصية معنوية، بينما الشركة التجارية الى جانب التسجيل لا تكسب الشخصية المعنوية، الا بعد قيدها بالسجل التجاري.
- 5 - عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص: 110.

## ب- أهلية الأداء

وهي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقاً وأن تحمله التزامات على وجه يعتد به قانوناً<sup>1</sup>، ومناطق أهلية الأداء هو الإدراك والتمييز لا مجرد الوجود، فالصبي غير المميز يتمتع بأهلية الوجوب إلا أن أهلية الأداء لديه معدومة، إلا أن الشخص متى تمتع بأهلية الأداء بأن كان له صلاحية ممارسة حقوقه فإنه في ذات الوقت يتمتع بأهلية الوجوب والعكس غير صحيح<sup>2</sup>.

والسبب في قيام أهلية الأداء على الإدراك والتمييز أن هذا الأخير هو شرط ضروري لإمكانية أن يصدر منه تصرف قانوني بإرادة تتجه لإحداث أثر قانوني، أما من لم يكن لديه الإدراك، فهو وإن كان بالإمكان أن يصدر منه تصرف فعلي تقوم عليه مسؤوليته التقصيرية، فهو غير قادر على أن تصدر منه إرادة يقوم عليها التصرف القانوني عموماً<sup>3</sup> وأهلية الأداء هي أهلية التعاقد والقيام بالتصرفات القانونية<sup>4</sup>.

إن أهلية الأداء تتدرج مع تدرج التمييز، فتدور معه وجوداً وعدماً ونقصاناً، فإذا انعدم التمييز انعدمت أهلية الأداء، وإذا كان التمييز ناقصاً كانت أهلية الأداء ناقصة، وإذا كان تاماً كانت تامة، ولهذا أثر في العقود التي يستطيع الشخص الطبيعي أن يبرمها<sup>5</sup>

1 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، 163/01.

2 - عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص: 111.

3 - عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، المرجع نفسه، ص: 111.

4 - Philippe Malaurie, droit civil, les personnes, les incapacités, defrenois, 2eme édition - juridiques associées, paris 2005, p: 209

5 - من المفيد في هذا الصدد أن نعرض تقسيم الاعمال القانونية في ثلاثة أنواع :

- أعمال نافعة نفعاً محضاً: هي الاعمال التي تؤدي الى اثراء من يباشرها دون مقابل ومثالها، قبول الهبة أو انقاص ديونه دون مقابل : وتسمى أعمال الإغتناء .

- أعمال ضارة ضرراً محضاً : ويترتب عليها افتقار من يباشرها دون مقابل لهذا الافتقار، وتشمل أعمال التبرع كالهبة بالنسبة للواهب وإبراء الدائن للمدين.

- أعمال دائرة بين النفع والضرر: وفيها يأخذ من طرفي العقد مقابلاً لما يعطي كالبيع والايجار، وهي تحتل الربح والخسارة، وهي أعمال تشمل التصرف والإدارة، فالتصرف بمقتضاه تقرير حق عيني للغير على الشيء كالبيع والرهن بالنسبة للراهن، اما أعمال الإدارة فالقصد منها استغلال الشيء دون المساس بأصله، وتتلأم مع الاستعمال الذي .../...

كما بيّنا إن الأهلية تتأثر بالتمييز فإن كان الجنين له أهلية وجود ناقصة تتوقف على ميلاد حيا، فتكتمل أهلية الوجوب لديه، وأهم ما يميز الأهلية هو تحديد سن التمييز وسن الرشد ومنها تحديد صلاحية تصرفات الشخص.

### ثالثا: مراحل الأهلية

#### أ- سن التمييز

تعتبر جلّ التشريعات العربية متأثرةً بسن التمييز في الشريعة الإسلامية وهي سبع (7) سنوات وقد اعتمدها في تشريعاتها كالقانون المدني لمصر والأردن وسوريا ودول الخليج العربي، أما في التشريع الجزائري فسن التمييز مرتفعاً نوعاً إذ نجده ثلاثة عشرة سنة (13) وقد كانت قبل التعديل ستة عشر (16) سنة؛ ولتحديد سن التمييز أهمية بالغة في قيمة تصرفات الشخص خاصة تلك الأعمال النافعة للمميز، فهي حسب المشرع الجزائري لا تقبل ما لم يبلغ 13 سنة في حين نجده في تشريعات أخرى مؤهلاً لها.

#### ب/ سن البلوغ

سن البلوغ أو سن الرشد وهي السن التي من شأنها أن تجعل من تصرفات الشخص منتجة لآثارها القانونية سواء بالنسبة إليه أو في حق غيره، أي له إجراء جميع التصرفات، النافعة والضارة والدائرة بينهما.

رغم أن سن البلوغ يتعلق غالباً بالبنية المرفولوجية للشخص أي أنها تتعلق بالشخص لا علاقة لها بالمكان ورغم ذلك نسجل خلافاً في القوانين الوضعية فيما يخص هذه السن.

يعتبر سن البلوغ من بين الأمور التي اختلفت بشأنها التشريعات الوضعية بين سني 18 و19 سنة.

- فالمشرع السوري يعتبر كلّ من بلغ ثمانية عشر سنة كاملة (سنة شمسية)، للذكر والأنثى على السواء بينما بالنسبة لسن الزواج جعل سن بلوغ المرأة لمباشرة عقد الزواج بسبعة عشر سنة

.../..أعد له الشيء كالإيجار، فيترتب عليه تمكين شخص من الانتفاع بالعين المؤجرة، مقابل أجرة معينة دون خروج العين المؤجرة من ملكية المؤجر، انظر: محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، 154/01(الهامش).

وفق ما نصت عليه المادة 16 في قانون الأحوال الشخصية، في حين أبقى للرجل سن البلوغ في الشريعة العامة أي 18 سنة.

- ووافق المشروع المغربي المشرع السوري في تحديد سن الزواج، إلا أنه ساوى بين الجنسين وهو 18 سنة، وهو ما أخذ به المشرع المصري أيضاً<sup>1</sup>، بعد أن كان السن مختلفاً بين المرأة والرجل فكان للأخير ثمانية عشر سنة وللمرأة ستة عشر سنة.

- أما بالنسبة للمشرع الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة أي في ظل القانون رقم 11/84 لم تكن مسألة الأهلية منسجمة مع القانون المدني وقانون الأسرة حيث نصت المادة 40 من القانون المدني على أن سن الرشد هو 19 سنة، أما قانون الأسرة فقد نص في مادته الثامنة (08) على أن: "تكتمل أهلية الرجل في الزواج تمام 21 سنة وللمرأة بتمام 18 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة"، ونتيجة ذلك، فإن الشخص قد يبلغ سن الرشد طبقاً للقانون المدني في حين أنه غير مؤهل للزواج طبقاً لقانون الأسرة، كما أن المرأة تكون كاملة الأهلية وفقاً لقانون الأسرة دون أن تبلغ سن الرشد المدني<sup>2</sup>.

لكن مع التعديل الأخير لقانون الأسرة أزال هذا اللبس من خلال توحيد سن الزواج بين الرجل والمرأة من جهة وجعله موافقاً لما جاء في القانون المدني ويكون للقاضي أن يرخص بالزواج دون هذا السن<sup>3</sup>، ويعتبر سن الزواج لدى المشرع الجزائري الأكبر بالمقارنة مع باقي القوانين العربية وفقاً للتعديل الأخير الذي خفضه للرجل ورفعته للمرأة.

- أما المشرع التونسي فقد كان مُتدبِّباً إلى غاية صدور قانون عدد 32 لسنة 2007 المؤرخ في: 14 ماي 2007 إذ وُحِّد سن الزواج بين الرجل والمرأة وجعله 18 سنة<sup>4</sup>، وقبل صدور

1 - قانون رقم: 143 لسنة 1994، المتعلق بالأحوال المدنية، المادة: 31 مكرر، التي جاء فيها " لا يجوز توثيق عقد زواج لمن لم يبلغ من الجنسين ثمانية عشر سنة ميلادية كاملة".

2 - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص: 65 وما بعدها.

3 - بموجب الترخيص للقاصر بالزواج، يكون به مؤهلاً لمباشرة عقد الزواج، وكذا كل ما يترتب من آثار لهذا العقد، كالتقاضي، مثلاً، بمعنى أن الترشيح لا يؤهل القاصر للزواج فقط، بل بكل ما تعلق بالزواج.

4 - تبريرات رفع سن الزواج تتعلق بالحد من الإنجاب وتنظيم النسل، على اعتبار أن الزواج المتأخر يمكن من انجاب عدد أطفال أقل؛ للتفصيل أنظر: حامد الجدلي، قانون الأحوال الشخصية التونسي، ص: 482.

هذا القانون نص في مرحلة أولى في الفصل 05 من مجلة الأحوال الشخصية على ضرورة بلوغ كل من الزوجين، ويقدر سن البلوغ بالنسبة للمرأة بتمام الخامسة عشرة وللرجل بثمانية عشرة، ثم وقع تنقيح الفصل الخامس بمقتضى المرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في: 21 أبريل 1964 الذي رفع السن الدنيا للزواج من 15 الى 17 بالنسبة للنساء ومن 18 الى 20 بالنسبة للرجال مع الاستغناء عن مفهوم البلوغ الطبيعي وتعويضه بسن قانونية<sup>1</sup>.

- أقرّ المشرع الكويتي بسن أقل بالمقارنة مع سابقه وفق ما قضت به المادة 16 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، من منع توثيق عقد الزواج والمصادقة عليه ما لم تتم الفتاة 15 سنة، والفتى 17 سنة وقت التوثيق، ومعنى ذلك أنه يمكن الزواج قبل ذلك لكن لا يجوز توثيقه الا ببلوغ السن المطلوبة<sup>2</sup>.

- أما في القانون الأردني فتنص المادة 5 منه على مايلي: "يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين، وأن يتم الخاطب السنة السادسة عشر، وأن تتم المخطوبة الخامسة عشرة من العمر"<sup>3</sup>.

#### رابعاً: زواج الصغار ومن في حكمهم

##### أ- الصغير

المراد بالصغير في القانون الوضعي كل من لم يبلغ سن الرشد، أي من لم يبلغ الثامنة عشرة إلى التاسعة عشرة -حسب كل بلد- ويكفينا القول ذكر سن الرشد لتجنب الفوضى في الاختلاف بين الدول لأن هذا السن -الرشد- قرين أهلية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية، وفي الصغير نميز بين من كان عمره بين سن التمييز وقبل سن الرشد وهو المميز، ومن لم يبلغ سن التمييز عديم التمييز.

1 - حامد الجدلي، قانون الأحوال الشخصية التونسي، مرجع سابق، ص: 482.

2 - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص: 61، 62.

3- أخذ القانون في تحديد سن أهلية الزواج برأي الجمهور، وهذا استثناء من تحديد سن الرشد، في المادة: 2/43 من القانون المدني الاردني رقم: 42 لسنة 1976، التي تنص على ان سن الرشد هي ثمانية عشرة سنة شمسية كاملة.

-بالنسبة للصبي المميز: ليس له أن يباشر زواجه إلا بعد حصوله على إذن المحكمة<sup>1</sup>، فمثلا في التشريع الجزائري، نصت المادة السابعة من قانون الأسرة: "... للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك للمصلحة أو الضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، يكتسب الزوجُ القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"<sup>2</sup>.

لم يحدد المشرع الجزائري حدًا لسلطة القاضي في الاعفاء - أدنى سن لمنح الترخيص - مما يؤول ظاهر النص إلى إمكانية منح الاعفاء في سن مبكرة دون سن التمييز، غير أنه يمكن حل هذا الاشكال من خلال نص المادة 84 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي: " للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئياً أو كلياً في أمواله بناء على طلب من له مصلحة"، وبالعودة إلى القانون المدني فقد حدد سن التمييز بـ13. سنة من خلال نصه في المادة 42 على ما يلي: " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقده التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة"، فيكون السن التي ليس القاضي النزول عنها هي سن التمييز.

- أما بالنسبة للتشريع السوري فقد أقر بجواز زواج من لم يبلغ سن الرشد إلا أنه حدّد بشكل واضح الحد الأدنى للإعفاء وهو 15 سنة للفتى و13 سنة للفتاة، وهو ما أقرته المادة 18 من قانون الأحوال الشخصية، قانون رقم 34 لسنة 1975 المعدل للقانون رقم 95 لعام 1953.

أجازت كلُّ التشريعات الوضعية الزواج لمن لم يبلغ سنَّ الرشد،- إن كان هذا محل خلاف- إلا أنهم اختلفوا في الحد الأدنى كمنح الإذن بالزواج.

أما التشريع الفرنسي فقد أقرَّ بزواج الصغار دون النزول عن سن 16 سنة وذلك بموجب ترخيص من مجلس العائلة.<sup>3</sup>

1 - Corinne Renault Brahinsky ,droit civil les personnes ,Gualino édition ,paris 2013 p :122

2 - أحسن المشرع الجزائري بالتعديل الأخير لقانون الأسرة الأمر 02/05، بإكتساب المرشد للزواج أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج، من حقوق والتزامات، وهو ما لم يكن موجوداً قبل التعديل، فمن غير المعقول أن نمح القاصر إذناً بالزواج ثم لا يُمنح أهلية للتقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج، وهو ما تداركه المشرع بالتعديل الأخير.

3 -Corinne Renault Brahinsky ,l'essentiel du droit des personnes ,Gualino édition ,paris 2013 -p :76

عموماً فزواج الصغير ما لم يقل عن سن التمييز يجوزهُ القانون بموجب ترخيص، أما دون سن التمييز فبالعودة إلى النصوص القانونية، يمكن أن نستنتج بمفهوم المخالفة عدم إمكانية منح الترخيص لمن لم يبلغ سن التمييز، لاعتبار أن السن دون التمييز لا يكون الصبي مهيناً للزواج جسداً ومسؤولية.

ب- **زواج من في حكم الصغار:** يراد به المجنون والمعتوه، والملاحظ أن القانون إعتبر كلاً منهما بحالة واحدة، فلم يخصص المعتوه بوضع خاص على الرغم من أنه أفضل حالاً.

-نص المشرع الأردني في المادة الثامنة (08) من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي: "للقاضي أن يأذن بزواج من به جنونٌ أو عتهٌ إذا ثبت بتقرير طبي لأن في زواجه مصلحة".

-أما المشرع العراقي فقد أجازَ زواجَ المريضِ عقلياً وفق المادة السابعة الفقرة الثانية والتي جاء فيها "للقاضي أن يأذن بزواج أحد الزوجين المريض عقلياً إذا ثبت بتقرير طبي أن زواجه لا يضر بالمجتمع وأنه في مصلحته الشخصية إذا قبل الزوج الآخر بالزواج قبولاً صريحاً".

-وهو ما جاء أيضاً في قانون الأحوال الشخصية العُماني رقم 33 لسنة 1997 في المادة 8 الفقرة "ب" التي جاء فيها "لا يأذن القاضي بزواج المجنون أو المعتوه إلا بعد توافر الشروط التالية 1

1- قبول الطرف الآخر التزوج منه بعد إطلاعهِ على حالته.

2- كون مرضه لا ينتقل منه إلى نسله.

3- كون الزواج فيه مصلحة له، ويتم التثبت في الشرطين الأخيرين بتقرير لجنة من ذوي الإختصاص".

## الفرع الثاني: الأهلية في الفقه الإسلامي.

## أولاً: مراحل الأهلية

أ- سن التمييز: إن سن التمييز في الشريعة الإسلامية إستنبطه الفقهاء من حديث الرسول صلى الله عليه وسلم بشأن فريضته للصلاة وهو قوله: " علموهم عنها لسبع واضربوهم عنها لعشر"<sup>1</sup> فسن التمييز هو سبع سنوات، أي بمجرد أن يبلغ الصبي سبع سنوات يكون مميزاً أي بداية الإدراك.

## ب- سن البلوغ

البلوغ في الاسلام لا يتحدد بسنٍ معينة، وإنما بمظاهر بيولوجية للشخص فيستدل منها على البلوغ كالاحتلام للرجل والحيض للمرأة، وهي مظاهر لا شك أنها تعتري الشخص، والإختلاف لا يكون إلا في الجنس بين المرأة والرجل لا من بلد إلى آخر، ومعلوم أن البلوغ في القوانين الوضعية مرده إلى السن، وهو في الغالب يزيد عما في الشريعة الاسلامية ومبررهم في ذلك وضع سن يلتقي فيه كل الناس، ذلك أن الاحتلام يختلف بدوره من رجل إلى آخر، وكذا الحيض لكن إن وضعنا سناً كبيراً ليس لأحد أن يدعي عدم البلوغ الشرعي.

وغالبا البلوغ في الفقه الإسلامي أقل بكثير مما هو في القوانين، فيقارب سن التمييز، فمن كان بالغاً في الفقه كان غير ذلك في القانون.

والدليل على البلوغ من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿ وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافاً وبداراً أن يكبروا ومن كان غنياً فليستغف و من كان فقيراً فليأكل بالمعروف فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم وكفى بالله حسيباً ﴾ (سورة: النساء، الآية: 06)، وبلغوا النكاح عند المفسرين تعني: الاحتلام<sup>2</sup>.

1 - الدار قطني سنن، الجزء: 01، الحديث: 887، المحقق: شعيب الارنؤوط، وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: 01، 1424 هـ - 2004 م، ص: 430.

2 - نضال محمد أبو سنيينة، الولاية في النكاح، مرجع سابق، ص: 233.

وفي قوله صلى الله عليه وسلم: " رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يعقل"<sup>1</sup>.

هنا لنا أن نتساءل: ما هو المعيار الصحيح لتحديد سن البلوغ والرشد اللذين هما مناط أهلية الأداء الكاملة؟

قال الفقهاء بخصوص البلوغ هو ما يتم فيه الصبي قواه العقلية، غير أن هذا أمر باطني لا يمكن الاطلاع عليه ثم الحكم عليه بالتمام أو النقصان، ولذلك قدروا له معيارا محسوسا يسهل الاعتماد عليه مثل السن، وبلوغ الاحتلام - أي خروج المني - سواء كان يقظة أو في المنام للذكر والأنثى كالحيض والحمل للأنثى. قال القرطبي: " لم يختلف العلماء في هذه الامور"<sup>2</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في اثبات بعض العلامات الأخرى، كإنبات العانة شعرا خشنا<sup>3</sup>، كما اختلفوا في تحديد السن التي يبلغ فيها الانسان، فذهب الجمهور: الشافعية والحنابلة والاوزاعي وابو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة، وأبو حنيفة في رواية إلى تقدير سن البلوغ بخمس عشرة سنة للذكر والأنثى، وبه قال ابن وهب، وعبد المالك بن الماجشون وعمر بن عبد العزيز، وجماعة من أهل المدينة، واختاره من المالكية ابن العربي وغيره<sup>4</sup>.

وذهب أبو حنيفة إلى تقدير سن البلوغ ثماني عشرة سنة للذكر وفي رواية أخرى تسع عشرة سنة له وسبع عشرة سنة للأنثى، وذهب المالكية في تقديرها بثمانية عشرة سنة للذكر والأنثى، وذهب داود الظاهري إلى أنه لا حد للبلوغ بالسن وإن بلغ أربعين سنة بل العبرة بخروج المني للرجل وبالحيض للمرأة، لقوله صلى الله عليه وسلم: رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم - في رواية " حتى يكبر " وفي رواية ثالثة " حتى يشب " وعن المجنون

1 - النسائي، السنن الكبرى ، الجزء: 06، الحديث: 7303، المحقق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، الطبعة: 01، بيروت، 1421 هـ - 2001 م، ص: 488.

2 - تفسير القرطبي، 35/5.

3 - الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، 02 / 314.

4 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 07 / 32.

حتى يعقل - وفي رواية للترمذي وعن المعنوه<sup>1</sup>، فقد حدد رفع القلم وعدم تكليفه بعدم الاحتلام، فإثبات البلوغ بالسن يخالف الخبر<sup>2</sup>.

غير أن جمهور الفقهاء يذهبون الى تحديد سن البلوغ بخمس عشرة سنة فقد روى البخاري ومسلم في صحيحيهما وغيرهما عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: " عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم يوم أحد في القتال وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني"<sup>3</sup>.

ثم إذا كانت سنُ البلوغ قد حددت بهذا التقدير أي خمس عشرة سنة - فإن بقية العلامات الأخرى بخروج المني والحيض والحمل، وغيرها معايير غير محددة حيث تختلف حسب الظروف الاجتماعية البيئية والبنيوية، فقد يحتلم الصبي في وقت مبكر فيصبح بالغاً وقد تحيض الصبية في السنة العاشرة أو أكثر أو أقل فتصبح بالغة.

### ج- الرشد في الفقه الاسلامي

أما الرشد: فهو في اللغة بمعنى الاهتداء والصلاح وإصابة الصواب والاستقامة على طريق الحق، والرشيء هو الواعي الحسنُ التقدير فيما يفعل<sup>4</sup>، فسن الرشد أو الرشد نجده يختلف بين القانون والفقه .

فمن خلال نصوص القانون السابق بيئتها، لا يفرق القانون الوضعي بين الرشد والبلوغ، فالبلوغ هو الرشد فيجعل البلوغ مرادفاً للرشد، بينما في الفقه الاسلامي، هناك فرق بين البلوغ والرشد وإن كان هناك خلاف لدى الفقه الاسلامي بشأن تعريف الرشد من خلال وضع معيار له.

1 - رواه الترمذي وابو داود وابن ماجه، والنسائي والحاكم وابن حبان واحمد وقال الترمذي: حديث حسن والعمل عليه عند أهل العلم، وقال السبوطي، حديث صحيح وقد رواه البخاري تعليقا.

2 - انظر: صحيح البخاري، 03 / 77.

3 - صحيح البخاري، الجزء، 03 / 177.

4 - الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص: 304، 305، المصباح المنير 1/ 243.

فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة ووجه للشافعية إختاره ابن سيرير إلى أن الرشد صلاح في المال أي الاهتمام الى حفظ المال وإصلاحه، والقدرة على تدبير الأمور المالية وإستغلال الأموال إستغلالاً حسناً، وقد جمع هذا المعنى الامام مالك بقوله: الرشد تثمير المال، وحفظه فقط "

وذهب الشافعية والظاهرية إلى إن المراد بالرشد هو إصلاح في الدين والمال، وهذا ما إختاره ابن المنذر، وبه قال الحسن البصري وقال الشافعي: " الرشد - والله أعلم - الصلاح في الدين حتى تكون الشهادة جائزة، وإصلاح المال، وإنما يعرف إصلاح المال بأن يختبر اليتيم " <sup>1</sup>

اذن فمعيار الرشد عندهم هو صلاح الدين وإصلاح المال، والمراد بصلاح الدين أن لا يرتكب من المحرمات ما تسقط بها العدالة، وبإصلاح المال أن لا يكون مبذرا <sup>2</sup>

وقال ابن حزم: نظرنا في القرآن الذي هو المُبَيِّن لنا ما أَلزَمنا الله تعالى اياه، فوجدناه كله ليس الرشد فيه إلا الدين وخلاف الغي، لا المعرفة بكسب المال أصلاً قال تعالى: ﴿ لا اكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي... ﴾ (سورة: البقرة، الآية: 256)، فصَحَّ أن الرشد ليس هو كسب المال، ولا منعه من الحقوق ووجوه البر، بل هذا هو السفه، وإنما الرشدُ طاعةُ الله، وكسبُ المالِ من الوجوه التي تخالف الدين <sup>3</sup>.

وقد ربط الشافعي ومن معه التعامل بالدين والعدالة وقالوا: إن الفاسق لا يوثق على دينه فكيف يؤتمن على ماله، وكذلك لا تقبل شهادته <sup>4</sup>، فالشافعية نظرتهم نظرة دينية محضة والأموال حسبهم إنما وُضِعَت لخدمة الدين تصديقا لقوله تعالى: ﴿ وَأَبْتَغِ فِيمَا آتَاكَ اللَّهُ الدَّارَ الْآخِرَةَ وَلَا تَنْسَى نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا وَأَحْسِنْ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ وَلَا تَبْغِ الْفَسَادَ فِي الْأَرْضِ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ ﴾ (سورة القصص، الآية: 77)، فمن لم يكن له دين حتما سيستغل ماله خدمة لرغباته الدنيوية وأهوائه الفاسدة فيحرم حسبهم تداول المال من طرفه ويبقى تحت رعاية الولي أو الوصي الى ان تنصلح احواله ويعود لرشده تاركا فسقه وفساده.

هذا وقد ذهب جمهور من الفقهاء إلى تفسير الرشد بصلاح الدين وذلك استناداً الى التفسير اللغوي السابق لكلمة رشد، والقرآن الكريم يخاطب العرب بلغتهم فيُجَمَل الخِطَاب على أصل معناه

1 - الشافعي ، الأم، مرجع سابق، 220/03.

2 - علي محيي الدين علي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص: 290.

3 - ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، 184/09، 197.

4 - ابن حزم، المحلى، المرجع نفسه، 184/09، 197.

اللغوي وخروجاً من الخلاف الفقهي، وإن كان ما ذهب إليه المالكية والحنفية والحنابلة الأقرب إذ جعلت الرشد قرين صلاح المال وحفظه، فلا بد أن تأخذ بالظروف الاجتماعية للشخص، وكلما كانت الحياة الاجتماعية ساذجةً غير معقدة، لم تنتشعب فيها أبواب الرزق، ولم تختلف فيها طرق المعيشة، وكلما كانت أمور تدبير المال وتداولها سهلاً سائغاً، يستطيع الشخص القيام به، دون صعوبة كثيرة وعناء شديد، كما أن طبيعة عمل الأسرة تشكل جزءاً ليس هيناً في عملية تسهيل تحقيق الرشد، أو تعقيده، فليس من الغرابة أن ينال الفتى رشده في الخامسة عشر من عمره أو أن يتأخر عنها، بل أن لا يتحقق له ابداً<sup>1</sup>، فقد روى مسلم في صحيحه وأحمد والبيهقي: " أن نجداً كتب إلى ابن العباس يسأله: متى ينقضي يُنمُّ اليتيم ؟ فكتب إليه ابن العباس: . . . ولعمري أن الرجل لتثبت لحيته، وأنه لضعيف الأخذ لنفسه، ضعيف العطاء منها، فإذا أخذ لنفسه من مصالح ما يأخذ الناس فقد ذهب عنه اليُثم " <sup>2</sup>

فالغاية من عملية الإختيار هو الوصول إلى الظن الغالب بأن الصبي قد أصبحت لديه القدرة على حفظ أمواله، وتنميتها، وعدم الإفراط فيها.

من خلال عرض فكرة الرشد في الفقه والتي ربطها البعض بصلاح الدين وأغلبهم ربطها بصلاح الدين والمال معاً، وإن كانت فكرة صلاح المال قد تكون في الشخص وقد تغيب ويصعب معها اعتماد هذا المعيار المبدأ لمعيار مطلق، فالقوانين الوضعية ربطت الرشد بالسن وحددت له غالباً ثمانية عشرة سنة أو تسع عشرة سنة أخذة بذلك أقصى سن متجاوزة أي خلاف، فبهذه السن لا يتصور بعدها فتى غير بالغ، غير أن هذا السن هو سن صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية دون تحفظ هذا بما يضمن القدرة الكاملة في إنجاز التصرف.

1 - علي القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص: 293، 294.

2 - صحيح مسلم، 1443/3، مسند أحمد 249/1، 294.

## ثانيا: زواج الصغار ومن حكمهم

## أ- الصغير

الصغير في الفقه الاسلامي من لم تظهر عليه علامات البلوغ، كالاختلام للصبى والحيض للبنات، وتعتبر تصرفات هذا الصبي في مثل هذه المرحلة غير جائزة غير أن الزواج شأن آخر، فمن خلال تتبع آيات القرآن الكريم وما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم جاز للصغار زواج.

1- من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿ وَاللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ إِرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ﴾ (سورة: الطلاق، الآية: 04)، جعل المولى عز وجل عدة المرأة اليأس من الحيض ثلاثة أشهر، والحكم نفسه للتي لم تحض لصغر سنها فدللت الآية على أن الصغيرة تتزوج بدليل إقرار عدتها والتي لا تكون إلا بطلاق سبقه زواج.

2- من السنة النبوية: عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها وهي بنت ست سنين، وأدخلت عليه وهي بنت تسع سنين، ومكثت عنده تسعا<sup>1</sup>، وفي رواية تزوجها وهي بنت سبع سنين وزفت اليه وهي بنت تسع سنين<sup>2</sup>.

النكاح من جملة المصالح وضعا في حق الذكور والإناث جميعا، وهو يشتمل على أغراض ومقاصد لا يتوفر ذلك إلا بين الكفاء، والكفاء لا يتفق في كل وقت، فكانت الحاجة ماسة الى الزواج، ولا يكون أمر الزواج للصغار وإنما يثبت للأولياء، لأن إنتظار بلوغ الصغير أو الصغيرة قد يضيع الكفاء ولا يوجد مثله.

ولعل حكمة تزويج الصغار من خلال تتبع آراء الفقهاء وإن اختلفوا لمن تثبت الولاية، فإن مرد ذلك الخوف من تقويت كفاء قد لا يتكرر، وقد يتساءل البعض بالقول إذا كان ركن عقد الزواج هو حل الاستمتاع الذي يكون به الولد فأنت للصغير ذلك بصغره ولعل الاجابة تكمن بالمراد بالزواج السكن النفسي كما أن حل الاستمتاع يتحقق ولو بصغر السن ويبقى الولد لوقت البلوغ، إلى جانب الكفاءة وما تحققه من دوام العشرة والألفة بين الأزواج.

1 - سبق تخريجه.

2 - رواه أحمد ومسلم .

## ب/ من في حكم الصغير

## 1- المجنون

**معناه لغة:** الجنون من السَّتْر، وأن كل شئ سَتَرَ عنك فقد جن عنك، وجن عليه، يجن بالضم جنونا، وبه يسمى الجن لاعتبارهم وإختفائهم عن الأبصار والجنن بالفتح وهو القبر لِسْتَرِهِ الميِّت<sup>1</sup>، والجنة تعني: الجنون، وذلك وأنه يغطي العقل<sup>2</sup>.

**معناه اصطلاحاً:** عرفه الجرجاني بأنه: هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً<sup>3</sup>؛ والمعنى المشترك بين علماء اللغة في شأن الجنون هو التغطية والستر، فالأصل العقل عند الانسان، ثم يأتي ما يستر عليه فيكون الجنون، وقد عبر البعض عن ذلك بذهاب العقل، وعبر آخرون باختلاله، والمراد واحد<sup>4</sup>.

نميز في الجنون نوعين مطبق وجنون متقطع، وهذا الأخير لا إختلاف بشأنه فهو يأخذ حكم العاقل حال الافاقة، وتصرفاته نافذة وحكم المجنون حال الجنون، ومثل هذا لا ولاية عليه، اذ يتولى أمره شخص، ثم اذا افاق أنكره، فهو من يزوج نفسه، أما البنت فلا تزوج حال جنونها إنما تنتظر حتى تفيق فتستأذن.

أما الجنون المطبق فلا خلاف لدى الفقهاء في زواجهم، على أن يتولى زواجهم الأولياء ولم يفرقوا بين المجنون والمجنونة، صغيراً أم كان بالغاً، غير أن المالكية حصروا الولاية للأب والوصي ثم القاضي، أما الشافعية فقد جعلوها للأب ثم الجد بشرط تحقق مصلحة من ولي عليه، والأمر نفسه للحنابلة، أما الحنفية فأقروا بالولاية دون شرط في الولي.

## الحكمة من تزويج المجنون

-الحماية والصيانة خشية الوقوع في الفواحش لكل منهم لدفع ضرر الشهوة وصيانتها عن الفجور.

1 - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، 92 / 13، 93.

2 - ابن فارس، معجم المقاييس في اللغة، مرجع سابق، 422 / 01.

3 - الشريف الجرجاني، التعريفات، مرجع سابق، ص: 79.

4 - نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الاسلامية، مرجع سابق، ص: 260.

-تحقيق فائدة لأحد الزوجين لأنه من غير المعقول أن يكون الزوجان مجنونين -لأن حاجة المجنون لمن يخدمه أكيدة وليس غير زوجة تحقيقاً لهذه الفائدة، ذلك كل بدن الزوج ليس بعورة لزوجه.

- قال أهل الطب والخبرة أن علة كل منهم تزول بالزواج، فيعتبر الزواج حينها سبيلاً من سبل العلاج والمداومة، مما يوجب السعي في تحصيله، لأن السعي في نكاحهم من أعظم مصالحهم التي لا ينبغي لولي أن يتأخر عن تحقيقها، وهو مؤتمن على ذلك<sup>1</sup>.

## 2- المعتوه

**المعتوه لغة:** جاء في لسان العرب أن المعتوه هو: المدهوش من غير مس جنون، وقيل المعتوه: الناقص العقل<sup>2</sup>.

**المعتوه اصطلاحاً:** فقد عرفه الشيخ الزرقا -رحمه الله- بأنه: "ضعف في العقل، ينشأ عنه ضعف في الوعي والإدراك"<sup>3</sup>.

وعموماً فالمعتوه أعلى درجة من المجنون وقد وصفه بعض الفقهاء في حكم الصغير المميز، وبالتالي له أن يزوج، فإن كان الفقه أجاز تزويج المجنون من باب أولى تزويج المعتوه، لكن ليس له الولاية على نفسه، وإنما يكون للأولياء وفق ما ذكرنا بشأن المجنون.

وحكمة تزويج المعتوه تقترب مع حكمة تزويج المجنون وإن كان المعتوه أولى بالزواج لأن مقاصد الزواج وحكمته أكثر بيانا بالنسبة إليه.

والخلاصة بشأن الأهلية فقد بدا جلياً الفرق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، فالأخير وضع سناً لتحديد البلوغ، وكما حدد لسنناً للتمييز فاعتبر دون سن التمييز ليس له مباشرة أي تصرف، أمّا ما كان بين سن التمييز والبلوغ - وهو المميز - كان له الزواج مع اذن القاضي، ولعل مبرر التشريع الوضعي في وضع سن محدد للبلوغ بالنسبة لعقد الزواج، وباقي العقود وجعله

1 - نضال محمد أبو سنية، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص: 266.

2 - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، 512/13.

3 - الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، 800 /02.

مُوحِّدًا للجنسين، هو تجنب اختلاف علامات البلوغ بين الجنسين، والاختلاف بين الجنس الواحد، كما احتاط في سن البلوغ وجعله مرتفعاً نوعاً ما وهو ثمانية عشر سنة تقريباً في جل التشريعات، وزيد عليه بسنة في باقي التشريعات حتى يتجنب تأخر البلوغ، أما بالرجوع إلى الفقه الإسلامي فقد ربط سن البلوغ بعلامات تظهر على الجنسين، فجعلها للذكر بالاحتلام والأنثى بالحيض، وهي مظاهر وعلامات لا ريب في بلوغ من ظهرت به، وهي سن تقل كثيراً عن القانون فتكون بين 13 سنة و15 سنة تقريباً للجنسين، وقد أجاز الفقه الإسلامي الزواج دون هذا السن أي دون البلوغ لضرورات يذكر منها الفقه: الخوف من تفويت كفاء قد لا يتكرر كما يكون صوتاً لليتيمة بالزواج.

ويكاد يتفق القانون مع الشريعة الإسلامية بشأن زواج المجنون والمعتوه وإن كان في الأول يُمَيِّزُ بين الجنون المنقطع والمُطْبِقِ، فمن به جنون مطبق عُفِيَ من الزواج لحديث النبي صلى الله عليه وسلم السابق ذكره " رُفِعَ القلم ... " في حين أن من به جنون منقطع له الزواج حال الإفاقة، فالمجنون والمعتوه له الزواج، ويزوجه وليه وقد أضاف القانون وجوب شهادة الطبيب فهو الأعلام بحاله، مع ما أضافه المشرع العماني في شروط زواج المجنون من كون مرض المجنون والمعتوه لا ينتقل منه إلى نسله، وعموماً فهذا الشرط لا يثبت إلا المختص، ويأخذ المعتوه حكم المجنون في القانون، وإن كان المعتوه وهو المعروف باضطراب تصرفاته، وهو أعلى درجة من المجنون ويقترّب في بعض تصرفاته للعاقل، وبقي لنا أن نتساءل بشأن تقرير الطبيب فهل هو طبيب المختص بالأعصاب أم الطبيب النفسي؟ قد لا يهم هذا التساؤل كون الأخير يهتم بالعامل النفسي للمريض النفسي لا يعاني من اضطراب عصبي وإنما مرضه متعلق بعوامل اجتماعية وحوادث أثرت سلباً في تكوينه، مما يجعلنا نستبعد الطبيب النفسي.

## المطلب الثاني: أن لا يقع الرضا تحت إكراه

## الفرع الأول: الإكراه في الفقه الإسلامي

## أولا تعريف الإكراه

## أ- الإكراه لغة

هو حمل الإنسان على أمرٍ يكرهه أو كارهاً له، أو حمله غلبة قهراً. ويقابل الكره الطُّوع، فقد قال الفراء: الكُره - بالضم - فعل المختار، والكُره - بالفتح - فعل المضط<sup>1</sup>، وقال الكاساني: الإكراه لغة عبارة عن إتيان الكره، والكره معنى قائم بالمكروه، ينافي المحبة والرضا، ولهذا يستعمل كل واحد مقابل الآخر، قال تعالى: ﴿ وَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ وَعَسَى أَنْ تُحِبُّوا شَيْئًا وَهُوَ شَرٌّ لَكُمْ ﴾ (سورة: البقرة، الآية: 216)، وقوله تعالى أيضاً: ﴿...طُوعاً وَكُرْهًا... ﴾ (سورة: الرعد، الآية: 15)، وقال أيضاً: ﴿...حملته أمه كُرْهًا ووضعتُه كُرْهًا ﴾ (سورة: الأحقاف، الآية: 15).

## ب- الإكراه في الاصطلاح:

ذكر الأصوليون والفقهاء عدة تعاريف للإكراه فقد عرفه السرخسي بأنه اسم لفعل يفعله بغيره فينتقي به رضاه أو يفسد به اختياره، وهذا ما اختاره المرغنياني وغيره، ويؤخذ عليه بأنه قد أطلق الإكراه على المكروه عليه، فكان الأولى إطلاقه على عملية الإكراه نفسها<sup>2</sup>.

وقال الإمام الشافعي الإكراه: أن يصير الرجل في يدي من لا يقدر على الامتناع منه من سلطان أو لص أو متغلب - ويكون المكروه يخاف خوفاً عليه دلالة أنه إن امتنع من قول ما أمر به يبلغ به الضرب المؤلم أو أكثر منه أو إتلاف نفسه<sup>3</sup>.

وقد اختصر الحافظ ابن حجر هذا التعريف بقوله: " الإكراه إلزام الغير بما لا يريدّه ".<sup>4</sup>

1 - ابن منظور ، لسان العرب، مرجع سابق، 534 / 13.

2 - علي محيي الدين علي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص: 411، 412.

3 - الشافعي، الأم، مرجع سابق، 210/3 .

4 - ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، 311 / 12 .

فمن المُعرفين من إختار للتعبير عن الإكراه لفظَ الحمل، ومنهم من إختار لفظ الدعاء ومنهم من إختار لفظ الإيجاب أو الإلزام أو الضغط أو التضيق، وهذا الاختلاف في التعبيرات ينم عن مدى حرص كل واحد من الفقهاء على إختيار الكلمة التي تجسد حقيقة الإكراه في نظره والتعريف الراجح في هو تعريف صاحب الوافي ومن معه مع شيء من التغيير بقوله الإكراه هو تهديد القادر غيره بضرر على أمر بحيث لولا خوفه من تنفيذ ما هدد به لما أقدم عليه<sup>1</sup>.

والتهديدُ وهو إحداثُ الخوف بأي وسيلة كانت تقضي إلى القتل أو الضرب أو السجن مما يؤثر على إرادة الإنسان فيبطل إختياره وبالتالي يؤثر في رضاه فينساق لما يمليه عليه المكره ويكون طائعا له فيفعل ما لم يرضاه تحت تأثير الخوف بما أكرهه، سواء كان التهديد بالقول فحسب كأن يقول له إن لم تفعل ما أريد أقتلك أو أصنع بك كذا، وقد يكون التهديد بالإشارة فحسب فيتخذ المُكره من الإشارات والإيماءات ما يثير الرهبة في نفس المكره أو يكون التهديد باستعمال وسيلة كالعصا أو المسدس وتعد هذه الأخيرة الأخطر إذ من شأنها أن تعدم الاختيار نهائيا.

### ثانيا: الإكراه وبعض المفاهيم المشابهة

#### أ- الإكراه والإلجاء

الإكراه كما ذكرنا سابقا هو الحملُ على مكروه والتخويف بشيء، ويقال تلجئة: تَفَعَّلَ من الإلجاء، كأنه قد ألجأك إلى أن تأتي أمرا باطنه خلاف ظاهره، وأحوجك إلى أن تفعل فعلا تكرهه<sup>2</sup>.

أما إصطلاحا فالإلجاء: هو جعل الشخص في حالة لا مندوحة له على الفعل ويكون آلة بيد الملجئ، كمن يلقي شخصا من شاهق فيوقعه على شخص فيقتله، قال الأسنوي: الملجئ هو الذي لا يبقى للشخص معه قدرة ولا إختيار كالإلقاء من شاهق<sup>3</sup>، فعلى هذا الإلجاء هو غير الإلجاء الذي يذكره الحنفية من قسمي الإكراه والذي يفسد الاختيار ولا يعدمه<sup>4</sup>.

1 - علي محيي الدين علي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص 413

2 - ابن منظور ، لسان العرب، مرجع سابق، 152/01.

3 - ابن عبد البر، التمهيد، مرجع سابق، 120/19.

4 - علي محيي الدين علي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ص: 418

## - والفرق بين الإكراه والإلجاء من وجوه:

الأول: الإكراه لا ينافي خطاب التكليف، فالمكروه مكلف عند الكثيرين الحنفية والمالكية والراجح عند الشافعية والحنابلة، غير أن الشرع لا يرتب عليه الآثار الشرعية إلا التي ذكرها العلماء منها القتل<sup>1</sup>.

فالمكروه حسب الفقهاء لم يعتبر شيئاً يَمْنَعُ تَكْلِيفَهُ؛ لأن مناط التكليف هو العقل والقدرة وهو قادر على الامتناع، وذلك بالصبر على المكروه به غير أن الشرع لا يترتب على فعله بعض الآثار رحمة به لكونه معذوراً كما يدل عليه قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ (سورة: النحل، الآية: 106)، قال الإمام الشافعي: "فلما وضع الله عنه الكفر سقطت أحكام الإكراه على القول كله، لأن الأعظم إذا سقط عن الناس سقط ما هو الأصغر منه"<sup>2</sup>.

والمُلْجَأُ الصَّوَابُ - كما قال السبكي - أنه يمتنع تكليفه، لأنه آلة محضة كالسكين في يد القاطع، فلا يُنسَبُ إليه فعلٌ، وحركته كحركة المرتعش، بل قال بعضهم: إِنَّ المُلْجَأَ لا يتوجه إليه الخطاب حتى عند القائلين بجواز التكليف بالمحال، لأن المانع من التكليف في هذه الحالة راجع إلى وصف قائم بالمكلف وهو عدم القدرة والاختيار، فانعدم شرط التكليف لانعدام صدور الفعل من المكلف وكيف يكلف من سلب عنه القدرة والاختيار لأنه لو كلف لكان تكليفه بإيقاع الفعل الملجأ عليه هو واجب الوقوع ولا إختيار له فيه، ولا ينسب إليه أصلاً فلم يوجد من الملجأ هذا الفعل حتى يمكن أن يكلف به، أو بعدمه فتتحقق فيه حينئذ فائدة التكليف وإن كانت على سبيل الابتلاء<sup>3</sup>

فالفرق من هذا الوجه بين الإكراه والإلجاء: أن المكروه مكلف فلم يصل به الأمر حتى نعدم إرادته وإن قل اختياره، فتكليفه يتفاوت تبعاً لدرجة الإكراه في حين الملجأ انعدمت إرادته واختياره وأصبح أمره بيد غيره فكل ما يكون منه إنما كان بيد الملجأ ونستطيع القول إن الإلجاء قد يكون درجة في الإكراه ومثال الإلجاء كمن يسوق سيارة فيَعْتَرِضُه صبي في الطريق فيلجأ للانحراف فيتسبب في إلحاق ضرر بمتاع الغير.

1 - علي محيي الدين علي، مرجع سابق، ص: 418، 419

2 - الشافعي، الأم، مرجع سابق، 209/03.

3 - علي محيي الدين علي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ص: 420.

**الثاني:** إنَّ الإكراه لا يزيل قدرة الإنسان ولا الاختيار، وإن كان يفسده حيث يبقى له قدرة على الإمتناع وله إختيار وإن لم يكن حراً، لأنه يوازن بين ما هُدِّد به وبين الفعل الذي طُلب منه فيقدم عليه فيكون الفعل مسنداً إليه مباشرة في الجملة، فالمكره قادر على أي منهما شاء غير أنَّه يختار دفعا للضرر المكره عليه، وأمَّا الإلجاء، فهو يزيل القدرة والاختيار والرضا، ويصبح الملجأ آلة في يد الملجئ، فالملجأ ليس له قدرة ولا إختيار، ولا يسند إليه الفعل، لأنه لم يخير بين الأمرين فلا يتصور منه الامتناع.

**الثالث:** إن الإلجاء لا يكون إلا بفعل مثل أن يأخذه ثم يُوقِعَه على الشخص فيقتله أو يَصَّعه في السلاسل أو نحوها ثم يأخذ يده غصباً عنه فيمضي بأصبعه على الورقة التي كتب فيها عقد البيع، أو يأخذ بيده فيكتب بها كتابا فيه العقد، أو نحو ذلك، فالإلجاء فعل ولا يتحقق به إلا فعل، ولا يمكن إن يتحقق به القول، ولذلك لا يتصورُ الإلجاءُ على القول، لأنه مهما كان لا يمكن التكلم إلا إذا أَرادَه المتكلم وأما الإكراه فهو تهديد، فيتحقق بالفعل والقول، كما يمكن أن يكون على الفعل وعلى القول.<sup>1</sup>

من خلال الأوجه الثلاثة يتضح أنَّ الإكراه لا يلغي الرضا وإن كان يفسده بينما الإلجاءُ فهو يعدم الرضا، وتبعا لذلك فالآثار التي تترتب على العقد تختلف باختلاف ما إذا كان الشخص مكرها فيكون العقد قابلا للإبطال، بينما إن كان الشخص وقع في حالة الإلجاء فالعقد قد ينعقد باطلا. ينبغي التنبيه إلى أمر مفاده إلى أن هناك من الفقهاء من يجعل الإلجاء رديفاً للإكراه ومتضمناً فيه، وهناك من يجعل الإلجاء درجة في الإكراه وسوف نتطرق لهذا في أقسام الإكراه.

### ب/ الإكراه والاضطرار

وأما الفرق بين الإكراه والاضطرار، فيظهر من خلال التعريف بهما، فالاضطرار لغة من الضرورة فيقال: واضطره بمعنى ألجأه إليه وليس له منه بد<sup>2</sup>، وفي اصطلاح الفقهاء يطلق على هذا المعنى نفسه - أي أن تدفعه الضرورة للإقدام على إنشاء تصرف - حيث مثلوا له بأن يضطر

1 - علي محيي الدين علي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص: 421، 422.

2 - القاموس المحيط، 77/02؛ المصباح المنير، 360/02.

شخص إلى البيع لدين أو مؤونة ترهقه أو إلى شراء شيء لحماية نفسه أو نحو ذلك فيبيع ما في يده، فربما يبيع ماله بالنقص.<sup>1</sup>

من خلال التعريف، يتبين لنا أن الاضطرار لا يدخل ضمن الإكراه وكل ما في الأمر أن الضرورة التي دفعت الشخص للقيام بالتصرف على غير الوجه المرغوب له، وقد تكون الضرورة أمراً نفسياً، كأن لا يقبل الشخص أن يكون في وضع مدين أو يكون كفيلاً لمدين فيضطر بموجب الكفالة إلى تحمل تبعات الوكالة فيحل محل المكفول.

وفعلاً، هذا لا يدخل الاضطرار في الإكراه لأنه ليس فيه تهديد، وذلك لأن الإكراه يحدث نتيجة ضغط خارجي، وأما الاضطرار يحدث نتيجة ضغط داخلي لا قبل له بأخر، كما أن المضطر له رضا واختيار حين عقده بخلاف المكره الذي ينعدم رضاه ويفسد اختياره.<sup>2</sup>

وعلى هذا لنا أن نتساءل عن حكم تصرفات المضطر، فعلى الراجح لدى الفقه أن المضطر إذا باع أو اشترى أو أنشأ أي تصرف قانوني، وكان بثمن المثل أو ما يقاربه كان تصرفه صحيحاً لا شبهة فيه، أما إذا كان فيه غبن فاحش كأن يضطر الرجل للطعام أو الماء وهو في حاجة إليه فلا يبيعه البائع بما لا يوافق الثمن الحقيقي كأن يبيع بثمن يضاعف ثمن المثل، والأمر نفسه لو اضطر الشخص للعلاج ونحوه فلا يتعاقد الآخر معه إلا بغبن فاحش، فهذا التصرف يكون فاسداً والراجح هو أن مجرد الاضطرار ليس من أسباب فساد العقود أو بطلانها، لأن المضطر يختار بل هو راض بما أقدم عليه، وإن كان رضاه ليس كرضا الشخص غير المضطر، فهو قد وازن ورضي بما أقدم عليه، فليس المال إلا وسائل لدفع حاجات الإنسان<sup>3</sup>

وعلى ما، تقدم فكل تصرفات المضطر صحيحة ونافذة ومنتجة لآثارها أياً كان الدافع للضرورة، إذ الضرورة تؤدِّد رغبةً للتخلص من وضع ما بالتصرف القانوني، والأمر نفسه بالنسبة للمتعاقد الآخر ولم يستغل هذا الأخير حاجة واضطرار الشخص ولم يُوقعه في غبن فاحش كان العقد بالنسبة إليه صحيحاً، أما إذا عرف العاقد الآخر حالة المضطر واستغل هذا الطرف فتعاقد

1 - علي محيي الدين علي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص: 424.

2 - علي محيي الدين علي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع نفسه، ص: 424.

3 - علي محيي الدين مبدأ الرضا في العقود، المرجع نفسه، ص: 425.

معه تبعا لذلك بغبن فاحش غير معقول، فإن العقد يعتبر فاسداً لأمرين: الأول: متعلق بالاضطرار الذي وقع فيه المتعاقد والثاني: وهو الاستغلال، فالعقد هنا إختلَّ التعادل بين المتعاقدين، والسؤال الذي نطرحه في هذه الحالة هل أن التعاقد بالغبن الفاحش دلالة على الاستغلال، فالمصطلح الأخير مصطلح فضفاض يُستدلُّ عليه من ظروف وملابسات العقد.

إن التعاقد بالغبن الفاحش دلالة على الاستغلال وقرينة عليه غير أنها قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، كما لو كان المتعاقد الآخر لا علم له بالضرورة التي وقع فيها المضطر من جهة ولم تكن للمتعاقد رغبة في التعاقد وإنما ما دفعه للتعاقد حاجة المضطر لإنشاء التصرف.

إنَّ الاضطرارَ ليس مصطلحاً قانونياً؛ فهو أمر نفسي داخلي متعلق بالمضطر ويستدل عليه قانونا من خلال الواقعة المادية المتمثلة في الغبن وأن هذا الأخير نجده في العقارات فقط، وأن كنا بصدد تصرف لا يرد على عقار فإننا نستدل عليه من خلال الاستغلال، ومثاله كمن يُضطر لأبرام عقد الزواج لستر أمر يخاف إطلاع الناس عليه، أو كمن تضطر لقبول زوج لا يكافئها لزوال دليل عفتها بسبب خارج عن إرادتها وهو يعلمه.

### ثالثاً: أنواع الإكراه

يقسم فقهاء الشريعة الإسلامية الإكراه بالنظر إلى شدته ودرجة تأثيره بحسب قوة الوسيلة المرعبة المستعملة فيه إلى نوعين: إكراه ملجئ وإكراه غير ملجئ.

#### أ- الإكراه الملجئ

وهو ما يكون فيه التهديدُ بقتل النفس أو بتر أحد الأعضاء أو بالضرب الشديد الذي يخشى منه تلف النفس أو العضو أو بإتلاف المال جميعه.

فإذا كان الإكراه مُلجئاً، فلا أهمية إذا كان يتهدد النفس أو الجسم أو الشرف أو العرض أو المال، كما أنه لا أهمية إذا انصب الإكراه على المتعاقد نفسه أو على أحد غيره ممن يهيمه أمره<sup>1</sup>.

1 - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإدارة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، مرجع سابق، ص: 128.

هذا الإكراه يعد من أنواع الضرر الشديد الذي يُعدم الرضا، ويفسد الإختيار حيث لا يكون المكروه في هذه الحالة إلا مجرد آلة في يد المجر الذي يطلب منه القيام بهذا الفعل مثل مقود السيارة في يد السائق يوجهه حيث شاء<sup>1</sup>.

### ب- الإكراه غير الملجئ

وهذا الإكراه يعد ناقصاً لأنه يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار ولذا يسمى بالإكراه الضعيف لأنه لا يُعرض النفس إلا لإصابة طفيفة كالتهديد بإتلاف جزء من المال، أو بالضرب الذي لا يؤدي غالباً إلى تلف عضو من الأعضاء أو التهديد بالحبس<sup>2</sup>.

إن الإكراه غير الملجئ يختلف باختلاف الأشخاص، فلا يمكن في نظرنا ضبط حدود الأذى الذي لا يبالي به عادة والأذى الذي يكون فيه التهديد به إكراهاً، ولا يمكن وضع حدود فاصلة بينهما، فرب أمر يعتبر إكراهاً في حق شخص، بينما لا يعتبر كذلك في حق غيره، لذا فإن الأولى أن يُترك أمر ذلك لتقدير القضاء<sup>3</sup>.

وعموماً، يمكن القول أن الإكراه الملجئ هو ما يُعدم الرضا والاختيار معاً<sup>4</sup>، وإن الإكراه غير الملجئ يعدم الرضا ولا يعدم الاختيار، أما فيما يخص المعايير الفاصلة بين كلا الإكراهين، فيعود بالدرجة الأولى إلى المعيار الشخصي بضوابط محددة، إذ لا يمكن إطلاق العنان لهذا المعيار، إذ يكون ضبطه بالقضاء الذي يقدر الأمر نسبةً إلى ظروف وملابسات التصرف القانوني.

وهناك من الفقه من قسّم الإكراه إلى أربعة أقسام إكراه تام مباشر وهو ما نسميه الإكراه الملجئ كما بيناه سابقاً، وإكراه تام غير مباشر: وهو ما كان التهديد بإتلاف نفس من يؤثر أذاه على المكروه - بالفتح- أو عضوه أو إتلاف جميع ماله، أو سجنه مؤبداً، وهناك إكراه ناقص

1 - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص: 58.

2 - عيسى حداد، عقد الزواج، مرجع سابق، ص: 59.

3 - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص: 412.

4 - ذلك إن الإرادة في الفقه الإسلامي تتكون من عنصرين، الاختيار والرضا. والاختيار هو القصد إلى التلفظ بالعبارة المنشئة للعقد، أما الرضا فهو الرغبة في آثار العقد عند التلفظ بما يدل على إنشائه، وعلى هذا فوجود الرضا يستلزم وجود الاختيار، أما إذا انعدم العنصران انعدمت الإرادة، فإن فسدت الأخيرة انعدم الرضا، ويبقى عنصر الاختيار فاسداً في الإكراه الملجئ وصحيحاً في الإكراه غير الملجئ؛ أنظر: عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، ص: 123.

مباشر: وهو ما كان التهديد بضرب المكره ضرباً لا يفضي إلى الموت أو إتلاف عضو أو منفعة أو بحبسه، كأن يمتد الفعل إلى الزوجين المرأة أو الرجل سواء بفعل أحدهما على الآخر أو بفعل الغير وإكراه ناقص غير مباشر: وهو ما كان الضرب على من يؤثر أذاه في المكره - بالفتح -<sup>1</sup>، كأن يكون الفعل الضار ماساً بولي الزوجة مثلاً.

#### رابعاً: شروط الإكراه

إلى جانب الشرط البديهي، وهو أن يكون الإكراه الدافع إلى التعاقد حتى يتحقق الإكراه كعيب يُلحق الأذى بالإرادة، ويعتد به كسببٍ لفساد أو بطلان العقود لا بد له من شروط تلزمه وهي:

#### أ- أن يكون المُكْرَه قادراً على إيقاع ما هُدِّد به:

يشترط الفقه الإسلامي أن يقع الإكراه من شخص قادرٍ على ما أُوعِد به، أما مجرد الطلب المقترن بالتهديد فلا يحقق الإكراه شرعاً، بل لا بد أن يكون ذلك من شخص قادرٍ على تنفيذ ما هدد به وإن يَغْلُب على ظن من وقع عليه الإكراه أن المُكْرَه جاد فيما يهدد به وأنه مُنْفَذ لما هدد به إذا لم يذعن لإرادته وينفذ ما أمر به مما لا يرغب في فعله، ولا يجب عليه عمله.<sup>2</sup> وفي هذا يقول السرخسي: "فالمعتبر في المُكْرَه تمكنه من إيقاع ما هدد به، فإن لم يكن متمكناً من ذلك فإكراهه هذيان"<sup>3</sup>.

فالمراد بهذا الشرط هو تحقق القدرة مع الجدية في الإكراه فإن تحققت القدرة دون الجدية عُدَّ الإكراه هزلاً، أما إن تحققت الجدية دون القدرة عُدَّ هذا الفعل إكراهاً غير مُلْجِيٍّ.

فيما يخص القدرة على إيقاع الفعل لا يراه أبو حنيفة إلا من السلطان لا غير، وبذلك فإن دائرة الإكراه تنحصر بشكل لا يتحقق إلا نادراً، في حين يرى جمهور الفقهاء إلى جانب صاحبي

1 - علي محيي الدين علي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص: 439.

2 - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الارادة، مرجع سابق، ص: 132.

3 - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، 77/24.

أبي حنيفة محمد وأبي يوسف أن القدرة على إيقاع الفعل لا تنحصر في السلطان فحسب بل تتحقق من غيره، وهذا الرأي ما ذهب عليه جمهور الفقهاء المتأخرين<sup>1</sup>.

ولنا أن نتساءل ما مدى إعتبار هذا الشرط لتحقيق الإكراه؟، فإن كان التهديد دون أن تكون للمكروه قدرة، فهل يتحقق الإكراه؟.

للإجابة على هذا السؤال، نعود إلى تحديد معيار الإكراه وهو معيار شخصي يعود للمكروه، فالتهديد يختلف من شخص لآخر فما يكون إكراها غير ملجئ لشخص يكون ملجئاً لآخر.

إن شرط قدرة المكروه على تنفيذ وعيده لم يتطلبه القانون المدني الجزائري وهو أيضاً نهج التشريعين المصري والفرنسي، ولعل إستبعاد القدرة له ما يبرره إذ يحدث أن لا يقدر المكروه على تنفيذ ما وعد به ورغم ذلك يقع الإكراه، في حين تبني القانون المدني العراقي هذا الشرط - قدرة المكروه - وفق ما نصت عليه المادة 113 والتي جاء فيها: " يجب لإعتبار الإكراه أن يكون المكروه قادراً على إيقاع تهديده " .

#### ب- يجب أن يكون المكروه خائفاً من المكروه:

ومؤدى هذا الشرط أن تتكون لدى المكروه رهبة وخوف بما أكره فيحمله على الإنصياع للمكروه بتنفيذ ما أكره عليه، وجوهر الإكراه في المكروه به وهي الوسيلة.

ومما يلاحظ على هذا الشرط أن المعتمد عليه كمعيار لإكراه في الفقه الإسلامي هو المعيار الذاتي، فيجب حسب هذا الفقه الإعتداد بكل حالة على حدى، فيوضع في الإعتبار ظروف من وقع عليه الإكراه من جنس وسنّ وحالة إجتماعية وصحية وظروف الزمان والمكان، وغيرها من الظروف المعتبرة، فقد يخاف إنساناً من تهديد لا يخاف منه غيره، لأن مناط ذلك كله هو حصول الخلل في إرادة أحد المعاقدين<sup>2</sup>.

1 - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الارادة، مرجع سابق، ص: 133.

2 - محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص: 137.

## ج- وسيلة الإكراه

والمراد بالوسيلة ما يستعمله المُكْرَه في حق المُكْرِه بحيث تؤثر في إرادته فتدفعه إلى التعاقد دون رضا، وقد تكون هذه الوسيلة من الخطورة بمكانٍ فتتعدم معها إرادة المُكْرِه، ولا يراد بالخطورة المادية فحسب، فقد تتحقق الخطورة بالتأثير النفسي كأن يُكره الرجلُ على الزواج امرأةً لا تقبله بنشرٍ صور تحُصُّها، أو بإفشاء سرِّ لها حتى ولو كان كاذباً.

## د- يجب أن يكون المُكْرِه به حالاً

يُشترط لتحقيق الإكراه أن يكون المُهْدَدُ به غير مُؤَجَّلٍ، فلو هدده بإيقاع ضررٍ به في المستقبل إن لم يبيعه داره أو أن يطلب الرجل الزواج من امرأة مهتداً إياها بالمطالبة بدين عليها أو على وليِّها ويكون الدين مُؤَجَّلاً إلى وقت بعيد، فالتأجيلُ مَظَنَّةٌ تَخْلُصُ المُكْرِه مما هُدِّدَ به بالإستغاثة مثلاً أو بالإحتماء بالسلطة العامة خلال فترة التأجيل<sup>1</sup>.

هذا الشرط قال به الحنفية ولم يعتبره الجمهور<sup>2</sup>، ولكل مذهب حجته فالحنفية يرون أن التأجيل دافع للمُكْرِه وفُسحة للتخلص من التهديد، في حين يرى الجمهور أن لا وجوب لهذا الشرط فالتهديد حتى وإن لم يكن المُكْرِه به حالاً فإنه كفيل بزرع الرهبة والريبة، فتجعل توازن الإرادات غير متكافئ.

إن ما ذهب إليه الجمهور يجد ما يعضده من خلال ما سلمنا به سابقاً، من أن عدم قدرة المكره على تنفيذ ما هدد به يقع به الإكراه، فما بالك وما أكرهه به محقق الوقوع لكنه مؤجل.

وهناك من الفقه من يضيف شرطاً آخر وهو " أن يكون الإكراه بغير حق " والذي يراد به تحقيق غرض غير مشروع بمعنى أن لا يكون للإكراه ما يبرره، فلو كان كذلك ليس لنا الحديث عن الإكراه فله ما يُسَوِّغُه؛ كأن يُكْرَه المدين المُمتنع عن أداء الدين على بيع أمواله لسداد الدين،

1 - بلحاج العربي، مقال: حكم الإكراه وعلاقته بالمسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد: 01، الجزائر، مارس 1990.

2 - للتفصيل أكثر أنظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، 78/24.

رغم أن الإكراه كان دافعه مشروعاً فلا بد في هذه الحالة تحقق التوازن، فالإختلال في التكافؤ من شأنه إضعاف إرادة المُكْرَه فإن تم البيع فلا بد أن يتم بثمن المثل.

### الفرع الثاني: الإكراه في القانون

#### أولاً: تعريف الإكراه

يعرف الإكراه بأنه: "استعمال وسائل الشدّة والتخويف التي يمارسها شخص ضد شخص آخر لإلزامه كرهاً عن الرضا بالعقد والتي تولد في نفسه رهبةً تحمله على التعاقد خشية الأذى"<sup>1</sup>.

ويختلف الإكراه عن الغلط والتدليس بالنسبة لموضوع كُليّ منهما؛ ذلك أن الغلط والتدليس يمسّان من العاقد علمه بما يرتضيه، بحيث يجبي رضائه بغير بيّنة بحقيقة الحال، أما الإكراه فإنه يلحق إختيار المتعاقد إذ رضاه المُكْرَه يصدر من غير علم بما يرتضيه ولكن رضاه لم يكن عن حرية وإنما عن قسْرٍ أو إجبار.

#### ثانياً: أقسام الإكراه

##### أ- الإكراه المادي

وهي استعمال وسائل ضاغطة على حرية الإرادة حتى تفقده حرية الاختيار، فلا يستطيع مقاومة هذا الفعل إلا بالرضوخ إلى المسطرة عليه القوة المادية لدفعه إلى التعاقد، أو القيام بالجريمة أو أي عمل لا يرضاه لو كانت له الحرية الكاملة<sup>2</sup>

ووسيلة الإكراه المادي تكون بإيقاع الأذى على جسم العاقد كالضرب الشديد أو إمساك يد الشخص للتوقيع على عقد أو توقيع على سند مزور فيقبل هذا الشخص هذا التصرف تملصاً من استمرار الآلام التي تقع على جسمه.

##### ب- الإكراه المعنوي

وهو عنصر شخصي مرتبط بالتهديد الذي يُوجّه إلى الإنسان ليخلق فيه حالة نفسية من الخوف والفرع تجعله يقدم على إبرام العقد، أو القيام بأي عمل أمر به، لينقذه مقابل الدفع عن

1 - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، 01 / 64.

2 - عيسى حداد، عقد الزواج، مرجع سابق، ص: 56.

نفسه خطر هذا التهديد بالقتل أو الضرب أو بهلاك المال أو بما يمس الشرف أو السمعة ولا يقتصر التهديد على الشخص في حد ذاته، بل قد يكون على عائلته أو أحد أقربائه<sup>1</sup>.

يعتبر الإكراه المعنوي أكثر صور الإكراه انتشاراً لسببين:

- **أولهما:** أنه لا يستعمل المكره وسائل مادية ضاغطة والتي قد تأخذ هذه الوسائل منحى مغايراً إذ قد تسبب الأذى للمتعاقد الآخر - المكره - مما يرتب المساءلة الجنائية، فبدل أن يبطل العقد المبرم وهو أمر طبيعي، يتابع الشخص جنائياً فيتعرض إلى العقوبة وبذلك يصبح بين أمرين إبطال العقد بجزء مدني مع التعويض إلى جانب العقوبة الجنائية.

- **ثانيهما:** أن الإكراه المعنوي بوسائل تحدث رهبة نفسية لدى المكره فتدفعه إلى التعاقد وبالتالي فالمكره لا يترك أثراً مادياً لفعله وإذا ثبت هذا الإكراه فالجزء هو إبطال العقد.

إنّ أساس تقسيم الإكراه إلى ماديّ ومعنوي يعود أساساً إلى نوع الوسيلة التي تستعمل في إحداث الرهبة أو الخوف، وعلى ذلك يشترط أن يكون للمكره القدرة على تنفيذ ما هدد به حتى يتحقق الإكراه سواء المادي أو المعنوي فإذا لم يكن قادراً على تنفيذ ما وعد به يعد الإكراه لغواً، ولا يؤخذ في الاعتبار<sup>2</sup>.

وعموماً، يمكن القول في هذا إنّ الإكراه المادي يتحقق باستعمال أشياء مادية للضغط في حين الإكراه المعنوي لا يستعمل أي وسيلة وإنما يكتفي المكره باستعمال التهديد فقط كنشر صور على أنه يشترط في الإكراه المعنوي أن يكون المكره قادراً على تنفيذ ما هدد به.

والسؤال الذي نطرحه هنا، ماذا لو هدد المكره بما لا يملكه كالكذب مثلاً؟

كما ذكرنا في المثال السابق، التهديد بنشر صور لا يملكها، والجواب في هذه الحالة أنه من شروط الإكراه أن يكون المكره قادراً على تنفيذ تهديده والذي يستدل على هذا من ظروف التعاقد.

1- عيسى حداد، عقد الزواج، مرجع سابق، ص: 57.

2 - علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص: 65.

## ثالثاً: شروط الإكراه

حتى يتحقق الإكراه ألزم القانون توافر شروطٍ هي:

## أ- ضغط يبعث في نفس المتعاقد رهبةً بيّنة دون حق

ومؤدى هذا الشرط أن يستعمل المُكْرَهُ من الوسائل أياً، كانت بحيث يبعثُ خوفاً ورهبةً تُفقد المُكْرَهُ إختياره ولا يكون لهذا العمل ما يبرره، وحتى يتحقق هذا الشرط لا بد من:

## إستعمال وسائل ضغط

ومن أمثلتها وسائل الضغط الحسية المادية كانت، كالتهديد الذي يقع على الجسم بالضرب والتعذيب والقتل، وقد تكون غير حسية لا تقع على الجسم بل تصيب الشخص في كيانه الأدبي وتمس الشرف والكرامة والسمعة، كالتهديد بإفشاء سِرٍّ أو بإحداث ألم نفسي بخطف أحد أقاربه...، ولا أهمية لما إذا كانت وسيلة الضغط موجهةً إلى المتعاقد في نفسه أو ماله أو شرفه أو موجهة إلى أحد أقاربه، إذ العبرة أن يكون لهذا القريب في نفس المتعاقد من المنزلة ما يجعل إرادته تفسد بسبب خطر يهدده فيُقَدِّم على التعاقد لدرء هذا الخطر ما دامت وسيلة الضغط قد وُلدت في نفسه خوفاً عليه حَمَله على التعاقد وهو ما يظهر في نص المادة 88 الفقرة الثانية من القانون القانون المدني الجزائري وكذا المادة 1113 من القانون المدني الفرنسي.<sup>1</sup>

ولنا أن نطرح السؤال التالي: ما أثر النفوذ الأدبي وإستغلال الظرف الطارئ الذي لا قبيل للمتعاقد معه، في قيام فكرة الإكراه؟

حتى تسهل الإجابة يجب أن نقف على تعريف لكل من النفوذ الأدبي والظرف الطارئ.

• **النفوذ الأدبي:** والذي يراد به الخشية الأدبية كخشية الأب، الإبن من أبيه أو أي أصل وكذا المرؤوس من الرئيس والتلميذ من شيخه أو أستاذه وكذا الخشية الأدبية للمرأة في الزواج من وليها.

1 - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الارادة، مرجع سابق، ص: 71، 72.

الحقيقة إنّ النفوذ الأدبي لا يرقى إلى درجة التأثير في إختيار الشخص وإنما هي أمر نفسي متعلق بالشخص له الحرية في الإمتثال من عدمه، ولذا لم تلتفت التشريعات إليه في باب الإكراه وإنما إنتفتت إليه في باب الإستغلال، وكذلك فعل المشرع الجزائري.

• **إستغلال ظرف خارجي:** ويراد به ما يقع فيه الشخص من وضع يجعل فعله غير حر بالمعنى التام فيدفعه هذا إلى التعاقد دون رضا تام، فهل يمكن القول في هذه الحالة أن الطرف الآخر يعتبر مُكْرَهًا له، ومثال ذلك في الزواج: كمن ترضى الزواج بمن لا يكافئها من الرجال بمهر أردته سداداً لدين عليها أو على وليها أو لأي غرض هي بحاجة إليه، فهل يقع الزواج؟ وهل يعتبر الزَّوجُ مُكْرَهًا لها؟

إجابة على هذا التساؤل: فإنّ القانون المدني الفرنسي في مادته 1109 حتى يعتد بالإكراه لا بد أن يُنتزع الرضا بإكراه صادر من المتعاقد أو من أي شخص آخر له صلة به لا من الظروف الخارجية، في حين لم يتعرض القانون المدني الجزائري وعلى غرار القانون المدني المصري للظرف الخارجي من باب الإكراه وإنما جعله في باب الإستغلال.

وحتى نُفَعِّلَ هذه الحالة بمعنى أن نعتبر الشخص الذي طرأه الظرف الخارجي وأضعف إرادته قد وقع ضحية إستغلال، لا بد من مراعاة الطرف الآخر متى كان حسن النية فنُتَبَقِي على العقد لهذا الإعتبار.

### ب- أن يكون التهديد دافعاً إلى التعاقد

ذلك إنما يتحقق إذا كان التهديد جسيماً يبعث رهبةً وخوفاً في نفس المتعاقد بحيث لولا هذا الخوف لما أقدم على إبرام العقد والمعيار هنا شخصي<sup>1</sup>، فلا ننظر إلى وسائل الإكراه من حيث تأثيرها في الشخص العادي؛ بل ننظر إلى الإعتبارات الشخصية للمُكْرَه والظروف المحيطة به، فلو كانت وسائل الإكراه غير مُجديةٍ ورغم ذلك أوقعت الرهبة في نفس المتعاقد وصوّرت له أنه مهددٌ فعلاً بخطرٍ جسيم، كان هذا كافياً لتغيب إرادته<sup>2</sup>.

1 - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، 464/01.

2 - محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الارادة، مرجع سابق، ص: 80.

## ج- أن يتصل الإكراه بعلم الطرف الآخر

يعتبر هذا الشرط بديهياً؛ وفي الوقت نفسه لا يثير إشكالا متى كان أحد أطراف العقد هو المُكْرَه، ولكن الإشكال يكمن لو كان الإكراه صادراً من طرف ثالث، ففي هذه الحالة، لا بد لمن وقع عليه الإكراه أن يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم بذلك أو يُفْتَرَضُ أنه يعلم، وهو ما قضى به القانون المدني المصري في مادته (128) في حين إستبعد القانون المدني الفرنسي علم المتعاقد، إذُ إعتبر وقوع أحد المتعاقدين في إكراه وكان بفعل شخص آخر لم يُفْتَرَضُ علم أحد المتعاقدين به، ومعنى ذلك أن المُكْرَه بفعل غير المتعاقد يعتبر رضاه مشوباً وإختياره ناقصاً ولا عبرة بعدها لعلم الطرف الآخر حتى ولو كان حسن النية ذلك أن ظروف التعاقد وملابساته كفيلة لتحديد وقوع الإكراه.

## د- أن يكون الإكراه غير مشروع

فإذا كان الغرض من الإكراه مشروعاً فلا يُعْتَبَرُ أنه وقع دون حق ولا يُبْطَلُ العقدُ بسبب الإكراه ويتحقق ذلك حين يضغط شخصٌ على إرادة آخر عن طريق المطالبة بحق له عليه، أو عن طريق إستعمال حقه ما دام لا يقصد من وراء ذلك إلا الوصول إلى هذا الحق، فعندئذ يكون الإكراه مشروعاً<sup>1</sup>.

يتحقق هذا الشرط - أن يكون الإكراه غير مشروع - في ثلاث حالات:

- وسيلة غير مشروعة إلى غرض غير مشروع: وهي الحالة المثلى لتحقق الإكراه.
- وسيلة مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع: كمن يطالب مدينه بدين فيُلجِئُه لبيع شيء عنده بثمن بخس.
- وسيلة غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع: كأن يهدد الدائن مدينه فيحصل منه على سند بمبلغ الدين، أو يهدده فيضطر لبيع ما له لأداء الدين، فالوسيلة غير مشروعة لكن

1 - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الارادة، مرجع سابق، ص: 83.

الغرض مشروع، أو كمن يحصل بطريق التهديد لحقه؛ فغالب الفقه والقضاء في فرنسا إعتبرت هذا لا يعد إكراها بالمعنى القانوني، فيكون ما صدر من المُكْرِه صحيحاً ما لم ينطو على تعسف.<sup>1</sup>

والخلاصة إنَّ العبرة في تحقق الإكراه الذي يؤدي إلى البطلان بصفة الغرض منه وليس بصفة الوسائل إن كانت مشروعة أم لا، والمعيار في ذلك دافع الفاعل والغرض الذي يسعى إليه.<sup>2</sup>

### المطلب الثالث: الاستغلال

#### الفرع الأول: الاستغلال في الفقه الوضعي

##### أولاً: تعريف الاستغلال

فالاستغلال يراد به في الفقه الوضعي: إنتهازُ أحدِ العاقدين فرصة طيشِ الآخر أو هواه أو حاجته، أو ضعفه لإبرام تصرف بغبن فادح.<sup>3</sup>

وكتعريف آخر له، أن يعتمد شخص إلى أن يفيد من ناحية من نواحي الضعف الإنسان يلتمسها في آخر فيجعله يبرم تصرف معيناً للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير، أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوتاً غير مألوف.<sup>4</sup>

ويظهر من هذا التعريف أن للاستغلال عنصرين: مادياً وهو تحقق الغبن، ومعنوياً وهو الحالة النفسية لدى المغبون التي تتحقق نتيجة الظروف التي تحيط به، فعلى هذا فلا يكفي لتحقيق الاستغلال مجرد عدم التعادل بين الأداءات وأن كان فادحاً، بل لابد وأن يكون هذا الإختلال ناتجاً عن طيش بين أو هوى جامح، والاستغلال بهذا المعنى تبناه الفقه والتشريع الحديثان، وهو في الواقع ما هو إلا تطور لنظرية الغبن التقليدية فرضته العوامل الاجتماعية، والاقتصادية، والأخلاقية.<sup>5</sup>

1 - علي محيي الدين علي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص: 480.

2 - علي محيي الدين علي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع نفسه، ص: 481.

3 - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، 476/01 .

4 - سليمان مرقص، نظرية العقد، طبعة 1956، مرجع سابق، ص: 269.

5 - على القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ص: 706.

## ثانيا: التمييز بين الغبن والاستغلال

قبل التطرق إلى التمييز بين الغبن والاستغلال لابد من وضع تعريف للغبن إذ بينا ما يراد للاستغلال سابقا.

## أ- تعريف الغبن في الاصطلاح

هو عدم التوازن بين ما يأخذه أحد العاقدين وبين ما يعطيه الآخر؛ بحيث يكون بينهما فرق كبير حسب سعر السوق، ويؤدي إلى خسارة فادحة، مثل أن يبيع ما قيمته ألفا بخمسائة أو بالعكس وذلك لان المعاملات لا تخلو تقريبا من عدم تعادل عادي، وبعبارة أخرى إن الثمن اليسير مما لا تخلو منه العقود في الغالب، لا يعتد به إلا إذا كان فادحا.<sup>1</sup>

## ب- التمييز

إذا كان الاستغلال هو إنتهاز أحد العاقدين فرصة كما ذكرنا، والغبن هو الخسارة المالية التي تلحق في عقود المعاوضات أحد العاقدين نتيجة عدم التعادل بين الالتزامات التي يوجبها العقد على أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر، فإن الغبن يكون أثراً للاستغلال، لكن هذا ليس مدعاة إلى التشابه بينهما وتداخلهما إذ يتميز عن الاستغلال في أمرين:

**الأمر الأول:** إن الغبن لا يتصور في التبرعات، إذ أن أحد العاقدين فيها يُقَدِّم أداءا معيناً بدون مقابل، فالغبن باعتبار عدم التعادل المادي، لا يتصور إلا في المعاوضات، أما الاستغلال يمكن أن يقع في جميع التصرفات.

**الأمر الثاني:** إن الغبن يُقاسُ بمعيارٍ مادي، فيُنظَرُ فيه إلى ما بين الأداءات المتقابلة من تفاوت في القيمة المادية، أي القيمة بحسب سعر السوق، فإذا بلغ الفرق بينهما حدا معيناً كان ذلك غبنا، بينما معيار الاستغلال معيار ذاتي أو شخصي.<sup>2</sup>

1 - فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق، مرجع سابق، 268/04.

2 - محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الارادة، مرجع سابق، ص: 92.

وبهذا نصل إلى أن الغبن عيب في العقد وليس عيباً في إرادة العاقد، فهو يتحقق بمجرد التفاوت المادي، بغض النظر عما إذا كانت إرادة المغبون سليمة أو مشوبة بأي عيب من عيوب الإرادة.

أما في الاستغلال، فإن عدم التعادل بين الالتزامات لا ينظر إليه في ذاته بل باعتباره عيباً في الإرادة لأنه - زيادة على عدم التعادل هذا - لا بد أن يستغل أحد الطرفين حالة ضعف يوجد فيها الطرف الآخر، بحيث يفسد إرادته فيندفع إلى التعاقد تحت تأثير هذا الاستغلال<sup>1</sup>.

على هذا، فإن الغبن لا يعتبر عيباً في الإرادة وإنما هو في العقد، والتسليم بهذا يجعل الإرادة سليمة، وإنما يكون الإشكال في آثار العقد والالتزامات المتقابلة، وهنا يمكن تصحيح العقد بإحداث التوازن فيصح العقد، بينما في الاستغلال فإرادة المستغل مشوبة، ويمكن أن نقول أنها مكرهة فاندفعت إلى التعاقد تحت تأثير وضع ما، ولما كان الاستغلال كذلك فقد هدم ركن في العقد وهو الرضا مما يجعل معها تصحيح العقد غير ممكن إلا بإعدامه.

### ثالثاً: شروط تحقق الاستغلال

وفق ما ذكرنا، فإن للاستغلال عنصرين مادي ومعنوي، فالعنصر المادي هو ذلك الاختلال وعدم التعادل في أداء كل متعاقد وعدم التعادل هو أمر نسبي، فنادراً ما يتحقق هذا التعادل في الأداءات فالقصد من عدم التعادل هو ذلك الاختلال الفادح التي يتجاوز حدود ما هو مألوف، ويتأثر غالباً بظروف وملابسات كل عقد وهو أمر متروك لقاضي الموضوع لتقديره؛ أما العنصر المعنوي هي تلك الحالة النفسية التي يكون عليها المستغل - بفتح الغبن - أثناء التعاقد وهو كونه واقعاً تحت تأثير طيشه وحاجته الملحة، وهي جملة الظروف التي تحيط بالمستغل تحول دون تنوره وتبصرة<sup>2</sup>.

1 - محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة، مرجع سابق، ص: 93.

2 - راجع: على القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص: 716-718.

ونصل مما تقدم إلى الشروط الواجب تحققها لاعتبار الاستغلال عيباً في الإرادة وهي:

### أ- وجود طيش بين أهوى جامح:

تعتبر الوضعية التي يكون عليها المتعاقد المستغل - بفتح العين - هي أهم عنصر لوجود حالة الاستغلال فلو لا هذه الحالة لما أمكن الحديث عنه، ففيها يكون المستغل في وضع ضعيف بالمقارنة مع الطرف الآخر، هذا الأخير متى علم هذه الحالة فاستغلها كان لنا الحديث عن عيب الاستغلال في الرضا لكن إذا لم يعلم المتعاقد بهذه الوضعية انتفى عنه الاستغلال .

وعليه فالطيش أو الهوى الجامح وكل ما يدخل في هذه الحالات وما يأخذ حكمها تجعل المتعاقد في ضعف فينقاد تبعاً لضعفه للتعاقد، ونظراً لأهمية هذه الحالات سندرسها على إنفراد وفق ما يلي:

#### 1- الطيش البين

يراد بالطيش البين: الخفة والتسرّع، وعدم المبالاة بنتائج الأمور<sup>1</sup>، وهو أيضاً الخفة الزائدة التي تؤدي إلى التسرع وسوء التقدير وعدم الاكتراث بالعواقب، والوقوف عند النزوة العاجلة العابرة.<sup>2</sup> ومن شروطه أن يكون بيناً ظاهراً ومشهوراً، لكن ليس من الضروري أن تلازم هذه الصفة الشخص وتستمر بل هي صفة عرضية، لأنها لو كانت حالة مستمرة لتكون أشبه بالسفه والمثال التقليدي للطيش هو الشاب الوارث الراغب في الحصول على نقود بأي وسيلة كانت لإشباع شهواته، وإظهار مظاهر البذخ والتترف، فيأخذ في بيع أمواله بثمن بخس، أوفي الاقتراض بشروط باهضة.<sup>3</sup>

وللملاحظة إن الطيش البين حالة عرضية تمر بالشخص في حين أن السفه هو طيش بين لكن بصفة مستمرة، إلى جانب أن السفه يُجبر عليه وليس له القيام بالتصرفات القانونية لنقص

1 - ابن منظور ، لسان العرب، الجزء: 06 ، دار صادر، الطبعة: الثالثة، بيروت، 1414 هـ ، ص: 312.

2 - محمد سعيد جعفر ، عيوب الإرادة دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص: 95 .

3 - السنهوري، الوسيط، الجزء: 01، مرجع سابق، ص: 489.

أهليته في حين أن من مر بالطيش فلا يحجر عليه لإعتبار أن الأمر طارئ ظرفي فلو تغيرت الظروف لتغير تبعاً لها تصرف الشخص.

والذي نحن بصدد الدراسة وهو عقد الزواج أن هذه الظرف يمكن توقعه بشكل عادي، فيكون للزوجين أولي الزوجة. فمثلاً :

• الزوج الذي توفيت زوجته وله أبناء منها، فمخافة الزوج على أبنائه إلى جانب مخافة الزواج بأخرى على أولاده، فيضطر من الزواج من أخت الزوجة للحفاظ على مصالح أولاده فتستغل هذه الأخيرة ما فيه من وضع حتى تفرض عليه مهراً كبيراً.

• الحالة التي تقع فيها الزوجة، وهي كثيرة الحدوث في الأرياف أو البوادي فتكون الولاية كاملة لولي الزوجة فلا تكون لها معه حرية فيكون للشخص الراغب في الزواج فرصة استغلال هذا الوضع حتى لا يدفع مهراً مبالغاً.

• الوضع الذي تقع فيها الزوجة متى ارتكبت ما يسوؤها فيكون لوليها تزويجها متى تقدم لها خاطب مهما كان ظرفه، فإن هذا الأخير متى علم بهذا الوضع كان له أن يتزوجها بأيسر المهور.

## 2- الهوى<sup>1</sup> الجامح

الهوى الجامح هو الرغبة الشديدة التي تُعمي الشخص عن تبيين ما هو في صالحه، سواء إنصرفت هذه الرغبة إلى شخص أو إلى شيء من الأشياء، بحيث لا قبل لصاحبه بدفعه، أي لا يستطيع أن يكبح جماحه<sup>2</sup>، وهي أيضاً الرغبة الشديدة التي تستحوذ على الإنسان فيجد نفسه مدفوعاً إلى الرضوخ لكل ما تفرضه<sup>3</sup>.

وقد مثل الفقه لذلك بالطاعن في السن الذي يتزوج بفتاة ويتعلق بها تعلقاً يسلبه القدرة على رفض أي طلب لها خوفاً من هجرها، فتستغله لإبرام العقود معه، فمثل هذا العجز لا يتمتع بحرية

1 - الهوى في اللغة مصدر هويته إذا أحببته وغلقت به، ثم أُطلق على ميل النفس وإنحرافها نحو الشيء، ثم استعمل ميل مذموم، أنظر: ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، 374، 373/15.

2 - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة، مرجع سابق، ص: 96 ؛ و: عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، 1958، ص: 227، 228 .

3 - على القرّة داغي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص: 718.

كاملة للاختيار فهو يخشى إغصاب زوجته، وينفذ كل ما تطلب، وقد ترك القانون تحديد كون الطيش بيتاً والهوى جامحاً إلى تقدير القاضي<sup>1</sup>.

وقد يحدث هذا المثال بصورة عكسية كالشاب الذي يود الزواج من عجوز غنية، فيستغل هوى هذه العجوز به الرغبة به، فيبتز أموالها لإبرام ما شاء من عقود، بدءاً بعقود هبات لصالحه لأجل الزواج منها.

يشترط في الهوى أن يكون جامحاً إذ لا عبرة بالهوى وحده فلا يُسبب ذلك الضعف الذي ينقاد به الشخص لإبرام تصرفات لا قبل له بها، فالهوى لا بد أن يكون جامحاً أي متجاوزاً حدود المألوف إذ بإمكان الطرف الآخر تبيئته بسهولة وبالتالي إستغلاله في إبرام ما يخدمه.

إن مسألة الهوى الجامح والطيش البين هي مسألة موضوعية تترك لتقدير قاضي الموضوع وهو في ذلك ينظر في تصرفات الشخص والأحوال والظروف المحيطة بالتصرف، فسلوك صاحب الطيش البين والهوى الجامح ظرفي، فتصرفاته غالباً ما تكون لصالحه، أما ما وقع فيه، إنما نجم للحالة التي مر بها فالتصرف لا يُؤخذ بمعزل عن الحالة النفسية التي يمر بها.

### 3- عدم الخبرة أو ضعف الإدراك

وهما حالتان تجمعهما عدم التبصر والتنوير، ويراد بعدم الخبرة، أن الشخص كامل العقل والإدراك، لكنه ليس لديه الخبرة في التعامل والتعاقد، وأليس له الخبرة بالمعقود عليه، كالشخص الذي يريد أن يشتري سيارة وليس له الخبرة بها فيستغل البائع هذه الحالة فيبيعه سيارةً بسعرٍ غالٍ جداً، أما عدم الإدراك فقد أراد به القانون العراقي<sup>2</sup> - الذي وسع من حالات الضعف الإنساني - أن الشخص ليس لديه قوة التمييز والإدراك الكامل بل يتصف بضعف في تمييزه، لكنه لا يصل إلى حد العتة، بل هو نوع من الغفلة وعدم الانتباه، ولا يُشترط أن تكون هذه الصفة عامة لكل أحواله

1 - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، 486/01.

2 - وفقاً لنص المادة 90 من القانون المدني الجزائري، فقد عالجت حالات الضعف الإنساني في حالة الطيش البين والهوى الجامح، وبذلك تعتبر المادة قاصرة، إذ قد تعترى الشخص حالات من الضعف الإنساني، وهي محلاً للاستغلال، كحالة عدم الخبرة وضعف الإدراك، والذي لا يراد به نقص الأهلية وإنما يراد به الضعف، الذي يعترى الشخص في بعض منحي الحياة، لا تنطوي ضمن حالات المادة 90، إذ كان لا بد من أن تكون المادة أكثر مرونة، حتى تستجيب لكل حالات الضعف الإنساني.

فقد يكون الشخص من أذكى الأنكباء في العلوم لكنه لا يعلم شيئاً عن العقود، فيستطيع العاقد الآخر أن يستغله، ويسلم الشيء الرديء بالجيد أو بالعكس، فالقانون العراقي أراد بعدم الإدراك — أشخاصاً أمثال حبان بن منقذ الصحابي، الذي قد أصابته أمه - جرح - في رأسه، فكان ضعيف الإدراك بغيبٍ في البياعات<sup>1</sup>.

ومن أمثلة عدم الخبرة زواج البكر الصغير؛ وهي لم التي لم يسبق لها الزواج ونظراً لخصوصية عقد الزواج، فقد أوجب القانون إقتداءً بالشريعة الإسلامية حتى يكتمل رضا المرأة وجوب رضا وليها، وإنما أوجب الولي حفاظاً على مصالح البنت الصغيرة لإفتقارها للخبرة التي تؤهلها لمثل هذه العقود ويدخل من في دائرتها أيضاً البكر البالغ وإن كانت آهلة للقيام بكل التصرفات القانونية عدا الزواج فيشترط وليها.

ولا ينطبق هذا على الثيب ولو كانت صغيرةً فهي في حكم من إكتسب الخبرة التي تجعلها تحسن تقدير الأمور على نحو يخدمها ورغم ذلك يشترط وليها على الرغم من أنها لا تستأنن . ومثاله أيضاً شخصٌ في حاجة ملحة إلى النقود، فيعرض شيئاً معيناً للبيع فيستغل المشتري هذه الحاجة فيدفع له ثمناً أقل بكثير من قيمتها الحقيقية فيقبله البائع نزولاً على حكم حاجته<sup>2</sup>

### ب- قصد الطرف الآخر استغلال الطيش أو الهوى

إن الحالة النفسية التي يمر بها الشخص والتي تجعله في وضعٍ أضعف مما يصعب عليه التعاقد في مركز يسمح له بتحقيق أكبر قدر ممكن من امتيازات من تعاقد، فهذا الوضع لا يكفي في حد ذاته حتى يُغيب إرادة المتعاقد المستغل - بكسر الغين - بل لابد أن يكون الطرف الآخر عالماً بهذا الوضع وإستغله لتحقيق مصالح ما كانت لتكون له لولا هذا الوضع.

1 - سليمان التيجيبي، المنتقى شرح الموطأ، الجزء: 05، مطبعة السعادة، الطبعة: 01، مصر، 1332 هـ، ص: 108.

2 - على القرّة داغي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص: 726.

ولا يُشترط أن يكون صاحب هذه النية هو نفس الشخص الذي يَفِيدُ من التصرف فحين تدرك الزوجة الشابة مدى هيام زوجها الكهل بها فتطلب منه أن يهب أياها مالاً معيناً، فإن نية الاستغلال تتوافر حينئذ<sup>1</sup>.

أما إذا لم يعلم الطرف الآخر بهذا الوضع، أو علم ولم يقصد<sup>2</sup> أن يستغل الطرف الذي به طيش أو هوى، فإن التقنين المدني الجزائري لا يرتب وجود الطيش أو الهوى لدى المغبون أي أثر ولذلك يبدو أن الأثر الذي يرتبه التقنين المدني على الاستغلال هو أقرب إلى أن يكون جزاء قصد الاستغلال لدى الطرف الفائز من أن يكون نتيجة الضعف أو الوهن في إرادة من كان به الطيش أو الهوى، ولعل هذا ما جعل التقنين المدني الألماني (م138) يذهب إلى اعتبار الاستغلال عملاً غير مشروعٍ يترتب عليه البطلان المطلق، لا قابلية التصرف للإبطال فحسب، كما هو الأمر في تقنيننا المدني (م90) وفي التقنين المدني المصري (م129) وفي التقنينات العربية التي حذت حذوه، وكذا في مجلة الالتزامات السويسرية (م21) والمشروع الفرنسي الألماني (م22)<sup>3</sup>.

ومثاله في عقد الزواج - لاعتباره محل الدراسة - كمن يكون دائماً لولي المرأة التي يود التقرب منها فيتقدم منها فيُعدم رضا الولي الذي يقبل به، فيُرغم من تحت ولايته، فإن القصد الذي تولد لدى الزوج في استغلال علاقته الدائنية بالولي جعل من الرضا مشوباً وإن كان رضا المرأة هو المعني فرضاها يتأثر برضا وليها.

وإيراعي عدم التعادل الفادح بين الالتزامات قد يكون قرينةً على توافر نية الاستغلال، ويكون لقاضي الموضوع أن يستشف ذلك من ملابسات التصرف، كمن تُمهر بمهر لا يعادل مهر مثيلاتها بشكل كبير، على أن نأخذ بالحسبان عرف المنطقة، فمن غير المعقول أن يقارن مهر امرأة عُرفت بالمغالة في المهور مع منطقة المهر فيها يكون رمزياً، كما لا تُهمل الوازع الديني لدى بعض الأشخاص الذين لا يطلبون غالباً مهوراً مبالغاً فيها تأسياً بالمنهج الإسلامي.

1 - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الارادة، مرجع سابق، ص: 99.

2 - في حالة علم الطرف الآخر بالوضع الذي عليه المتعاقد، ولم يتولد لديه قصد استغلال ذاك الوضع، فإنه لا يكون مستغلاً، لكن برأيي لا بد من اختلال التعادل في الأداءات لقيام الاستغلال، فقد يكون الطرف الاخر في وضع مادي يبرر عدم التوازن، فإن لم يكن كذلك - أي وضع مادي مريح- فقرينة الاستغلال غير متوفرة وهي قرينة قابلة لإثبات العكس.

3 - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الارادة، المرجع السابق، ص: 99 ، 100.

## ج- اختلال التعادل في الأداءات

## 1- مفهوم عدم التعادل

إن حالة الضعف الإنساني مهما كان مسببها ليست في حد ذاتها مبرراً الطعن في العقد، كما أن القصد الذي يكون لدى الطرف الآخر الذي يكون بعلمه بالضعف الإنساني ومحاولة استغلاله ما أمكنه، لا يكفي أيضاً مبرراً لإبطال التصرف القانوني، فلا بد لاعتبار الاستغلال يعيب الإرادة فلا بد إلى جانب الشرطين السابقين أن يحصل اختلالاً في الأداءات لأطراف التصرف القانوني والاختلال يؤدي إلى عدم التعادل ومعيار التعادل معيار نسبي إذ قلماً يوجد عقد يتحقق فيه التعادل الكامل، فعدم التعادل لا بد أن يكون الاختلال فادحاً<sup>1</sup> يتجاوز ما هو مألوف في التصرفات المتشابهة، ومعيار الفداحة معيار مادي بحت، وهو ليس رقماً ثابتاً بل يتأثر بظروف وملابسات كل تصرف قانوني، وهي تختلف تبعاً لنوعية التصرف وطبيعة كل متعاقد، وإن كان تقدير هذا الأمر يعود للقاضي، فلا يمكن لأي شخص أن يتمسك بحالة قضى فيها القاضي بوجود حالة استغلال تتشابه في الظروف والملابسات، فالأمر يعود للقاضي.

## 2- معيار عدم التعادل

في سبيل إكشاف عدم التعادل الكبير أو الفادح يسترشد بأمرين:

**الأول:** إنَّ الْمُعَوَّلَ عليه في تقدير عدم التعادل ليس القيمة المادية للالتزامات المتقابلة، بل قيمتها الشخصية كما تدل على ذلك عبارة "ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد" فلا يوجد معياراً ماديّاً حسابي يتبع في تحديد عدم التناسب بين الالتزامات، بل إن المعيار الذي يجب التعويل عليه هو المعيار المعنوي الذي بإعماله يمكن للقاضي الوصول إلى ما إذا كانت الوسيلة التي أُتِّبِعَتْ في حَمْلِ ضحِيَّة الاستغلال على ارتضاء التصرف، وبالغاية التي وصلت به إليه هذه الوسيلة من تحميله بغرم مفرط، تمثل تَنَكُّراً ظاهراً لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية، أم أن ذلك لا يتدنى إلى هذا الحد، والأمر بعد ذلك متروك لتقدير القاضي الذي يتبين في كل حالة على حدى ما إذا كان عدم التعادل قد أصبح من الفداحة بحيث يتحقق معه الاستغلال اولاً<sup>2</sup>.

1 - للتفصيل أنظر: محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة، مرجع سابق، ص: 100.

2 - عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، مرجع سابق، ص: 349.

**الثاني:** أن العبرة في تقدير عدم التناسب الفادح بين الأخذ والعطاء الذي يتحقق به الاستغلال؛ هي الرجوع إلى وقت إبرام التصرف ولا عبرة بما يطرأ من تغيير على قيمة الأداءات بعد ذلك<sup>1</sup>.

وكل تغير في الأداءات وكان هذا التغير لاحقاً للعقد فلا عبرة به، إذ الاختلال يكون بتاريخ التصرف لا بعده، هذا لمن كان متمسكاً لوقوعه تحت طائلة الاستغلال إذ لا يكون له ذلك حتى ولو كان التغير في قيمة الأداءات بعد التصرف بظروف استثنائية أو طارئة، غير أنه يبقى لمن وقع ضحية الاستغلال أن يتمسك بإبطال التصرف أو الإنقاص أو الزيادة في الأداءات للمتضرر بسبب هذه الظروف الاستثنائية التي لا قبل له بها<sup>2</sup>.

#### د - كون الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد

لا يكفي لقيام الاستغلال أن تتحقق الشروط الثلاثة السابقة، بل يلزم فوق ذلك، توفر شرط رابع مؤداه أن يكون الاستغلال هو الذي حمل الطرف المغبون على التصرف، أي أنه ما كان ليقدم على التصرف لولا ما وجد به من طيش بين أو هوى جامع، وما بذله الطرف الآخر لاستغلاله.

وفي هذا يشترك الاستغلال مع عيوب الإرادة الأخرى، فالغلط أو التدليس أو الإكراه لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا إذا كانت هي الدافع إلى التصرف، فكذلك الاستغلال لا يؤثر في صحة التصرف إلا إذا كان هو الذي حمل المتصرف على الإقدام عليه<sup>3</sup>.

فلولا حالة الضعف لدى الطرف الآخر لما أقدم المتعاقد على التصرف غير أن هذا الشرط يمكن أن نستشفه من الشرط السابق وهو اختلال التعادل بين الأداءات، فلو كان حقيقة هناك هوى أو طيش فاستغله هذا المتعاقد لكن الاستغلال لم يؤدي إلى الاختلال بالمعنى الذي بيناه آنفاً، أي يكون فادحاً متجاوزاً المألوف، لم يصل الاختلال إلى درجة الفداحة ولم يكن متعادلاً فلم تتوافر شروط الاستغلال جميعها، فوجود حالة الضعف الإنساني وقصد المستغل استغلال هذه الحالة وهو

1 - محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة، مرجع سابق، ص: 102.

2 - راجع في هذا: محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة، المرجع نفسه، ص: 102؛ وأنظر: المادة 107 من القانون المدني الجزائري.

3 - سليمان مرقص، نظرية الالتزامات، الجزء: 02، 1964، ص: 180.

الدافع إلى التعاقد لكنها لا تجعل التصرف قابلاً للإبطال ما لم يُؤد إلى الاختلال وهو في حقيقة الأمر الأثر المباشر للتصرف القانوني ويبقى الأمر لقاضي الموضوع لتقدير ما إذا كان العقد قابلاً للإبطال أم لا.

لم تشترط التشريعات الوضعية بشأن الاستغلال كعيب في الإرادة علم الشخص الذي يفيد من التصرف، ولم يكن بطبيعة الحال هو المستغل وإنما المستغل الغير، ترتب الإبطال ليس لحالة الضعف الإنساني لدى الشخص المغبون وإنما يكون جراً قصد الاستغلال من الفائز أو المستفيد من التصرف وهو بذلك يكون قد خالف ما عليه في عيب التدليس والإكراه والذي لا يبطل التصرف متى كان الغير المستفيد عالماً بالتدليس أو الإكراه.

#### رابعاً: مجال الاستغلال

معلوم أن الالتزامات لا تتقابل إلا في عقود المفاوضات لأنّ العاقد في هذه العقود يعرف وقت التعاقد على وجه محدد مقدّار ما يُعطي ومقدار ما يأخذ، أما في العقود الاحتمالية - عقود الغرر - فهي بطبيعتها قائمة على التفاوت بين الالتزامات، ومن مقوماتها احتمال الربح أو الخسارة وبالتالي عدم التعادل بين الالتزامات، لذلك يبدو أن هذه العقود لا يجوز الطعن فيها بالاستغلال<sup>1</sup>

ومن خلال هذا يبدو جلياً أن عقد الزواج من خلال ما سبق، ليس من العقود التي يمكن أن يطعن فيها بالاستغلال غير أن هذا شيء نسبي لأن الاستغلال ينظر إليه من جانب الالتزامات المتقابلة إي ما يبذله المتعاقدان، لكن يمكن أن نتصور ذلك من خلال مراعاة خصوصية عقد الزواج فهو ليس من عقود المعاوضات والعقود الاحتمالية، ونظراً لطبيعة محل العقد فيه وهو حلّ الاستمتاع ويكون للزوجين معاً، مقابل مهرا يدفعه الزوج تراعى فيه قيمة المرأة نسباً وجمالاً ومالاً ودينياً، فقد تظهر حالة الاستغلال فيما يقدمه الزوج من مهر؛ كمن يدفع مهراً يسيراً أو يقارب العدم، مستغلاً إما فاقة أهل المرأة أو لمن له عدة بنات وصعب عليه كفالتهن، وقد تتحقق الحالة أيضاً لمن يقع في زنا مع امرأة وحتى يرضى الزواج منها يذعن في حقها.

تعتبر نظرية الاستغلال نظرية بحتة للالتزامات؛ والتي تعني البذل فنجد حسبها الزواج البذل فيه لا يكون إلا من جانب الزوج وهو بذل المهر، ففي الأمثلة السابقة، وهي هوى الشيخ الهرم

1 - محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة، مرجع سابق، ص: 104، 105.

بالفتاة الشابة، فهيامه بها يُفرض عليه جملة من العقود وينفذها تحت تأثير هذا الهوى لكن في هذا المثال لو أن الشيخ أراد الزواج من الفتاة وفي سبيل قبولها به تغالي في مهرها فيبرم معها هبات وعطاءات لذلك فما حكم الزواج؟

قد يبدو للوهلة الأولى أن الزوج وقع ضحية استغلال من خلال وقوعه تحت تأثير الهوى حتى يتحقق الشرط الثالث وهو اختلال الأداءات بين الالتزامات المتقابلة، قد تدفع الزوجة بصحة كل تصرف معها على إعتبار أن كل العقود - خاصة التبرعات - تدخل في المهر الالتزام للزوج هو محل عقد الزواج في حد ذاته، وإذا سلمنا بهذا فهل لنا أن نبطل التصرفات على أساس المغالاة في المهر؛ وأن مهر المرأة يتحدد بمثيلاتها، ورغم هذا أيضا للمرأة أن تتمسك كون المهر يتحدد بمهر المثل كما لو لم يتحدد المهر ووقع النزاع فيه إلى جانب أن المهر ليس له قيمة محددة ترجع إلى قدرة الزوج ورضا الزوجة به.

وعلى هذا ليس لنا أن ندفع وفق نظرية الاستغلال ببطلان تصرفات الزوج لكن بصورة لو طرحنا سؤال من له الحق في الطعن في التصرفات، فلو كان الطاعن الزوج لنا أن نشير مدى صحة التصرفات<sup>1</sup>، ويرجع الأمر كله لقاضي الموضوع لتقدير ما إذا توافرت حالة الاستغلال من عدمها، لكن لو كان الطاعن الغير؛ من هم في حكم ورثة الزوج فهل لهم طلب بطلان هذه التصرفات لوقوع الزوج في الاستغلال، وهنا برأي للزوجة التمسك بالدفع التي قدمتها وهي المهر ليس قدرًا معيناً حتى لو غالت فيه.

قد يسبق الزواج تصرفات أخرى ليست لها علاقة مباشرة بعقد الزواج لكنها تؤثر بشكل غير مباشر فيه ومثالها ما سبق وأن اشرنا إلى العلاقة الدائنية بين الزوج مع ولي المرأة أو مع المرأة نفسها فبسبب هذه العلاقة تجعل رضا المرأة ووليها تحت تأثير العلاقة الدائنية هما يدفعهما إلى التعاقد، وكمثال المرأة اليتيمة لا تجد من يكفلها فترضى بكل من يتقدم إليها فإن علم الراغب بوضعها فاستغل ذلك من خلال أن يبخرها مهرها فتكون المرأة قد رضيت تحت تأثير وضعها، ورغم هذه الحالة وأن كان يظهر فيها حالة الضعف الإنساني إلا أن القانون الوضعي كالجزائر

1 - نشير إلى نقطة هامة وهي التصرفات قبل الزواج وندخلها في عمومها في مهر الزوج، لكن التصرفات التي تلي عقد الزواج، بسبب الهوى فإنه يسهل علينا تطبيق نظرية الاستغلال عليها وفق ما سبق ذكره.

مثلا فإنه يحصر حالة الضعف في الهوى والطيش فلا يقع المثال الذي ذكرنا تحت طائلة الاستغلال، ويعود الأمر للقاضي في تقدير الضعف ويخضع فيه لرقابة المحكمة العليا<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الاستغلال في الفقه الإسلامي

لم يشتهر في الفقه الإسلامي مصطلح الاستغلال ولا ضمير في ذلك، لأن لكل فقه منهجه الخاص، وأسلوبه في كيفية معالجة القضايا، غير أن الفقه قد عالج آثار هذه النظرية ومسائلها من خلال اتجاهاته في معالجة الغبن، على اعتبار أن الفقه الإسلامي قد عالج الغبن في ثلاثة اتجاهات:

#### أولاً: الاعتراف بالغبن مطلقاً

يرى الاتجاه الأول في الفقه: الإعتداد بالغبن مطلقاً عالج جميع مسائل الاستغلال بأن للمستغل - بفتح الغين - الخيار بين الفسخ أو إكمال الناقص، ذلك لأن الغبن الفاحش مادام وحده كافياً في إثبات الخيار، في حين إن الاستغلال في الفقه الوضعي لا يتحقق إلا مع وجود الغبن الفاحش، فإن نظرية الاستغلال تبقى دون أثر بل وبدون تطبيق<sup>2</sup>.

#### ثانياً: عدم الاعتراف بالغبن

ويمثله الاتجاه الثاني في الفقه: وهو عدم الاعتراف بالغبن فتكون معالجته لآثار الاستغلال سلبية فلا يكون للاستغلال أثر إلا في حالات تطبيقات التدليس.

#### ثالثاً: الاعتراف بالغبن بشرط

ويمثله الاتجاه الثالث في الفقه: وهو الإعتداد بالغبن إلا إذا صاحبه تغريب، وهو ما عليه جماعة من الفقهاء، فيكاد تتقارب معه معالجة التشريعات الحديثة من حيث الآثار، حيث على ضوءه لا يعتد بالغبن لو حده إلا إذا صاحبه تغريب، لكن التغريب لا يشمل بعض حالات الاستغلال مثل ما إذا استغل العاقد المستفيد حاجته على ضوء القانون العراقي<sup>3</sup>، دون أن يصحبه طرق احتيالية.

1 - للمزيد راجع: محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الارادة، مرجع سابق، ص: 104.

2 - الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، 255 / 02.

3 - على اعتبار القانون العراقي لم يكتف على حالتي الهوى الجامح والطيش البين، لبيان حالة الضعف الإنساني، بل أضاف إليهما حالة الحاجة وعدم الخبرة وضعف الإدراك، ويكون بذلك قد وسع من مجالات تطبيق حالة الاستغلال، وهذا على خلاف القوانين العربية الأخرى، باستثناء القانون المصري.

فقد عالج الفقه بقية مسائل الاستغلال من خلال نظريات أخرى مكملية لنظرية الاضطراب والاسترسال والاستئمان ونحوها<sup>1</sup>.

وفقاً للفقه الإسلامي في جانبه التطبيقي لعنصري الاستغلال - العنصر المادي والعنصر المعنوي - فيكون العنصر المادي من الاستغلال هو الغبن، يعني في الاصطلاح عدم تساوي العرضين، أما العنصر المعنوي وهو حالات الضعف الإنساني المذكور خاصة في القانونين العراقي والمصري على النحو الذي بيناه سابقاً في الفرع الأول في القانون .

فالحل وفقاً للفقه الإسلامي على ضوء الاتجاه الأول واضح حيث للطرف المغبون الخيار، بالإضافة إلى هذا، فإن ضعف هذا الشخص إن وصل إلى فقد التمييز فيكون محجوراً عليه، فتكون تصرفاته غير مقبولة بالغبن، وأكثر من ذلك فقد وجد الفقه الإسلامي حلاً ناجعاً لمثل هذه الحالات تحت تسمية تصرفات ذي الغفلة يتمثل في أن له الخيار مطلقاً إذا قال "لا خلافة" وأن سند هذا الحل ليس الاجتهاد فحسب، بل حديث صحيح في حادثة وقعت في عصر الرسول صلى الله عليه وسلم، وهي حادثة الصحابي المنقذ رضي الله عنه<sup>2</sup>، حيث قال الكثيرون إن الخيار يثبت لكل من كان مثله في ضعف الإدراك والرأي<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث: أثر الاستغلال على الرضا في عقد الزواج بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي

يؤثر الاستغلال على الرضا في العقود بشكل عام وعقد الزواج من بين هذه العقود وإن كان هذا العيب أكثر وضوحاً في عقود المفاوضات كما سبق ب، يأنه أما في عقد الزواج فيظهر لكن بشكل يستدعي التدقيق قدر الإمكان وإن كان يخضع في مجمله لتقدير القاضي.

### أولاً: في القوانين الوضعية

جدير بالذكر أن عيب الاستغلال بهذا المفهوم - العيب للإرادة - لا تتبناه كل الشرائع

الوضعية فنجد:

1 - على الفرة داغي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص: 755.

2 - صحيح البخاري، 65 / 03

3 - ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، 337/04؛ سليمان التحبيبي، المنتقى شرح الموطأ، الجزء: 05، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة: 01، 1332 هـ، ص: 108.

- القانون الفرنسي: لم يقر بنظرية الاستغلال، ولم يعتد بالغبن إلا استثناءً كما في بيع العقار والقسمة، وحتى في حالة الاعتداد بالغبن لم ينظر إليه باعتباره المعنوي والنفسي، أو باعتبار القيمة الشخصية، بل ظل ينظر إليه نظرة مادية، ولذلك لا مجال للحديث عن الاستغلال في القانون الفرنسي والأمر نفسه، بالنسبة للغبن كعيبٍ للرضا وإنما هو عيب في التعاقد .

- القانون الانجليزي: لم يعرف هو الآخرُ نظرية الغبن والاستغلال كنظرية متكاملة، وإنما عالج مسائلها تحت مصطلح النفوذ غير الواجب<sup>1</sup>.

من خلال ما سبق، يتبين لنا أن المدرستين الفرنسية والانجليزية - باعتبارهما مصدر إلهم للكثير من فقهاء القانون - لم تنصا على نظرية الاستغلال ولم تعترفا بها مطلقاً كعيبٍ لا في الرضا، ولا في المعقود عليه وإنما أقر بها بغير مفهومها المتكامل مما ينسف بروحها ضمن ما يسمى بالنفوذ غير الواجب.

تعتبر التشريعات العربية - خاصة التشريعين المصري والعراقي من أبرز التشريعات التي أقرت بنظرية الاستغلال نظرية مستقلة من زاوية عيوب الرضا، فلم تعتبر الاستغلال عملاً غير مشروع كما في التشريعات الأتينية.

يقول الأستاذ السنهوري: "الاستغلال وفقاً لهذا الاعتبار - الذي أخذ به القانون المدني المصري - لا ينظر إليه على أساس أنه عملٌ غير مشروع صادرٌ من الطرف المستغل، بل على أساس أنه عمل من شأنه أن يعيب إرادة الطرف المغبون، ذلك أن المتعاقد المغبون إذا هو أُستغل في طيشه البين كان مُضلاً وكان العيب بداخل إرادته"<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للتشريع العراقي، وإن تقاطع مع القانون المصري باعتبار الاستغلال عيباً للإرادة إلا أنه لم يجعله عيباً مستقلاً بل جعله فرعاً من فروع نظرية التغيرير مع الغبن، وجعل الاستغلال صورة من صور هذه النظرية وجعل جزءاً الاستغلال هو جزء الغبن والتغيرير نفسه<sup>3</sup>.

1 - على القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، 758 / 01.

2 - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، 494، 495.

3 - على القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، 759/01.

نشير إلى نقطة هامة بالنسبة لجزاء الاستغلال بين التشريعين المصري والعراقي، إذ جعل الأخيرُ الجزاءَ أن يكون العقد موقوفاً على إجازة المستغل وأن له الحق في طلب رفع الغبن إلى الحد المعقول (م 1255) في حين في القانون المصري هو البطلان النسبي أو إنقاص الالتزامات إلى الحد المعقول.

وعلى هذا، فالقوانين العربية أكثر شمولية من القوانين الغربية، بالنسبة للاستغلال يمكن أن يقع الزواج ضمن حالات الاستغلال، كما ذكرنا سابقاً، ويكون الأمرُ فيه للقاضي الذي يقع عليه تحقق وقوعه متى وسّعنا من نظرية الاستغلال، فلا تتوقف عند العقود المالية فعقد الزواج في شقٍ منه مالي بالنسبة للمهر المدفوع للمرأة.

### ثانياً: في الفقه الإسلامي

لم تتطرق الشريعة الإسلامية إلى نظرية الاستغلال كما في القوانين الوضعية، وإنما جعلت هذه النظرية متضمنة - بسكون الميم - في نظرية الغبن مع التغير، أو نظرية الغبن مطلقاً<sup>1</sup>.

ولعل أبرز ما جعل الشريعة الإسلامية أو الفقه الإسلامي لا يقر أو يفرد الاستغلال بنظرية خاصة، ذلك لاتحاد المقصد بين الاستغلال والغبن، فكلاهما مرده إلى الاختلال بين أداءات أطراف التصرف والغبن أوسع من الاستغلال، حيث يظهر الاستغلال في الغبن الفادح<sup>2</sup>

إن جعل الاستغلال متضمناً في نظرية الغبن يجعلنا نطرح تساؤلاً مفاده هل هذا يعني إمكانية الاستغناء عن نظرية الاستغلال.

يرى جانب من الفقه، عدم إمكانية الاستغناء عن نظرية الاستغلال نظرياً وعملياً، ذلك أن إقرارها دعمٌ للأسس الخلقية للمعاملات، وإزالة لكل الوسائل غير الأخلاقية، كما أنها تُعين القضاة على عدم اللجوء إلى التحايل على النصوص.

1 - للتفصيل أكثر انظر: علي القرّة داغي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، 01 / 759.

2 - للتفصيل أكثر انظر: علي القرّة داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع نفسه، 01 / 759.

يرى جانب آخر من الفقه إمكانية الاستغناء عنها، فيكفي بها نظرية الغبن ولا حاجة بعدها لبحث الجانب النفسي، ولتحققه لا يحتاج إلا إلى البحث عن القيمة واختلال الأداءات<sup>1</sup>، فاختلال الأداءات<sup>2</sup> دليل على حالة الاستغلال.

### ثالثاً: الخلاصة

يظهر من خلال ما تم عرضه بخصوص الاستغلال في القوانين الوضعية والفقه الإسلامي وتطبيقاته، إنّ هذه النظرية أكثر وضوحاً في العقود المالية، ولم تفرد الشريعة الإسلامية تقسيماً خاصاً بها، بل جعلتها ضمن نظرية الغبن، في أفردت التشريعات الوضعية باباً خاصاً وإن كان بعضها جعل من الاستغلال مقترناً بالغبن.

الحقيقة، إنّ جعل الاستغلال منفرداً عن الغبن وإن اشترك معه، أمرٌ مستساغٌ إلى حد ما، ذلك لأسباب التالية :

- إنّ الغبن مع الاستغلال يجعل مجاله عقود المعاوضات وبالتالي يُصَيِّق إلى حد ما من مجال هذه النظرية.

- إن الاستغلال يمكن تصوره في غير هذه العقود خاصة بالنظر للفقه الإسلامي فيما أحدثه من حالات للاستغلال إلى جانب الهوى الجامح والطيش البين، وهي الحاجة الملحة وضعف الإدراك وعدم الخبرة مما يوسع من دائرة الاستغلال، فيشمل بذلك عقد الزواج وإن كان ذا طبيعة خاصة وبالتالي يحق لمن وقع ضمن هذه الحالات في عقد الزواج المطالبة بفسخ العقد ويكون ذلك جلياً بالنسبة للمرأة إذا تولت نكاحها بنفسها.

1 - علي القرة داغي، مبدا الرضا في العقود، مرجع سابق، 760/01.

2 - ولعل اختلال الأداءات وإن كان في ظاهره يدل على الاستغلال، وهو القول الذي يجعلنا نقول بنظرية الغبن، التي تغني عن نظرية الاستغلال دون البحث عن الجانب النفسي للمستغل، والحالات التي أقرتها الشرائع الوضعية - حالات الهوى الجامح والطيش البين- ، إلى جانب الحالات الثلاث الأخرى التي أقرتها الشريعة الإسلامية، وتبناها التشريع العراقي، وهي حالة الحاجة، عدم الخبرة، ضعف الإدراك، فعدم البحث عن الجانب النفسي يجعلنا نجانب الصواب، فنقر حالة الاستغلال للفرق الفاحش في الالتزامات مع إهمال الجانب النفسي، لكن حقيقة التصرف الذي به الاختلال هو عقد تحقق فيه رضا الطرف المستغل رضا تاماً لا شبهة فيه، كما في العقود السورية، فيظهر لنا أن لكلا العقدين به شبهة إمكانية فسخه، ففي حالة الاستغلال، العقد قابل للفسخ لعييب في الرضا، لكن في الحالة الثانية بإمكانية الفسخ تعود لمحل العقد بالرغم من توفر الرضا، إلى جانب نقطة هامة هي من له مصلحة في طلب الفسخ في الاستغلال الأمر للمستغل بينما في الثانية - العقد السوري - الفسخ ليس لأطراف العقد، وإنما لكل من تضرر من العقد، لأنه عادة يراد بالعقد السوري إضعاف الضمان للدائنين.

**المبحث الثاني: أن لا يكون سبب الرضا وهما**

ذكرنا أنّ الإكراه والإستغلال عيوبٌ تصيب رضا الاطراف فتفسده، إلا أنها لا تفسد الإختيار، فالمكره والمستغل كلاهما إختار الفعل بمعنى أراده، إلا أنه لا يرغب في الآثار الناجمة عن العقد، وقد يصح معها العقدُ خاصةً بالنسبة لعقد الزواج؛ لأن هذا العقد نتائجُه تختلف عن باقي العقود الأخرى فلا يمكن إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد ويمكن تشبيهه بالجرة إذا إنكسرت فيصعب جبرها، فبعد الدخول تصبح المرأة في حكم الثيب، وقد يكون الولد؛ لذا فالإكراه والإستغلال عيوب يسهل مع عقد الزواج إزالة الفارق في الأداءات. بينما في الغلط والإستغلال فالمتعاقد إنما إنصرف إلى العقد لوهمٌ أصابه فإنساق نحوه لإبرام العقد، وعليه يكمن الفارق بين هذه العيوب- الغلط والتدليس- مع الكراه والإستغلال

**المطلب الثاني: أن لا يقع الرضا تحت غلط**

يُعتبر الغلط من العيوب التي تصيب رضا أحد أطراف العقد، فيندفع من وقع ضحيته إلى التعاقد بسببه، ولا يكون للطرف الآخر دخل فيه، وهو على عكس عيب التدليس وفق ما سنبينه لاحقاً.

**الفرع الأول: الغلط في القانون****أولاً: تعريفه**

وهمّ يقوم في ذهن الشخص يحمله على إعتقاد غير الواقع.<sup>1</sup>

ويراد بالغلط حالة تقوم في النفس تحمل على توهم غير الواقع، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها، والغلط بهذا المعنى يشمل كل أنواع الغلط.<sup>2</sup>

كما يعرفه آخرون بأنه وهمّ يقوم في ذهن العاقد، فيُصوّر له الأمر على غير حقيقته ويدفعه إلى التعاقد، فالغلط الذي يصيب الرضا هو ما يصيب الإرادة وقت تكوين العقد.

1- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، الجامعة الجديدة، دون رقم الطبعة، الإسكندرية 2005، ص: 92.

2- السنهوري، مصادر الالتزام، الجزء: 01، مرجع سابق، ص: 311.

## ثانياً: تقسيمات الغلط

أ- النظرية التقليدية في الغلط: مؤدّى هذه النظرية التقليدية في الغلط تقسيمه إلى أنواع ثلاثة أساسية وهي:

1- الغلط المانع: وهو يمنع انعقاد العقد لأنه يؤدي إلى فقدان ركنٍ من أركانه، وهذا الغلط يشمل ثلاثة أنواع:

- الغلط في طبيعة العقد المراد إبرامه: كمن أعطى شخصاً آخر مبلغاً من المال على سبيل القرض، فتسلمه الآخر على أنه هبةً له، وبمعنى آخر أنه غلطٌ يقع في ماهية العقد، ففي هذا المثال لا يوجد عقدٌ قرضٍ أو هبةً لعدم توافق الإرادتين على ماهية العقد المراد إبرامه<sup>1</sup>.

- الغلط الذي ينصب على ذاتية الشيء محل الالتزام: كما إذا كان لشخص منزلان، أحدهما في عنابة والآخر في قسنطينة، وأراد بيع أولهما ولكن المتعاقد معه ظن أنه بيع المنزل الثاني فارتضى الشراء على هذا الأساس.

- الغلط الذي ينصب على سبب الالتزام: كما إذا اعتقد الورثة أن مورثهم قد أوصى لآخر بمبلغ من النقود، فتعهدوا بدفعه له، ثم اتضح أن الوصية باطلة أو أن الموصي كان قد رجع في فيها قبل وفاته وهذا ما يسمى بالسبب الموهوم أو المغلوط<sup>2</sup>.

2- الغلط المعيب للرضا: وهو الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال، وهذا في حالتين:

- إحداهما: الغلط في مادة الشيء ذاتها.

- والثانية: الغلط في شخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محلّ اعتبارٍ في العقد، وذكر جوسران حالة ثالثة هي الغلط المتعلق بفعالية السبب<sup>3</sup>.

1 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، 01/162، 163.

2 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه، 01/163.

3 - والغلط في السبب بحسب جوسران يتعلق بسبب غير جوهري، مثل الاختلاف على درجة الجودة أو خطأ عارض، كأن يشتري شخص كتاباً على أنه من ورقٍ ممتاز، ثم يتضح أنه من درجة أقل؛ أنظر: علي القرّة داعي، مبدا الرضا في العقود، مرجع سابق، 01/767(الهامش).

والحالة الثانية الأكثر وضوحاً في عقد الزواج لأن محله ينصرف إلى جِلِّ الاستمتاع والذي يكون مردهُ إلى الزوجين، فالعاقدان محل إعتبار في عقد الزواج بل لا يمكن أن نتصور زواجاً دون هذا الاعتبار.

**3 - الغلط الذي لا يؤثر في العقد بالبطلان:** لكنه يوجب تصحيح العقد كالغلط في وصف لا يتعلق بمادة الشيء، أو في القيمة، أو شخص المتعاقد الذي لم تكن شخصيته محل إعتبار في العقد، أو في الباعث على التعاقد.<sup>1</sup>

وَجِهَ نقدُ للنظرية التقليدية للغلط، والتي أسسها فقهاء وقضاة فرنسيين وقد إعتدتها القانون الفرنسي في تشريعه في أضيق صورها، كما أخذ بها المشرع المصري القديم بعد أن أدخل عليها عدة تعديلات، ومفاد هذا النقد أن هذه النظرية بُنيت على المعيار الموضوعي وليس الشخصي أي أنها تنتظر إلى المعقود عليه وأهميته، دون النظر إلى الغلط نفسه، وعلى أساس هذا النقد ظهرت النظرية الحديثة في الغلط.

**ب/ النظرية الحديثة للغلط:** مؤدَى هذه النظرية أنها تهمل فكرة الغلط المانع، أما بالنسبة للأحوال الأخرى من الغلط فتفرق بين الغلط الدافع أو الجوهري الذي يدفع المتعاقد إلى الرضا بالعقد، والغلط غير الدافع، فإذا اثبت أن الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد، بمعنى أن الشخص ما كان ليرتضي العقد لو أنه لم يقع في الغلط، كان الغلط مؤثراً ويجعل العقد قابلاً للإبطال، وليس ذلك فقط في الحالات التي ينصب فيها على مادة الشيء أو على صفة جوهرية فيه أو على شخصية المتعاقد، بل في أي حالة أخرى وبذلك يصبح المعيار ذاتياً أو شخصياً ينطبق في جميع الحالات، أما إذا لم يكن الغلط هو الدافع إلى التعاقد بالمعنى المتقدم وقع غير مؤثر وما عاب الرضا، ومن ثمة لا أثر له في العقد أياً كان الأمر حتى ولو إنصبَّ مثلاً على مادة الشيء.<sup>2</sup>

1 - علي القرة داغي، مبدا الرضا في العقود، مرجع سابق، 767/01؛ راجع أيضاً: محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، 164/01؛ أيضاً: أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص: 93.

2 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص: 166.

من خلال ما تقدم، فإنّ النظرية الحديثة للغلط إعتمدت معياراً ذاتياً أي قائمة على الاعتبار الشخصي للمتعاقد مهما كان المحلّ الذي وقع عليه العقد والسبب.

إعتمدت جل التشريعات في تحديد معيار الغلط على النظرية الحديثة لسببين، كونها هذه الأخيرة قامت على إنقاذ النظرية التقليدية من جهة، ومن جهة ثانية إنّ هذه النظرية كانت أيسر في التطبيق للقضاة<sup>1</sup>.

### ثالثاً: شروط الغلط

إشترط الفقه والقضاء في مصر وفرنسا لتحقق الغلط المؤثر في العقد أن يكون غلطاً جوهرياً وأن يكون المتعاقد الذي يتعامل مع الغالط على صلة بهذا الغلط.

#### أ- أن يكون الغلط جوهرياً

ويكون الغلط جوهرياً إذا كان السبب المباشر الذي دفع الشخص إلى إبرام العقد وقد عرفته المادة 81 من التقنين المدني الجزائري بالتالي: "يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حدّاً من الجسامة بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط" وهو ما ذكرته المادة 120 من القانون المدني المصري وفصلت المادة فيه 121 وذكرت الحالات التي يكون فيها الغلط جوهرياً فجاءت كالتالي :

1- يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حدّاً من الجسامة بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

#### 2- ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص :

1-2 إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرياً في إعتبار المتعاقدين أو يجب إعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية.

1 - ففي نص المادة 1110 م ف، حيث فسر الفقه في ظل النظرية التقليدية للغلط عبارة "مادة الشيء"، بأنها هي العناصر المادية التي تكونه، في حين فسرهما الفقه في ظل النظرية الحديثة للغلط، بالأوصاف الرئيسية التي اعتبرها المتعاقدان أو أحدهما في ذلك الشيء، والتي ما كان التعاقد يتم بدونها، فقد هجر هذا الفقه المعيار الموضوعي للغلط، الذي يعتمد على مادة الشيء والخصائص التي تكونه، آخذاً بالمعيار الشخصي للغلط واضعاً نصب عينيه نظر المتعاقدين أو احدهما؛ علي القرّة داغي، مبدا الرضا في العقود، مرجع سابق، 768/01 ، 769.

2-2 إذا وقع في ذات المتعاقد أوفي صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد.

من خلال المادة تتبين النزعة الشخصية لنظرية الغلط في القانون المدني المصري من خلال عبارة ذات المتعاقد أوفي صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد»

وكون الغلط دافعاً إلى التعاقد، إذا بلغ حدًا من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد، لو لم يقع في هذا الغلط، غير أن الملاحظ على نص المادة 121 في فقرتها الثانية التي جاء فيها "...أو يحق اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف..."، إن المادة تريد الابتعاد عن المعيار الذاتي والنفسي الخالص من خلال الإشارة إلى الظروف الملازمة للتعاقد أو حسن النية، غير أنها في الحقيقة تشير إلى العناصر الخارجية أو الموضوعية التي تساعد إثبات جوهرية الغلط في تقدير الغلط أي وفقا للمعيار النفسي نفسه<sup>1</sup>.

إن المشرع المصري قد إتخذ قرينةً موضوعيةً تتم عن الحالة النفسية للغالط بحيث قرر بأن صفة الشيء تكون جوهرية، ليست فحسب إذا اعتبرها المتعاقدان جوهرية وفقا لما انطوت عليه نيتهما بالفعل، بل أيضا إذا وجب أن يكونا قد إعتبرها جوهرية وفقا لما لابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية<sup>2</sup>، من مثال ذلك كما لو اشترى أحد قطعة ذهبية من صائغ ثم اتضح أنها ليست ذهباً فمن حق المشتري أن يتخذ من واقع عمل البائع قرينة على نيته فيستشف من عمل الصائغ أن المشتري قد وقع في غلط، ويختلف كما لو اشترى هذه القطعة من بائع تحف ظانا أنها ذهباً، والبائع باعها على أنها قطعة أثرية فملابسات العقد قد لا تفسر غلط المشتري وتوضح حسن نية البائع.

1 - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص: 392 .

2 - السنهوري، الوسيط، المرجع نفسه، الجزء: 01، ص: 392

إعتمدت جلُّ التشريعات العربية النظرية الحديثة للغلط ففي التشريع المدني الجزائري تقابل المادة 120 و121 ق. م. م المواد 81 و82 ق. م. ج وهي تقريبا نقلا حرفيا<sup>1</sup>.

### ب- أن يتصل الغلط بعلم المتعاقد الآخر

هذا الشرط نصت عليه المادة 120 من التقنين المصري حيث جاء فيها: " إذا وقع المتعاقدُ في غلط جوهري جازَ له أن يطلب إبطال العقد إذا كان المتعاقدُ الآخرُ قد وقع مثله في هذا الغلط، أو إذا كان على علم به، أو من السَّهل عليه أن يتبيَّنه "

يعتبر التشريع المصري بإقرار هذا الشرط قد شدَّ عن عدة تشريعات، ولعل إقراره لهذا الشرط لدواعي أهمها: - حماية واستقرار المتعامل

- داعي مقتضيات العدالة حتى لا يتفاجأ المتعاقد مع الغالط ببطلان العقد دون علمه بأسباب هذا البطلان.

غير أن الدواعي والمقتضيات التي لأجلها أقر التشريع المصري هذا الشرط لم تسلم من النقد من ناحيتين:

**الأولى:** أن هذا الشرط الذي تضمنته المادة لا يتفق مع اعتبار الغلط عيبا في الرضا وذلك ليس من مقتضيات هذه النظرة علم المتعاقد الآخر، أو مشاركته فيه أو نحو ذلك، كل ما تتطلبه هو كون رضا العاقد الواقع في الغلط لم يكن متورا بل كان واقعا في توهم، فدراستنا للغلط في نطاق تحليل الرضا والإرادة تستبعد هذا الشرط<sup>2</sup>.

**الثاني:** أنه قد يقع المتعاقد في الغلط نفسه مع ذلك لا يكون العقد قابلا للإبطال مثل أن يشتري شخص خاتما من تاجرٍ عاديٍّ معتقداً أنه من الذهب، وكان هذا الاعتقاد هو الذي دفعه إلى التعاقد وكان البائع قد شاركه في هذا الاعتقاد، لكنه كان يعتقد في الوقت نفسه أن المشتري إن دفع نحو شرائه لأجل كونه أثريا مثلا، فإذا كان الغلط المشترك كافيا لإبطال العقد، يوجب القول به في هذا

1 - نظمت نظرية الغلط وفقا للنظرية الحديثة في التشريعات العربية، ففي التشريع الليبي المواد 120،121 من القانون المدني، والتشريع السوداني 106 و107.

2 - السنهوري، الوسيط، الجزء: 01، مرجع سابق، ص: 408.

العرض، مع أن ذلك بمفرده لا يكفي، بل يجب أن يعلم المتعاقد أن هذه الصفة التي لم تتحقق هي الدافعة إلى التعاقد<sup>1</sup>.

إن ما وجه إلى هذا الشرط من نقد كاف لتلافيه، لأنه لو إعتدناه لداعي إستقرار التعاملات<sup>2</sup> فإننا بذلك نضيق من حالات تحققه، وبذلك نحرم من وقع في الغلط من جانب واحد حماية حقوقه من تصرف نَجَمَ عن وهم وقع فيه، هذا من جهة، كما أن منطق نظرية عيوب الرضا يقتضي حصر شروط الرضا في الرضا المعيب نفسه دون البحث عن رضا المتعاقد الآخر من جهة ثانية.

#### رابعاً: أنواع الغلط

يُقسَمُ الغلط لإعتباراتٍ عديدةٍ إلى أنواعٍ قِسْمٍ بحسب ما يَقَعُ فيه، وقسم لإعتبار ذاته، وإن كان هذا يقسمُ الغلط إلى غلط في الواقع، وهو ما يشترك مع القسم الأول بإعتبار ما يقع فيه، غير أنه أضاف - من قسَم الغلط لإعتبار ذاته - نوع آخر في الغلط وهو الغلط في القانون أما القسم الثالث فيقسم الغلط إلى نوعين غلط ناشئ عن الحيل<sup>3</sup> وغلط تلقائي لم ينشأ عن حيل.

وعليه نتناول أنواع الغلط وفق القسم الأول وما إشمئل عليه، إلى جانب الغلط في القانون

أ- **الغلط في صفة الشيء الجوهرية**: فإذا إنصب الغلط في صفة ما في الشيء، وكانت هذه الصفة أساسية في نظر أحد المتعاقدين أو كلاهما، وكان الاعتقاد في ذلك هو الذي دفع المتعاقد أو المتعاقدين معا إلى إبرام العقد، كان الغلط جوهرياً يجوز طلب الإبطال<sup>4</sup>.

1 - علي الفرة داغي، مبدا الرضا في العقود، مرجع سابق، 773/01.

2 - رفض التشريع الألماني اشتراط علم الغير بالغلط، وقضى بأن الغلط لو حده يمس بالرضا ويعيب التصرف، مع أنه قانون حديث، أشتهر بعنايته الفائقة باستقرار المعاملات وأمنها، وقد استطاع أن يعوض هذا بأن أضاف إلى المعيار الذاتي، أن يكون قبل قبول الغالط للتصرف، لو عرف الحقيقة على أساس تقديره الأمر تقديراً معقولاً، كما استطاع حماية استقرار التعامل من خلال اشتراطه شرطين لتحقيق الغلط وهما: أن يكون دافعا، وأن يكون موضوعه في مضمون تعبير الغالط عن إرادته، سواء كان التعبير صريحا أو ضمنيا؛ للتفصيل أنظر: السنهوري، الوسيط، الجزء: 01، مرجع سابق، ص: 408، 413.

3 - يعتبر الغلط الناشئ عن الحيل اقرب إلى التدليس، وبذلك يدمج عيب التدليس مع الغلط، ويصبح عندها التدليس قسم من أقسام الغلط وداخل فيه.

4 - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الارادة، مرجع سابق، ص: 27.

أفرز القضاء المصري تطبيقات كثيرة للغلط في ظل القانون القديم والقانون الجديد فقضت محكمة الاستئناف المختلط في: 1932/07/22 بيع مخطوط لوجود غلط في صفته الجوهرية كما قضت محكمة النقض في: 1975/11/19 ببطان زواج تأسيساً على أنه غلط في صفة جوهرية تصيب الإرادة، كمن تزوج امرأة على أنها بكر فتبين له خلاف ذلك، كما قضت بأن الوفاء بمثابة تصرف قانوني، فإذا داخله عيب، من عيوب الإرادة كان قابلاً للإبطال، إذا وقع في غلط في صفة جوهرية كانت أساسية في اعتباره، إذ لولا هذا الغلط ما كان الوفاء<sup>1</sup>.

ومن أمثلة الغلط في صفة جوهرية شراء قطعة أرض لبناء مصنع عليها، ثم يتضح أن السلطات الإدارية تحرم إقامة المصانع في المنطقة التي بيعت فيها قطعة الأرض أو أن مساحة القطعة الأرضية المباعة لا تكفي لبناء مصنع.<sup>2</sup>

فإذا ما وقع الشخص في غلط في صفة في الشيء ليست جوهرية ما كان لهذا الأخير أن يطلب إبطال العقد لهذا العيب، غير أنه بقي لنا أن نتساءل عن المعيار في تحديد الغلط في الصفة إن كانت جوهرية أو غير ذلك، إذ يتفاوت الأشخاص في تقديراتهم ومُدركاتهم، فهل يؤخذ هذا بعين الاعتبار أما هناك معيار مستقل وهو معيار الرجل العادي؟

إن الإجابة عن هذا تجعلنا نبحث في الرضا الذي مفاده أن تسير إرادة الشخص لإحداث تصرف قانوني معين دون أن يكون باعته لهذا غير إرادته دون النظر بعدها إلى الاعتبار الشخصي للأفراد، فكل حدث مهما كان أدى بالإرادة إلى أن تأخذ هذا الاتجاه وتحدث التصرف، فالحدث سواء كان بعمل المتعاقد الآخر بحيلة أو باتخاذ مظهرها أو بما يصيب المتعاقد من وهم من شأنه أن يعدم الرضا بهذا التصرف، وعليه نصل إلى نقطة مفادها إن المعيار المتخذ في تحديد إن كان الغلط في صفة جوهرية في الشيء هو معيار شخصي دون البحث بعدها عن كفاءة المتعاقد من عدمه دون أن تهمل عوامل خارجية قد تحيط بالعقد، كأن يشتري شخص أرضاً بمكان حضري لأجل انجاز مصنع، ثم تقاجاً بمنع السلطات الإدارية هذا النشاط فلا يبطل العقد لأن ظروف الحال تفرض في المتعاقد علمه بهذه الإجراءات

1 - علي القرّة داغي، مبدا الرضا في العقود، مرجع سابق، 774/01.

2 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص: 169.

## ب- الغلط في ذات المتعاقد أوفي صفته

وهذا النوع إنما يؤثر إذا كانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد، وذلك إنما يتحقق حينما يكون العقد قائماً على الاعتبار الشخصي مثل عقود التبرع، كما أنه من الممكن وقوعه في بعض عقود المعاوضة مثل الإيجار وعقد العمل والمزارعة والشركة والوكالة، حيث أن الشخص في هذه العقود محلّ اعتبار عند التعاقد، إمّا من حيث ذاته أو من حيث صفته، كأن يهب شخصٌ آخر مالاً معتقداً أن بينهما رابطة قرابة تربطه به، ثم يتضح خطأ ذلك أو كان يؤجر شخص منزلاً لإمرأة يعتقد أن سلوكها طيب، ثم يتضح أن سلوكها مشين، أو يتعاقد مع شخص على أساس أنه مهندس بارع في البناء مثلاً، فيتضح أنه لا يحمل شهادة في هذا الموضوع أو أنه غير ماهر في عمله<sup>1</sup>، ومثاله أيضاً كمن يُقدم على خطبة إمرأة على حُسْنِها بفعل تحسينها لمَظْهَرها فليس للخاطب أن يحتج بوقوعه في غلط، فالأمر له في التحري

إن ذات المتعاقد أوصفة من صفاته خاصة أن كانت هذه الصفة هي الباعث إلى التعاقد، كان الشخص قد وقع في غلط إذ أن ذات المتعاقد أوصفته كانت الدافع إلى التعاقد، إذ ما اعتقده الشخص والذي به إتجه إلى إبرام العقد هو عكس الحقيقة التي توهمها الشخص وبالتالي كان العاقد قد شاب رضاه عيباً.

إن هذا النوع من الغلط ينبغي عدم التوسع فيه، فليس كلُّ من أخطأ في صفة أو ذات المتعاقد نقول أنه قد شاب رضاه عيب، كمثّل من يتعاقد مع شخص ثم يتبين أن هذا مدين معسر، ففي هذه الحالة فالمتعاقد وأن كان أخطأ في صفة المتعاقد، إلا أن هذا هو من يتحمّله إذ أنه قصر في الاستعلام عن المقدرة المالية للشخص، أوفي الاحتراز في الحصول على ضمان للدين، كذلك لا يكون الغلط مؤثراً في صحة العقد إن أخطأ في تقدير صدق معاملة المدين، أو في عدم مآطلته، أوفي مهنة المستأجر، فَأَتَوَهَّمُ مثلاً أنه موظف ويتضح أنه محام، إلا إذا كنت أجرت له المنزل للسكن، ولكنه يباشر مهنته فيه، فإن فعل، كان لي أن أطلب فسخ العقد لمخالفة الشروط، لا البطلان للغلط، ولا أثر للغلط كذلك إذا أجرت منزلي لشخص اعتقدت انه متزوج فتبين أنه

1 - علي القرّة داغي، مبدا الرضا في العقود، مرجع سابق، 775/01.

أعزب، مادمت لم اشترط ذلك في العقد أو إذا أجرت المنزل لشخص إعتقدت أن لا ولد له، فتبين أنه كثير العيال مادام هذا لم يكن موضعاً للاتفاق بينهما<sup>1</sup>.

ومثاله في عقد الزواج كمن يقدم على الزواج عارضاً مهراً كبيراً لصفات يعتقدتها في المرأة كحسن المرأة، ثم تبين له أنها عادية فليس له طلب الفسخ للإبطال للغلط الذي وقع فيه، لأن هذا الغلط يعود له التثبت فيه، ويدخل في هذا أيضاً المرأة التي تقبل الزواج من رجل معتقدة أنه ثري نسبة للثياب التي عليه فلا نقول أنها وقعت ضحية غلط وقد يكون للمتعاقد ثقافة واسعة -سواء المرأة أو الرجل- فيعتقد الطرف الآخر أن المتعاقد ذو شهادات عالية فيقبل الزواج به وهذا المثال يدخل ضمن الحالات السابقة ولا يدخل من يظهر بمظهر النساك والعباد فيوهم من يود الزواج به بما يظهر فينساق للزواج ضمن ما ذكرنا فالغلط ما كان لو ما تصنعه الطرف الآخر.

حقيقة في الأمثلة السابقة، إنَّ المتعاقد قد وقع في غلطٍ، وكان ذلك الدافعُ للتعاقد، غير أن هذا الغلط ليس مبرر إبطال العقد للغلط قد يكون مبرراً لإبطال بسبب غير الغلط، إذ العيب هنا يقع على من وقع في الغلط، إذا كان عليه التثبتُ وتقصي الحقيقة كإيجار منزل لشخص أعزب وتبين أنه متزوج .

إنَّ القول بعدم توسيع دائرة الغلط في صفة أو ذات المتعاقد له ما يبرره من جهة المحافظة على إستقرار المعاملات وحمايتها من الانهيار ومن جهة ثانية دعوة لمن وقع في غلط إلى أخذ الحيطة ما استطاع والترث، وتَقْصِي الحقيقة قبل التعاقد لأنه من شأن التوسيع في دائرة الغلط في ذات المتعاقد أوصفاته مدعاة إلى التعسف في إستعمال الحق كان يمكن تلافيه لوتم أخذ الاحتياط.

وهناك نوع ثالث من الغلط وهو الغلط باعتبار ذاته: والذي بدوره ينقسم إلى غلط في الواقع وغلط في القانون ومثال عن هذا الأخير كمن يبيع حصته من شركة ظاناً أنه يرث الثلث فيكون الثمن وفق ذلك يمكنه تبين ميراثه أكثر من ذلك.

وهناك نوعين آخرين للغلط باعتبار ما يقع فيه وهو الغلط في القيمة وكذا الغلط في الباعث هذين الأخيرين نظراً للجدل الفقهي بشأنهما حول اعتبارهما كأسباب مبطللة للعقد أم لا.

1 - السنهوري، نظرية العقد، الجزء: 01، الطبعة: 02، منشورات الجلي الحقوقية، بيروت، 1998، ص: 375.

وحقيقة أن الغلط في القيمة وكذا الغلط في الباعث إلى جانب الغلط باعتبار ذاته - الغلط في الواقع والغلط في القانون - لن تكون محل دراسة لاعتبار أنها لا مجال للحديث عنها في عقد الزواج على اعتبار أن الغلط في الصفة الجوهرية أوفي ذات المتعاقد أوصفة من صفاته الأكثر وضوحا في عقد الزواج.

#### خامسا: اثر الغلط على الرضا

على اعتبار أن جلّ التشريعات سواء العربية أو الأجنبية قد أخذت بالنظرية الحديثة للغلط ووفق ما استقر عليه الفقه والقضاء، فالغلط بحسب النظرية، هو عيب في الرضا يؤثر في العقد، ولن نتطرق إلى أثر الغلط على الرضا وفق النظرية التقليدية والتي تفصل إن كان الغلط مانعا فهو يعدم الرضا من أساسه، ويكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، وإذا كان معيباً فهو يؤثر في الرضا ويجعل العقد قابلاً للإبطال<sup>1</sup>.

حفاظا على إستقرار المعاملات ودعماً للثقة فقد أحاطت التشريعات الوضعية الغلط كي يكون مؤثراً على الرضا بجملة من الشروط والتي تتلخص فيما يلي:

#### - وجوب أن يكون الغلط جوهريا

حتى يكون الغلط إذن عيبا في الإرادة ويؤدي إلى جعل العقد قابلا للإبطال يلزم أن يكون جوهريا وهو يكون كذلك إذا كان هو السبب الذي دفع الشخص إلى الإقدام على إبرام العقد<sup>2</sup>.

وحتى يكون الغلط جوهريا لابد لنا أن نقف عند معيار الغلط الجوهري.

حسب القانون المدني الجزائري فإن معيار الغلط الجوهري هو معيار ذاتي أو شخصي يتعلق بالمتعاقد الغالط نفسه، فيجب تقصي أثر الغلط على إرادة الغالط ذاتها، فإذا كان هذا الغلط هو الذي دفعه إلى التعاقد كان جوهرياً وإلا فلا، لأن ما يعتبر جوهرياً في نظر شخص قد لا يعتبر كذلك في نظر شخص آخر<sup>3</sup>.

1 - علي القرة داغي، مبدا الرضا في العقود، مرجع سابق، 780/01.

2 - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة، مرجع سابق، ص: 25.

3 - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة، المرجع نفسه، ص: 25، 26.

طالما أن المعيارَ في تحديد أن الغلط جوهرِيٌّ أم لا، فهو معيار شخصيٌّ فمن غير المعقول جعل ذلك مطلقاً، حفاظاً على استقرار المعاملات وحفاظاً على المراكز القانونية التي اكتسبها الأشخاص بحسن نية، وهو ما أشار إليه على محي الدين علي القرّة داغي في مؤلفه مبدأ الرضا في العقود .

### الفرع الثاني: الغلط في الفقه الإسلامي

حينما نرجع إلى تطبيقات الفقه الإسلامي للمسائل التي يسميها الفقه الوضعي بالغلط، نرى أن الفقه الإسلامي قد عالجه بدقة، من خلال عدة بدائل، وقدم لها حلولاً كثيرة، فقد ارتبط الغلط ارتباطاً وثيقاً بخيار العيب، وخيار الشرط والوصف وخيار الرؤية، كما أن مسأله تُنازعها نظريات الجهل والخطأ في الأصول والفقه<sup>1</sup>.

#### أولاً: تعريف الغلط

الغلط - محركه - أن تعيا بالشيء فلا تعرف وجه الصواب فيه من غير تعمد، ويقال: غلط في منطقته، وفي الحساب، أي أخطأ وجه الصواب فيه<sup>2</sup>.

والفقهَاء السابقون إذا استعملوا الغلط فهم يريدون به الجهل بالشيء أو الخطأ فيه، فقد قال الخرشي والدسوقي: المراد بالغلط في ذات المبيع جهل اسمه الخاص<sup>3</sup>.

في حين أن المراد به في كلام بعض فقهاء الحنفية<sup>4</sup> والشافعية<sup>5</sup> والحنابلة<sup>6</sup>: الخطأ إما في الحساب أو في المحل أو في الوصف، قال النووي: وقال أصحابنا إذا غلط في نية الموضوع فنوى

1 - السنهوري، مصادر الحق، الجزء: 02، ص: 104؛ للتفصيل أنظر: علي القرّة داغي، مبدأ الرضا في العقود، 798/01.

2 - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، 363 /07.

3 - محمد الخرشي، منح الجليل شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ص: 152؛ و: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، 139/3 .

4 - الهداية مع تكملة فتح التقدير 20/8 .

5 - مجموع الفتاوى لابن تيمية، 335/1.

6 - العمدة مع شرح العدة ص: 232.

رفع حدث النوم وكان حدثه غيره صح بالاتفاق ..."، ولو غلط في الأذان وظن انه يؤذن للظهر وكان العصر...<sup>1</sup>

وقد ذكر الباحثون المعاصرون تعريفات للغلط، فقد عرفه الشيخ أبو زهرة بأنه: " أن يذكر محل العقد المعين موصوفاً بوصف، ثم يتبين أن هذا الوصف غير متحقق فيه كمن يشتري داراً مبنية بالآجر فتبين أنها مبنية بالبن<sup>2</sup>، ويقول الأستاذ محمد سلام مذكور: " نقصد بالغلط هنا أن يتصور العاقدُ محلَّ العقد على هيئته، أو وصف غير حقيقته التي هو بها<sup>3</sup> .

التعريفان يظهر فيهما صورة من صور الغلط لا الغلط كله، إذ أغفل التعريف الغلط في الشخص، بل قصره في الغلط في المعقود عليه أي المحل.

من خلال آراء الفقهاء السابقين وما ذهب إليه الفقهاء المعاصرون يحدد الباحث علي محي الدين علي القرّة داغي تعريفاً للغلط يراه، حسب تعريفه شاملاً لجميع ما يقع الغلط من محل أو شخص أو نحوهما، ومفاد هذا التعريف هو: عدم المطابقة بين ما يقوله الشخص أو يكتبه، وبين الواقع المقصود بدون تعمد، لأنه إذا كان يتعمد يكون كذباً وهو أيضاً يؤثر في العقد.

### ثانياً: أنواع الغلط في الفقه الإسلامي

نحاول دائماً في الدراسة أن نركز على عقد الزواج لخصوصية هذا العقد عن سائر العقود ولعل ابرز ما يميز هذا العقد عن باقي العقود وإن كانت كل العقود تشترك في الرضا كأهم ركن فيه. فإن كان مسلماً لدينا أن محل العقد ليس محل الالتزام، فمحل عقد البيع مثلاً هو ذلك التصرف القانوني المشروع والمتمثل في نقل ملكية شيء ما من بائع لمشتري بينما محل الالتزام في ذات العقد يختلف حسب أطراف الالتزام بالنسبة للبائع هو الشيء المباع - بشروطه - أما بالنسبة للمشتري فهو الثمن والذي له شروطه أيضاً.

1 - محي الدين النووي، المجموع شرح المذهب، الجزء: 01، دار الفكر ، دون رقم الطبعة، بيروت، ودون سنة الطبعة، ص: 335. مرجع سابق،

2 - محمد أبو زهرة ، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 459.

3 - محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 630 .

فهل ينطبق ذلك على عقد الزواج، خاصة محل العقد وهو حل الاستمتاع للزوجين على وجه شرعي فيكون محل إلتزام الزوج هو دفع المهر، بينما محل إلتزام الزوجة هو تمكين الزوج من الاستمتاع.

قد سبقت هذه المقدمة حتى أقتصر في دراسة أنواع الغلط في الفقه الإسلامي على عقد الزواج بشكل خاص .

### أ- الغلط في المحل (المعقود عليه) ونميز فيه بين نوعين

1- الغلط في الجنس: وهو أن يظهر المعقود عليه بعد تمام العقد أنه مخالف لما وقع عليه العقد ذاتاً أو وصفاً<sup>1</sup>، وقد إشتهر هذا النوع في الفقه الإسلامي بفوات الجنس، أو الوصف المرغوب فيه، وهو أكثر أنواع الغلط، وأكثرها بروزاً<sup>2</sup>.

كما سبق، وأن بيئاً أن المحل في عقد الزواج هو حل الاستمتاع، وأن هذا الأمر لا يستوي ما لم يكن أطرافه ذكراً وأنثى، أمّا في خلافه فنكون أمام وضع آخر غير الزواج وهو ما نطلق عليه الزواج المثلي.

إن الغلط في المحل قد يقع فيه الطرفان - الزوجان - وقد يقع فيه القائم بتحرير العقد.

**ففي الحالة الأولى:** الغلط الذي يقع فيه الزوجان وما مثاله أن يتزوج رجل من امرأة فظاهر العقد صحيح وهو إختلاف الجنس لكن تبين في أحدهما عيب يحول دون حل الاستمتاع، كأن يكون أحدهما عنيماً، فإن للطرف الآخر كان طلب إبطال العقد لتخلف ركن في العقد وهو المحل، إذ لا يصح مع هذا عقد الزواج لغياب المحل وقد يكون أحدهما خنثى - رغم أن الخنثى لا يثير زواجه إشكال بقدر ما يثير بيان جنسه - فإن هذا مدعاة للمتضرر طلب الفسخ لوقوعه في تدليس كون الخنثى قد أخفى بيان وضعه مما أوقع الطرف الآخر في وهم قاده لإبرام عقد الزواج.

**أما الحالة الثانية:** وهي الغلط الذي يقع فيه القائم بتحرير عقد الزواج، ويكون الطرفان على علم بوضعهما فيلجآن إلى إخفاء وضع أحدهما لأجل إحلال وضع يخالف القانون، وأكبر صورة

1 - عيسوي احمد، المدخل للفقه الإسلامي، دار التأليف، دون رقم الطبعة وسنة الطبع، القاهرة، ص: 525.

2 - فخر الدين الزيلعي، تبيين الحقائق، مرجع سابق، 53/04.

زواج المثليين كأن يلجأ طرف لتغيير جنسه وثائقياً، ويتعامل ضابط الحالة المدنية مع الأشخاص في الغالب، وفق الوثائق، وحالة ثانية تكون في الاسم في شهادة الميلاد، فقد يُظهر الاسم معنى يخالفه العرف كإسم غزال يتبادر للذهن كونه اسم مؤنث لكن قد يراد به اسم أنثى، من هذا الباب يلج المثليين.

فمحل عقد الزواج حل المتعة الذي يستوجب اختلاف الجنس ولا مجال للحديث بعدها عن اتحاد الجنس<sup>1</sup> فالعقدُ عندها لا يتوقف على بطلان العقد وما يرتبه من آثار بل يتعداه، وتكييف الفعل جرمٌ يرتب العقاب، هذا من منظور الفقه الإسلامي الذي تتفق معه جل التشريعات الوضعية للدول العربية والإسلامية، باستثناء بعض الدول الغربية التي تعترف بزواج المثليين.

2- **الغلط في الوصف:** وقد يقع الغلط في محل عقد الزواج في الوصف - نحاول دائماً أن نركز الدراسة على عقد الزواج - ونقصد بالوصف، صفة المتعاقد في عقد الزواج، كما تزوج رجل من امرأة معتقداً أنها بكر فإذا هي ثيبٌ، فقد اختلفت بذلك صفة كان يعتقد أنها زوجة وهي الدافع الشخصي على الرغم من أن تخلف هذه الصفة لا تثير إشكالا لعقد الزواج بشكل عام إلا أنها تأثيرها يختلف تبعاً لاختلاف الأشخاص.

ومن صور تخلف صفة في المتعاقد كما لو قال: زوجتك هذه الفتاة العربية فكانت عجمية<sup>2</sup> أو العكس، أو هذه العجوز فكانت شابة أو العكس، أو البيضاء فكانت سوداء أو العكس.

1 - اتحاد الجنس أو اختلافه له دور بارز في الخطأ، فقد صرحوا بأنه إذا وقع العقد على عبد، فظهر انه جارية، بطل العقد لاختلاف الجنس، وإذا وقع على نعجة فظهرت أنها كبش لم يبطل لاتحاد الجنس، لكنه يتخير لفوات الوصف، ويفهم من هذا أن اتحاد الجنس واختلافه بحسب الفقهاء يتحدد بمعيار موضوعي، فإتحاد الجنس بين شيئين هو اتحاد الأغراض بينهما وتقاربهما، واختلاف الجنس اختلاف الأغراض وتفاوتهما، فالمعيار المعتمد هو معيار لا ينظر فيه لذاتية الشئيين وأصلهما، فالخل والدبس مصنوعين من العنب، على الرغم من أصلهما واحد -العنب- يعتبران جنسين مختلفين، لاعتبار أن الغرض من الخل يختلف تماماً عن الغرض من الدبس، فالذكر والأنثى جنسين مختلفين للإنسان لاختلاف الغرض ويعتبران جنسا واحدا للبهائم لعدم تفاوت الأغراض فيهما؛ أنظر: علي القرعة داغي، مبدا الرضا في العقود، مرجع سابق، 802/01.

2 - هذا ونشير إلى نقطة هامة أن العربية تتصرف نية الزوج كونها مسلمة لتلائم العربية بالإسلام والحقيقة، قد تكون العكس، وهذا لا يثير مشكلاً، إذ الأمر بيد الزوج فله الخيار، أما لو كان الأمر خاصاً بالزوج العربي فيتبين انه على غير دين الإسلام، فالزواج هنا لا يصح بحكم القانون و الشرع إذ يشترط إسلام الزوج كشرط لازم.

فالمخالفة في جميع وجوه النسب والصفات بالعلو والنزول، ففي صحة النكاح قولان مشهوران: الأصح الصحة مع ثبوت الخيار، والقول الثاني: البطلان رعاية لفوات الصحة.

وعموماً بخصوص فوات الوصف في المحل، فإن الحنفية وبعض أصحاب مالك لا يرتبون الفسخ في النكاح وعلى العكس من ذلك بالنسبة لسائر العقود غير أن هذا خاصة بالنسبة للنكاح لا يستسيغه ابن تيمية من خلال ما جاء في قوله: "وقول من قال من أصحاب أبي حنيفة ومالك وغيرهم: أن النكاح لا يقبل الفسخ لا دليل عليه بل الكتاب والسنة والآثار والقياس تدل على نقيضه وأن النكاح يقبل الفسخ كما هو قول أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأكثر السلف الخلفاء الراشدين اثبتوا الفسخ بالعيوب"<sup>1</sup>.

### ب - الغلط في الشخص

وفق ما سبق ذكره بشأن الغلط في الفقه الوضعي فإنه لا يعير إهتماماً بالغلط في شخص المتعاقد ما لم تكن شخصية المتعاقد محل إعتبار، غير أن الفقه الإسلامي أعطى تأثير الغلط في شخص المتعاقد في بعض العقود دون الأخرى ويعتبر عقد النكاح من ضمن هذه العقود؛ وتثير مسألة الغلط في شخص المتعاقد بالغ الأهمية على إعتبار أن محل عقد الزواج مرتبط إلى أشد الارتباط بشخص المتعاقد، فالغلط فيه من شأنه إعدام هذا العقد لانعدام الرضا.

ففي عقد النكاح اشترط الفقهاء أن يكون كل واحد من الزوجين مُعَيَّنًا إما بالاسم أو بالإشارة أو بالوصف المُعَيَّن، ولكن عند إجتماعها وإختلاف مدلولاتها تقدم الإشارة على الاسم والوصف، لأنها أبلغ، وكذلك يقدّم الوصف على التسمية، فلو كان لشخص أكثر من بنت فقال: زوجتك بنتي هذه زينب فبانّت أنها فاطمة انعقد النكاح على فاطمة، لأنّ الإشارة في باب النكاح أبلغ من الاسم، ولو قال زوجتك بنتي الكبرى - واسمها زينب مثلاً - وذكر اسم ابنته الصغرى واسمها فاطمة صح النكاح على الكبرى بناء على الوصف، وَحَمَلُ ذِكْرِ الاسم فيه على الخطأ، وفيه رأي أنه يبطل العقد حينئذ، أما إذا قال: زوجتك بنتي زينب - أي الكبيرة - وقصد تزويج الصغيرة أو بالعكس

1 - ابن تيمية، قاعدة العقود - نظرية العقد الخطأ، دار المعرفة، دون رقم الطبعة، بيروت، ودون تاريخ الطبعة، ص: 155.

صح النكاح على الصغيرة، إن كان الزوج قد قصد تزويجها، لغت التسمية ولو قال الزوج قصدت الكبيرة وصدقه الولي لم يصح العقد، لأنه قبل غير ما أوجب<sup>1</sup>.

والراجح هو أنه لا بد أن يتفق الإيجاب مع القبول، وأن يكون محل قصد العاقدين واحداً، ولا يهم بعد ذلك الخطأ في التعبير أو التسمية أو الإشارة ولا سيما أن عقد النكاح عقد مقدس يتقدمه عادة الخطبة ونحوها، فيكون بالتأكيد العاقدان معلومين ومقصودين، فإذا حصل إختلافٌ جوهري متعمد بين الإيجاب والقبول لم ينعقد العقد، أما إذا كان نتيجة خطأ وكان العاقدان متعينين لكن حصل خطأ في التسمية أوفي الإشارة أو الوصف فالعبرة بالقصد لا بالخطأ، فلو كان الاتفاق على تزويج البنت الصغيرة المسماة فاطمة مثلاً، ثم قال: زوجتك بنتي الصغيرة زينب - وهي الكبيرة مثلاً - لَعَى الاسم، وإنعقد على من تم عليها الاتفاق وذكر لها الوصف وهكذا فالغلط في التسمية ليس له تأثير مادام هناك قصد متفق عليه بين الطرفين<sup>2</sup>.

من خلال ما تم ذكره بشأن الخطأ في شخص المتعاقد في عقد الزواج، فرضا الطرفين يتجسد في الإيجاب والقبول للطرفين، فإن الإشارة تعتبر هي الإبلاغ في بيان الإرادة ثم يليها الوصف وأخيراً الاسم، كمن يقول: زوجتك ابنتي هذه الكبيرة فاطمة، وهي في الحقيقة البنت الصغيرة رقية فالغلط وقع في الوصف - صغيرة وكبيرة - وأيضاً في الاسم - فاطمة ورقية - هنا تغلب الإشارة في البيان على اعتبار أن الزوج قد اتجهت إرادته لما أشير له، ولا عبرة بعدها للغلط إذ لا تأثير له.

من بين أنواع الغلط التي ذكرنا منها الغلط في المحل والغلط في الشخص وهي ذات صلة كبيرة بعقد الزواج وبدرجة أقل الغلط في القيمة - وغالبا ما نجده في البيوع - إلى جانب الغلط في التعبير وهي التي يسبق لسان الشخص لقول ما لم يقصده فهل يقع منه ما تلفظ به دون أن يقصده وهل يختلف الأمر لو صدقه الآخر لما صدر منه؟

إن الغلط في التعبير قد لا يثير إشكالاً في العقود المالية خاصة إن أثبت المتعاقد أو المتعاقدان غلطها في التعبير والقصد الحقيقي من التعبير المنتج للأثر غير أن الأمر قد يختلف

1 - ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، 520/10 .

2 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 135/7 .

بالنسبة لعقد الزواج فقداسة هذا العقد تفرض ضوابط حتى لا يلعب به خاصة لو استحضرننا حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي جاء فيه: " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والعقق " فمن ظاهر الحديث، يتبين لنا أن كل لفظ مهما كان يقع به الزواج حتى ولو كان الشخص غير قاصد وهذا ما ذهب إليه الأحناف واستدلوا أن النكاح والطلاق من العقود التي لا تقبل الفسخ، وأنها مما لا يؤثر فيها الهزل، الحديث الثابت، اي نقيس طلاق المخطئ ونكاحه على طلاق الهازل ونكاحه، وقد كيف الحنفية هذا الحكم من خلال أن الرضا ليس شرطاً في هذا الصنف من العقود<sup>1</sup>

وقد ناقش الجمهور أدلة الحنفية بأنه - أولاً - لا نسلم أن الطلاق والنكاح مما لا يقبل الفسخ على الإطلاق، فالنكاح يقبل الفسخ بعيوبه المعتبرة ولو سلم هذا فليس هناك التزام بين كون العقد غير قابل للفسخ وبين كون الخطأ لا يؤثر فيه - وثانياً - ان قياس المخطئ على الهازل قياس مع الفارق، لأن الهازل قد قصد اللفظ وتعمدته عن هزلٍ وسخرية واستهزاء وان كان لا يريد أن يترتب على قوله أثره، في حين أن المخطئ لم يقصد هذا اللفظ قطعاً، ولا أثره البتة، بل قصد لفظاً آخر وأثره<sup>2</sup>.

من خلال ما ذكر بشأن الغلط في التعبير، وإسقاط أحكام حديث الرسول صلى الله عليه وسلم عليه وفق ما ذهب إليه الأحناف، من كون التعبير يقع وإن لم يقصده قائله لسببين الأول: روح الحديث والثاني: أن الرضا النكاح فيه ليس شرطاً، غير أن هذا غير مستساغ لدى جمهور الفقهاء فردت الحجة الأولى المستندة على الحديث، إذ فرقوا بين الهازل والمخطئ إذ الأول كان قاصداً لما تقوه به فيجأز بما ينتجه العقد من آثار فقصد اللفظ منتج للأثر، أما الثاني وهي المخطئ لم يقصد ما تقوه به إذ خانت ألفاظه وسبقه لسانه إلى ما لا يريده، فإنه لا عبرة باللفظ وإنما العبرة بالقصد فقداسة عقد الزواج جعلت الشارع الحكيم يشبهه بالميثاق الغليظ فآثاره ليست كباقي آثار العقود المالية إذ يمكن تلافيها وتصحيحها على العكس من ذلك عقد الزواج لذا من غير المعقول أن نرتب آثار لزلّة لسان في عقد الزواج.

1 - أمير بادشاه، تيسير التحرير، مرجع سابق، 306 / 02.

2 - كمال بن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، 45/3، 46.

ومن بين أنواع الغلط في الفقه الإسلامي:

ج- الغلط في أحكام الشريعة الإسلامية: ويراد بالغلط هنا هو الجهل ويعني لغة: عدم العلم والمعرفة<sup>1</sup>.

وفي الاصطلاح هو إنتفاء العلم بجنس المقصود<sup>2</sup>، وهذا التعريف شامل لما لم يدرك أصلاً وأدرك على خلافه، وعلى هذا فالجهل نوعان :

1- الجهل البسيط: وهو عدم العلم عما من شأنه أن يكون عالماً.

2- الجهل المركب: وهو الجزم يكون الشيء على خلاف ما هو عليه، سواء كان في جزمه هذا مُسْتَدِّد إلى شبهة أو تقليد أم لا والسبب في تسميته بالمركب هو أنه يتكون من جهلين جهل بالشيء على حقيقته و جهل بأنه جاهل بحقيقته وقال السيوطي: " إعلم أن قاعدة الفقه أن النسيان والجهل مسقطان للإثم مطلقاً، وأما الحكم فإنه واقع في ترك مأمورٍ، لم يسقط بل يجب تداركه ولا يحصل الثواب المترتب عليه لعدم الائتثار، وإن وقع على فعل منهي عنه ليس من باب الإلتلاف فلا إثم عليه أو فيه إلتلاف لم يسقط الضمان، فإن كان يوجب عقوبةً كان ذلك شبهة في إسقاطها<sup>3</sup>

كما يقسم الجهل باعتبار ما يتعلق به إلى خمسة أقسام وهي جهل بصفة الشيء و جهل بالشرط و جهل بالتحريم و جهل في حق الله تعالى وأخيراً جهل بمعنى اللفظ.

فيما يخص الجهل بمعنى اللفظ والذي يهمننا خاصة في الصيغة في عقد الزواج كالتلفظ بألفاظ لا يدري العاقد معناها، فساقها في غير محلها، كالجهل ببعض المسائل النحوية الدقيقة مثل مدلولي: "نعم" و"بلى"؛ فالأول - في النحو- تصديق للمُخْبَرِ نفيًا وإثباتًا، والثاني إثبات للنفي ومثاله كأن يقول الولي للزوج ألسنت قبلا زواجك من ابنتي فيقول الزوج: بلى، أو نعم فأقرارٌ لأنَّ عرف العامة لا يفرق بين مدلولي اللفظين، في حين على مقتضى قواعد النحو لو قال "نعم" فليس بإقرار

1 - الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، 3/363.

2 - السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص: 207، 213.

3 - السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع نفسه، ص: 219، 222.

- أي أنه لا يقبل الزواج - لأنه تصديق للنفي على ما هو عليه، وذهب رأي ضعيف داخل المذهب الشافعي إلى أن الجواب بنعم في المسائل السابقة لا يكون إقراراً<sup>1</sup>.

والخلاصة أن العامي يُعذَّرُ بجهله للمسائل الدقيقة والتي تعد غامضةً بالنسبة إليه وليست كذلك للكيس الفطن، ويُحاسبُ على ضوء العرف الجاري وعليه فأحكام اللفظ والعلم بمدلوله متوقف على مدركات الشخص فنأخذُ اللفظ على معناه وإن خالف العرف الجاري كما لو كان الشخص مدركاً عالمياً.

وفيما يخص الجهل يأتي من باب التحقيق فقط فلا يعود إلى الجاهل نفسه قال الشافعي: " لو عذر الجاهل لأجل جهله لكان الجهل خيراً من العلم<sup>2</sup>، إذا كان يحط عن العبد أعباء التكليف ويريح قلبه من ضروب التعنيف، فلا حجة للعبد في جهله بالحكم بعد التبليغ والتمكين، لقوله تعالى: ﴿ لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل ﴾ (سورة: النساء، الآية: 165)، فعلى هذا فالجهل لا يقبل عذراً إلا عند الضرورة<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث: الموازنة بين القانون والفقهاء الإسلامي لعيب الغلط

بعد هذا العرض للنصوص الفقهية التي عالجت آثار الغلط في القانون الوضعي، نرى أن تكييف الفقه الإسلامي يختلف كثيراً عن التكييف السائد في الفقه الوضعي، فالعلاج الإسلامي يتم تحت مظلة خيار العيب، أو خيار الوصف والاشتراط، أو تحت نظريتي الجهل والخطأ بالإضافة إلى خيار الرد بالغلط لدى جانب من الفقه الإسلامي، ومع ذلك لا بد أن نُجرأ على القول بأن الغلط في الفقه الإسلامي هو نفس الغلط الموجود في الفقه الوضعي، ولا سيما على ضوء النظرية الحديثة له، صحيح أن الفقه الإسلامي يعتني بالإرادة الباطنة كقاعدة عامة لكن ذلك لا يعني أنه يعتني بالتوهم الذي يدفعه للتعاقد، فالفقه الإسلامي وإن كان يعتني لدى جانب كبير منه بالمقصود، لكن ذلك لا يعني أنه يعبأ بالأغراض الكامنة في القلوب والتي تتجه نحو نوعية الإفادة من المعقود عليه إن لم يكن فيها دلالة ظاهرة عليها، فالقاضي يستخلص الرضا الحقيقي في القضية التي وقع

1 - علي القرة داغي، مبدا الرضا في العقود، مرجع سابق، 819/01.

2 - الشافعي، الرسالة، ص: 360، الأشباه والنظائر للسيوطي، ص: 210.

3 - الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، مرجع سابق، 17/2.

فيها الغلط على ضوء الفقه الوضعي من واقع القضية والتعبير، فالفقه الإسلامي يعتني بالغلط في المحل حينما يكون هناك دلالة على الرضا الحقيقي من خلال الإشارة أو الوصف<sup>1</sup>.

إن من بين الفروق بين الغلط في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي نورد ما يلي:

- إن القانون الوضعي يعتد بالغلط الباطني متى أمكن العاقدُ الغالطُ أن يقيم الدليل على وجوده بكافة طرق الإثبات، وقد علمنا أن الفقه الإسلامي لا يجعل الغلط الباطني اعتباراً مهما كانت حاله ومهما أمكن إثباته<sup>2</sup>

- يعترف الفقه الإسلامي بعدم إعتداده بالغلط الباطني، وإنما العبرة ما نجد في الواقع بحق وفلا عبرة للوهم، وبالتالي الشريعة الإسلامية تغلق باباً حيراً فقهاء القانون بشأن إستقرار المعاملات وعدم إضطرابها من خلال بعض الشروط التي يقرؤونها لأجل ذلك، كشرط أن يتصل الغلط بعلم المتعاقد الآخر، - وهو ما شدَّ به المشرع المصري - فالفقه الإسلامي يعتد بالغلط متى أفصح عنه المتعاقد في مجلس العقد وليس بعد أن نستشف الغلط من ملابسات العقد وبالتالي بهذا نحمي المتعاقد الآخر حسن النية.

- كما أن الغلط في القانون المدني لا يتفق مع الفقه الإسلامي في صدد الغلط في القانون أو الغلط في الحكم الشرعي لأن الأخيرة أوسع على إعتبار ما أقر بالنصوص وكذا الاجتهاد الفقهي في حين أن الغلط في القانون أضيق وفق النصوص القانونية.

ويعتبر عقد الزواج بشأن الغلط فيه كثيراً ما يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي فقداسة هذه الرابطة تجعلها بمنأى عن أي تلاعب من فقهاء القانون إذا ما إستثنينا الدول التي لا تدين بالإسلام.

ولعل من أبرز الفروق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي هو الجزاء على الغلط ففي الفقه الإسلامي البطلان المطلق نتيجة فوات الجنس - وهو ما ينطبق مع الجزاء في الغلط المانع في

1 - علي القرة داغي، مبدا الرضا في العقود، مرجع سابق، 822/01.

2 - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الارادة، مرجع سابق، ص: 213.

القانون الوضعي على ضوء النظرية الحديثة فإنه لا يعتد لا بالجنس ولا بالوصف في الغلط وإنما ينظر إلى الدافع.

كما أنه أبعد عن دائرة الغلط في نطاق عيوب الرضا، الغلط المانع، ولذلك جعل الجزاء عليه هو البطلان النسبي<sup>1</sup>.

ولعل خير ما جاء في هذا الباب من زاوية الجزاء هو ما ذكره الفقيه السنهوري في مؤلفه حيث جاء فيه أن الفقه الإسلامي نظر إلى الجنس من زاوية اختلاف الأغراض، أو إتحادها، فوسّع من دائرة اختلاف الجنس ليشمل كل ما هو يختلف مع آخر في الغرض المقصود حتى وإن كانا مُتفقين في الجنس بمعناه المنطقي كالذكر والأنثى للإنسان يعد اختلافاً للجنس ولا يُعد كذلك للحيوان وقد يختلف الجنس كالدبس والخل فأصلهما واحد، لكن الأغراض مختلفة وبالتالي يختلف القصد<sup>2</sup>.

وأما الفقه الوضعي - لاسيما النظرية الحديثة للغلط - فلم يُول أيّ اهتمام لهذا الجانب، فقد يتباحش التفاوت في المنفعة بل قد يختلف الجنس بهذا الاعتبار ومع ذلك يبقى الغلط غير مانع من تكوين العقد بل يقتصر على جعله قابلاً للإبطال<sup>3</sup>

ثم إن تكييف الفقه الإسلامي للغلط في الجنس أو الوصف يختلف عن الغلط في الفقه الوضعي حتى ولو إتحد على جزء واحد في مسألة معينة، فمثلاً إن الفقه الإسلامي يُكَيّف بطلان العقد في حالة فوات الجنس على أساس أن العقد فُقِدَ المحل المعقود عليه، ولذلك صرح الفقهاء المسلمون بأن العقد حينئذ لم ينعقد أصلاً لأن المحل معدوم، في حين كيّف الفقه الوضعي قابلية العقد للبطلان في حالة الغلط على أساس أن إرادته معيبة، كما أن عنصر الدليل المادي على وجود الخطأ شيءٌ يمتاز به الفقه الإسلامي دون الفقه الوضعي، وفي نطاق فوات الوصف المرغوب فيه جعل الفقه الإسلامي الجزاء عليه هو إثبات الخيار، في حين أن الجزاء على الغلط في الصفة الجوهرية على ضوء النظرية الحديثة للغلط هو قابلية العقد للبطلان، ومن جهة أخرى

1 - السنهوري، الوسيط، الجزء: 01، مرجع سابق، ص: 383 .

2 - انظر ما سبق في الغلط، ص: 319، (تهميش 1).

3 - السنهوري، مصادر الحق، الجزء: 02، المرجع السابق، ص: 109.

أن مفهوم الصفة الجوهرية لا يقف عند مفهوم ( فوات الوصف المرغوب فيه ) بل يمكن أن يندرج تحته، وتمتد في بعض تطبيقاتها إلى منطقة الغلط المانع<sup>1</sup>

وبخصوص عقد الزواج، فإن نظرية الغلط - الخطأ - في الفقه الإسلامي أكثر مرونة ومن السهل وضع تطبيقاتها على عقد الزواج خاصة فوات الوصف كأكثر حالات الخطأ التي يمكن أن نتصورها في هذا العقد، بينما إختلاف الجنس فإن نطاق تطبيقه ضيق، خاصة وأن العقد قائم على إختلاف الجنس وإذ يمكن تصورهما في حالات التدليس والتغيير وهي محل الدراسة التالية.

### المطلب الثاني: أن لا يشوب الرضا تدليساً

التدليس على عكس الغلط، وإن كان يشترك معه في أنّ كليهما يُصوّر للمتعاقد وضعاً غير الواقع غير أنّ من وقع في الغلط لا دخل للطرف الآخر فيه، و بخلافه التدليس يكون سبباً في ما حدث من وهم.

### الفرع الأول: التدليس في القانون.

#### أولاً: مفهوم التدليس

#### أ- تعريف التدليس

التدليس هو تضليل العاقد باستعمال وسائل إحتيالية تدفعه إلى التعاقد، بحيث لولاها لما رضي بالتعاقد، أو هو إستعمال طرق إحتيالية بقصد إيهام المتعاقد بأمر يخالف الواقع وجره بذلك إلى التعاقد<sup>2</sup>.

فالتدليس تبعاً للتعريف السابق يجعل الشخص الذي تعاقد مع المدلس ضحيةً لصورة أوهمة المدلس بها، فيعتقد خلاف الواقع فيخطأ تبعاً لذلك ويقع في غلط يؤدي به إلى التعاقد وفق ما توهم به.

1 - السنهوري، مصادر الحق، الجزء: 02، مرجع سابق، ص: 112.

2 - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة: 03، 1992، ص: 60.

## ب- التمييز بين التدليس والغلط

إن الوهم هو الأثر الدافع إلى العقد في كل من التدليس والغلط، فهما يتفقان في هذه الناحية، ولكنهما مع ذلك يختلفان عن بعضهما، فإذا كان الغلط وهما تلقائياً يتولد في ذهن المتعاقد من غير أن يُدفع إليه، فإن التدليس وهمٌ مُستتار أي غير تلقائي، أو غلط مُدبّر قصد المُدلس إيقاع المتعاقد معه فيه وافلح فعلا في جره إليه بالخدعة والحيلة والتضليل<sup>1</sup>.

ففي الحالتين إذن هناك غلطٌ، ولذلك جاز التساؤل عما إذا كانت نظرية الغلط تُغني عن نظرية التدليس؟، وبعبارة أخرى يُثار التساؤل عن جدوى إقامة نظرية مستقلة للتدليس مادام أثره يرجع إلى الغلط، أفلا يكفي المتعاقد الذي وقع في غلط نتيجة حيلة أن يتمسك بإبطال العقد على أساس الغلط دون حاجة إلى الاستناد على التدليس<sup>2</sup>.

مما لا شك فيه إن نظرية التدليس يمكن الإستغناء عنها إلى حد كبير في النظرية الحديثة التي توسعت في نظرية الغلط، فجعلته سبباً للإبطال كلما كان دافعا إلى التعاقد دون تحديد لموضوع الغلط، بحيث يشمل الغلط في الشيء أو في الشخص أو في القيمة أو في الباعث، بشرط أن يكون جوهرياً، وعلى هذا النحو فإن الغلط يُغني عن التدليس الذي لم تعد ثمة ضرورة لبقائه إلى جانب الغلط، إذ يستوي أن يكون الغلط تلقائياً أو ناشئاً عن التدليس<sup>3</sup>.

إنّ النظرية التقليدية للتدليس، إذا وضعت بجانب النظرية التقليدية للغلط، تجعل دائرة التدليس أوسع من دائرة الغلط، فهناك أحوالٌ لا يكفي فيها الغلط لبطلان العقد، كالغلط في الباعث، والغلط في القيمة، فإذا إقترن بالغلط تدليس دافع كان التدليس لا الغلط سبباً في بطلان العقد ومن ذلك نرى أنه طبقاً للنظرية التقليدية، يجب الحرص على التمييز بين التدليس والغلط، فإنه إذا كان كل تدليس يُحدث في النفس غلطاً، فإن الاقتصار على هذا الغلط مجرداً عن التدليس، لا يكفي للطعن في العقد بالبطلان في كل الأحوال<sup>4</sup>.

1 - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الارادة، مرجع سابق، ص: 42.

2 - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الارادة، المرجع نفسه، ص: 42.

3 - السنهوري، الوسيط، 332/01.

4 - السنهوري، النظرية العامة للالتزامات - نظرية العقد، ص: 404.

وليس بصحيح كذلك، أن العقد قد يكون باطلاً للتدليس دون أن يكون باطلاً للغلط، إذا أوقع هذا التدليس المتعاقد في غلط في الباعث أوفي القيمة، ذلك لأنه متى كان العقد باطلاً للتدليس في هذه الحالة فلا بد أن يكون هذا التدليس قد دفع إلى التعاقد، وبعبارة أخرى لا بد أن يكون الغلط الذي أوجده التدليس في نفس المتعاقد المخدوع غلطاً دافعاً، ونحن نعلم أن النظرية الحديثة للغلط تجعل الغلط مبطلاً للعقد، حتى ولو كان في الباعث أو القيمة، متى كان غلطاً دافعاً إلى التعاقد، ومن ذلك نرى أن التدليس في الباعث أوفي القيمة إذا أبطل العقد، فمن الممكن أيضاً إبطال العقد للغلط<sup>1</sup>

قد يكون مجرد الغلط غير كاف لإبطال العقد كالغلط في الحساب أو القيمة إذا لم يبلغ فيها حداً من الجسامة يدفع إلى التعاقد، ولكن إذا استعملت وسائل إحتيالية لإيقاع المتعاقد في غلط في الحساب أوفي القيمة كان هناك تدليس يؤدي إلى الإبطال<sup>2</sup>؛ فالمثال السابق يجعل من نظرية التدليس أكثر اتساعاً فيجعل العقد باطلاً للتدليس ولا يكون كذلك للغلط.

إن التدليس الذي يُوقع الغير في غلط، فإن مصير العقد هو الإبطال لكن بشرط أن تتوفر شروط الغلط، وهو أن يكون دافعاً للتعاقد فإذا لم يكن كذلك أي أن التدليس قد أحدث غلطاً لدى المتعاقد لكن ليس إلى درجة أنه دفع إلى إبرام العقد، فهو يُبطل العقد في هذه الحالة وفقاً للمثال السابق، فمصير العقد نفسه - الإبطال - نكاية بالمتسبب في التدليس.

ولكننا لا نعني أنه ليس هناك فرق بين غلط غير مصحوب بالتدليس، وغلط مصحوب به، فالتدليس إذا صاحب الغلط يظهر أثره في أمرين:

**الأول:** يسهل إثبات الغلط حيث يوجد التدليس، فإن الطرق الاحتيالية تكون غالباً طرقاً مادية يسهل إثباتها، فيثبت الغلط تبعاً لذلك، أما إذا تجرد الغلط عن التدليس فإنه يصبح أمراً نفسياً قد يصعب إثباته.

1 - السنهوري، النظرية العامة للالتزامات - نظرية العقد، مرجع سابق، ص: 416.

2 - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام - مصادر مرجع سابق، ص: 62.

الثاني: يكون التدليس سببا في إلزام المدلس سواء المتعاقد الآخر أو الغير بالتعويض، وذلك إلى جانب بطلان العقد، إذا نجم عن التدليس ضررا، أما الغلط غير المصحوب بالتدليس فجزاؤه بطلان العقد، ولا محل للتعويض، إلا إذا اثبت تقصير من المتعاقد الذي علم بالغلط أو كان يستطيع أن يعلم به<sup>1</sup>.

يظهر جليا مما سبق الفرق الواضح بين الغلط والتدليس خاصة في الإثبات فالغلط الذي يصاحبه تدليس من السهل إثباته، فيكفي إثبات الطرق الاحتمالية ولا يهم بعدها الوهم الذي أحدثته هذه الطرق إلى جانب المسؤولية التي تقع على المتسبب في التدليس.

رغم ما سبق من فروق بين الغلط والتدليس، فلكليهما آثاراً واحدة بالنسبة للعقد وهو الإبطال، وبالتالي فإن نظرية الغلط تُعني إلى حد ما عن نظرية التدليس طالما أنهما يجعلان المتعاقد يقع في وهم ففي الأولى مجرداً أما في الثانية غير مجرد مصحوب بطرق احتمالية.

#### ثانيا: شروط التدليس

يعرف التدليس بأنه استعمال طرق إحتيالية من أحد المتعاقدين أو من الغير بعلم أحدهما تحمّل الطرف الآخر على التعاقد، فالتدليس بهذا المعنى يجعل العقد باطلاً بطلاناً نسبياً إذا ما توافرت شروطه.

#### 1- استعمال طرق إحتيالية: للطرق الاحتمالية عنصران هما :

**1 - العنصر المادي:** ونعني بها تلك الوسائل والطرق المادية التي تستعمل للتأثير في إرادة المتعاقد، فالتدليس لا يكون عادة مجرد الكذب وإخفاء بل هو كذب مصحوب بطرق إحتيالية يقصد بها تدعيم هذا الكذب وإخفاء الحقيقة عن المتعاقد، وهي طرق تختلف باختلاف الظروف والمهم فيها أن تكون كافية لتضليل المتعاقد، والأمثلة على هذه الطرق كثيرة، فهناك شركات وجمعيات تتخذ من المظاهر الإعلانية ما لا يتفق مع حقيقتها لتخدع الناس في أمرها، وهناك أفراد يظهرون بمظهر ذوي اليسار والسعة أو يتخذون لأنفسهم صفة منتحلة ليؤثروا بها في ذهن من يحملونه

1 - السنهوري ، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، مرجع سابق، ص: 417.

على التعاقد معهم بهذه الطرق، وهناك من يخفي المستندات ومن يصطنعها ومن يزور فيها، حتى يحمل الغير على التعاقد معه على الوجه الذي يريد<sup>1</sup>.

فالعنصر المادي هو ذلك المظهر الايجابي الذي يتخذه الشخص محاولاً إظهار غير الحقيقة التي هو عليها فتجعل كل شخص تبعاً لهذا المظهر يتجه إلى إحداث تصرف قانوني كان قد بينه المدلس، ولا يكفي في التدليس مجرد المبالغة في القول، ولو وصلت المبالغة إلى حد الكذب مادام ذلك مألوفاً في التعامل فالتاجر يروج عادة لبضاعته فينتحل لها أحسن الأوصاف، ويبالغ المشتري عادة في الانتقاص منها والحط من قيمتها، فمثل هذا العمل لا يعد تدليسا، فقد جرت العادة به، وأصبح ليس من شأنه التضليل حتى لو قصد به ذلك<sup>2</sup>.

ولنا أن نتساءل عن الكذب والكتمان إن كانا يدخلان ضمن الطرق الاحتمالية.

\* **مجرد الكذب:** يشترط في التدليس المدني أن تكون الطرق الاحتمالية مستقلة عن الكذب قائمة بذاتها، كما يُشترط ذلك في النصب الجنائي، ففي بعض الأحوال يكفي الكذب ذاته طريقتاً احتمالياً في التدليس، وتقضي المحاكم بأنّ التأكيدات غير الصحيحة التي تصدر من أحد المتعاقدين، ويكون لها على الطرف الآخر التأثير الذي يحمله على قبول التعاقد، من شأنها أن تجعله باطلاً متى ثبت أنه لولا هذه التأكيدات لما حصل الرضا، ويراعى في ذلك حالة المتعاقدين لمعرفة ما إذا كان من وقع عليه التأثير من السهل إيهامه والحصول على رضا غير صحيح منه أولاً وتقضي كذلك بأنّ الكذب للتحايل للحصول على عمل بإعطاء بيانات غير صحيحة عن كفاءة الطالب وخدماته السابقة من شأنه أن يؤثر التأثير الكافي في رضا من تم التعاقد معه على العمل، وبذلك يكون العقد باطلاً لاستناده إلى غلط مفسد للرضا<sup>3</sup>.

لا يعتبر الكذب في حد ذاته وسيلةً للتدليس، غير أنه لا يمكن التسليم بذلك مطلقاً، فينطبق هذا كما لو كنا أمام الشخص الحريص والعادي، فلا يمكن لهؤلاء التحجج بوقوعهم في غلط بفعل

1 - عبد الرزاق احمد السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، الجزء: 01، الطبعة: 03، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998، ص 393.

2 - السنهوري، المرجع نفسه، ص: 394.

3 - السنهوري، المرجع نفسه، ص: 394، 395.

كذب المدلس لأنه يمكن لهؤلاء كشف هذا بسهولة، كمن يبيع سيارة فيكذب ليظهرها بغير واقعها الحقيقي، فبإمكان أي شخص التحقق لكشف الكذب، غير أن هذا لا يمكن أخذه على الإطلاق، كما ذكرنا سابقاً، فهناك من الأشخاص ما يمكن التدليس عليه بسهولة، فيكفي مجرد الكذب لإيهامه بغير الواقع، وهذا يدل على أن المعيار الذي يمكن إعماله حتى يعتبر الكذب وسيلةً للتدليس هو معيارُ شخصي يصدق مع شخص ولا يصدق مع آخر، إلى جانب المعيار الموضوعي بدرجة أقل كما لو كنا أمام عقود تتطلب المعاينة المادية، فلا يمكن بعدها إعتبار الكذب مؤمماً لغير الحقيقة.

ففي عقد الزواج بإعتباره موضوع الدراسة، يمكن أن نتصور الكذب وسيلةً للتدليس ما لم تقترن بوسائل مادية تؤكد ذلك، كمن يدعي يُسر حاله، وهو على غير ذلك، فليس للزوج الواقع في التدليس إدعاء وقوعه في غلطٍ بفعل الكذب، لأنَّ إدعاء وضع يستدعي من الطرف الآخر التحقق من ذلك بما استطاع من وسائل لعداسة عقد الزواج وآثاره والتي معها لا يمكن إعادة الأطراف إلى ما كانوا عليه قبل التعاقد.

\* **الكتمان:** يُعد الكتمان المظهرَ السلبي للعنصر المادي للتدليس، فلا يتضمن طرقاتاً إحتيالية قائمةً بذاتها، ولا مجرد تأكيدات غير صحيحة - وهذه أعمال ايجابية - وإنما يكفي مجرد الكتمان طريقاً احتيالياً في التدليس، والأصل أن الكتمان لا يكون تدليسا، وليس المتعاقد ملزماً بأن يُخبر المتعاقد الآخر بكل أمر يعرفه عن شؤون التعاقد، فهناك الحيطة والحذر يأخذ بهما المتعاقد الآخر في أمره، حتى يكشف بنفسه ما تَهْمُه معرفته من هذه الشؤون، إلا أن هناك أحوالاً يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان، لأنَّ ظهوره يؤثر في إرادة المتعاقد، وكان يعدل عن التعاقد لو علم به، ففي مثل هذه الأحوال يلتزم المتعاقد الذي يعلم بالأمر بالإفضاء به، ويعد تدليسا منه أن يكتمه، وتارة يكون الالتزام بالإفضاء مصدره نص من القانون كما ورد في المادة 348 من القانون التجاري الفرنسي، وتارة أخرى يكون مصدره اتفاقاً صريحاً، كما في عقود التامين، حيث تضع الشركات عادة أسئلة معينة وتطلب من المؤمن أن يجيب عنها، فإذا كتم أمراً كان هذا تدليسا منه<sup>1</sup>

فالكتمان بهذا المعنى عدم الكلام أو الإفضاء بأمر يهم العقد ويؤثر فيه، ولو علم لتغيرت وجهة الإرادة ويشترط في هذا الأمر، أن لا يفترض علم الآخر به، فان كان مما يمكن كشفه أو

1 - السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، مرجع سابق، ص: 396 .

السؤال عليه لم يكن الكتمان تدليسا وقد يكون الكتمان بمعنى السكوت، الذي تختلف أحواله بحسب طبيعة وظروف العقد فقد يكون مظهرا ايجابيا - وبذلك لا يكون مظهراً سلبياً - كما لو كنا في معرض بيان فيكون السكوت بيانا، وينطبق عليه الكذب كما لو حالف الحقيقة.

وحتى يعتبر الكتمان تدليسا - وإن كان في حقيقته تصرف عادي - لا بد له من شروط ثلاث وهي:

- أن يكون هذا الأمر - الذي تكتم عنه المتعاقد - خطيراً بحيث يؤثر في إرادة المتعاقد الذي يجهله تأثيراً جوهرياً.
  - أن يعرفه المتعاقد ويعرف خطره.
  - أن يعتمد كتمه عن المتعاقد الأول.
  - أن لا يعرفه المتعاقد الأول من طريق آخر.
- وأكثر ما يكون الكتمان تدليسا في عقود التأمين<sup>1</sup>.

كما سبق أن أشرنا أنه لا يمكن إعتبار الكذب تدليسا في عقد الزواج، إذ يوجب هذا الأخير كثير التريث والبحث، غير أن الكتمان قد يتحقق ويعتبر تدليسا في عقد الزواج كما لو كان الزوج عَنِيناً، وهي حالات كثيرا ما تتحقق وتكون سببا لإنحلال الرابطة الزوجية لتهدم ركناً هاماً في العقد وهو محل عقد الزواج وهو جل الاستمتاع.

ويعتبر الكتمان هنا تدليسا متى علم الزوجُ بمرضه، وإن لم يعلمه فلا يعد منه تدليسا، وتُحُلُّ الرابطة الزوجية بحكم القضاء ولا مسؤولية على الزوج، وكذا الأمر للزوجة إن كتمت أمر عفتها فيعد منها تدليسا متى فقدت بكارتها بفعل تعلمه، أما إن كانت لا تعلم ذلك كأن تفقد بكارتها بفعل ما لا تدريه فلا تعتبر مدلسة.

**2- العنصر المعنوي:** ونعني بالعنصر المعنوي فيه التضليل للموصول إلى غرض غير

مشروع أو غرض مشروع

1 - السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص: 397 وما بعدها.

- **ففي الأولى:** غُني عن البيان أن الطرق الاحتمالية في التدليس يجب أن تكون مصحوبةً بنية التضليل للوصول إلى عرض غير مشروع، فإذا إنعدمت نية التضليل لا يكون هناك تدليس، فالمؤمن إذا بالغ في قيمة الشيء المؤمن عليه عن حسن نية لا يرتكب تدليساً، ولا يكون عقد التأمين باطلاً لهذا السبب، كذلك من يجتهد في إبراز ما يعرضه للبيع في أحسن صورة ممكنة لا يرتكب تدليساً، لأنه لا يقصد التضليل، بل يقصد استهواء الناس حتى ترغب في الشراء، على أن هذا لا يمنع من وقوع المتعاقد الآخر في الغلط، ويكون العقد باطلاً للغلط إذا توافرت شروطه لا للتدليس<sup>1</sup>، لأنه في العقد الباطل للتدليس تترتب مسؤولية في ذمة المدلس ويلزم بتعويض المدلس عليه لتعرضه لضرر، أما البطلان للغلط فلا تترتب في ذمة المتعاقد الآخر أية مسؤولية بل قد لا يبطل العقد لحسن نيته مع إمكانية تصحيح العقد بإنقاص التزامات الواقع في الغلط.

- **أما الثانية:** وهي التضليل بقصد الوصول إلى غرض مشروع، كما إذا أقر شخص لآخر بدين له في ذمته، وكان ذلك بعد أن أوهمه الدائن أن موته قريب، وأن الأولى بالإعتراف بالدين إرضاء لضميره فلا يستطيع المقر بعد ذلك أن يطعن في إقراره بالتدليس، إلا إذا كان الإقرار في حد ذاته غير صحيح، ومثله أيضاً إذا استعمل المودع طرقةً احتياليةً لاسترداد وديعة له عند شخص غير أمين، فالغاية هنا تبرر الوسطة ولا يكون من استعمل الطرق الاحتمالية مسؤولاً إلا إذا كانت هذه الطرق مما يعاقب عليها القانون الجنائي<sup>2</sup>.

فالعنصر المعنوي وهي تلك النية التي يبنيها المدلس لأجل الإيقاع بالمتعاقد الآخر حتى يحمله على التعاقد فإذا انعدمت هذه النية - أي كان حسن النية - لم يكن المتعاقد مدلساً وانتفتت مسؤوليته حينها، دون أن تُغفل حق الطرف الآخر لطلب البطلان لوقوعه في غلط.

## ب- التدليس هو الدافع إلى التعاقد

### 1- معيار التدليس

معيار التدليس، الدافع وهو معيار نفسي فينص القانون المصري على أن التدليس يبطل العقد إذا كان رضا أحد المتعاقدين مترتباً عن الحيل المستعملة حيث لولاها لما رضي، وينص

1 - السنهوري، النظرية العامة للالتزامات نظرية العقد، مرجع سابق، ص: 398، 399.

2 - السنهوري، المرجع نفسه ص: 400.

القانون الفرنسي على أن تكون الحيل المستعملة جسيمة بحيث يكون من الواضح أنه لولا هذه الحيل لما قبل المتعاقد الآخر.

ويتضح من ذلك أن القانونيين متفقان على أن التدليس حتى يبطل العقد يجب أن يكون هو الدافع إلى التعاقد، فإذا وقع التدليس على الشيء أو على الشخص أو على الباعث أو على القيمة، وكان هو الذي حمل على التعاقد، كان مفسداً للرضا، وسبباً لبطلان العقد وإلا فالعقد صحيح<sup>1</sup>.

إن مسألة وقوع المتعاقد في الحيل أو الخديعة التي حملته للتعاقد، هي مسألة وحده قاضي الموضوع من يقدرها فيبطل العقد متى إكتشف أن التدليس هو الدافع للتعاقد، غير أن هذه المسألة تتحكم فيها عدة أمور، خاصة ما تعلق بشخص المدلس عليه، إذ أن تقدير ما إذا كانت الحيل دافعا للتعاقد تختلف باختلاف الأشخاص فتكون حيلاً ما دافعا للتعاقد لشخص ما، ولا تكون كذلك لشخص آخر، كما لو كنا أمام متعلم وجاهل، صبي وكبير، وحضري وبدوي، ووجود صلة قديمة فيما بين المتعاقدين أم لا، إذ في الأولى الثقة تُعْمِي الشخص من التثبت على عكس الثانية.

## 2- بعض صور التدليس وأثرها في التعاقد

- التدليس التالي والتدليس أثناء التعاقد: وينبغي أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد، فالتدليس الذي يأتي تالياً للعقد لا يكون سبباً في بطلانه، فإذا تعاقد شخص مع شركة تأمين على الحياة وبعد تمام العقد، وقبل دفع القسط الأول، مرض المؤمن مرضاً خطيراً أخفاه عن الشركة وقام بدفع القسط، لا يكون كتمان المرض سبباً في بطلان العقد للتدليس، لأن هذا الكتمان لم يدفع إلى التعاقد إذ جاء تالياً له، كذلك إذا استعملت الطرق الاحتيالية أثناء التعاقد، ولكنها لم تكن هي الدافع إليه، وكان كل من المتعاقدين قد كَوّن رأيه دون أن يتأثر بطرق إحتيالية، ثم أُستعملت هذه الطرق بعد ذلك وتم العقد، فإنه يتم صحيحاً ولا يبطل بالتدليس، إذ أن الغش الذي أُستعمل لم يكن هو الدافع إلى التعاقد، فقد كان يتم العقد بدونه<sup>2</sup>.

1 - السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، مرجع سابق، ص: 400

2 - السنهوري، المرجع نفسه، ص: 401، 402

ومثال التدليس التالي العقد في عقد الزواج، كمن تقبل الزواج من رجل على إعتباره أنه ثري وبعد إجراء العقد حدث وأن وقع في الإفلاس، أو كأن تكون الزوجة التي أبرمت العقد بكرا وقبل تمام الزواج فقدت بكارتها بفعل خارج عنها.

- **التدليس الدافع والتدليس غير الدافع:** يعتبر التدليس دافعا متى توافرت شروطه المذكورة سابقا خاصة ما دفع الطرف الآخر إلى التعاقد وفقا للموضع القانوني الذي صوّر بفعل تلك الحيل، أما التدليس غير الدافع وهو الذي لا يحمل على التعاقد، وإنما يُعري بقبول شروط أبهظ، فهو إذا لا يكون سبباً في بطلان العقد، فقد كان المتعاقد يمضي في تعاقدته حتى ولو لم يكن هناك تدليس بل يقتصر الأمر فيه على إعطاء دعوى تعويض لمن وقع في غش سترد بها ما غرمه بسبب هذا الغش، وهذه المسؤولية عن التعويض مسؤوليةً تقصيريةً مبنيةً على خطأ هو التدليس، وهناك من يبني المسؤولية على نظرية الخطأ عند تكوين العقد يجعلها مسؤولية عقدية<sup>1</sup>.

### ج- التدليس صادر من المتعاقد الآخر

ينص القانون الفرنسي صراحة على أن التدليس يجب أن يكون من المتعاقد الآخر ( م 1116)، فإذا صدر التدليس من الغير لم يؤثر في صحة العقد؛ أما القانون المصري ففي نصه الفرنسي لم يذكر المشرع ما يفيد أن التدليس يجب أن يكون صادراً من أحد المتعاقدين، بل إقتصر على أن يذكر أن التدليس يقع على أحد المتعاقدين<sup>2</sup>.

من خلال النصين الفرنسي والمصري يتضح الخلاف الواضح بينهما إذ يَعتَبَر القانون الفرنسي أنه لا اعتبار للتدليس مبطل للعقد لابد أن يكون صادرا من المتعاقد الآخر أما أن صدر من الغير فإنه لا يؤثر على صحة العقد، وهو ما لم يوافقه القانون المصري<sup>3</sup> الذي يَعتَبَر تدليسا مبطل للعقد متى كانت هناك حيلٌ أثرت على رضا أحد المتعاقدين، ولا يهم بعدها ممن صدرت

1 - السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 402، 403

2 - السنهوري، المرجع نفسه ص 404.

3 - وقع المشرع المصري في تناقض بين النص باللغة العربية والنص باللغة الفرنسية في المادتين 136 و196، فالنص باللغة الفرنسية للمادتين يخالف جوهر المادة 1116 من القانون المدني الفرنسي، فلا يشترط إن يكون التدليس صادراً من المتعاقد الآخر، كما هو في القانون المصري باللغة الفرنسية، إلا إن الغرابة تكمن في نص المادتين باللغة العربية، يشترط إن يكون التدليس صادراً من المتعاقد الآخر، فهو يتفق مع القانون الفرنسي، راجع السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، المرجع نفسه، ص: 400.

وحتى ولو كانت من الغير، لأن العبرة هنا، بالرضا الذي شابه عيباً إذ اتخذ منحىً بفعل حيل إذ لولاها لحادت عنه، غير أن الخلاف هنا بشأن الحيل والتدليس الصادر من الغير والصادرة من المتعاقد الآخر كون الأولى إن لم يعلمها أحد المتعاقدين أو كان بإمكانه أن يعلمها لا يرتب مسؤولية من عادت عليه بالنفع فلا يلزم بتعويض الضرر للمتعاقد الآخر وعلى العكس تماماً لو كان التدليس صادراً من المتعاقد الآخر إذ تترتب المسؤولية التقصيرية في حقه .

وعموماً يمكن القول؛ إنَّ هذا الشرط وإن تبناه القانون الفرنسي فحجتهم في ذلك أن التدليس إن صدر من الغير لا يؤثر في صحة العقد إذ لا ذنب للمتعاقد الآخر وليس من العدل أن يجزى ببطلان العقد من ذنب اقترفه الغير وللمتعاقد الواقع في ضرر أن يعود على من أوقعه في الغلط بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب هذا التدليس، وهي دعوى أساسها الفعل الضارُّ على الرغم من أن الحجة المقدمة لتبرير صحة العقد براءة ذمته من الفعل المسبب للتدليس، وبالتالي المعيب للرضا، ولعلنا نضيف مُبرِّراً آخر وهو ضمان إستمرار المعاملات، فإن هذه الحجج وأن كانت وجيهة غير أن الإشكال فيها أنها لم تراع الطرف الواقع في التدليس ومصالحته فرضاه معيب بفعل الحيل إذ لولاها لما أقدم على التعاقد، وبالتالي فإن الأثر القانوني للعقد وما يرتبه من مراكز قانونية كان مرده الحيل والوهم الذي وقع فيه الطرف الآخر وبالتالي فالبناء كله معيب . ولا يهم بعدها ممن صدرت منه الحيل، إذ لو أخذنا الأحداث بمعزل عن هذه الحيل لما كان هناك عقد، ونقع هنا بين موازنة بين براءة ذمة المتعاقد الأول وحسن نيته، وبين الرضا المعيب للطرف الثاني فيكون الثاني أولى في الرعاية؛ ذلك أن العقد إنمَّا بني على الرضا وكان السبب في نشوئه، فإذا إختل لكليهما أو لأحدهما إختل أهم ركن في العقد، ولا يهم بعدها ما كان سببا في هذا العيب أن كان احد طرفي العقد أو الغير بعلم احدهما أو دونه، وإن كان المتسبب يكون محل مسؤولية .

ونخلص في الأخير بشأن شروط التدليس إلى الشرط الأخير؛ وهو أن التدليس صدر من

المتعاقد الآخر يبقى شرطاً قاصراً لابد من إضافة " أو من الغير " أو إسقاط هذا الشرط نهائياً.<sup>1</sup>

1 - لعل هذا يؤدي إلى هدم التمييز بين التدليس الصادر من المتعاقد الآخر والتدليس الصادر من الغير، فكلاهما يبطل العقد، ولكن يشترط إذا صدر التدليس من الغير إن كان المتعاقد عالماً به، و في استطاعته أن يعلم بالتدليس، فإذا بقي الغرض الذي لم يعلم فيه المتعاقد الآخر بالتدليس، ولم يكن يستطيع أن يعلم به، فمن السهل أن نجعل العقد باطلاً حتى في هذا الغرض، مادام التدليس الذي صدر من الغير قد وُلد في نفس المتعاقد غلطاً، دفعه إلى التعاقد، ويكون العقد باطلاً للغلط، السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص: 424.

## الفرع الثاني: التدليس في الفقه الإسلامي

## أولاً: مفهوم التدليس

## أ- التدليس لغة:

يتردد في الفقه الإسلامي عند التَّصْدِي لأحكام المعاملاتِ ألفاظ " الغش " و"التدليس" و"التغريب" و"الخداع" و"الحيلة" و"الخلافة" أو نحوها كثيراً، وعند التعمق في معانيها والخوض في مبانيها فإنها جميعاً تجتمع عند معنى واحد، وهو الدلالة على أن التصرف نوعٌ من التحايل، وكتمانٌ لحقيقته، أو إظهاره بطرقٍ ملتويةٍ على غير ما هو عليه، أو إغواءَ العاقدِ عليه- محل الإلتزام - بإيهامه أن فيه بعض محاسن وفوائد مرغوبة لديه، وهذا لا يعني أن هذه الألفاظ مترادفة، بل إن لكل واحد منها معناه الخاص، ولذلك صرح بعض الفقهاء ببيان فروق بين هذه الكلمات فقالوا: " إن الغش أعمُّ من التدليس " وقال بعضهم الآخر العكس<sup>1</sup>، ونحن هنا نذكر المعاني الخاصة بكل واحد بإيجاز:

- **الغش:** هو إظهار خلاف ما أضمره مع تزيين المفسدة له، فيقال: غشه أي لم يحضه النصح وزين له غير المصلحة، والمغشوش: الشيء غير الخالص، فيقال لبن مغشوش أي غير خالص<sup>2</sup>.

**والتدليس:** كتمان عيب المعقودِ عليه عن العاقد الآخر، وأصله من الدَّلسِ وهم الظُّلْمَة، قال الأزهرِيُّ: سمعت أعرابياً يقول: ليس لي من الأمر ولسَّ ولا دلسَّ أي خيانةً، ولا خديعةً<sup>3</sup>.

وقال ابن قدامة: دلسَّ العيب أي كتمه عن المشتري مع علمه به، أو غطاه عنه بما يوهم المشتري عدمه، وهي تشتق من الدلسة وهي الظلمة، فكأن البائع يستر العيب وكتمانه جعله في ظلمة فخفي عن المشتري فلم يره ويعلم به<sup>4</sup>.

1 - علي القرّة داغي، مبدا الرضا في العقود، مرجع سابق، 601/01 .

2 - ابن منظور ، لسان العرب، مرجع سابق، 262 / 02.

3 - ابن منظور ، لسان العرب، المرجع نفسه ، 86 / 06.

4 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 114 / 04.

- **والتغير لغة:** الخداعُ فيقال: غَرَّه أي خَدَعَه، وأطمَعَه بالباطل ويقال غَرَّته الدنيا أي خدعته بزينتها، والغرر ما لم تعلم عاقبته<sup>1</sup> وتعتبر الحيلة والخدعة والخلابة<sup>2</sup> ذات معنى واحد .

وعموماً فكل الألفاظ السابقة تدور حول حقيقة مفادها كتمان ويكون ذلك باتخاذ ما أمكن من أعمال ايجابية كاستعمال طرق احتيالية للإيقاع بالغير أو اتخاذ مظهر سلبي كالتكتم والسكوت عن أشياء كان أولى بالمتعاقد التصريحُ بها .

ويعتبر لفظ الغش الأعم مأخوذاً من حديث الرسول صلى الله عليه وسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على صرّة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً، فقال ما هذا يا صاحب الطعام؟ قال أصابته السماء يا رسول الله! قال أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس؟ من غش فليس مني"<sup>3</sup>

#### ب - التدليس اصطلاحاً

التغير هو استخدام حيلةٍ وخدعةٍ مع أحد المتعاقدين من شأنها إغراؤه على الإقدام على العقد ظاناً أنه في مصلحته والواقع خلاف ذلك<sup>4</sup>

كما يُعرّف بأنه استعمال وسائلٍ احتياليةٍ لإخفاء عيبٍ المعقود عليه وإظهاره بصورة ليس عليها لتضليل المتعاقد وحمله على التعاقد.

يظهر من خلال التعريف الأول أنه تعريفٌ شاملٌ وواسعٌ، في حين أنّ التعريف الثاني تعريف ضيق بل يمكن أن نستشف منه نوعاً من أنواع التدليس؛ وهو التدليس في المعقود عليه، وبالتالي يكون التعريف الأول مستساغاً وشاملاً لكل أنواع التدليس .

1 - ابن منظور ، لسان العرب، مرجع سابق، 05 / 14.

2 - يعتبر لفظ الخلابة أكثر الألفاظ استعمالاً لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، بل إن بعضهم يفضل هذا الاصطلاح، باعتبار أنه يستوجب كل صور الخديعة في التعاقد ، راجع في هذا: محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الارادة، مرجع سابق، ص: 154 (الهامش).

3 - صحيح مسلم، 01/99.

4 - محمد سعيد جعفرور ، نظرية عيوب الارادة، المرجع نفسه، ص: 155.

تطرقنا في مفهوم التدليس إلى تعريفه في الفقه الإسلامي والأصل في التدليس في الفقه الإسلامي كما هو الحال في فقه القانون المدني، هو أن يقوم على أفعال تستهدف تضليل المتعاقد الآخر في حقيقة المعقود عليه، وجرّه بذلك إلى التعاقد الذي سُمّي بالتدليس الفعلي، وهو يكون بتزوير وصف في محل العقد بوهم المتعاقد في المعقود عليه مزية مصطنعة غير حقيقية، وكل الطرق الاحتيالية التي تُكوّن التدليس في القانون المدني والتي سردنا أمثلة لها فيما تقدم، تُنبئ عن التدليس الفعلي في الفقه الإسلامي.<sup>1</sup>

### ثانياً: أنواع التدليس

يقسم فقهاء الشريعة الإسلامية التدليس إلى تدليس فعلي وتدليس قولي

أ- **التدليس الفعلي**<sup>2</sup>: ويستشف تعريفه من دلالة لفظه بمعنى أن المُدلس يتخذ من الأفعال سواء كانت ايجابية أو سلبية، وتتعلق غالباً هذه الأفعال في المعقود عليه، فيظهره على خلاف حقيقته وواقعه، مما يدفع بالمدلس عليه إلى الإقدام على التعاقد، ويراد بالأفعال الإيجابية ما يفعله المدلس بمحل التعاقد كحديث المصرة وهي تصرية - ربط - ضرع الأنثى مدة من الزمن فيمتلئ ضرعها فتظهر للمشتري كثرة اللبن - أو كما يمكن أن تفعله المرأة بمناسبة زواجها من صبغ شعرها متى ظهر فيه الشيب لإخفاء دلالة كبر السن وتصفيف الشعر لإخفاء التجعد، والأمر نفسه بالنسبة للرجل. فهذا فعل ايجابي مفاده إيهام العاقد الآخر خلاف الواقع، أما الأفعال السلبية كترك أنثى الحيوان دون حلب لمدة طويلة وهو يشابه التصرية من حيث الغاية وهي إظهار أنثى الحيوان كثرة اللبن لكن في الأولى قام بفعل وفي الثانية امتنع عن الفعل وهو الحلب.

**حكمه**: إن كل فعل من شأنه إظهار وصف مخالف لحقيقة واقع الشيء وهو فعل حرام لكن بالنسبة لمن وقع ضحية هذا الفعل فالعقد ليس باطلاً، وإنما التدليس يوجب للشخص الخيار بين إتمام العقد أو الرجوع فيه مع التعويض، فالعقد ينشأ صحيحاً، ذلك أن الحيل والطرق المستعملة قد لا تنطوي على كل الناس فمن عُرف بكياسته وفطنته وتحريه فلا يعتبر قد وقع في تدليس متى سهُل عليه

1 - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الارادة، مرجع سابق، ص: 157.

2 - يسميه بعض الفقه بالتدليس في الوصف، و إنما سمي بهذا الاسم (أي التدليس الفعلي) ،بالنظر إلى الوسيلة التي يتم بها التدليس، و هي الفعل و يتفق مع تسمية التدليس في الوصف، لأن إيهام الشخص بصفة كاذبة في الشيء يكون بواسطة فعل، بإظهار صفة مصطنعة .؛ أنظر: الزرقاء ، الفقه في ثوبه الجديد، الجزء: 01، مرجع سابق، ص: 409.

كشف التدليس، فمن تقدم لإمرأة كبيرة في السن وقد صبغت شعرها إخفاءً لشيب فيه فقد لا يكون للزوج الادعاء كونه وقع في تدليس إذ يسهل عليه كشف الحيلة، إن فالعقد ينشأ صحيحاً ويكون للمتضرر الخيار لحديث المصراة.

### ب- التدليس القولي

وهذا النوع من التدليس بخلاف الأول لا يتخذ المُدلس أفعالاً مادية وإنما يكتفي بالقول، فقط ويتحقق حين يعمد المتعاقد أو من يعمل لحسابه كالدلال والسمسار إلى الكذب والإدلاء بغير الحقيقة ليحمل العاقد الآخر على التعاقد<sup>1</sup>

ويدخل فيه ما يتخذه أحد العاقدين أو الغير من قول للتحايل على الآخر سواء كان كذباً أو رافقه طرق خفية للتأثير.

نصادف مثل هذا النوع من التدليس في البيوع بالنسبة لأحد العاقدين كبيوع الأمانة والنجش من الغير.

ويتحقق هذا النوع أيضاً بالكذب أي بالقول المنافي للحقيقة وقد يدخل ضمن الكذب والكتمان وهو التغاضي عن ذكر عيب محل الالتزام معروفاً لدى أحد العاقدين.

يتحقق هذا النوع من التدليس في عقد الزواج؛ كمن يدعي كذباً أن ابنته تقدم لها الكثير من الخطاب ورفضهم، لأجل جعلها أكثر قبولاً لدى الخاطب، وربما لأجل المغالاة في مهرها، وقد يكتم أحد الزوجين عيباً فيه وكان يعلمه كأن يكون بأحد منهما عاهة لا يكون للآخر تبيئها فيقع ضحية تدليس.

**حكمه:** يفرق الفقه في الحكم على التدليس القولي إن كان ترتب عليه غبن أم لا ففي الأولى يثبت له خيار الفسخ للغبن، أما في الثانية لا يكون للتدليس أثر ويكون المُدلس عليه، إنما اندفع إلى التعاقد من باب التقصير وعدم التروي .

1 - السنهوري ، مصادر الحق ، الجزء الأول، مرجع سابق، ص: 72 .

ويرى الأستاذ محمد جعفر في مؤلفه نظرية عيوب الإرادة المذكور سابقاً، أن مبرر التفرقة بين تغير يترتب عليه غبن وبين تغير لا يترتب عليه غبن، فما دام التغير استعمال الحيلة والخدعة لإغراء شخص على إبرام العقد وكانت هذه الخدعة أو تلك الحيلة هي التي حملته على التعاقد، فيعني ذلك أن إرادته لم تكن سليمة وهو يقدم على العقد، بل شابتها شائبة ما، لذا يثبت لمعيب الإرادة حينئذ خيار في فسخ العقد أو إمضائه، متى ثبت وجود التغير ودون النظر إلى ما إذا كان التغير قد أنتج غبناً أو لم ينتج، إلى جانب أن الغبن يعد عيباً مستقلاً لدى بعض التشريعات .

ولعلنا نشاطر ما ذهب إليه الأستاذ لأن القول أن يرافق التغير غبنٌ يثبت خيار الفسخ من شأنه تضيق دائرة التغير وحصره في العقود المالية لن يكون بعدها لمن تزوج بامرأة كتمت عيباً فيها تعلمه حق فسخ العقد متى رتبنا خيار الفسخ لمن وقع في غبن، وبذلك فعدم تلازم الغبن بالتغير من شأنه التوسيع من دائرة التغير ليدخل في دائرته المعاملات الشخصية كعقد الزواج مثلاً.

### الفرع الثالث: تطبيقات التدليس في عقد الزواج

يعتبر التدليس من أكثر العيوب التي تعترى الإرادة في عقد الزواج وله تطبيقات عدة بالمقارنة بالغلط الذي حالاته، قليلة وأن اختلطت بالتدليس إذ الذي يقع في غلط فيتوهم شيئاً في محل عقد الزواج كالمراة التي تقبل الزواج من رجل على هذا الاعتبار فيتبين انه عنيف فقد وقعت في غلط دفعها للزواج، ولكنه في الحقيقة إن الطرف الآخر قد أخفى هذا العيب ويكون بذلك مدلساً ومن حالات التدليس ما يلي:

**أولاً حالات الخنثى:** وهي حالة كثيرة الحدوث فالشخص يكون في وضع أقرب فيه للأنثى أو للذكر، فإن أخفى الشخص وضعه هذا سواء كانت المرأة أو الرجل يكون مدلساً وإن كانت هذه الوضعية - أي وضعية الخنثى - ليست بعيب ما لم يخف هذا الشخص وضعه.

**ثانياً المحول جنسياً:** وإن كانت وضعية هؤلاء محل جدل، وتعتبر هذه الحالة مرضية بحتة فالرجل بقوام الرجل إلا أن غالب ميوله أنثوية. فإن المحول جنسياً سواء الرجل إلى المرأة أو العكس فهذا

الوضع إن لم يخبر به وانعقد في العقد بعدها عدّ هذا الأخير مدلساً، ما لم يخبر المتعاقد الآخر بوضعه - دون التطرق إلى الجانب الشرعي لهذا الوضع<sup>1</sup>.

ثالثاً حالة المرأة (البكر والثيب): قد يُقدّم الرجل على خطبة المرأة على إعتبار أنها بكر فتبين له غير ذلك وهنا نميز بين وضعين:

الأول: أن تعلم المرأة بحالها - سواء بفقدتها بكارتها مع علمها سواء الفقد بعملها بارتكاب المعصية أو بفعل قاهر لا إرادة لها فيه- فإن أخفت المرأة وضعها تكون بذلك مدلسة ويكون العقد قابلاً للإبطال<sup>2</sup>.

الثاني: أن لا تعلم بوضعها وهو دليل أن المرأة لم ترتكب فعلاً مخالفاً للشرع بفقدتها بكارتها ونشبهه هنا بالتدليس من الغير دون أن يعلمه المتعاقد الآخر. هنا الأمر إن عالجه من الجانب القانوني فإن الزوج قد وقع في غلط فتوهم غير الحقيقة - والتي لا تعلمها المرأة أيضاً - وبالتالي فإرادته مشوبة تجعل العقد غير صحيح ويمكن إبطاله، أما إن عالجه من الجانب الشرعي ففقد العذرية كان حتماً دون خطأ الزوجة وليس من الشرع أن نحاسب على ما لم ترتكبه.

رابعاً التعدد: من صور التدليس أيضاً كمن يريد الزواج بثانية أو أكثر فيقدم على الزواج دون إخبار الزوجة الجديدة بوضعه كمتزوج، فلو علمت الزوجة بزواجه لما قبلت، إذ الزوجة إنما قبلت الزواج واتجهت إرادتها للعقد على اعتبار أن المتقدم إليها لم يسبق له الزواج. فرضاها إذن قد شابه غلط أحدثه الزوج بكتمان وضعه، ويستوي الأمر كما كان الزوج مُطلقاً وقد أخفى هذا فيكون بذلك مدلساً لكتمان حالته<sup>3</sup>

1 - وإن كانت جل الآراء الفقهية لا تجيزه إلا استثناء لمن كان له تشوها في أعضائه، وكان أقرب لأحد الجنسين بيولوجياً لا نفسياً.

2 - ننبه هنا إلى نقطة هامة خاصة من الجانب الشرعي، فالمرأة التي فقدت دليل عفتها بفعل خارج عن إرادتها - لم ترتكب الفاحشة - يُراعى هذا الوضع من جانب الزوج.

3 - تجدر الإشارة هنا بخصوص الزواج بأكثر من واحدة، أن وضعية الزوج تظهر من خلال مستخرج الحالة المدنية لشهادة الميلاد، والتي يظهر من خلالها الرجل إن كان متزوجاً أو مطلقاً، فيقع على الزوجة أو أهلها التحقق من هذا، من خلال هذه الوثيقة، ما لم يقع تزوير، ونكون هنا إلى جانب التدليس أمام جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات، أما لو كنا بصدد الزواج العرفي، وغالبا ما يلجأ إليها في الجزائر للتعدد، نظراً لإجراء الترخيص من المحكمة، فيفضل كثير .../.../...

خامسا العقم: وهذه الحالة المرضية والتي قد تصيب الزوجة أو الزوج فهذه الحالة إن بانّت لأحد الطرفين قبل الزواج وأخفاها، يكون هذا الأخير مدلساً فلو علم الطرف الآخر بهذا لما قبل بالزواج فهدفُ الزواج إلى جانب الإحصان هو الحفاظ على النسل البشري بالتكاثر، فيمكن أن تستشف هذه الحالة المرضية من خلال النظر في أهل طرفي عقد الزواج فينظر للزوجة لأخواتها وخالاتها والأمر نفسه للزوج، فإن أمكن التقصي فتبين للزوج أو الزوجة إمكانية عقم الطرف الآخر من خلال النظر في أهله فدلّ حالٌ من حوله مرضه، وأقدم الطرف المتحري على الزواج فلا يعذر بطلب الطلاق لعيب العقم، وإن كان هذا الموقف نسبياً إلى حد ما. أما إن تعذر كشف العقم وكان ظاهرُ الحال لا يخبرُ به، فلا يمكن للطرف المتضرر في عقد الزواج أن يدفع بتعرضه لتدليس، وله بعدها حلول - يعني الزوج- أبرزها التعدّد، فقد وجد مبرره أو طلب التطلاق لهذا العذر. وإن كان الفقه الإسلامي يفضل الحل الأول جبرا لخاطر الزوجة لأمر لا حول ولا قوة لها فيه. أما الزوجة فلها المطالبة بالتطلاق رغبة منها في الأولاد بالزواج من غيره.

سادسا حالة مثلي الجنس: وهنا يكون التدليس على الموظف المكلف بإبرام عقد الزواج من خلال التلاعب بالأسماء في شهادة الميلاد فيظهر الشخص ذكرا في شهادة الميلاد أنه أنثى أو العكس ولنا في هذا خير مثال اسم " صباح " يتجه فكرنا إلى أنه أنثى ونتصرف تبعا لهذا المنطلق في حين أنه في لغتنا فإسم صباح اسم مذكر، يعتبر الحضور لأطراف العقد ضروري لتبين ذلك ومن ثمة درء لكل شبهة.

#### الفرع الرابع: أثر التدليس على الزواج

##### أولا: في الفقه الإسلامي

لا يقف أثرُ التغيرير والتدليس عند العقود المالية بل يتعدى إلى النكاح ونحوه، بل انفق الحنفية مع الجمهور في أن التغيرير بالحرية أوجب الضمان لما يترتب عليه، بل ادعى القنوري على ذلك الإجماع فقال: " رُوِيَ أَنَّ جَارِيَةَ غَرَّت رَجُلًا فَتَزَوَّجَهَا فَكَانَتْ عِنْدَهُ مَدَّةَ فُولَدَتْ مِنْهُ أَوْلَادًا، ثُمَّ جَاءَ صَاحِبُهَا وَاسْتَحْقَقَهَا، فَقَضَى عَمْرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِالْجَارِيَةِ لِصَاحِبِهَا بِالْعَقْدِ وَبِقِيَمَةِ الْأَوْلَادِ وَلَمْ

.../... من الأزواج الذهاب للزواج العرفي ، ففي هذا الأخير سواء كان سبب الترخيص أو في الحالة العادية، من الصعب على الزوجة التثبت من وضعية الرجل إن متزوجا أو مطلقا أو أرملًا، فإن أخفى وضعه وتصرفت الزوجة واتجهت إرادتها لكونه لم يسبق له الزواج، يكون مدلسا.

يقض بقيمة منافعتها التي كانت في يده وإستوفائها، وعن علي رضي الله عنه مثل ذلك ولم يخالفهما أحد، فصار لشهرته إجماعاً". وقال الحصكفي " الغرور لا يوجب الرجوع إلا في ثلاث. . . . الثالثة إذا كان الغرور بالشرط كما لو زوجه امرأة على أنها حرة ثم استحققت رجوع على المخبر بقيمة الولد المستحق<sup>1</sup>.

غير أن الفقهاء اختلفوا في التغيير بالعيوب الموجبة للفسخ والخيار، فذهب جمهور المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه إذا وجد أحد الزوجين أحد العيوب الموجبة للفسخ لم يعلم به، فلأخر الخيار في فسخ النكاح وهو مروى عن عمر بن الخطاب وابنه وابن مسعود وجابر وبه قال إسحاق والعيوب الموجبة للفسخ هي الجنون والجذام والبرص إذا وجدت في أحدهما، والجب والعنة للرجل، الرق والقرت للمرأة<sup>2</sup>.

وذهب الحنفية والظاهرية إلى أن النكاح لا يفسخ بعيب لكن الحنفية قالوا إذا وجد بالزوج الجب أو العنة فللزوجة الخيار، وتكون الفرقة طلاقاً بحكم القاضي وذلك ما قال به النخعي والثوري وروى عن علي أنه قال: "لا ترد الحرة بعيب" وعن ابن مسعود أنه قال: "لا يفسخ النكاح بعيب" ولا خلاف بينهم في أن الفسخ عند القائلين به يكون بحكم الحاكم.

فإن كان بالرجل عنة فإن العيب يستحق فسخ النكاح بعد أن تضرب له مدة يختبر فيها ويعلم حاله بها وهذا قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعمر بن دينار النخعي وقتادة وحمام بن أبي سليمان وعليه فتوى الأمصار ومنهم مالك وأبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو عبيدة وشذ الحكم بن عيينة وداود فقالوا: لا يؤجل وهي امرأته، وروى ذلك عن علي رضي الله عنه أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت يا رسول الله أن رفاعة طلقني فبت طلاقاً، فتزوجت عبد الرحمان بن الزبير وإن له مثل هدية كثوب فقال: "تريدين أن ترجعي إلى رفاعة، لا حتى تذوقني عسيلته ويذوق عسيلتك" ولم يضرب له مدة<sup>3</sup>.

1 - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، 05 / 145.

2 - ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 03 / 158.

3 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 07 / 200.

وذهب الفقهاء إلى أن العيوب الموجبة للنكاح لا تنحصر على ما ذكر بل يثبت الخيار بوجود سلس البول بأحدهما والباسور والناصور، والقروح السيالة في الفرج، لأنها تثير نفرة وتتعدى نجاستها، فقد روى أبو عبيد بإسناده عن سليمان بن يسار، أن ابن سندر تزوج امرأة وهو خصي فقال له عمر: أعلمتها؟ قال: لا، قال: أعلمها ثم خيرها<sup>1</sup>.

من خلال ما تقدم، فإن الأثر الذي يترتب عن التدليس في عقد الزواج يختلف عن باقي العقود الأخرى وأن كان يشترك معها في بعض القواعد العامة، لكن خصوصية عقد الزواج تجعل من الصعب العودة إلى الحالة التي كان عليها أطراف عقد الزواج خاصة المرأة متى ثبت الدخول باعتبارها أكثر تضرراً والشريعة الإسلامية عالجت هذا الأمر بدقة فأثبتت لها:

- الخيار: بين الفسخ أو استمرار العلاقة الزوجية.

- بالنسبة للفسخ: فإن حق المرأة فيه ليس مطلقاً إذ يميز فيه أمرين:

**الأول:** إن أعلمها الزوج بالعيب قبل الدخول - لم يكن هذا مدلساً - ورضيت به لم يثبت لها الخيار، فقد رضيت بالعيب ودخلت في العقد عالمةً به علماً يثبت لها الخيار، ولأنها رضيت به بعد العقد أو بعد المدة لم يكن لها الفسخ، وكذلك إذا رضيت بالمقام معه، ثم طلقها ثم إرتجعها لم يثبت لها مطالبة الفسخ، وقولهم أنها تكون في نكاح دون نكاح إحتمال بعيد<sup>2</sup>.

**الثاني:** إن لم يُعلمها بالعيب - عُدَّ مُدَلِّساً - فيثبت لها الخيار بين البقاء معه أو المطالبة بالفسخ، مع المطالبة بتعويض عملاً لحَقِّهَا من ضررٍ، ولعل البقاء يكون خيراً حلٍ لها متى كان العيب لا يتنافى وحكمة الزواج - خاصة العنة والخصي - ولم يكن للمرأة من يعيلها، فهناك من العيوب ما يستحيل معها بقاء الزواج كبعض الأمراض المنفرة.

ويستوي مع هذا - عدم إعلام الزوجة بالعيب - إن علمت المرأة بالعيب وسكتت عن المطالبة، ثم طالبت بعد ذلك فلها ذلك، فلا يُعَلَمُ إختلافاً في هذا، لأن سكوتها بعد العقد ليس بدليل على الرضا لأنه زمن لا تملك فيه الفسخ، ولا الإمتناع من إستمتاعه فلم يكن سكوتها مسقطاً لحَقِّهَا

1 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 07 / 186.

2 - ابن قدامة، المغني، المرجع نفسه، 07 / 202.

بعد ضرب المدة وقبل انقضائها لو سكتت بعد المدة لم يبطل خيارها أيضا لان الخيار لا يثبت إلا بعد رفعه إلى الحاكم وثبوت عجزه فلا يضر السكوت قبله<sup>1</sup>.

والسكوت ليس دليل القبول، ولا يسقط حق المرأة في الخيار فلها المطالبة بالفسخ بعد إنقضاء المدة حتى ولو بقيت بعده هذه المدة، إذ الخيار كما سبق ذكره لا يثبت إلا بالقضاء.

### ثانيا في القوانين الوضعية

يعتبر عقد الزواج عقداً كباقي العقود تسري عليه الأحكام العامة للعقد، فالتدليس متى توفرت شروطه خاصة إن كان دافعاً للتعاقد، أثر تأثيراً مباشراً في الرضا الذي يعتبر مدار كل العقود عامة وعقد الزواج خاصة، فهو يهدم الرضا ويعدمه فإن كان الأمر كذلك فقد إختل العقد ككل.

وتتجلى خصوصية عقد الزواج من خلال بيان بعض العيوب التي ينفرد بها عقد الزواج عما سواه خاصة ما تعلق بالمحل في عقد الزواج، وكذا السبب والباعث من الزواج ذلك أن العيوب التي غالبا ما تكون في العقود تتعلق بالمحل؛ وهو التزام كل طرف في العقد وهو خارج عن المتعاقد بعكس الزواج، فالمحل مرتبط بالأطراف، فحل الاستمتاع والذي يراد منه عفة كلاً الطرفين بإخلال المتعة بالعقد، فمتى كان أحد الطرفين به عيب لا يحقق هذه المصلحة فإنه يتنافى والباعث من الزواج فإن أخفاه أحدهما لم تتحقق الغاية الأولى للزواج عد مدلسا . أو كان أحدهما عقيماً، فالعقم يهدم غاية الزواج الثانية وهي النسل وإن كانت هذه الغاية لا تمنع الزواج إذ بإمكان الزوج التعدد فلا يهدم هذا العيب العقد كما لو كانت المرأة هي العقيم، لكن لو حدث العكس كان العيب جوهرياً للمرأة التي حُق لها الخيار إذ ليس لها ما للزوج.

ما ذكر من عيوب هي عيوب خاصة بعقد الزواج، أما العيوب التي قد تحدث وتشارك مع باقي العقود كالظهور بمظهر غير الحقيقة -الوضعية المالية- والكذب فمتى كانت هذه دافعا قد صورت غير الحقيقة ودفعت للتعاقد كان العقد باطلا لتخلف الرضا.

1 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 07 / 202.

## الخاتمة:

عرفنا أنّ عقد الزواج بأنه رباط بين رجل وامرأة، يلزم لقيامه أركاناً وشروطاً، وخصّصنا إلى مكانة الرضا فيه، فقد أجمع الفقه الشرعي وكذا القوانين الوضعية على رضائته، غير أن لهذا الركن ضوابطاً إختص بها عقد الزواج عن سائر العقود؛ منها ما هو موضوعي وآخر شكلي وأنه يلزمه تعبيرٌ للدلالة على وجوده، ولا يكون منتجاً ما لم يقع سليماً.

1- فوجدنا من ضوابط رضائية عقد الزواج ما هو موضوعي فخصّصنا أنّ إلى لفظ الهازل يقع به الزواج، لصريح حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد...، فلم يشترط الشرع ضرورة تطابق القصد مع اللفظ؛ ومبرر ذلك أن عقد الزواج إختص المولى عز وجل ببيان أركانه وشروطه، ولم يجعله محلاً للتلاعب، فرتّب آثار العقد على الهازل فجعل المرأة - الطرف الثاني في العقد - في حكم الزوجة حتى تمتع المرأة بحقوقها كزوجة؛ كالميراث في حال وفاته، والتعويض بتقويت فرص الزواج، دون أن يكون ذلك للرجل عقوبة له، في حين نجد القوانين لو تول أهمية لمثل هذا الموضوع.

2- أنّ الضابط الموضوعي إلى قادننا البحث عن الاشتراط في عقد الزواج ومدى تأثيره في الرضا؛ ومن ثمة تأثيره على قوام العقد في حد ذاته، وصلنا إلى نقطة هامة أن الاشتراط جائز في حدود ضابط عقد الزواج وكل شرط يتنافى ومقتضيات الزواج يقع العقد باطلاً - إن كان جانب من الفقه يرى سقوط الشرط وصحة العقد - أما خلاف هذه الشروط - فهي وإن كانت محل خلاف بين الفقه فإنّها على العموم شروط مقبولة.

3- ومن الضوابط الشكلية عرفنا إختلاف الجنس، والحقيقة أنه ما كان لنا أن ننير هذا الموضوع إذ هو داخل في ماهية العقد، لكن زواج الخنثى والمثلية جعلني أقف على عدة نقاط توصلت إليها بهذا الشأن:

أ- ندرك أن المحل في عقد الزواج هو جل الاستمتاع على الوجه الشرعي وهذا المحل للعقد ما كان ليكون لولا إختلاف الجنس بين الزوجين إذ بالتماثل لن يتحقق هذا المحل - على شرط التمتع على الوجه الشرعي - لكن بعض الانظمة تعمل جاهدة للتعديل في هذا الميثاق فحاولت من منطلق التراضي الذي يجد أساسه في مبدأ سلطان الإرادة لإيجاد تبرير لإحلال الزواج المثلي التي باتت تتبناه بعض التشريعات الغربية وظهوره بشكل محتشم في بعض الدول العربية، غير أنّ ما ذهب إليه الموسوعة البريطانية، في تبني ما يسمى بالجنردة والتوسع في هذا المصطلح؛ فالجنردة أن جنس الشخص لا يتحدد بمظهره البيولوجي فحسب؛ بل يتحدد بالرغبات والميول النفسية للشخص، فإن كان ذكراً ورغباته أقرب إلى الاناث عدّ أنثى، وهو ما يعرف في لغتنا العربية

بالتَّخَنُّثِ، وفق ذلك فقد وجدت الموسوعة البريطانية مخرجا للمثلية الجنسية بإقرار قاعدة ان الجنس تحدده أيضا الميول النفسية وهذا ما تعارضه الكنيسة بشدة.

ب- خصوصية عقد الزواج تقف عائقا أمام المثلية التي تأباها البشرية وفق الفطرة التي جُبلت عليها فلا يمكن بأي حال إهمال مبدأ الرضا وإطلاقه في نفس الوقت باقرار الزواج المثلي، وبالرجوع للمنطق العقلي إذا كان الزواج يهدف لحفظ النسل فإن له ذلك بالمثلية.

ج- وإختلاف الجنس جعلنا نقف على حالة الخنثى، فلا يثير إشكالا كما لو كان غير مُشكل إذ يسهل تحديد جنسه من خلال جملة علامات تُقَرِّبه لجنسٍ دون آخر، على أن يُصَرِّح الخنثى بعييه للطرف الآخر حتى لا يوقعه في غلط يراه جوهريا يحول دون رضاه، وللخنثى تصحيح جنسه إن أمكن طبيا في حدود الجراحة المسموح بها طبيا، وإن كان للشرع موقف من هذه الجراحة اذ يحرمونها من منطق تغيير خلق الله، ومن الأحكام التي لا بد رعايتها هي أنّ الخنثى غير المشكل إن تبين جنسه أن يتزوج من نقيضه دون أن يستغل شبهة جنسه ليكون مبرره للزواج المثلي، وقد يقع ضابط الحالة المدنية أو المكلف بإبرام عقد الزواج في خطأ شبهة الاسم كروان وغزال، ولأجل تلافي مثل هذه الأخطاء يقع على من يتولى عقد الزواج التأكد من حضور أطراف عقد الزواج بصفة شخصية غير أنّ الخنثى المشكل وهو من يصعب تحديد جنسه ولا يغلب عليه علامات أحد الجنسين فإن مثل هذا الشخص ليس له الزواج مطلقا.

4- ومن الضوابط الشكلية ما إستحدثته التشريعات من إجراءات لا بدّ من إستيفائها قبل الانعقاد وهي الكشف الطبي قبل الزواج؛ ويهدف هذا الاخير إلى وضع صورة وبيان عن الحالة الصحية للمُقدّم على الزواج وإعلام الطرف الآخر به، يهدف من جانب آخر إلى أخذ بعض التدابير الوقائية في حالة الكشف عن بعض الأمراض التي يمكن تلافيها بالوقاية قبل الزواج وهي أكبر فائدة من الكشف الطبي؛ فبإغفاله فإنّ احتمال إصابة الأجيال بالأمراض كبير جداً، فهذا الإجراء ليس في حقيقته عرقلة وإضاعة للوقت كما يفهمه غالب المُقدّمين على الزواج وإنّما في بدايته كما يفهمه الغالبية، لكن حقيقته في دوام الزواج من جهة، وتحقيق أهدافه من جهة ثانية ألا وهو النسل السليم، وقد اختلفت التشريعات خاصة العربية فيما يخص الكشف الطبي حول طبيعة الأمراض المراد الكشف عنها من أمراض معدية وأخرى أمراض وراثية، وخير ما فعله هو التشريع العراقي إذ لم يحدد أمراضاً محددة بعينها؛ إذ تختلف حسبهم باختلاف الأوقات، في حين المشرع الجزائري يعتبر أزهده هذه التشريعات، فلا ترد في وثيقة الكشف الطبي إلا زمرة الدم وعامل الريزيس لأن الأمراض - حسبه - لا تتعلق إلا بأمراض الدم وإن كانت تشكل جزءا منها، وعموما فالكشف أو الفحص الطبي قبل الزواج لا يقف عائقا أمام رضا الزوجين بالعقد، وما دور الذي يتولى إبرام

العقد إلا إعلام الأطراف بالوضعية الصحية لكل طرف دون أن يمارس أي سلطة متى تبين له مرض أحدهما أو كليهما بأمراضٍ تتنافى وعقد الزواج وأهدافه.

حقيقة إن الكشف الطبي لا يؤثر في رضا الأطراف بالعقد، فمتى قبل الزوجان بالعقد كان لهما ذلك وليس لأحد أن يمنعهما، وهذا ظاهر النصوص القانونية، لكن هذا الكشف قد يؤثر في الرضا، فمن جانب المرأة غير الراشدة التي يتولى زواجها وليها وحتمًا سيكون حريصاً على الكشف، ومتى ظهر له مرض الطرف الآخر كان له أن يمنع موليته من الزواج، وليس للمرأة في هذه الحالة أن تدفع بعضل وليها للزواج؛ إذ الولي في هذه الحالة إنما عضله لتخلف عنصر الكفاءة، قد يصدق هذا بالنسبة للمرأة القاصرة فهل يصدق للراشدة وكذا الزوج، حقيقة أن المرأة الراشدة ليس لوليها أن يمنعها من الزواج متى رضيت به، هذا إذا ما عدنا إلى القوانين الوضعية بالنسبة لدول المغرب العربي أما بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية فالولي ركن وليس للمرأة الراشدة الزواج ولا يهيم رضاها متى كان مبرراً رفض الولي شرعياً، أمّا بالنسبة للرجل فليس هناك ما يمنعه من الزواج فمن كانت مريضة - أمراضاً معديةً أو وراثيةً - من منطلق رضاها بها، لكن قد يكون هذا صحيحاً إلى حد ما، والواقع العملي يجعل من الرجل يُحكّم عقله فلا يقتصر تفكيره فيمن يريد الارتباط بها بل يتعداه إلى الولد وإمكانية الإصابة بالمرض، فيؤثر الكشف الطبي في الرضا بطريق غير مباشر؛ ولعل التشريعات التي فرضت الكشف الطبي قبل الزواج كإجراء شكلي لا تؤثر نتائجه على انعقاد الزواج بل هو مؤشر لإحتمال منع الزيجات التي تنقل الأمراض مستقبلاً؛ فالأمر في بدايته تحسيس قد يرتقي إلى ما ذكرنا، وتعتبر المملكة العربية السعودية الوحيدة التي لم تعمل بهذا الإجراء ولم تمنع من إقامة ندوات ومناشير تبين فوائد وأهداف هذا الكشف.

5- وفي سياق ذكرنا للولي - وهو موضوع الفصل الثاني من الباب الأول - بالنسبة للمرأة خاصة البكر منها؛ فإن رضاها مُركَّب من رضاها ووليها فليس لها أن تزوج نفسها حتى ولو كانت بالغةً وميّزت الشريعة الإسلامية بين البكر والثيب؛ وجعلت الأخيرة أولى بنفسها لسبق معرفتها وخبرتها بالزواج والرجال، ولم تميز في الثيب إن كانت صغيرة أو كبيرة، يكفي وصفها بالثيب فتتولى الزواج وتكون موافقته بالتصريح لا بالصمت، أمّا بالنسبة للبكر فتستأذن ودليل رضاها صمتها والغالب أن البكر تكون صغيرةً - قاصر - فيكون وليها أولى بتزويجها متى رأى الأكفأ لها، وقد وقفت على حقيقة أن ليس للعمر دور لتحديد أولوية المرأة وأحققتها في زواجها، بل العبرة بالبكار، في حين تناقض القوانين الوضعية هذا.

قد لا يشكل رضا الرجل في عقد الزواج إشكالا كونه القائم بذاته وأولى برعاية مصالحه لكن قد يختلف الأمر بالنسبة للمرأة - من منظور شرعي - لوجود الولي الذي يُعتبر المُعَبَّر بِاسْمِهَا عن رضاها فيرضى لها من يراه كفتا لها، والأمر لها بعده وليس لها أن تمنع إن لم يكن في الزوج ما يشوبه، كما لا يقع على الولي إجبارها بالزواج ممن لا ترضاه، وللموازنة بين الأمرين الأولى أن تُسْتَشَار المرأة البكر فيمن تقدم لها وكان كفتا؛ فتحكم المرأة دينها بطاعة وليها؛ بالمقابل لا يمنع الولي موليته من الزواج ممن ترضاه بشرط أن يكون كفتا لها، وإلا كان للولي حق عضلها، ويعتبر التشريع الجزائري قَصْرَ إلى حد ما؛ كونه لم يفصل بشأن الولي بالنسبة للبكر والثيب وإنما ناقش الأمر من زاوية البلوغ فقد جعل الراشدة أولى بنفسها في الزواج بحضور وليها وهو ما لم يكن قبل تعديل قانون الأسرة، في حين جعل الولي بالنسبة للقاصر ولم يأت على ذكر البكر والثيب ولعله جعل البلوغ كافياً للإمام بالموضوع خاصة إذا كان سن الرشد هو 19 سنة وهو سن مرتفع بالنسبة للشرعية الإسلامية التي تعتبره دون ذلك بكثير (13 سنة) وعلة في تحديد المرأة إن كانت بكرا أو ثيبا هو خبرة هذا العقد فهو ليس كباقي العقود المالية، فهو عقد خاص، فالبكر لم تُخْبِرَ الزواج ولن يكون لها ذلك وإن تقدمت في السن ويكون وليها الأقدر على رعاية مصالحها في حين خبرت الثيب هذا العقد وخبرت الرجال فأمرها لها وتكون من الكفاءة ما يُسهّل عليها تقدير مصالحها فيكون الولي هنا لإضفاء الرسمية على عقد الزواج فحسب.

فالتشريعات العربية قد جاءت مطابقةً لإحكام الشريعة الإسلامية كُلاً ومذهبه ويعتبر المذهب الحنفي الأكثر إعمالاً لمبدأ الرضا؛ فلا يجعل من الولي ركناً، بل يضعه بمرتبة الشرط، وهنا يظهر تضارب موقف المشرع الجزائري بشأن الولي، فقبل التعديل جعل منه ركناً لا ينفذ العقد إن لم يتوافر، ثم حاد عن هذا المذهب - المذهب المالكي - معتقاً الحنفي وأن مبرره في التعديل ظاهره المذهب المذكور لكن حقيقته غير ذلك، وهو تأثير المصادقة على إتفاقية السيداو، ويعتبر المشرع الجزائري الأزهد من بين التشريعات العربية في مجال الأسرة إذ أحال إلى الشريعة الإسلامية لحل بعض المسائل التي لم يطلها النص القانوني أمّا باقي التشريعات العربية فقد نظمت أحوال الأسرة غاية التنظيم ولم تترك لا شاردة ولا واردة الا واحاطت بها علما.

إن أبرز ما يمكن أن نصل إليه بشأن الولي خاصة في ظل التشريعات الحديثة الغربية التي تمارس ما أمكن للتأثير على التشريعات العربية خاصة والمسلمة عموماً قصد تحرير المرأة من خلال؛ إدخالها معترك السياسة، والتمثيل النيابي، ودخول القضاء، فيكون من باب أولى ولايتها على نفسها فتُبرِّمُ ما شاءت من العقود ومنها عقد الزواج، وهو مفصل المجتمعات، فإذا ما أُدخِلت

عليه تعديلات تمس مقاصده وتذهب بما أقره الشارع الحكيم من أحكام توقيفية، وإنّ التلاعب بهذه الأحكام من إقرار تعديلات تعارضها سوف تذهب حتما بهذا الميثاق الغليظ.

6- إنّ الإحتكام لمبدأ الرضا وتطبيقه في هذا العقد سوف يجعل منه عقداً عادياً كسائر العقود تحكمه المبادئ العامة للقانون المدني، وإن فعلنا ذلك سوف نذهب بروح هذا العقد ويفرغه من أهدافه ومقاصده.

7- من خلال التطرق لتحقيق الرضا- وهو موضوع الباب الثاني- في وجوده (الفصل الأول) أثبتت الشريعة الإسلامية مدى تغطيتها لدلالة اللفظ على التعبير إذ جعلت لكل قسم من الكلام معني بإستثناء الحرف الذي يأخذ المعنى بإتحاده مع غيره، فقسمت الأفعال إلى ماض ومضارع وأمر وإلى المستقبل، وجعلت لكل معنى ودلالة، وخُصنا إلى أن المتكلم إن تلفظ بالكلام وقصد المعنى المجرد ترتب عليه، شريطة أن يفهمه من تعلق بهم مجلس العقد، ورفعا للحرص عمّلنا بما ثبت عن شيخ الإسلام -إبن تيمية- أن العبرة في التعبير بالمعنى لا باللفظ والمبنى، هذا لو كان التعاقد بالتعبير، أمّا لو كان بغيره كالسكوت والإشارة فقد نُسب للشرع " لا ينسب للسكوت قول " والسكوت في معرض البيان بيان، وعلى قدر تفصيل الشريعة في هذا الباب بقدر عجز القوانين الوضعية؛ إذ تكتفي باللفظ الصريح أو الضمني وتعدت كثيرا بالقصد، ووصلنا في الأخير أنه تيسيرا للأمة ورفعا للحرص، أُعْتِدَّ بالعرف لكل بلد في التعبير شريطة أن يفهمه من في مجلس العقد.

8- ولتحقق الرضا بعد وجوده لا بد أن يكون سليماً بمعنى خلوه من أي عيب، فلا الشرع أو القوانين تفرد عقد الزواج بقواعد خاصة بل تطبق عليه الأحكام العامة للعقود، وإن كان للزواج بعض الخصوصية بإنفراده بعيوب ليست في باقي العقود.

**ومن وحي هذه النتائج والتي كانت ثمرة البحث، أمكنني تقديم بعض التوصيات التالية:**

- ترقية المرأة من خلال إثارة الوازع الديني فيها وترقيته بما يتفق والمنهج الصحيح، فإن رضيت بما لم يرضه لها وليها، فأنّ لها العودة إليه، فمن الدين طاعته ما لم يتعسف.
- إدخال نصوص في قانون الأسرة الجزائري تنظم مسائل هامة أغفلها المشرع:
  - أ- كإنتقال الولاية وترتيب الأولياء حال غياب الولي؛ وعضله.
  - ب- والكفاءة وهي من الأهمية بمكان في التعارض بين الولي والمرأة.
- يكتسي الكشف الطبي قبل الزواج أهمية بالغة في العقد على الرغم من إعتراض بعض الدول لهذا الإجراء، فبإعماله يمكن تلافي الأمراض بإجراءات يسيرة؛ كان الأولى بالمشرع الجزائري تنظيمه بشكل دقيق من خلال:

أ- تحديد جملة الأمراض المعدية؛ والوراثية بشكل دقيق وذلك بتشكيل لجنة صحية تضم خبراء في الصحة والبيولوجيا والجينات وكل ما من شأنه الإفادة، توكل إليهم مهمة تحديد الأمراض.

ب- إنشاء مخابر صحية للمقبلين على الزواج لإعداد كشوف لأمراض المطلوب الكشف عنها بمبالغ رمزية، ذلك أن أسباب عزوف الأزواج عن الكشف إرتفاع أثمانها، وبعملية حسابية؛ نفقات علاجهم الأولاد بسبب الزواج تكون على نفقة الدولة، فإعداد الكشوف أقل بكثير من مكابدة معالجة أمراض قد تتوؤ بخزينة الدولة.

• عدم المبالغة في الإقتداء بمعاهدة السيداو الداعية للمساواة بين الرجل والمرأة، ونبذ كل تمييز ضد المرأة، وهذا سيقود حتما للمساس بنظام الميراث، كما هو الحال بدولة تونس، بل ذهبت إلى أبعد من ذلك من خلال إقرار زواج المرأة التونسية من غير المسلم.

• الإهتمام بتكوين القضاة في مجال الأسرة تكوينا يتلاءم والفقهاء الحديث فلم يعد مبرر الاختلاف - التعصب للمذاهب الفقهية - يجد له مكانا مع رأي الجمهور المبني على ما صح من حديث النبي صلى الله عليه وسلم.

أكون بهذا قد أنهيتُ هذه الأطروحة بتيسير من القدير بما وفقني إليه، وفق ما إنتهجتة في الدراسة عساي أكون قد وقفت إلى الحدّ المقبول في إيصال ما إعتقدته.

قائمة المراجع

أولاً: القرآن وعلومه

1. ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، المحقق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة: 02، 1420هـ-1999م.
2. الراغب الاصفهاني، المفردات في غريب القرآن، المحقق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم والدار الشامية، الطبعة: 01، دمشق، 1412هـ.
3. القرطبي، تفسير القرآن ، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، الطبعة: 02، القاهرة، 1384هـ-1964م.
4. محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، المحقق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة: 01، دون بلد الطبع، 1420 هـ-2000 م.

ثانياً: الحديث وعلومه

5. ابن حبان، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، المحقق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة: 02، بيروت، 1414-1993.
6. ابن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية، الطبعة: 01، 1419هـ. 1989م.
7. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، دار المعرفة، دون رقم الطبعة، بيروت، 1379.
8. ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، المحقق : السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، دون سنة الطبع.
9. ابن ماجه، السنن، الحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، دون رقم وسنة الطبع.
10. أبو العلا المباركفوري، تحفة الأحوذني بشرح جامع الترمذي، دار الكتب العلمية، بدون رقم الطبعة، بيروت، ودون سنة الطبع.
11. أبو الفرج ابن الجوزي، صيد الخاطر، دار القلم، الطبعة: 01، دمشق، 1425هـ-2004م.
12. أبو الفرج بن الجوزي، التحقيق في أحاديث الخلاف، المحقق : مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية، دون رقم الطبع، بيروت، ودون سنة الطبع.

13. أبو زكريّا بن شرف الحزامي النووي الشافعي، شرح صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، الطبعة: 02، بيروت، 1392.
14. أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد، المسند، المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة: 01، بيروت، 1421 هـ-2001.
15. أبو عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، الطبعة: 01، بيروت، 1411-1990.
16. أبو محمد الدارمي، مسند الدارمي المعروف بـ : سنن الدارمي، المحقق: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، الطبعة: 01، المملكة العربية السعودية، 1412 هـ-2000 م.
17. الامير الصنعاني، سبل السلام، دار الحديث، الطبعة: بدون طبعة وتاريخ الطبع.
18. الترمذي، الجامع الكبير المعروف بسنن الترمذي، المحقق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1998م، 481/02.
19. البخاري، الصحيح، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة: 01، بيروت، 1422 هـ.
20. البيهقي، السنن الكبرى، المحقق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424 هـ-2003 م.
21. الدارقطني، السنن، المحقق: شعيب الأرنؤوط، وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: 01، 1424 هـ - 2004 م.
22. الدارمي، السنن، عبد الله بن عبد الرحمان بن الفضل الدارمي، المتوفى سنة 255 هـ الجزء 2، دار الكتب العلمية، دون رقم طبعة، بيروت، دون سنة نشر.
23. الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، الطبعة: 01، مصر، 1413 هـ-1993 م.
24. النسائي، السنن الكبرى، المحقق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، الطبعة: 01، بيروت، 1421 هـ-2001 م.
25. جمال الدين الزيلعي، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، المحقق: محمد عوامة، دار القبلة للثقافة الإسلامية، الطبعة: 01، جدة، 1418 هـ/1997 م.

26. سليمان التحيبي، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، الطبعة: 01، مصر، 1332 هـ.
27. عبد العزيز بن مرزوق الطريفي، التحجيل في تخريج ما لم يخرج من الأحاديث والآثار في إرواء الغليل، مكتبة الرشد، الطبعة: 01، الرياض، 1422هـ-2001م.
28. مالك بن أنس، الموطأ، المحقق: بشار عواد معروف- محمود خليل، مؤسسة الرسالة، دون رقم وبلد الطبع، 1412 هـ.
29. محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، الطبعة: 02، بيروت، 1405.
30. محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقها وفوائدها، مكتبة المعارف، الجزء: 04، الطبعة: 01، الرياض، 1415 هـ-1995م.
31. محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، مكتبة المعارف، الجزء: 03، الطبعة: 01، الرياض.
32. محمد ناصر الدين الألباني، صحيح أبي داود - الأم، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الطبعة: 01، الكويت، 1423 هـ-2002 م.
33. مسلم، الصحيح، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بدون رقم وسنة الطبع، بيروت.
34. ولي الدين التبريزي، مشكاة المصابيح، المحقق: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، الطبعة: 03، بيروت، 1985.
- ثالثا: كتب المعاجم والتعريفات
35. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت/ 1399هـ-1979م.
36. ابن منظور، لسان العرب، الجزء: 14، دار صادر، بيروت، الطبعة: 03، 1414 هـ.
37. أبو القاسم محمود بن عمر بن محمد بن عمر الزمخشري، أساس البلاغة، تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، الطبعة: 01، بيروت، 1419 هـ-1998 م.

38. أبو طاهر مجيد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن ابراهيم الشيرازي الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، المحقق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، الطبعة: 08، 1426 هـ-2005، بيروت.
39. أحمد محمد بن علي الفيومي الحموي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، دون دار ورقم وسنة الطبع.
40. الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي الأسدي اليعمدي، كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي، وإبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، مصر، دون سنة نشر.
41. الزمخشري، المفصل في صناعة الإعراب، المحقق: علي بو ملحم، مكتبة الهلال، الطبعة: 01، 1993.
42. الشريف الجرجاني، التعريفات، المحقق: جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، الطبعة: 01، بيروت، 1403 هـ-1983م.
43. زين الدين الرازي، مختار الصحاح، المحقق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، الطبعة: 05، صيدا، 1420 هـ-1999م.
44. مرتضى الزبيدي، تاج العروس، المحقق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، دون رقم وسنة وبلد الطبعة.
45. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، دون دار الطبع، الطبعة : 02، القاهرة، 1392 هـ-1972م.
- رابعا: الكتب الفقهية  
أ\* المذهب الحنفي
46. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، الطبعة: 03، بيروت، 1412 هـ-1992م.
47. الكامل بن الهمام، فتح القدير، دار الفكر، دون رقم الطبعة، دمشق، ودون سنة الطبع.
48. بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بدون رقم وتاريخ الطبع.

49. زين الدين بن ابراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت.
50. عبد العزيز البخاري الحنفي، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، بدون رقم وتاريخ وبلد الطبع.
51. علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، الطبعة: 02، بيروت، 1414 هـ-1994 م
52. علاء الدين بن سليمان المرادوي، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، المحقق: عبد الرحمن الجبرين وآخران، مكتبة الرشد، الطبعة: 01، الرياض، 1421 هـ-2000 م.
53. علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة: 02، 1406 هـ-1986 م.
54. فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة: 01، القاهرة، 1313 هـ.
- ب\* المذهب المالكي**
55. أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، دار الفكر، دون رقم الطبعة، بيروت، 1992.
56. أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، بدون طبعة، 1425 هـ-2004 م.
57. أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1387 هـ.
58. محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة، بيروت، الطبعة: بدون رقم وتاريخ الطبع.
- ج\* المذهب الشافعي**
59. النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المحقق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة: 03، بيروت، 1412 هـ-1991 م.
60. النووي، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، دون رقم الطبعة، بيروت، ودون سنة الطبع.

61. محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، الطبعة: 01، 1415هـ-1994م، دون بلد الطبع.
62. محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، الطبعة: بدون طبعة، 1410هـ-1990م.
- د\* المذهب الحنبلي**
63. ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، الطبعة: 01، 1408هـ-1987م.
64. ابن تيمية، اقتضاء الصراط المستقيم، الحقق: ناصر العقل، شركة العبيكان، الطبعة: 01، الرياض، 1404.
65. أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب المشهور بابن قيم الجوزية ، زاد المعاد في هدى خير العباد، مؤسسة الرسالة، الطبعة: 06، بيروت، 1984.
66. أبو عبد الله ابن قيم الجوزية، تحفة المودود بأحكام المولود، المحقق: عبد القادر الأرناؤوط، مكتبة دار البيان، الطبعة: 01، دمشق، 1391 هـ- 1971م.
67. أبو عبد الله ابن قيم الجوزية، بدائع الفوائد، دار الكتاب العربي، دون رقم سنة الطبع، بيروت.
68. تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني النميري المشهور بابن تيمية، قاعدة العقود- نظرية العقد الخطأ، دار المعرفة، دون رقم الطبعة، بيروت، دون تاريخ الطبع.
69. منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، دون رقم الطبعة، بيروت، وتاريخ الطبع.
70. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، بدون رقم طبعة، دون بلد الطبع، 1388هـ-1968م.
- خامسا: الفقه العام**
71. ابن أبي حافظ المقدسي، تحريم نكاح المتعة، المحقق: حماد بن محمد الأنصاري، دار طيبة، الطبعة: 02، دون بلد سنة الطبع.
72. ابن حزم الظاهري، المحلى بالاثار، دار الفكر، بدون رقم وتاريخ الطبع، بيروت.
73. ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، مؤسسة الرسالة، مكتبة المنار الإسلامية، الطبعة: 27، بيروت، 1415 هـ-1994م.

74. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، الطبعة: 02، بيروت، 1424 هـ - 2003 م.
- سادسا: كتب أصول الفقه
75. أبو إسحاق بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة: 01، 1417 هـ - 1997 م.
76. أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: 02، الكويت، 1405 هـ - 1985 م.
77. أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، الطبعة: 01، 1414 هـ - 1994 م. الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: 02، الكويت، 1405 هـ - 1985 م.
78. الجصاص، الفصول في الأصول، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: 02، الكويت، 1414 هـ - 1994 م.
79. أمير جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة: 01، 1411 هـ - 1990 م.
80. باد شاه، تيسير التحرير، دار الفكر، بيروت، دون رقم الطبعة، بيروت، ودون سنة الطبع.
81. محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بدون رقم طبعة، بيروت، 1414 هـ - 1993 م.
82. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلتها، دار الفكر، سورية، الطبعة: 04، دمشق، دون بلد الطبع.
- سابعا: كتب المُحدِّثين
- أ\* الكتب الفقهية
83. أسامة الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار الكتب العلمية، بيروت، 2010.
84. اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، فتاوى اللجنة الدائمة، الإدارة العامة للطبع برئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، دون رقم الطبعة، الرياض، ودون سنة الطبع.

85. جميل فخري محمد جاسم، مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، دون رقم وبلد الطبع، 1998.
86. رمضان علي السيد الشرباصي، السكوت ودلالاته على الأحكام الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984.
87. سيد سابق، فقه السنة، دار الحديث، الطبعة: 01، مصر، 1425هـ 2004م،
88. صالح بن فوزان الفوزان، الملخص الفقهي، دار العاصمة، الطبعة: 01، الرياض، 1423هـ.
89. عبد الله بن حزر الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الجزائر، دون رقم الطبعة، الجزائر، ودون تاريخ الطبع.
90. عيسوي احمد، المدخل للفقه الإسلامي، دار التأليف، دون رقم الطبعة، القاهرة، ودون سنة الطبع.
91. مجمع الفقه الإسلامي، قرارات توصيات، تعليق: أبو رغبة عبد الستار، دون دار الطبع، الطبعة: 02، جدة، 1988.
92. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة: 03، القاهرة.
93. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976.
94. محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الرائد العربي، بيروت.
95. محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة، دون رقم وسنة وبلد الطبع.
96. محمد بن صالح العثيمين، الزواج، دار مدار الوطن، الطبعة: 01، دون بلد الطبع، 1425هـ.
97. محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دراسة تاريخية وتشريعية وقضائية، منشأة المعارف، دون رقم الطبعة، الإسكندرية، 2000.
98. محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، دون رقم الطبعة، الإسكندرية، 1998.
99. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، الطبعة : 02، دمشق 2004.

100. ناصر أحمد إبراهيم النشوي، موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، دون رقم الطبعة، الإسكندرية، مصر، 1999.
101. نضال محمد ابو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الاسلامية، دار الثقافة، دون رقم الطبعة، عمان، الاردن، 432 هـ 2011 م.
- ب\* الكتب القانونية
102. إبراهيم خالد ممدوح، حجية البريد الالكتروني في الإثبات، الطبعة: 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
103. أحمد الحجي الكردي، الأحوال الشخصية، الأهلية، النيابة الشرعية، الوصية، الوقف والشركات، منشورات جامعة حلب، حلب، سوريا، 1430 هـ - 2009 م.
104. أحمد علي جرادات، المرجع الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد، الزواج والطلاق، الطبعة: 01، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1433 هـ - 2012 م.
105. أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، دار الثقافة، دون رقم الطبعة، عمان، الاردن، 1430 هـ 2009 م.
106. أحمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، ، الطبعة 01، بيروت 1420 هـ - 2000 م.
107. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012 م.
108. العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، دون رقم الطبعة، عمان، الأردن، 1433 هـ - 2012 م.
109. إلياس ناصيف، العقد الالكتروني في القانون المقارن، دار النهضة العربية، الطبعة: 01، القاهرة، 2009.
110. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، الجامعة الجديدة، دون رقم الطبعة، الإسكندرية، 2005.
111. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.

112. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الطبعة: 01 الجزائر، 2008.
113. تشوار الجيلالي، الزواج والطلاق على ضوء الاكتشافات الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، دون رقم الطبعة، الجزائر، 2001.
114. جمال الضمراني، الولاية والشهادة في النكاح وحكم الزواج العرفي، دار النهضة العربية، دون رقم الطبعة، القاهرة، ودون تاريخ الطبعة.
115. حسن حسين منصور، المحيط في شرح الأحوال الشخصية، مطبعة ساسي، دون رقم الطبعة، لبنان، 2001.
116. زهير السباعي ومحمد البار، الطبيب أدبه وفقهه، دار القلم، الطبعة: 01، دون بلد الطبع، 1993.
117. صالح الفوزان، الجراحة التجميلية عرض طبي ودراسة فقهية مفصلة، دار التدمرية، الطبعة: 02 ، 1429هـ-2008م.
118. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط- شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، الطبعة: 03، القاهرة، 1981.
119. عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للالتزامات - نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة: 03، بيروت، لبنان، 1998.
120. عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، دون رقم الطبعة، بيروت، 1977.
121. عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية- الالتزامات- دراسة مقارنة، دار الثقافة، الطبعة: 01، عمان، الأردن، 1430هـ، 2009.
122. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الطبعة: 01، دون بلد النشر، 1432هـ-2011م.
123. علاء محمد الفواعير، العقود الالكترونية، التراضي- التعبير عن الإرادة - دراسة مقارنة، دار الثقافة، دون رقم الطبعة، عملن، الأردن، 1435 هـ - 2014 م
124. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة: 03، الجزائر، 1992م.

125. عمر حسن المومني، التوقيع الإلكتروني و قانون التجارة الالكترونية، دار وائل الطبعة: 01، عمان، الأردن، 2003م.
126. عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، دون رقم الطبعة، عنابه، الجزائر، 2006.
127. مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة، إبرام عقد البيع عبر الانترنت، الطبعة: 01، دون رقم و بلد ، 2010.
128. محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء، الفقه الإسلامي، دار النفائس، دون رقم ومكان وسنة الطبع.
129. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن القانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1429 هـ 2008 م.
130. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء: 01، دار الهدى، الطبعة: 04، الجزائر، 2007/2006.
131. محمد علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية - الزواج والطلاق، دار الفكر، الطبعة: 01، عمان، الأردن، 1428 هـ - 2008م.
132. محمد محفوظ، دروس في العقد، مركز النشر الجامعي، دون رقم الطبعة، تونس 2004.
133. محمود عبد الرحيم الشريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت دراسة مقارنة، دار الثقافة، الطبعة: 01، عمان، الأردن، 2009.
134. محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية- النظرية العامة للإباحة استعمال الحق، معهد الدراسات العربية العالمية، المطبعة العالمية، 1962.
- ثامنا: كتب الدراسات المقارنة
135. ابراهيم رفعت النجار، معيار الكفاءة في النكاح دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005.
136. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات في دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، دون رقم الطبعة، الإسكندرية، 2010.

137. أسامة ذيب مسعود، الإكراه في عقد النكاح، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الاردنية وقانون الأحوال الشخصية، دون رقم الطبعة، وبلد الطبع، 2011.
138. بدران أبو العيش العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية، دون رقم الطبعة، بيروت، ودون سنة الطبع.
139. حامد الجدلي، قانون الأحوال الشخصية التونسي على ضوء الشريعة الإسلامية، منشورات محمد الأطرش للكتاب المختص، دون رقم الطبعة، تونس، 2011.
140. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت - دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دون رقم الطبعة، المحلة الكبرى، مصر، 2008.
141. عبد الرزاق حسن فرح، دور السكن بالتصرفات القانونية "دراسة مقارنة"، مطبعة المدني، القاهرة، 1980.
142. عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية - دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، دون بلد الطبع، 1433 هـ - 2012 م.
143. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية، دون رقم الطبعة، الجزائر، 1998.
144. محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، دار الوعي، الجزائر، 1434 هـ 2013 م.
145. محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني، دار يافا، دون رقم الطبعة، عمان، الأردن، 1432 هـ - 2011 م.
146. محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية - دراسة فقهية مقارنة، دار اليازوري العلمية، عمان، الأردن، 2010.
147. محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2014.
148. محمد عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى ما يقابلها في الشرائع الأخرى، المكتبة العلمية، بيروت، 1428 هـ - 2007 م.

تاسعا: القوانين

- 149.** دستور 28 نوفمبر 1996 بموجب المرسوم الرئاسي 438/96 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق باصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 22 نوفمبر 1996 (نشر في ج.ج.ج عدد 76 مؤرخ في 08 ديسمبر 1996)، المعدل بموجب القانون رقم:01/16 المؤرخ في 16 جمادى الأولى 1437هـ الموافق 06 مارس 2016.
- 150.** الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. إلى آخر تعديل له بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005.
- 151.** قانون الأسرة الجزائري 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 م، المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ، الموافق لـ 27 فيفري 2005.
- 152.** قانون رقم 59/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل والمتمم بموجب القانون 02/05 المؤرخ في 06/02/2005 (ج.ج.ج عدد 11 الصادرة في 09/02/2005).
- 153.** قانون رقم 05/18 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 موافق 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الجزائري.
- 154.** بالقانون 04/15 المؤرخ في 11 ربيع الأول علم 1436 الموافق أول فيفري سنة 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.(ج.ج.ج عدد 06 صادرة في 10/02/2015).
- 155.** المرسوم التنفيذي رقم 307/2000 مؤرخ في 16 رجب 1421 هـ الموافق 14 أكتوبر 2000م يعدل المرسوم التنفيذي رقم 257/98 المؤرخ في: 03 جمادى الأولى 1419 هـ الموافق 25 أوت 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات انترنيت و إستغلالها.
- 156.** قانون الاحوال الشخصية المغربي.
- 157.** مجلة الاحوال الشخصية التونسي.
- 158.** القانون المدني الفرنسي المعدلة بالقانون رقم:2013-404 المؤرخ في 17/05/2013

159. قرار وزير العدل (مصر العربية) رقم: 1727 لسنة 2000 م، الصادرة في 15-08-2000، للاتحة المؤذنين.
160. قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 الصادر بتاريخ: 2001/12/11 بالجريدة الرسمية للمملكة الاردنية الهاشمية رقم: 4524 يوم 2001/12/31.
161. القانون التونسي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 83 لسنة 2000، الصادر بتاريخ: 200/08/09.
162. قانون المعاملات الالكترونية السنغافوري ، سنة 1998 .
163. العقد النموذجي المنظم معاملات التجارة الالكترونية بين التجار والمستهلكين في فرنسا.
164. قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 الصادر 12 جوان 1996 عن لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي.
165. قانون المعاملات و التجارة الالكترونية الاماراتي سنة 2002.
- الرسائل الجامعية
166. - علي القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الروماني والفرنسي والإنجليزي والمصري والعراقي، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، 1985.
167. عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1968.
168. عبد القادر داودي، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الإسلامية جامعة وهران، 2005.
- المقالات
169. احمد عبدو، رضا المرأة في عقد الزواج في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة، مجلة دراسات قانونية، إصدار، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات التعليمية، الجزائر، العدد: 10، ، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2011.
170. بلحاج العربي، حكم الإكراه وعلاقته بالمسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية

- والإقتصادية والسياسية، الجزائر، العدد:01، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية الجزائر، مارس 1990.
- 171.** دلال وردة، زواج مثلي الجنس، مجلة دراسات قانونية، اصدار: مركز البصيرة للبحوث والاستشارات التعليمية، العدد: 16، دار الخلدونية، ، 1434هـ 2013، القبة، الجزائر.
- 172.** محمد عقلة، حكم إجراء العقود عبر وسائل الاتصال الحديثة، مجلة الشريعة، 1986، عدد: 05، الكويت.
- 173.** محمد نعيم نسيم، بحث في رتق غشاء البكارة في ميزان المقاصد الشرعية، ندوة: رؤية إسلامي لبعض الممارسات الطبية. المواقع الالكتروني.
- 174.** قانون المعاملات الالكترونية الموحد الأمريكي، متوفر على الموقع: <http://www.nccusi.org>
- 175.** [Benbaz.org.sa](http://www.benbaz.org.sa)
- 176.** <http://www.un.or.at/uncitral>

المراجع الاجنبية

177. Corinne Renault Brahinsky ,droit civil les personnes ,Gualino édition ,paris 2013 .
178. Corinne Renault Brahinsky ,l'essentiel du droit des personnes ,Gualino édition ,paris 2013.
179. M'élina Douchy–Oudot, Droit civil 1re année, introduction, personnes famille,6e édition, Dallooz édition,2011.
180. Philippe Malaurie ,droit civil ,les personnes ,les incapacités ,defrenois ,2eme édition –juridiques associées ,paris 2005 .
181. Sophie Druffin – bricca, Laurence – Caroline Henry, Introduction au droit et droit civil,Gualino éditeur, paris,2007.
182. Valérie Gomez–Bassac, Droit civil, les personnes, la famille, les biens, tome1, Edition Foucher, 2010.
183. Yvain BUFFELAN–LANORE et Virginie LARRIBOU– TERNEYRE, Droit civil, Introduction, Biens,Personnes,Famille.
184. Yvaine buffelan –lanore ,virgine larribou –terneyre ,droit civil ,les obligation ,11e edition dalloz ,paris 2008 .

1	المقدمة:
8	الباب الاول: رضائية عقد الزواج:
9	الفصل الأول: ضوابط رضائية عقد الزواج.
10	المبحث الأول: الضوابط الموضوعية
10	المطلب الاول: ضابط خصوصية ركن الرضا في عقد الزواج
10	الفرع الاول: مفهوم الرضا
10	أولاً: التعريف بالرضا
17	ثانياً: الرضا وما يشابهه
24	الفرع الثاني: مدى توافق المفهوم العام للرضا مع الرضا في عقد الزواج
24	أولاً: مفهوم عقد الزواج
26	ثانياً: حقيقة عقد الزواج
29	الفرع الثالث: عدم شرطية توافق القول مع القصد لقيام الرضا
29	أولاً: القاعدة العامة للعقود (توافق القول مع القصد)
33	ثانياً: إستثناء الزواج (عدم توافق القصد مع القول)
34	المطلب الثاني: ضابط الاشتراط في عقد الزواج
34	الفرع الأول: مفهوم الشرط
35	أولاً: تعريف الشرط
35	ثانياً: أنواع الشروط
38	الفرع الثاني: شرعية الاشتراط
39	أولاً: الشروط الصحيحة باتفاق الفقهاء
40	ثانياً: الشروط غير الصحيحة
49	ثالثاً: آراء المذاهب على الشرط في النكاح
51	رابعاً: الشروط محل الخلاف
58	الفرع الثالث: الاشتراط في الجانب القانوني
58	أولاً: الاشتراط كأصل عام
58	ثانياً: الاشتراط في الدول العربية
61	المبحث الثاني: الضوابط الشكلية
61	المطلب الاول: الاختلاف في الجنس والخنوثة
61	الفرع الأول: مفهوم الاختلاف في الجنس
62	أولاً: الاختلاف في الجنس بمعناه الحقيقي
62	أ- حالة الشخص العادي من حيث التكوين الجنسي
71	ثانياً: الاختلاف في الجنس في علم النفس
73	ثالثاً: أسباب تغير الجنس
75	الفرع الثاني: علة الاختلاف في الجنس في عقد الزواج
76	أولاً: حق المعاشرة (حق المتعة)
76	ثانياً: الحكمة في المعاشرة
79	الفرع الثالث: الزواج المثلي

79	أولاً: موقف الشريعة الإسلامية
83	ثانياً: موقف القانون الوضعي
87	المطلب الثاني: الكشف الطبي قبل الزواج
88	الفرع الأول: مشروعية الفحوصات الطبية
88	أولاً: أسباب العزوف عن الكشف الطبي
90	ثانياً: دليل الكشف الطبي
94	الفرع الثاني: الحكم الشرعي من الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج
95	أولاً: موقف الفقه الشرعي من مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج
96	ثانياً: موقف القانون من مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج
97	الفرع الثالث: أثر الكشف الطبي قبل الزواج على الرضى في عقد الزواج
98	الفرع الرابع: الآثار القانونية للكشف الطبي
98	أولاً: تخلف الكشف قبل الانعقاد
101	ثانياً: أثر الكشف الطبي بعد الزواج
102	المطلب الثالث: الإذن أو الرخصة
102	الفرع الأول: الرخصة أو الإذن القضائي
103	أولاً: الرخصة لمن لم يكمل سن أهلية الزواج
105	ثانياً: الترخيص للتعدد
113	الفرع الثاني: الرخصة الإدارية
113	أولاً: التعريف بالترخيص
113	ثانياً: أسبابه
116	الفصل الثاني: مركز الولي من الرضا في عقد الزواج
117	المبحث الأول: الولاية في الزواج
117	المطلب الأول: مفهوم الولاية
117	الفرع الأول: تعريف الولاية
117	أولاً- التعريف اللغوي
117	ثانياً- التعريف الاصطلاحي
118	الفرع الثاني: أقسام الولاية
118	تنقسم الولاية إلى ثلاثة أقسام:
119	أولاً: ولاية الإيجاب
119	ثانياً: ولاية الاختيار
119	الفرع الثالث: شروط الولاية
120	أولاً: الإسلام
120	ثانياً: أن يكون الولي ممن يرث
121	ثالثاً: العقل
121	رابعاً: العدالة
122	خامساً: الحرية
122	سادساً: الذكورة

122	المطلب الثاني: أسباب الولاية
122	الفرع الأول: القرابة
123	الفرع الثاني: الملك
124	الفرع الثالث: الولاء
124	أولاً: التعريف اللغوي للولاء
124	ثانياً: التعريف الاصطلاحي للولاء
126	الفرع الرابع: الإمامة أو السلطان
126	أولاً: تعريف الإمامة
127	ثانياً- شروط ثبوت ولاية الامام أو السلطان
129	الفرع الخامس: الوصية
129	أولاً- تعريف الوصية
130	ثانياً- أقوال العلماء في نيابة وصي الولي
131	ثالثاً - شرعية الوصاية في التزويج
134	المطلب الثالث: ترتيب الأولياء
134	الفرع الأول: ترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي
134	أولاً: مذهب الحنفية
135	ثانياً: مذهب المالكية
135	ثالثاً: مذهب الشافعية
135	رابعاً: مذهب الحنابلة
136	الفرع الثاني: ترتيب الأولياء في القوانين الوضعية
136	أولاً: في الدول العربية
138	ثانياً: في الدول الاجنبية
138	الفرع الثالث: انتقال الولاية
138	أولاً: انتقال الولاية بغياب الولي
140	ثانياً: انتقال الولاية للأبعد في وجود الولي الاقرب
142	المبحث الثاني: شرطية الولاية
142	المطلب الأول: اشتراط الولاية
142	الفرع الأول: الادلة من القرآن الكريم
143	الفرع الثاني: الادلة من السنة النبوية الشريفة:
143	أولاً: صحة الاحتجاج به
144	ثانياً: إن المخالفين أوّلوا الحديث على أن معناه( نفي الكمال لا نفي الصحة)
146	الفرع الثالث: الادلة العقلية
146	المطلب الثاني: عدم اشتراط الولاية
146	الفرع الأول: الادلة من القرآن الكريم
148	الفرع الثاني: الادلة من السنة
149	الفرع الثالث: الأدلة العقلية
151	المطلب الثالث: أثر الزواج بدون ولي
151	الفرع الأول: أثر اختلاف حال المرأة بين الشرف والوضاعة على شرطية الولي
153	الفرع الثاني: أثر استبعاد الاولياء على صحة الزواج

153	أولاً: فسخ الزواج
154	ثانياً: بطلان الزواج
155	المبحث الثالث: مركز الولي في عقد الزواج
155	المطلب الأول: الفرق بين البكر والثيب وعلاقته بالرضا
155	الفرع الأول: تعريف البكر
155	أولاً: التعريف اللغوي للبكر
156	ثانياً: التعريف الاصطلاحي للبكر
156	الفرع الثاني: تعريف الثيب
156	أولاً: التعريف اللغوي للثيب
157	ثانياً: التعريف الاصطلاحي للثيب
158	الفرع الثالث: حكم من زالت بكارتها بعارض أو زنى
158	أولاً: العبرة بالوطئ عن رضا
158	ثانياً: العبرة بزوال الحياء بمخاطبة الرجال
159	المطلب الثاني: الكفاءة في الزواج
160	الفرع الأول: تعريف الكفاءة
160	أولاً: التعريف اللغوي للكفاءة
160	ثانياً: التعريف الاصطلاحي للكفاءة
161	الفرع الثاني: الاوصاف المعتبرة في الكفاءة
161	أولاً: الدين
162	ثانياً: النسب
164	ثالثاً: الكفاءة في الحرية
165	رابعاً: الكفاءة في الحرفة
166	خامساً: الكفاءة في السلامة من العيوب
169	المطلب الثالث: ولاية الإجماع وأثرها على الرضائية
169	الفرع الأول: ولاية الإجماع وحال البكر
169	أولاً: في الفقه الإسلامي
174	ثانياً: في القانون
174	الفرع الثاني: ولاية الإجماع وحال الثيب
174	أولاً: في الفقه الإسلامي
176	ثانياً: في القانون
176	المطلب الرابع: ولاية العزل وأثرها على الرضائية
176	الفرع الأول: تعريف العزل
176	أولاً: التعريف اللغوي للعزل
176	ثانياً: التعريف الاصطلاحي للعزل
177	الفرع الثاني: شرعية العزل
177	أولاً: علاقة ولاية العزل بالمهر
178	ثانياً: علاقة العزل بتزاحم الكفاءة
180	ثالثاً: انتقال الولاية اثر العزل

182	الباب الثاني: تحقق الرضا في عقد الزواج:
183	الفصل الأول: وجود الرضا في عقد الزواج
184	المبحث الأول: انعقاد الزواج بالصيغة اللفظية.
184	المطلب الأول: التعريف بالصيغة اللفظية وألفاظها
184	الفرع الأول: التعريف بالصيغة اللفظية
185	تعريف الايجاب والقبول
187	الفرع الثاني: دلالة اللفظ في الفقه الاسلامي
187	أولاً: دلالة الحرف والاسم والفعل على الرضا
193	ثانياً: الألفاظ المتفق عليها لانعقاد الزواج
195	ثالثاً: الألفاظ المختلف في انعقاد الزواج بها:
198	الفرع الثالث: دلالة اللفظ في القانون
198	أولاً: دلالة الألفاظ على الرضا
200	ثانياً: الألفاظ المتفق عليها لانعقاد الزواج
202	المطلب الثاني: انعقاد الزواج باللهجة العامية وبلغة أجنبية وبوسائل الاتصال الحديثة
202	الفرع الأول: انعقاد الزواج باللهجة العامية وبلغة أجنبية
202	أولاً: في الفقه الاسلامي
203	ثانياً: في القانون
204	الفرع الثالث: انعقاد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة
204	أولاً: تعريف العقد الالكتروني
207	ثانياً: جواز التعبير عن الارادة بكافة الوسائل
208	ثالثاً: صور التعاقد الالكتروني
214	رابعاً: إشكالية التعبير عن الإرادة عبر الانترنت
216	خامساً: حكم التعاقد الالكتروني في الزواج
218	المبحث الثاني: انعقاد الزواج بغير الصيغة اللفظية
218	المطلب الأول: انعقاد الزواج بالكتابة
218	الفرع الأول: الفرق بين انعقاد الزواج بالكتابة وانعقاد الزواج بالرسالة
218	أولاً: معنى إنعقاد الزواج بالرسالة
219	ثانياً: حكم التعاقد بالرسالة
219	الفرع الثاني: في الفقه الإسلامي
219	أولاً: تعريف الكتابة
219	ثانياً: مشروعية الكتابة في الزواج
221	الفرع الثالث: في القانون
223	المطلب الثاني: انعقاد الزواج بالإشارة
223	الفرع الأول: في الفقه الإسلامي
223	أولاً: الإشارة المفهمة الصادرة ممن يستطيع النطق
224	ثانياً: الإشارة المفهمة الصادرة ممن لا يستطيع النطق
225	الفرع الثاني: في القانون
226	المطلب الثالث: انعقاد الزواج بالتعاطي.

226	الفرع الأول: تعريف التعاطي أو البذل
226	أولاً: المعاطاة أو البذل في اللغة
226	ثانياً: المعاطاة أو البذل في الإصطلاح
227	الفرع الثاني: موقف الفقه الاسلامي من التعاقد بالتعاطي (البذل)
228	الفرع الثالث: موقف القانون من التعاقد بالتعاطي (البذل)
229	المطلب الرابع: دلالة السكوت على الرضا في عقد الزواج
229	الفرع الأول: دلالة السكوت على الرضا في الزواج في القانون الوضعي:
229	أولاً: تعريف السكوت
232	ثانياً: حالات الاعتداد بالسكوت
234	الفرع الثاني: دلالة السكوت على الرضا في عقد الزواج في الفقه الإسلامي
235	أولاً: حالات قبول السكوت دليل التعاقد بشكل عام
237	ثانياً: بالنسبة لعقد الزواج
239	المبحث الثالث: شروط الصيغة
239	المطلب الأول: اتحاد موضوع الإيجاب بالقبول وإتصالهما
239	الفرع الأول: اتحاد موضوع الإيجاب بالقبول
239	أولاً: في الفقه الاسلامي
240	ثانياً: في القانون
241	الفرع الثاني: اتصال الإيجاب بالقبول
241	أولاً: عدم رجوع الموجب عن إيجابه قبل قبول الآخر
243	ثانياً الثاني: علم كل من الموجب والقابل بما صدر من صاحبه إذا كانا مجتمعين
243	ثالثاً: إتحاد مجلس عقد الزواج
245	المطلب الثالث: عدم تأقيت الصيغة بوقت
246	الفرع الأول: زواج المتعة
246	أولاً: تعريفه
246	ثانياً: حكم زواج المتعة
252	الفرع الثاني: الزواج المؤقت
252	أولاً: تعريف الزواج المؤقت
252	ثانياً: حكم الزواج المؤقت
255	الفصل الثاني: سلامة الرضا
256	المبحث الأول: أن لا يقع الرضا تحت إذعان
256	المطلب الأول: أهلية الزواج
257	الفرع الأول: الأهلية في القانون
257	أولاً: الأهلية لغة واصطلاحاً
257	ثانياً: أقسام الأهلية
259	ثالثاً: مراحل الاهلية
261	رابعاً: زواج الصغار ومن في حكمهم
264	الفرع الثاني: الأهلية في الفقه الإسلامي

264	.....	اولا: مراحل الأهلية
269	.....	ثانيا: زواج الصغار ومن حكمهم
273	.....	المطلب الثاني: أن لا يقع الرضا تحت إكراه
273	.....	الفرع الأول: الإكراه في الفقه الإسلامي
273	.....	اولا تعريف الإكراه
274	.....	ثانيا: الإكراه وبعض المفاهيم المشابهة
278	.....	ثالثا: أنواع الإكراه
280	.....	رابعا: شروط الإكراه
283	.....	الفرع الثاني: الإكراه في القانون
283	.....	أولا: تعريف الإكراه
283	.....	ثانيا: أقسام الإكراه
285	.....	ثالثا: شروط الإكراه
288	.....	المطلب الثالث: الاستغلال
288	.....	الفرع الأول: الاستغلال في الفقه الوضعي
288	.....	أولا: تعريف الاستغلال
289	.....	ثانيا: التمييز بين الغبن والاستغلال
290	.....	ثالثا: شروط تحقق الاستغلال
298	.....	رابعا: مجال الاستغلال
300	.....	الفرع الثاني: الاستغلال في الفقه الإسلامي
300	.....	أولا: الاعتداد بالغبن مطلقا
300	.....	ثانيا: عدم الاعتداد بالغبن
300	.....	ثالثا: الاعتداد بالغبن بشرط
		الفرع الثالث: أثر الاستغلال على الرضا في عقد الزواج بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي
301	.....	
301	.....	أولا: في القوانين الوضعية
303	.....	ثانيا: في الفقه الإسلامي
304	.....	ثالثا الخلاصة
305	.....	المبحث الثاني: أن لا يكون سبب الرضا وهما
305	.....	المطلب الثاني: أن لا يقع الرضا تحت غلط
305	.....	الفرع الأول: الغلط في القانون
305	.....	أولا تعريفه
306	.....	ثانيا: تقسيمات الغلط
308	.....	ثالثا: شروط الغلط
311	.....	رابعا: أنواع الغلط
315	.....	خامسا: اثر الغلط على الرضا
316	.....	الفرع الثاني: الغلط في الفقه الإسلامي
316	.....	أولا: تعريف الغلط

317	.....	ثانياً: أنواع الغلط في الفقه الإسلامي
324	.....	الفرع الثالث: الموازنة بين القانون والفقه الإسلامي لعيب الغلط
327	.....	المطلب الثاني: أن لا يشوب الرضا تدليساً
327	.....	الفرع الأول: التدليس في القانون
327	.....	أولاً: مفهوم التدليس
330	.....	ثانياً: شروط التدليس
338	.....	الفرع الثاني: التدليس في الفقه الإسلامي
338	.....	أولاً: مفهوم التدليس
340	.....	ثانياً: أنواع التدليس
342	.....	الفرع الثالث: تطبيقات التدليس في عقد الزواج
342	.....	أولاً حالات الخنثى
342	.....	ثانياً المحول جنسياً
343	.....	ثالثاً حالة المرأة (البكر والثيب):
343	.....	رابعاً التعدد
344	.....	خامساً العقم
344	.....	سادساً حالة مثلي الجنس
344	.....	الفرع الرابع: أثر التدليس على الزواج
344	.....	أولاً: في الفقه الإسلامي
347	.....	ثانياً في القوانين الوضعية
348	.....	الخاتمة
354	.....	قائمة المراجع