الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف - المسيلة

كلية الحقـــوق و العلـــــوم السياسية
قسم الحقوق
رقم: .....

ميدان: الحقـــوق و العلـــــوم السياسية
فرع: الحقوق
تخصص: قانون الأسرة

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمـــي

إعداد الطالب : عبد النور تمين

تحت عنوان

التراضي في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
السعيد الوافي	جامعة المسيلة	رئيسا
عبد الفتاح حمادي	جامعة المسيلة	مشرفا
سامية شرفة	جامعة المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2018/ 2019

إهـــــداء

إلى الذين غمراني بالحب والحنان والعطف والإحسان

أبي وأمي حفظهما الله.

إلى أخي وأخواتي.

إلى زوجتي التي أحاطتني بكيان أسري مستقر،وعلاقة إنسانية دائمة وتعاون مستمر.

إلى أبنائي وبناتي محمد ودعاء وأريج.

إلى فرسان المنابر وحفظة كتاب الله عز وجل من الأئمة والدعاة.

إلى زملائي في العمل من مفتشي التوجيه الديني والتعليم القرآني.

إلى شيوخي وأساتذتي وزملائي ، الذين أغدقوا علي من فيض نصحهم وتوجيههم ،وعصارة تجربتهم ،وخالص إرشادهم ، وخاص وقتهم.

إلى هؤلاء جميعا ؛ أتشرف بإهداء رسالتي هذه سائلا المولى التوفيق والقبول.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

قال الله تعالى: ﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾ [إبراهيم:01]

قال صلى الله عليه وسلم:{ لا يشكر الله من لا يشكر الناس }(رواه البخاري)

الحمد لله الذي أرشد الخلق إلى أكمل الآداب،وفتح لهم من خزائن رحمته كل باب، وأنار بصائر المؤمنين فأدركوا الحقائق وطلبوا الثواب،وأعمى بصائر المعرضين عن طاعته فصار بينهم وبين نوره حجاب،وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له الملك العزيز الوهاب،وأشهد أن سيدنا ونبينا محمدا عبد الله ورسوله المبعوث بالحق والصواب، الشافع المشفع يوم الحساب،صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا إلى يوم المآب، أما بعد:

فإن الشكر لله عز وجل أولا وآخرا ،فله الحمد كله وله الشكر كله ، كما يحب ربنا ويرضى،ثم الشكر والتقدير والعرفان ،على ذوي الفضل والإحسان،من أساتذة أجلاء،وإخوة كرماء،كانت لهم أياد بيضاء،لم تبخل على هذه الرسالة بلمسات صدق ووفاء،فتحسَّسَت منها مواطن الخطأ فأصلحته، والنقص فأتمته، وأخص منهم بالذكر فضيلة الدكتور: عبد الفتاح حمادي ،الذي أشرف على هذه الرسالة،فأمدها بنصحه وتوجيهاته،فجزاه الله عني خير الجزاء،وجزى الله عني تلك البقية الباقية من الأساتذة النبلاء،وكرام الزملاء ،الذين آنسوني بحسن التوجيه وصدق المودة ،فجزاهم الله عني خير الجزاء.

قائمة المختصرات

ق أ = قانون الأسرة

ق م = القانون المدني

ح ر= حديث رقم

ج ر = الجريدة الرسمية

ق ر = قرار رقم

ج = الجزء

مج = المجلد

مح= الملحق

ع = العدد

ط = الطبعة

د.ط = دون طبعة

د.ت = دون تاريخ الطبعة

د.ب = دون بلد النشر

د م ج = ديوان المطبوعات الجامعية

مقدمة

الحمد لله، خلق من الماء بشرًا فجعله نسبًا وصهرًا، وكان ربك قديرًا، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، لم يزل بعباده خبيرًا بصيرًا، وأشهد أن نبينا محمدًا عبد الله ورسوله، بعثه الله هاديًا ومبشرًا ونذيرًا، وداعيًا إلى الله بإذنه وسراجًا منيرًا، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا،أما بعد :

أَوْلىَ الإسلام الزواج اهتماما خاصا،وأفرد له أحكاما تؤسس له تأسيسا سليما ، لأنه السبيل الوحيد الذي ارتضاه سبحانه وتعالى لاجتماع الذكر بالأنثى،وأحاطه بسياج منيع يحميه من الفساد لتعلقه بالفروج والأنساب ، وفصّل ضوابطه على غير عادته من تقرير الكليات والقواعد الكلية تنبيها على خصوصيته ، ونعته بالميثاق الغليظ تعظيما لشأنه وخطورة عقده ، وجعله غريزة مطّردة في كل مخلوقاته،قال تعالى:﴿ وَمِن كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾[1]، وآيةً دالة على كمال قدرته، قال تعالى:﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[2]، وسنةً متّبعة في أنبيائه، قال تعالى:﴿ وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً ﴾[3]،وعلاقةً دائمة للمؤمنين، قال عز وجل:﴿ جَنَّاتُ عَدْنٍ يَدْخُلُونَهَا وَمَن صَلَحَ مِنْ آبَائِهِمْ وَأَزْوَاجِهِمْ وَذُرِّيَّاتِهِمْ ﴾[4]،من مقاصده إعفاف النفس وحصول النسل والتعارف،قال عز وجل:﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾[5] ؛ فغدا الزواج والحالة هذه منحةً ربانية تستوجب الشكر والتقوى ، قال سبحانه:﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً ﴾[6]،ومن مهمّات الدين التي سوف يُسأل المرء عنها يوم القيامة ، قال صلى الله عليه وسلم: {يَلْقَى العبدُ ربَّه يومَ القيامةِ فيقولُ اللهُ جلَّ وعلا : أيْ فُلُ ألَمْ أخلُقْكَ ؟ ألَمْ أجعَلْكَ سميعًا بصيرًا ؟ ألَمْ أُزوِّجْكَ ؟ ألَمْ أُكرِمْكَ ؟ ألَمْ أُسخِّرْ لكَ الخيلَ والإبلَ ؟ ألَمْ أُسوِّدْكَ وأذَرْكَ ترأَسُ وتربَعُ ؟ فيقولُ : بلى أيْ ربِّ فيقولُ : فظَنَنْتَ أنَّكَ مُلاقِيَّ ؟ فيقولُ : لا يا ربِّ فيقولُ : اليومَ أنساكَ كما نسِيتَني}[7].

---

[1]- سورة الذاريات ، الآية : 49 .

[2]- سورة الروم ، الآية : 21 .

[3]- سورة الرعد ، الآية : 38 .

[4]- سورة الرعد ، الآية : 23 .

[5]- سورة الحجرات ، الآية : 13 .

[6]- سورة النساء ، الآية : 01 .

[7]- رواه مسلم ،ح ر 2968 .

وقد انعكس هذا الاهتمام الخاص الذي توليه الشريعة لعقد الزواج ، على شكل العلاقة الزوجية وطريقة تكوينها ،فلم يشأ المولى سبحانه وتعالى أن يكون اتصال الزوجين كباقي العوالم الأخرى،فوضى بلا ضوابط أو قيود،بل اتصالا كريما مبنيا على الرضا والبر والتقوى،قال سبحانه:﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾[1]؛ فالنفوس البشرية لا ترتاح في العادة إلا لمن يماثلها ،وتسكن إليه،وتنفر ممن يخالفها،قال صلى الله عليه وسلم :{الأرواح جنود مجندة فما تعارف منها ائتلف وما تناكر منها اختلف}[2]،ومن هنا كان التراضي من أهم المِحكَّات في بناء الزوجية السليمة،وأوثق العرى في نماء السعادة الأسرية و استمرارها ،ولأجل ذلك شرع النظر بين المخطوبَيْن، لما له من أثر بالغ في تكوين عناصر التراضي ،واستدامة روافده بعد الزواج، وفي السنّة أن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه خطب امرأة من الأنصار، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم:{ أنظر إليها فذلك أحرى أن يؤدم بينكما}[3] .

ولما كان الزواج بهذه الأوصاف فقد كان لزاما أن يتميز عن بقية العقود الأخرى ؛ وعليه فإن التساؤل الذي يثور هنا هو: ما مدى انطباق مبدأ الرضائية المعروف في سائر العقود على عقد الزواج ؟ وما هي آثار عيوب التراضي على صحته ؟

وقد تفرع عن هذه الاشكالية مجموعة من التساؤلات نسوقها كالآتي:

فيما تكمن خصوصية التراضي في عقد الزواج؟ وهل يكفي مطلق التراضي لانعقاده ؟ وما علاقة رضا الأولياء بصحته ؟هل يلزم لانعقاده لفظ خاص يميزه عن غيره ؟

وفي سبيل الإجابة عن هذه التساؤلات رصدت الأهداف والأسباب الآتية:

أهداف الموضوع: يهدف الموضوع إلى الإجابة عن الإشكالية المطروحة من خلال إبراز خصوصية التراضي في عقد الزواج، و بيان أهميته وضوابطه، ومدى كفايته لانعقاد الزواج ،وأهم العوامل المؤثرة فيه،وتبعات ذلك على صحة الزواج وآثاره .

[1]- سورة البقرة ، الآية : 232 .

[2]- رواه مسلم ، ح ر 2638 .

[3]- رواه الترمذي ، ح ر 1087 .

أهمية الموضوع: إنّ موضوع التراضي مما عظّم الشرع قدره وبين أهميته،وأكدت عليه القوانين الوضعية؛ ومن ثم فإن النص عليه في قانون الأسرة هو تحصيل حاصل ،و ذلك لأن تكوين الأسرة المتماسكة واستدامة الحياة الزوجية في جو من الهدوء و الاستقرار بعيدا عن دواعي الشقاق والاضطراب؛لا ينتظم إلا بوجوده،ووجود عيب فيه أو غيابه يعني بالضرورة النفور وحصول النزاع ،خصوصا ما إذا صاحبه تغرير أو إكراه ،و من هذا المنطلق جاءت نصوص الشريعة حاسمة لكل ما قد ينجم عن تخلفه من شقاق ،وذلك من خلال إقرار حق الفسخ حسب الظروف والأحوال ، وإناطته بالزوجين بسبب توقف عقد الزواج على إرادتهما ورضاهما.

أسباب اختيار الموضوع: يرجع سبب اختياري لموضوع التراضي في عقد الزواج لعدة أسباب منها:

- رغبتي الملحة في دراسة موضوع عقد النكاح بحكم مجال عملي، وإجرائي لعدة عقود شرعية لما يقارب عشرين عاما،وهو ما حثني على بحثه و التوسع فيه.

- ارتباط التراضي بواقع حياة الناس و بالمصالح المعتبرة شرعا للمكلفين، وفي هذا أعظم دافع لبحثه ،يقول النووي:(وأهم أنواع العلم في هذه الأزمان الفروع الفقهية؛لافتقار جميع الناس إليها في جميع الحالات،مع أنها تكاليف محضة،فكانت من أهم المهمات)[1].

- أن التراضي شرط صحة في كل العقود والمعاملات التي تجري بين الناس.

- كثرة التغرير في التراضي عند إبرام عقد الزواج إما بالتدليس أو الإكراه أو غيرهما.

- التشجيع الذي لقيته ممن استشرتهم في هذا الموضوع سواء من المشايخ أو الأساتذة ، أو الزملاء .

- رجاء الاستفادة من بحوث المتقدمين، والإسهام في إثراء الموضوع ولو بالشيء اليسير.

فمن هذا المنطلق رأيت بعد أن استخرت الله عز وجل،واستشرت،وبعد أن اطلعت على بعض ما كتب في الموضوع؛ أن أسهم في تجلية بعض جوانبه ،لما له من أهمية بالغة،ونفع عميم.

[1]- النووي أبو زكريا،روضة الطالبين وعمد المفتين،ج1،ط3،المكتب الإسلامي،بيروت،لبنان،1991،ص4.

الدراسات السابقة: من خلال بحثي في موضوع التراضي في الزواج وجدته متناثرا في بطون الكتب ،والبحوث العلمية، تحت مسميات شتى، ولم أقف على تأليف مستقل له إلا في ثلاثة بحوث:

1- الرضائية في عقد الزواج في القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، عادل لموشي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،الجزائر،2019 .

2- عيوب الرضا في عقد الزواج(دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي)،رزيق بخوش، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية العلوم الاسلامية، قسم الشريعة،2018 .

3- آثار عيوب الرضا على عقد الزواج، دليلة بلعربي خالدية، رسالة ماجيستير، قانون أسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1 ،2015 .

وقد كانت لكل باحث رؤيته وبصمته؛حيث حاول الباحث الأول استيعاب جميع عناصر الموضوع ، بينما ركّز الباحث الثاني على عيوب الرضا ، و الثالث على آثار عيوب الرضا، غير أن الباحث الأول من كثرة ما أورد في بحثه من تقسيمات وتفريعات ونصوص القانون المدني؛توهم القارئ أنه بصدد المقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، وليس بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي، غير أنه بالمقارنة مع البحوث الأخرى نجده أحسنها من حيث توازن الخطة، وجودة المعلومات، يليه في المرتبة البحث الثاني والثالث على التوالي،مع الإشارة إلى أن البحث الأخير لم يخلو من أخطاء فقهية وجب التحذير منها،أما عن بحثي فقد حاولت قدر الإمكان أن أجعله وسطا بين الإيجاز والإطناب ، متوازنا في مباحثه ومطالبه وفروعه، بحثا مقارنا بين الفقه بمذاهبه الأربعة وقانون الأسرة الجزائري ،متحريا فيه الأمانة العلمية في نسبة الأقوال والأفكار إلى قائليها، مركّزا على الأهم فالمهم ،متمثّلا قول البيساني:(إنّي رأيتُ أنّه ما كَتَبَ أحَدُهُم في يَومِهِ كِتاباً إلا قالَ في غَدِهِ، لوغُيّرَ هذا لَكانَ أَحسن ولَو زِيدَ ذاكَ لَكانَ يُستَحسن، ولَو قُدِّمَ هذا لكانَ أفضل، ولو تُرِكَ ذاكَ لَكانَ أجمل، وهذا مِن أعظَمِ العِبر، وهو دَليلٌ على استيلاءِ النّقْصِ على جُملَةِ البَشر)[1]؛ فرأيت أن أضيف إلى ما سبقني إليه غيري أشياء ،وأغُضّ الطرف عن أخرى، وهو ما كان بالفعل حيث أحسب أن بحثي يختلف عنهم ،خاصة في جانب الحديث عن عيوب التراضي في الزواج،حيث سايرت مذهب فقهاء الشريعة من خلال التركيز على الإجبار والعضل والتغرير ،متحاشيا ما عداها من عيوب الإرادة التي ذكرها فقهاء القانون إلا النزر اليسير منها.

[1]- حاجي خليفة، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، تحقيق محمد شرف الدين،ج1،د.ط ،دار إحياء التراث العربي، بيروت ،لبنان،د.ت،ص18 .

المنهج المتبع: اعتمدت في دراسة هذا الموضوع على المناهج الآتية:

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

2- المنهج التحليلي: واعتمدته في تحليل آراء الفقه الإسلامي بمذاهبه الأربعة،وموقف المشرع الجزائري وذلك لمعرفة طبيعة تلك الآراء والمواقف، والأسس التي بُنيت عليها، والأدلة التي استند إليها.

3- المنهج المقارن: واعتمدته من خلال المقارنة بين المذاهب الفقهية أولا، والمقارنة بين ما ذهبت إليه وما ذهب إليه المشرع الجزائري؛وذلك لمعرفة الرأي الراجح في كل من الفقه والقانون من جهة، ومعرفة أوجه الشبه والاختلاف بين الفقه والقانون من جهة أخرى.

عناصر الموضوع:قسمت الموضوع إلى فصلين ؛فتناولت في الفصل الأول مفهوم الزواج وفوائده و حقيقة الرضا فيه، وأهميته وضوابطه ، وشروط صحته من توافر الأهلية وخلوه من عيوب الإرادة وأما الفصل الثاني فخصصته لتأثير الولاية والتغرير عليه ، حيث ركزت في الولاية على الإجبار والعضل وما يتعلق بهما من شروط وأحكام ،و في التغرير على بيان معناه وصوره وأثره في الزواج ،وختمت البحث بخاتمة بينت فيها أهم ما توصلت إليه من نتائج ، مع بعض الاقتراحات المتعلقة بالموضوع.

الفصل الأول

مفهوم التراضي في عقد الزواج وطرق التعبير عنه

الفصل الأول
مفهوم التراضي في عقد الزواج وطرق التعبير عنه

إذا كان مبدأ سلطان الإرادة يقوم على إرادة الشخص من خلال إرادته التعاقدية وفق مبدأ الرضائية، وتحديد آثار العقد، فإنه يلزم لقيام العقد صحيحا اتفاق إرادتين خاليتين من عيوب الرضا، وموانع الأهلية، تتجهان معا لإحداث أثر شرعي وقانوني،وهو ما سنحبثه في هذا الفصل من خلال الحديث عن الرضا كركن في سائر العقود بصفة عامة، وفي عقد الزواج بصفة خاصة ،حيث سنتطرق إلى بيان مفهومه، وخصوصيته ،وأهميته، وضوابطه، وشروط صحته، وطرق التعبير عنه ،و ذلك وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: حقيقة التراضي في عقد الزواج

المطلب الأول: مفهوم الزواج وبيان أركانه

المطلب الثاني: خصوصية التراضي في عقد الزواج

المبحث الثاني: سلامة التراضي في عقد الزواج وطرق التعبير عنه

المطلب الأول: سلامة التراضي في عقد الزواج

المطلب الثاني: طرق التعبير عن التراضي في عقد الزواج

المبحث الأول

حقيقة التراضي في عقد الزواج

اهتم الإسلام بالأسرة، ودعا إلى الحفاظ عليها وتحصينها، وحماية حقوق أفرادها، وجعلها صورة مصغرة للمجتمع، ودعامته الأولى ، وجعل لها نظاما متميزا يقيها حر الفتن؛ التي تتربص بها في كل وقت وحين ، وقيدها بمجموعة من الضوابط والأحكام ؛التي حددت بموجبها مسؤولية كل عضو فيها،ولما كان الزواج نواتها الأولى التي تنشأ منها ؛أوجب لعقده أركانا وشروطا لا يتأتى إلا بتوافرها، و نفى عنه كل ما من شأنه أن يصرفه عن تحقيق غاياته السامية ،ولأنه من العقود الثنائية التي تحتاج في قيامها إلى توافق إرادتين؛ لزم أن يتم برضا الزوجين لأنهما أساس العقد وطرفاه، دون الحاجة إلى أية طقوس دينية ،أو تدخل سلطة مدنية لإبرامه؛ ومن ثم كان الرضا سمته البارزة، وهو ما سنبينه في هذا المبحث من خلال ما يلي:

المطلب الأول:مفهوم الزواج وبيان أركانه

المطلب الثاني:خصوصية التراضي في عقد الزواج

المطلب الأول

مفهوم الزواج وبيان أركانه

الزوجية من سنن الله عز وجل في الخلق والتكوين،ميزه الله سبحانه عن غيره من خلال اشتراط توافر أركانه، وشروطه، وضوابطه، بين عاقديه،بما يكفل مصلحة الزوجين ،والأسرة ،والمجتمع، وفيما يلي توضيح ذلك:

الفرع الأول:تعريف عقد الزواج

نتناول في هذا الفرع تعريف النكاح في اللغة، والفقه ،والقانون، وبعض فوائده المستنبطة من النصوص الشرعية.

أولا: تعريف العقد

1- في اللغة: العقد في اللغة نقيض الحَلِّ،عَقَدَهُ يَعْقِدُهُ عَقْدًا وتَعْقَادًا، وعقَّده وقد انعقد وتعقّد ، ثم استعمل في أنواع العقود من البيوعات والعقود وغيرها[1]،والعُقْدة ما يمسكه ويوَثِّقه وعَقدة النكاح إحكامه وإبرامه[2].

2- في الفقه: يطلق فقهاء الشريعة لفظ العقد على معنيين:

أ- الأول (المعنى العام): هو قريب من المعنى اللغوي ولكنه أخص منه، فيشمل كل التزام تعهد الإنسان الوفاء به، وترتب عليه حكم شرعي ،سواء كان هذا الالتزام من طرفين متقابلين ،أو من طرف واحد ،وهو ما أشار إليه ابن العربي في قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[3]،حيث قال: ((فربط العقد تارة يكون مع الله ، وتارة يكون مع الآدمي، وتارة يكون بالقول ،وتارة يكون بالفعل))[4]، و أشار إليه السيوطي أيضا في تقسيم العقود بقوله: ((ومنها مالا يفتقر إلى إيجاب وقبول كالهدية ، وما يفتقر إليهما كالبيع ،والصرف، والسلم ،والنكاح))[5].

ب- الثاني (المعنى الخاص) : هو ما يتوقف تمامه على رضا الطرفين ، وتوافق إرادتين ، وهو المعنى الشائع والمشهور في كتب الفقه[6]،ومن التعاريف الواردة على هذا المعنى ما جاء في مجلة الأحكام العدلية: ((العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمرا،وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول))[7].

[1]- الزبيدي محمد مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق عبد الستار أحمد فراج،ج8، ط2،مطبعة الكويت،الكويت، 1965، ص394.

[2]- الفيومي أحمد بن محمد ، المصباح المنير، د. ط ، مكتبة لبنان،بيروت،1987،ص421.

[3]- سورة المائدة ، الآية : 01 .

[4]- أحكام القرآن،تعليق محمد عبد القادر عطا،ج2،ط3،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان،1424هـ،ص6.

[5]- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية،ط1،دار الكتب العلمية،بيروت،1983، ص278.

[6]- وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته،ج4،ط2،دارالفكر للطباعة والنشر،دمشق،سوريا،1984، ص81.

[7]- علي حيدر، مجلة الأحكام العدلية مع درر الحكام ،ج1، د.ط ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع،الرياض،2003، ص105.

جـ- في القانون: تعددت تعاريف القانونين للعقد ،نقتصر على بعضها ،حيث تم تعريفه بأنه: ((توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني،سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام، أو نقله ،أو تعديله ،أو إنهاؤه))[1]،وبأنه: ((ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله))[2]، و بأنه: ((توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني))[3].

وعرفته م 54 من ق م بأنه : "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"[4]،وقد تضمن هذا التعريف معنى العقد والالتزام جميعا[5]،وهذا بالرغم من أن القانون غالبا ما يخص العقد بما كان لابد فيه من إرادتين، أما ما كان بإرادة واحدة فلا يعتبره عقدا[6] .

والمتأمل في التعريف الفقهي ،يلاحظ أن الفقهاء ينظرون إلى العقد على كونه ارتباطا شرعيا تولد عنه اتفاق، وليس نفس الاتفاق ، كما يلاحظ من خلال المقارنة بأن التعريف الفقهي أحكم ،و القانوني أوضح[7].

ثانيا: تعريف الزواج

1- في اللغة:

أ- الزواج لغة: الزواج في اللغة يعني الازدواج ،والاقتران، والمخالطة، والارتباط ،والزوج البعْلُ والزوجة، وخلاف الفرد،ويقال للاثنين هما زوجان وهما زوج، والأزواج القرناء ،وتزوَّجه النوم خالطه، والمزاوجة الازدواج[8].

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،ج1،د.ط ، دار إحياء التراث العربي، لبنان،د.ت، ص138.

[2]- مصطفى أحمد الزرقا،المدخل الفقهي العام،ج 1،ط1،دار القلم،دمشق،1998م ،ص382.

[3]- محمد صبري السعدي،شرح القانون المدني الجزائري ،ج1،ط1،دار الهدى،عين مليلة،الجزائر، 1993،ص38.

[4]- قانون رقم 07 - 05 مؤرّخ في 13 مايو سنة 2007 يعدل ويتمم الأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، ج ر رقم 31 بتاريخ 13 ماي 2007 .

[5]- العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ج1، ط5، د م ج، الجزائر،2007، ص41.

[6]- محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي ، ط2 ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة ،1996 ، ص518.

[7]- مصطفى أحمد الزرقا،ج1،مرجع سابق، ص384-385.

[8]- الفيروز آبادي محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط ، ط8 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت، لبنان ،2005 ، ص 192.

ب– النكاح لغة: من الفعل نكح ينكح نكحا وهو البُضع، ويُجرى مجرى التزويج ،وامرأةٌ ناكِحٌ ،أي ذات زوج[1]، ويدل أيضا على مقارنة شيء لشيء، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَزَوَّجْنَاهُم بِحُورٍ عِينٍ ﴾[2].

والمتأمل في التعريفين لا يجد أي فرق بينهما، و هو ما أكده صاحب اللسان بقوله : ((والزواج والنكاح لفظان مترادفان لمعنى واحد ؛أي أن كلا من اللفظين بمعنى الآخر،ونكح فلانٌ امرأةً ينكِحها إذا تزوَّجها))[3].

2 – في الفقه: تباينت عبارات الفقهاء في تعريفه ،نذكر منها:

أ– عند الفقهاء المتقدمين:عرفه الحنفية بأنه: ((عقد يفيد ملك المتعة قصدًا))[4]،والمالكية بأنه: ((عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم وغير مجوسية ،أو أمة كتابية ،بصيغة ،لقادر محتاج ،أو راج نسلا))[5]، و الشافعية بأنه: ((عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح ،أو تزويج، أو ترجمته))[6]، والحنابلة **بأنه:** ((عقد التزويج))[7].

وبالنظر إلى هذه التعريفات نجدها تدور في فلك واحد تقريبا ،وهو أن موضوع عقد الزواج امتلاك المتعة على الوجه المشروع ، ولا شك أن قصر معنى النكاح على المتعة غير سديد؛لأن المتعة هي بعض مقاصده وليست كلها ،بل إن المقصد الأسمى منه هو التناسل، وحفظ النوع الانساني ، وحصول الأنس والمودة[8].

ب– عند الفقهاء المعاصرين: وردت فيه عدة تعاريف منها أنه :((عقد يفيد حل استمتاع كل واحد من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع ، ويجعل لكل منهما حقوقا مثل صاحبه ، وواجبات عليه))[9]، أو أنه: ((عقد بين رجل

وامرأة ، يبيح استمتاع كل منهما بالآخر، ويبين ما لكل منهما من حقوق ، وما عليه من واجبات ، ويقصد به حفظ النوع الإنساني))[10]،والمتأمل في تعريفات المعاصرين والقدامى، يجد أن تعريفات المعاصرين أشمل لمقاصد النكاح، وغاياته،مقارنة مع تعريفات الفقهاء القدامى.

---

[1]– أحمد ابن فارس بن زكريا،معجم مقاييس اللغة،ج5،دار الفكر للطباعة والنشر،دمشق،1979 ،ص 475.

[2]– سورة الدخان ، الآية : 54 .

[3]– ابن منظور جمال الدين بن مكرم ، لسان العرب،ج14،ط3، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان،1999، ص 272.

[4]– النسفي عبد الله بن أحمد ،كنز الدقائق في الفقه الحنفي،تحقيق سائق بكداش،ط1،دار البشائر الإسلامية بيروت، لبنان، 2011، ص251.

[5]– الصاوي أحمد ،بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير،ج2،ط1،دارالكتب العلمية،بيروت،لبنان،1995،ص212-213.

[6]– الشربيني محمد بن محمد ،مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،ج4، د.ط، دار الكتب العلمية،بيروت،2000، ص200.

[7]– ابن قدامة عبد الله بن أحمد،المغني،ج9،ط3، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع،الرياض،1997،ص339.

[8]– أبو زهرة محمد ،الأحوال الشخصية،ط3،دار الفكر العربي،القاهرة،1957،ص17.

[9]– عبد الوهاب خلاف،أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية،ط2، دار القلم،الكويت،1990 ،ص23.

[10]– عبد الرحمن الغرياني،مدونة الفقه المالكي وأدلته،ج2،ط1،مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع،بيروت،2002،ص491.

ج – التعريف المختار: بناء على ما تقدم يمكن تعريف الزواج بأنه:((عقد شرعي بين ذكر و أنثى ،بالغين مختارين،خاليين من العيوب والموانع الشرعية،لاستحلال الوطء ،وإنجاب الذرية ،وتكوين الأسرة ،يفرض لكل منهما حقوقا وواجبات))[1].

3– في القانون: لم تخرج تعريفات القانونيين للزواج عن تعريفات الفقهاء ؛ وعليه يمكن تعريفه بأنه: ((عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة ، بما يحقق ما يتطلبه النوع الإنسانى مدى الحياة ، ويجعل لكل منهما حقوقا وواجبات قِبَل الآخر))[2].

وهذا التعريف يشبه تماما ما نصت عليه م 40 ق أ: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"[3].

ثالثا: فوائد الزواج: لا تقتصر فوائد النكاح على مجرد المتعة بل هي متنوعة ،((الأولى دفع غوائل الشهوة عنه، والثانية التنبيه باللذة الفانية على اللذة الدائمة؛لأنه إذا ذاق هذه اللذة وعلم أنه إذا عمل الخير نال ما هو أعظم سارع إلى فعل الخيرات، والثالثة المسارعة في تنفيذ إرادة الله تعالى ورسوله،أما إرادة الله عز وجل فإنه أراد بقاء الخلق إلى يوم القيامة ولا يحصل ذلك إلا بالنكاح،وأما إرادة رسول الله صلى الله عليه وسلم فلقوله:{ تَزَوَّجُوا الْوَدُودَ الْوَلُودَ فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمْ الأُمَمَ}[4]،والرابعة بقاء الذكر ورفع الدرجات بسبب دعاء الولد الصالح))[5]، والخامسة طلب الغنى ،قال تعالى :﴿ وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ ﴾[6]، فهذا وعد من الله بإغناء من سلك طريق الزواج وقصد إعفاف نفسه به[7] .

[1]– محمد سليم مصطفى،الخصوصية الشرعية لعقد الزواج،مجلة الجامعة الاسلامية،غزة،فلسطين،ع1439،183هـ ،ص36.

[2]– رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري ،ط1، دار الخلدونية،القبة،الجزائر،2008،ص23.

[3]– الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 الذي يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج ر ، ع 15 بتاريخ 27 فيفري 2005.

[4]– رواه أبو داود ،ح ر 2050 وصححه الألباني في الإرواء.

[5]– خليل بن إسحاق ،التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب،ج3،ط1،مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، مصر، 2008، ص 505.

[6]– سورة النور، الآية : 32.

[7]– الصابوني محمد علي ، روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن،ج2،ط3،مكتبة الغزالي،دمشق،1980، ص182.

الفرع الثاني: أركان الزواج

إن عقد الزواج كأي عقد من العقود لا يتصور له وجود ولا اعتبار شرعي ؛ إلا إذا توافرت أركانه وشروطه ، وقد حرصت الشريعة على وجوب توافرها حماية للعلاقة الزوجية وما ينبثق عنها من علائق،وسنتطرق أولاً إلى تعريف الركن والتمييز بينه وبين الشرط،وذلك من أجل الوقوف على حقيقة خلاف العلماء في عدد أركان الزواج.

أولا: تعريف الركن

1- في اللغة:ركن الشيء جانبه الأقوى والأمر العظيم[1]،وهو يأوي إلى ركن شديد أي عِزّ ومَنعة ،ويقال جبل ركين؛ أي له أركان عالية[2].

2- في الفقه : ركن أي شيء هو الجانب القوي فيه ،وما لا يتم إلا به وهو داخل فيه، بخلاف الشرط فهو خارج عنه[3]،فالركن إذن ما يقوم عليه الشيء ، ويكون جزءا داخلا في ماهيته ،كالإيجاب والقبول في العقد[4]،وأما الشرط فهو ما يتوقف عليه وجود ذلك الشيء ، ويكون خارجا عن ماهيته، ولا يكون مؤثرا في وجوده[5]،فيكون الفرق بين الركن والشرط ؛ أن شرط الشيء ما يتم به الشيء ، ويتوقف عليه لكنه خارج عنه، كالركوع في الصلاة فهو ركن ،لأن الصلاة تتوقف عليه مع أنه داخل فيها، وأما الوضوء فهو شرط لها ، وهي تتوقف عليه أيضا لكنه خارج عنها[6]،وبهذا

يكون كل من الركن والشرط، لابد منه لتحقق المسمى شرعا، غير أن الركن يكون داخلا في حقيقة المسمى ، بخلاف الشرط[7].

* **خلاف الجمهور والحنفية:**ما تقدم بيانه هو الركن عند الحنفية ،أما بقية العناصر الأخرى من محل معقود عليه، وعاقدين ، فهي لوازم لابد منها لتكوين العقد ؛ لأنه يلزم من وجود الايجاب والقبول وجود عاقدين ، ولا يتحقق ارتباط العاقدين إلا بوجود محل يظهر منه أثر الارتباط، أما الجمهور فالركن عندهم ما لا توجد الماهية الشرعية إلا به، أو ما كان منه، سواء كان جزءا منه أم خارجاً عنه[8]،وعلى هذا فكل من الركن والشرط لابد منه لتحقق المسمى

[1]- الفيروز آبادي،مرجع سابق،ص1201.

[2]- ابن فارس،ج2، مرجع سابق،ص430.

[3]- الجرجاني علي بن محمد،التعريفات،تحقيق باسل عيون السود،ط2،دار الكتب العلمية،بيروت ،لبنان،2003، ص116.

[4]- محمد مصطفى شلبي،أحكام الأسرة في الإسلام،ط4،الدار الجامعية للطباعة والنشر،بيروت،لبنان،1983 ، ص94.

[5]- الجرجاني،مرجع سابق،ص209.

[6]- النملة عبد الكريم بن علي،المهذب في علم أصول الفقه،ج1،ط1،مكتبة الرشد للنشر والتوزيع،الرياض،1999،ص1963.

[7]- الموسوعة الفقهية الكويتية،ج22،ط2،طباعة ذات السلاسل،الكويت،1992 ، ص110.

[8]- الزحيلي وهبة،ج4،مرجع سابق،ص92.

شرعا،غير أن الركن يكون داخلا في حقيقة المسمى،فهو جزءه ،بخلاف الشرط فإنه يكون خارجا عن المسمى[1]، وبناء على اختلاف الفقهاء في تحديد معنى الركن لم يتفقوا على أركان عقد الزواج كما سنرى لاحقا.

3 – في القانون : لم أقف على تعريف محدد إلا أنه لا يختلف عن التعريف الفقهي، بحيث يمكن تعريفه بأنه: ((ما تتكون منه حقيقة العقد، ولا تثبت ماهيته ثبوتا حسيا إلا به))[2].

ثانيا: أركان الزواج في الفقه

1 – مذاهب الفقهاء في أركان الزواج: اختلف الفقهاء في عدد أركان العقد على النحو التالي:

أ– مذهب الحنفية : ركن الزواج هو الصيغة فقط ،أي: الإيجاب والقبول[3].

ب– مذهب المالكية : أركانه أربعة ،الصيغة أي: الإيجاب والقبول، والولي،والمحل أي: الزوجان، والصداق [4].

جـ– مذهب الشافعية: أركانه خمسة وهي: زوجان، وولي ،وشاهدان ،وصيغة[5].

د– مذهب الحنابلة: أركان الزواج ثلاثة وهي: الزوجان، والإيجاب ،والقبول[6].

ثالثا: أركان الزواج في قانون الأسرة

1 – قانون الأسرة القديم 84–11: يقوم عقد الزواج على أربعة أركان ،وهو ما نصت عليه م 09 من ق أ:"يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة وشاهدين وصداق"،غير أن المشرع الجزائري لم يحسم أمره بالنسبة للولي فمرة يجعله ركنا كما في 09 ق أ السابقة و م11 من نفس القانون التي نصت: " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له"، ومرة يجعله شرط صحة كما في نص المادتين 32 و 33 من القانون ذاته،حيث رتّب المشرع على تخلف الولي فسخ الزواج قبل الدخول، وتثبيته بعد الدخول بصداق المثل، ونفس الحكم إذا اختل أي ركن، بشرط أن يكون واحدا فقط ، أما في حالة اختلال أكثر من ركن كاجتماع الولي مع الصداق ،أو الولي مع الشاهدين ،فيبطل العقد،ولا شك أن هذا الأمر يتعارض مع القواعد العامة في القانون المدني؛

[1]– الموسوعة الكويتية،مرجع سابق، ج23 ،ص110.

[2]– أبو زهرة محمد ،الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي، القاهرة ، مصر،1996، ص176.

[3]– الكاساني علاء الدين بن مسعود ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج2،ط2،دار الكتب العلمية،بيروت ،لبنان، 1986، ص229.

[4]– الخرشي محمد بن عبد الله ،حاشية الخرشي على مختصر خليل،ج3، ط1، دار الكتب العلمية،بيروت،1997، ص172.

[5]– الرافعي عبد الكريم بن محمد ،المحرر في فقه الإمام الشافعي،ج2،ط1،دار السلامة للطباعة والنشر،القاهرة،2013، ص937.

[6]– البهوتي منصور بن يونس،كشاف القناع عن متن الإقناع،ج5،د.ط،دار عالم الكتب، بيروت،لبنان، 1983، ص37.

التي تعتبر العقد الذي يختل فيه أحد أركانه باطلا بطلانا مطلقا ولو كان ركنا واحدا ،بينما لا نجد هذا الحكم في قانون الأسرة القديم، وهو ما أدى إلى تعديله[1].

2 – قانون الأسرة المعدل بالأمر 05–02: عمد المشرع الجزائري إلى جملة من التعديلات بخصوص عقد الزواج، ومن جملتها ما يتعلق بالأركان ،حيث قصرها على الرضا الذي يتم بين الزوجين، وليس بين الرجل وولي المرأة،وهو ما نصت عليه م 04 ق أ بقولها:" الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي"، وأكدته المادتان 09 و 33 من ق أ ،فلم يعتبر من الأركان إلا الرضا، أما الولاية والصداق والإشهاد فهي شروط صحة لا غير،كما جعل الولاية حرية شخصية، فللمرأة أن تختار من تشاء،حيث نصت م11 من ق أ: " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها،أو أي شخص آخر تختاره"،والمتأمل في عبارة "تعقد" يفهم أن المشرع أسند الفعل للمرأة ، بينما عبارة "بحضور وليها"يفهم منها مجرد الحضور الشكلي من باب المشاركة لا غير،ولا شك أن هذا يمثل مخالفةً لأحكام الشريعة، ومناقضةً لمقاصدها في اعتبار الولاية، وذريعةً لانتشار الزواج السري و العرفي، وما يترتب عليهما من أضرار جسيمة تصيب المرأة ،وتؤثر على العلاقة الزوجية[2]،وما يقال عن الولاية ينسحب على باقي الأركان الأخرى.

وتعتبر الولاية من الإشكالات التي شهدت نقاشا كبيرا بين تيارين؛ أحدهما يصر على الإبقاء على القانون القديم 84-11 وسد ثغراته بما يتوافق مع الشرع، وآخر ينادي بإلغائه بحجة عدم تماشيه مع مقتضيات العصر[3]،ويظهر أن المشرع قد حسم الأمر فيما يعد ركنا وما يُعد شرطا في عقد الزواج بنص المادتين 09 و 09 مكرر من ق أ.

المطلب الثاني

خصوصية التراضي في عقد الزواج

اتفق كل من فقهاء الشريعة والقانون على ركنية الرضا في الزواج على خلاف في التسمية بينهم، ولما كان وجوده يستلزم وجود العاقدين والمعقود عليه ؛ اقتصر أكثر الفقهاء في بيان أركان الزواج على قولهم أركان الزواج الايجاب

[1]– أحمد شامي ،الولي من ركن إلى شرط وجوب في عقد الزواج، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الونشريسي،تيسمسيلت،الجزائر، ع3،جوان 2017،ص 205.

[2]– محمد إيدير مشنان و صفية حسين ،الزواج العرفي بين الضوابط الشرعية والإجراءات القانونية،مداخلة مقدمة في إطار الملتقى الدولي الثاني الذي نظمه معهد العلوم الإسلامية،جامعة لخضر حمه،الوادي، بعنوان : المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة يومي 23 و24 أكتوبر2018، ص987.

[3]– عبد العالي عشاري،الولاية في الزواج على ضوء أصول الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجديد،مجلة الدراسات والبحوث القانونية،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة محمد بوضياف،المسيلة، ع 9،جوان 2018 ، ص325-328.

والقبول، لما له من أهمية خاصة في الزواج،وعليه سوف أتحدث في هذا المطلب عن خصوصية التراضي في عقد الزواج، وذلك من خلال تعريف الخصوصية والتراضي في الفرع الأول،ثم عن أهمية التراضي وضوابطه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم الخصوصية والتراضي

سوف أتعرض في هذا الفرع لمعنى الخصوصية،والتراضي في اللغة، والشريعة، والقانون، وبعض الألفاظ ذات الصلة بالتراضي.

أولا:تعريف الخصوصية

1 – في اللغة: مأخوذة من خصَّ وخصَّه بالشيء،أفرده به دون غيره،واختصَّهُ بالأمر إذا انفرد به،[1]،ويقال اختص فلان بالأمر وتخصص له إذا انفرد[2] ،والتخصيص والاختصاص والخصوصية بمعنى واحد ،وهو تفرد بعض الشيء بما لا يشاركه في الجملة ،وذلك خلاف العموم و التعمُّم والتعميم[3].

2 – في الاصطلاح: لم يرد فيها تعريف خاص ولكن معناها لا يختلف عن المعنى اللغوي، جاء في الموسوعة : ((الاختصاص في اللغة هو الانفراد بالشيء دون الغير،أو إفراد الشخص دون غيره بشيء ما،وهو عند الفقهاء كذلك فهم يقولون:هذا مما اختص به الرسول صلى الله عليه وسلم ،أو مما اختصه الله عز وجل به، وهم يقولون فيمن وضع سلعته في مقعد من مقاعد السوق المباحة؛إنه اختص بها دون غيره،فليس لأحد مزاحمته حتى يدع))[4]، وعليه يمكن تعريف الخصوصية بأنها: ((انفراد الشيء بمن له حق فيه واتصال به))[5]، فيتحصل لدينا أن خصوصية عقد الزواج : هي انفراده في الشريعة الإسلامية بخصائص تميزه عن سائر العقود من جهة ، وعن عقود الزواج عند غير المسلمين من جهة أخرى[6].

والمتمعن في تشريع الزواج يلحظ هذه الخصوصية بلا شك، وذلك من خلال الضوابط والقيود والآداب التي أحاطت بها الشريعة هذا العقد، يقول ابن القيم: ((ومما يوضحه أن عقد النكاح يشبه العبادات في نفسه،بل هو مقدم على

[1]– ابن فارس،مرجع سابق،ج2،ص153.

[2]– ابن منظور،مرجع سابق،ج14،ص109.

[3]– أحمد السمين،عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ ،ج 1،ط1،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان،1996 ،ص 506.

[4]– الموسوعة الكويتية،ج2، مرجع سابق ،ص256.

[5]– محمد سليم مصطفى،مرجع سابق ،ص18.

[6]– المرجع نفسه.

نفلها،ولهذا يستحب عقده في المساجد،ومن يشترط له لفظ العربية راعى فيه ذلك إلحاقا بالأذكار المشروعة))[1]،ويقول القرافي:((إن الشرع الحنيف إذا عظّم قدر شيء شدد فيه ،وأكثر فيه من الشروط والقيود تعظيما لشأنه،ورفعا لقدره، وهو ما ينطبق على عقد النكاح،فهو عظيم الخطر،جليل القدر،لأنه سبب بقاء النوع الإنساني، وسبب العفاف الحاسم لمادة الفساد، واختلاط الأنساب،وسبب المودة والمواصلة والسكون،وغير ذلك من المصالح،فلذلك شدد فيه الشرع،فاشترط له الصداق، والشهادة، والولي، وخصوص اللفظ دون البيع))[2].

ثانيا: تعريف التراضي

1 – في اللغة: من الرضا ،والراء والضاد والحرف المعتل أصل واحد يدل على خلاف السُّخْط، تقول رضِي يرضَى رِضىً، وهو راضٍ،ومفعوله مرضِيٌّ عنه[3]، والسخط : الكراهية للشيء، وعدم الرضا به، وفي دعاء الرسول االله صلى الله عليه وسلم: { اللهم إني أسألك الرضا بعد القضاء}[4] ،وقد رضي يرضى رضا ورُضا ورِضواناً ورُضواناً فهو راض،و رضيت الشيء ، وارتضيته،فهو مرضي[5].

وقوله تعالى: ﴿ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ وَرَضُوا عَنْهُ﴾[6]، تأويله: أن الله تعالى رضي عنهم أفعالهم،ورضوا عنه ما جازاهم به[7]،وقوله تعالى:﴿ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[8]؛ أي عن رضى جاءت من التّفاعل، إذ التّجارة من اثنين[9]،والرضا: هو سكون النفس إلى الشيء، والارتياح إليه والرِّضوان: هو الرضا الكثير[10].

2 – في الفقه: قيل في الرضا الكثير ،فعرفه الحنفية بأنه:((امتلاء الاختيار، أي بلوغه نهايته، بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه، ونحوها،كما يفضي الغضب إلى الظاهر من حماليق الوجه ،بسبب غليان دم القلب))[11]،أو هو:((إيثار الشيء واستحسانه،وعرفه الجمهور بأنه قصد الفعل دون أن يشوبه إكراه))[12].

---

[1]– إعلام الموقعين عن رب العالمين،ج4، ط1،دار ابن الجوزي، السعودية،1423هـ ،ص 542 .

[2]– أنوار البروق في أنواع الفروق،ط1،دار السلام للطباعة والنشر والترجمة، القاهرة، مصر،2001، ص931.

[3]– ابن فارس، مرجع سابق،ج2،ص402.

[4]– رواه الطبراني في الأوسط ،ح ر6091 ، وصححه الألباني.

[5]– ابن منظور،مرجع سابق، ج 5،ص235.

[6]– سورة التوبة،الآية : 100.

[7]– الزجاج إبراهيم بن السري،معاني القرآن وإعرابه،ج2، ط1،عالم الكتب،بيروت،لبنان،1988، ص466.

[8]– سورة النساء، الآية : 29 .

[9]– القرطبي محمد بن أحمد ،الجامع لأحكام القرآن،ج06، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان،1988، ص252.

[10]– صالح المنجد،الرضا،ط1، مجموعة زاد للنشر،السعودية،2009،ص 09.

[11]– البخاري أحمد،كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي،ج4، د.ط،دار الكتاب العربي،بيروت لبنان،1308هـ، ص282.

[12]– الموسوعة الكويتية،مرجع سابق،ج22،ص228.

وعرفه الزرقا بأنه: ((الرغبة في الفعل والارتياح إليه))[1]،وفي نفس المعنى عرفه محمد سلام مدكور بقوله:((أما الرضا فهو ارتياح النفس وانبساطها عن عمل ترغب فيه،ويعرفه الفقهاء بأنه الرغبة في آثار العقد من ترتب الحكم الشرعي عليه عند وجوده وإنشائه))[2] .

3 – في القانون: لم تُعْنَ التشريعات الحديثة بتعريف التراضي ولكنه بالعودة إلى المعاجم اللغوية الفرنسية نجد أن من بين معانيه: الإرادة الطيبة والترخيص، غير أن الفقه والقضاء قيدوه بكونه: التوافق بين الإرادتين على إنشاء أثر قانوني[3]، وذلك لأن العقد يقوم على الإرادة أي تراضي المتعاقدين،فوجود التراضي مرهون بوجود إرادتين متوافقتين، وبالتالي فإن التراضي هو تطابق إرادتين تتجهان لإحداث أثر قانوني وهو إنشاء الالتزام[4]،ويعرفه القانون الروماني على أنه:((قبول أو إجابة تامة إلى حكم أو طلب يتضمن حتى القتل))[5].

وقد استمر العمل بهذا المفهوم إلى غاية ظهور المسيحية ،أما القانون الإنجليزي فيعرفه بأنه: ((الإذن الذي يعطى من قبل شخص عاقل ومدرك قادر على تكوين رأي ، أو الإفصاح عن رأي أو موضوع))[6].

ثالثا: بعض الألفاظ ذات الصلة بالتراضي

1 – النية: لغة القصد ، ولها معان عدة ،أهمها التحول،والقصد ،والجد في الطلب، والعزم[7]،وتوجه النفس نحو العمل[8]، أما شرعا فهي قصد الانسان بقلبه ما يريد فعله ،فهي من باب العزم والإرادات[9]،وعرفها الجمهور بأنها عقد القلب على إيجاد الفعل جزما[10].

[1]– أحمد الزرقا،ج1،مرجع سابق،ص451.

[2]– محمد سلام مدكور،مرجع سابق، ص 573.

[3]– علي القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود(دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الروماني والفرنسي والإنجليزي والمصري والعراقي)،ج1، ط3، دار البشائر الإسلامية، 2008، ص239.

[4]– السنهوري،ج1، مرجع سابق، ص172.

[5]– محمد نجم صبحي،رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية ، ط1، دار الثقافة للنشر،عمان،2000 ،ص 21.

[6]– المرجع نفسه،ص 21.

[7]– ابن منظور،مرجع سابق،ج14،ص343.

[8]– إبراهيم أنيس وآخرون،المعجم الوسيط،ط4،مجمع اللغة العربية،مصر،2004،ص966.

[9]– القرافي أحمد بن إدريس ،الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة،ج1،ط1،دار الغرب الإسلامي،بيروت،لبنان،1994،ص240.

[10]– الموسوعة الكويتية،مرجع سابق،ج22،ص288.

2 – الإرادة: لغة مصدر أراد يريد إرادة وهي الطلب ،والاختيار[1]،والمشيئة[2]، واصطلاحا هي صفة توجب للحي حالا يقع منه الفعل على وجه دون وجه [3]،ويستعملها الفقهاء بمعنى القصد إلى الشّيء والاتّجاه إليه، وقد تحصل الإرادة دون حصول التراضي.

3 – الاختيار: لغة مصدر خار يخير خيرا وخِيَرًا وخِيرَةً ،ولها معان عدة منها التفضيل والانتقاء والاصطفاء[4]،وأما في اصطلاح الفقهاء فعرّفه الحنفيّة بأنّه: ((القصد إلى أمرٍ متردّدٍ بين الوجود والعدم داخلٍ في قدرة الفاعل بترجيح أحد الأمرين على الآخر))[5].

الفرع الثاني:أهمية التراضي في عقد الزواج وضوابطه

نتناول في هذا الفرع خصوصية التراضي في عقد الزواج من خلال إبراز أهميته في الفقه والقانون،و بيان أهم ضوابطه .

أولا: أهمية التراضي

1 – في الفقه الإسلامي: اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن التراضي ركن أساسي في عقد الزواج على اختلاف في التسمية بينهم؛إذ الأصل في العقود الرضا، يقول السباعي:((لا بد من الرضا والإرادة ،ولما كانا أمرين خفيين لا يمكن الاطلاع عليهما إلا بما يدل عليهما من قولٍ أو فعلٍ ؛ فقد اعتبر الشارع الإيجاب والقبول دليلين ظاهرين على تحقق الإرادة والرضا في نفس كلٍ من المتعاقدين))[6].

واختلفوا فيما يعتبر من الرضا هل الرضا الظاهر المعبر عنه بالإيجاب والقبول،أم لا بد من الرضا النفسي(الباطني)، على قولين: فذهب الحنفية إلى أن الرضا الظاهر يكفي في عقد الزواج،وهذا الرأي مبني على قاعدتهم في التفريق بين الاختيار والرضا، فالاختيار(قصد التعبير) هو الذي يعد ركنا في العقود عندهم،أما الرضا (قصد الأثر) فليس ركنا فيها ،بل هو شرط صحة في العقود المالية التي تقبل الفسخ، أما العقود التي لا تقبله كالزواج فلا يشترط فيها الرضا

[1]- الفيومي، مرجع سابق،ص245.

[2]- الفيروز آبادي،مرجع سابق،ص284.

[3]- الجرجاني،مرجع سابق،،ص20.

[4]- ابن منظور،مرجع سابق،،ج4،ص257-259.

[5]- البخاري أحمد ،ج4،،مرجع سابق ،ص382.

[6]- السباعي مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية ،ج1،ط9، المكتب الإسلامي، دمشق، سوريا،2001 ،ص7.

أصلا، بينما ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى اشتراط مطابقة الرضا الظاهر للرضا الباطن ، إلا أنهم جعلوا الأول ركنا في الزواج والثاني شرطا لصحته[1].

2 – في القانون: لا يمكن تصور أي زواج سعيد وناجح بدون تراضي طرفيه، وتلاقي إرادتيهما بنية الارتباط بينهما ارتباطا شرعيا،وهو أكدت عليه جميع التشريعات العربية ، ومن بينها التشريع الجزائري الذي أكد على رضائية عقد الزواج ؛حيث نصت م 04 من ق أ أن : "الزواج عقد رضائي"، فأضاف عبارة رضائي تقييدا أو تحديدا لكون الزواج رضائيا بالأساس،يقوم على تقابل إرادتي الزوجين عن طريق اقتران الايجاب والقبول[2]،وأكدته أيضا م 09 من ذات القانون بالقول : "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، و م 10 أيضا بقولها:" يكون الرضا بإيجاب وقبول من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"، كما أكدته أيضا م 33 من ق أ الفقرة 1 حيث رتبت البطلان على تخلفه .

ثانيا: ضوابط التراضي

1– مدى مطابقة القول للقصد:يتأثر التصرف في الفقه الإسلامي بعنصرين؛ الأول الرضا وهو العامل الرئيسي في تكوين التصرف،والثاني اللفظ أو ما يقوم مقامه معبرا عن هذه الإرادة وكاشفا لها،ذلك أن الإرادة كامنة وخفية فلزم لها ما يعبر عنها ويظهرها إلى العلن ، وفي هذا يقول ابن القيم: ((إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفا ودلالة على ما في نفوسهم فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئا عرّفه بمراده وما في نفسه بلفظه،ورتّب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ،ولم يرتّب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول))[3].

والأصل أن يكون الاعتبار للألفاظ والمباني لأنها الدالة على المقاصد و النيات، يقول الشاطبي:((العمل إذا تعلق بالقصد تعلقت به الأحكام التكليفية، وإذا عرُّي عن القصد لم يتعلق به شيء منها كفعل النائم والمجنون))[4]، ولكن تصحيحا لتصرف المكلف وإعمالا لكلامه ؛ يُعدل عن ظاهر اللفظ إلى المعنى ،ومع ذلك فإنه ما لم يتعذر التأليف بين الألفاظ والمعاني المقصودة لا يجوز إلغاء الألفاظ[5]،وتأسيسا عليه نستنتج أن عقد الزواج ينعقد باللفظ دون الحاجة إلى بحث مقصوده متى كان بلفظ النكاح وما اشتق منه، لعدم احتمال معنى آخر منه، وعليه استوى فيه الجد

[1]– رزيق بخوش،عيوب الرضا في عقد الزواج(دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي)،أطروحة دكتوراه،جامعة الحاج لخضر،باتنة،كلية العلوم الإسلامية،قسم الشريعة،2018،ص 16-17.

[2]– العربي بلحاج،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،ج1،أحكام الزواج،ط7،د م ج،الجزائر،2017،ص57.

[3]– ابن قيم الجوزية،ج4، مرجع سابق، ص409.

[4]– الموافقات،ج3،ط1،دار عفان للنشر والتوزيع،السعودية،1997،ص9.

[5]– علي حيدر،مرجع سابق،ص22.

والهزل بنص الحديث:{ثلاث جدهن جد وهزلهن جد}[1]؛فقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم الهازل بالنكاح والطلاق والرجعة كالجاد بها مع أنه لم يقصد حقائق هذه العقود[2].

2- الاشتراط:ويقصد به ما يشترطه أحد الزوجين في العقد مما له فيه غرض[3]،أي ما فيه مصلحة ،وإن تباينت آراء فقهاء المذاهب الأربعة في أقسام الشروط مابين مانع ومبيح وموسع ومضيق[4]،إلا أنها في مجموعها لا تخرج عن ثلاثة أقسام:((أحدها أن يكون مكملا لحكمة المشروط وعاضدا لها ،بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال ؛كاشتراط الامساك بالمعروف أو التسريح بإحسان في النكاح... ،فهذا القسم لا إشكال في صحته شرعا، والثاني أن يكون غير ملائم لمقصود المشروط ولا مكمل لحكمته كأن يشترط في النكاح أن لا ينفق عليها أو أن لا يطأها ،وليس بمجبوب ولا عنين فلا يصح أن يجتمع معه ؛فإن اشتراط الناكح أن لا ينفق ينافي استجلاب المودة المطلوبة فيه،وإذا اشترط أن لا يطأ أبطل حكمة النكاح الأولى وهي التناسل،وأضر بالزوجة فليس من الإمساك بالمعروف الذي هو مظنة الدوام والألفة فهي باطلة،والثالث أن لا يظهر في الشرط منافاة لمشروطه ولا ملاءمة،وهو محل نظر))[5].

وإذا كان جمهور الفقهاء قد اتفقوا على جواز الاشتراط في الزواج فيما لا ينافي مقاصده؛فإن القوانين الوضعية بمن فيها المشرع الجزائري قد أجازوا ذلك،وبالتالي فإن المتعاقدين أحرار في تضمين عقدهما ما شاءا من شروط تحقق مصالحهما[6]،وإذ يعتبر الاشتراط من المسائل الحديثة التي جاء بها تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 ؛فإنه يطرح التساؤل بإزاء التراضي موضوع دراستنا، فيما إذا كان رضا أحد الزوجين معلقا على شرط معين،فما مصير هذا الرضا؟وإن كان المشرع قد أجاب عنه في المواد 32،35،53 من ق أ ، إلا أنه أخلط بين الفسخ والبطلان؛ إذ تنص م 32 ق أ: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى مع مقتضيات العقد"، في حين تنص م 35 ق أ: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا".

والمتأمل في مواد الاشتراط في قانون الأسرة يلاحظ أن المشرع قد أطلق العنان للزوجين في حرية الاشتراط دون الاشارة إلى الضوابط الشرعية التي نص عليها الفقهاء،وبالتالي فإن منحه المرأة حق التطليق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها

[1]- رواه أبوداود وغيره،ح ر 2194، وحسنه الألباني في الإراواء.

[2]- ابن القيم،ج4، مرجع سابق،ص513.

[3]- البهوتي، كشاف القناع، ج5،مرجع سابق، ص82.

[4]- الجزيري عبد الرحمن ،الفقه على المذاهب الأربعة،ج4، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص80-83.

[5]- الشاطبي، مرجع سابق،ج1،ص283-284.

[6]- محمد بوكماش،أثر الجعلية في تحقيق مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الاسلامي- دراسة مقارنة-،مجلة البحوث والدراسات، جامعة لخضر حمة،الوادي، ع13،جانفي 2012،ص138.

يثير عدة إشكالات فقهية وقانونية ؛حيث لم تميز بين أنواع الشروط بين ما يعتبر منها صحيحا أو فاسدا[1]،و أما يمكن أن يسجل للمشرع أولا :التنبيه إلى كتابة الشروط خاصة في هذا الزمان الذي قل فيه الوفاء بالعهود، وثانيا التنبيه إلى مسألة عمل المرأة الجزائرية خصوصا ،حيث نصت المادة 19 من ق أ : "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 تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"،ويشار إلى أن مسألة اشتراط عمل المرأة له امتداد في عمق التاريخ الجزائري، حيث أفتى الإمام الونشريسي (ت 1509م) بجواز الوفاء للمرأة بالعمل إذا اشترطته،و كان مشروعا في نظر الشريعة،قياسا على مسألة اشتراطها أن لا يخرجها من بلدها وهي مسألة معلومة الحكم [2].

ثالثا: حقيقة عقد الزواج وطبيعته

1 – حقيقة عقد الزواج(هل هو حقيقة في الوطء أم العقد) :اختلف الفقهاء في دلالة النكاح على العقد أو الوطء على النحو التالي:

أ– الحنفية: هو حقيقة في الوطء،فمتى أطلق في الشرع يراد به الوطء[3]،وإنما تكلم به الشارع على وفق معناه في اللغة[4].

ب– الجمهور : هو حقيقة في العقد مجاز في الوطء،و إليه ذهب جمهور المالكية[5]والشافعية[6] والحنابلة[7]، وعلى رأي البعض أنه مشترك بين العقد والوطء[8]،وهو ما أخذ به المشرع الجزائري.

[1]– فاطمة حداد وياسين حجاب،الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة،مجلة الدراسات والبحوث، جامعة لخضر حمة،الوادي، ع 7،جانفي 2009،ص251.

[2]– المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل أفريقيا والأندلس والمغرب،ج3، ط1،منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 1981،ص 278-279.

[3]– الموصلي عبد الله بن محمود ،الاختيار لتعليل المختار،ج3،د.ط،دار الكتب العلمية،بيروت،د.ت،ص81.

[4]– ابن الهمام كمال الدين ، شرح فتح القدير،ج3،ط1،دار الكتب العلمي،بيروت،لبنان،1424هـ، ص177.

[5]– خليل ابن إسحاق،مرجع سابق،ص504.

[6]– سليمان البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب،ج4،ط 1،دار الكتب العلمية،بيروت لبنان،1996،ص79.

[7]– ابن مفلح برهان الدين،المبدع شرح المقنع،ج7،د.ط،دار عالم الكتب للطباعة والنشر،الرياض ،السعودية، 2003،ص3.

[8]– البهوتي منصور بن يونس،شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى،ج2،ط1،دار عالم الكتب،بيروت، 1993، ص621.

* **ثمرة الخلاف:** تظهر ثمرة الخلاف في حرمة موطوءة الأب من الزنا،بين الحنفية والشافعية، فلما كان حقيقة في العقد عند الشافعي لم تحرم موطوءته من الزنا[1]،أخذا من قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾[2]، قال الشربيني:((وفائدة الخلاف بيننا وبين الحنفية فيمن زنى بامرأة فإنها تحرم على والده وولده عندهم لا عندنا))[3].

2 – طبيعة عقد الزواج(هل هو رضائي أم شكلي):

اتفق الفقهاء بأن الرضا ركن في الزواج ،وأن الزواج أَوْلى في اعتبار الرضا من البيع ، الذي يعتبر من أهم العقود وأكثرها انتشارا،يقول شيخ الإسلام :((ثم البيع لا يجوز إلا بالتراضي لقوله تعالى:﴿ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[4]؛فالنكاح لا يجوز إلا بالتراضي بطريق الأولى والأحرى))[5] .

واختلفوا بعد ذلك هل يكفي الرضا وحده لانعقاد الزواج ، أم لا بد أن تصاحبه إجراءات أخرى، فذهب البعض إلى أن الرضا لا يكفي وحده لصحة انعقاده ،بل لابد لكي يكون صحيحا من الشهادة والإعلان كحد فاصل بينه وبين السفاح، وعليه يصح القول أن عقد الزواج عقد شكلي[6]،وهذا خلافا لأغلب العقود المدنية والمالية،نظرا لخطورة آثاره ومقاصده التي شرع لأجلها[7] .

وذهب البعض إلى أنه رضائي بنص م 04 من ق أ ؛إذ أضاف المشرع الجزائري عبارة " رضائي " لعقد الزواج تأكيدا عل ركنية الرضا فيه من جهة ،وعدم اعتباره من العقود الشكلية من جهة ثانية ،وما يؤكد أيضا رضائية عقد الزواج نص المشرع على تصحيح الزواج بصداق المثل إذا حصل الدخول بدون ولي، أو إشهاد ،أو صداق،ونصه على عدم إلزامية الولي في زواج البالغة،وإبطال العقد حال تخلف الرضا بنص م 1/33 ق أ ،وهو الرأي الصحيح ؛ذلك أن الشكلية الواردة في المادتين 18و22 من ق أ إنما اشترطها المشرع لإثبات عقد الزواج لا لتكوينه،وبالتالي فلا تأثير لها على مبدأ رضائية الزواج [8]،وهو ما توضحه الفقرة الأولى من م 22 /1 ق أ بنصها: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية،وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي".

---

[1]– النسفي عبد الله بن أحمد ،البحر الرائق شرح كنز الدقائق،ج3،ط1،دار الكتب العلمية، بيروت،1997،ص136.

[2]– سورة النساء ، الآية : 22 .

[3]– الشربيني،ج4، مرجع سابق،ص201 .

[4]– سورة النساء، الآية :29.

[5]– أحمد بن تيمية،مجموع الفتاوى،ج32،باب النكاح،د.ط، منشورات وزارة الشؤون الاسلامية والدعوة والإرشاد،السعودية، 2004، ص160 .

[6]– أبو زهرة،الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص199.

[7]– بلحاج العربي،الوجيز،ج1،مرجع سابق،ص59.

[8]– عبد الحميد عيدوني،دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، مذكرة ماجيستير،جامعة تلمسان،كلية الحقوق،2014، ص77-79.

المبحث الثاني

سلامة التراضي في عقد الزواج وطرق التعبير عنه

نتطرق في هذا المبحث إلى سلامة التراضي وطرق التعبير عنه من خلال بيان مفهوم أهلية التعاقد، وشروطها، في كل من الفقه والقانون،وكذا الصيغة ،وطرق التعبير عن الرضا وبيان مذاهب الفقهاء فيه وذلك من خلال:

المطلب الأول: سلامة التراضي في عقد الزواج

المطلب الثاني: طرق التعبير عن التراضي في عقد الزواج

المطلب الأول

سلامة التراضي في عقد الزواج

إذا كان التراضي ركنا أساسيا لوجود أي عقد؛فإنه لا يعني أن هذا العقد صحيح،بل لا بد من صدوره ممن يعتد برضاه،أو بمعنى آخر إذا كان العقد يرتب حقوقا والتزامات لشخص المتعاقد؛ فلا بد أن يكون هذا الشخص صالحا لتحمل الالتزامات واستحقاق الحقوق من غيره ،أي أن تكون له أهلية ،و هذا ما سنوضحه من خلال العناصر الآتية:

الفرع الأول : أهلية التعاقد

نتحدث في هذا الفرع عن الأهلية في الزواج وعلاماتها ،وبعض قيودها في الفقه وقانون الأسرة الجزائري، في العناصر التالية:

أولا:أهلية التعاقد في الفقه الإسلامي

1 – تعريف الأهلية: لغة:مؤنث الأهلي ، والأهلي المنسوب إلى الأهل والأهلية للأمر الصلاحية له[1]،و**شرعا**: هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق له وعليه[2]،أو هي سلطة شرعية تمكن الشخص من القدرة على إنشاء العقود و التصرفات صحيحة نافذة؛ سواء أكان ينشئها لنفسه أم لغيره[3].

[1]– إبراهيم أنيس وآخرون ،مرجع سابق،ص32.

[2]– البخاري أحمد، كشف الأسرار، ج4،مرجع سابق،ص237.

[3]– الشرنباصي رمضان علي السيد ،أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء (دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان)، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2011، ص303.

2 – أقسام الأهلية: تنقسم الأهلية إلى قسمين:

أ– أهلية الوجوب: ((هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه))[1]،أو ((هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له كاستحقاق قيمة المتلف من ماله، أو وجوبها عليه كالتزامه بثمن المبيع وعوض القرض))[2].

ب– أهلية الأداء: ((صلاحية الشخص لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعا))[3]،وأصل هذه الصلاحية لا يكون إلا مع ذمة صالحة لكونها محلا للوجوب؛فإن المحل هو الذمة لهذا يضاف إليها ولا يضاف لغيرها[4] .

3– رضا الصغار:إذا كان عقد الزواج يقوم أساسا على الرضا ؛الذي لا يؤسس من العدم ،بل من إرادة حرة صادرة من ذي أهلية كاملة كانت أم ناقصة؛ فإن السؤال المطروح هو ما مدى الاعتداد برضا الصغير؟

أ– حكم زواج الصغار:ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز تزويج الصغار دون اشتراط البلوغ أو سن معينة ،على أن لا يتم الدخول إلا بعد البلوغ ،ونقل ابن المنذر الاجماع على جواز نكاح الأب لابنته الصغيرة [5]،واستدلوا بما يلي:

– قول الله تعالى: ﴿ وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾ [6] ،فدلت الآية على عدة المرأة التي لم تحض، وهي الصغيرة وبينت أن عدتها هي ثلاثة أشهر ،ولا تكون العدة إلا من زواج صحيح يتبعه طلاق .

– حديث عائشة رضي الله عنها:{تزوجني رسول الله صل الله علي وسلم وأنا بنت ست سنين ، ودخل بي وأنا بنت تسع }[7]، فهذا دليل على جواز نكاح الصغار[8].

---

[1]– التفتازاني سعد الدين ،شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، تحقيق زكريا عميرات،ج2، ط1،دار الكتب العلمية ،بيروت، لبنان، 1996،ص337.

[2]– الزحيلي،ج4، مرجع سابق، ص 117.

[3]– التفتازاني،ج2،مرجع سابق،ص337.

[4]– السرخسي محمد بن أحمد،أصول السرخسي،تحقيق أبي الوفاء الأفغاني،ج2، ط1 ،لجنة إحياء المعارف ،الهند، 1993، ص333.

[5]– ابن المنذر محمد بن إبراهيم ،الإجماع،تحقيق صغير أحمد بن محمد،ط2،مكتبة الفرقان،الإمارات العربية،1999،ص103.

[6]– سورة الطلاق، الآية : 04 .

[7]– رواه البخاري، ح ر 3894.

[8]– مصطفى القضاة،التبكير في الزواج والآثار المترتبة عليه،مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية،سوريا،مج 26، ع1، 2010،ص446.

و ذهب قلة من الفقهاء؛ كابن شبرمة وأبي بكر الأصم وعثمان البتي إلى القول بعدم جواز نكاح الصغير مستندين إلى قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾[1] ، ذلك أن الزواج في نظرهم شرع للمعاشرة والتناسل،وكون الصغير لا يتحقق معه هذان الغرضان فلا حاجة لتزويجه؛ لأنه ضرب من ضروب اللهو والعبث[2]،ويُرد عليهم أن المراد بالنكاح في الآية هو القدرة على الوطء،وعليه فالراجح هو قول الجمهور.

ب- بلوغ الصغار: ويكون بالاحتلام أو الإنبات أو السن[3]، غير أنه لا يرجع إلى السن إلا عند عدم ظهور العلامات الطبيعية[4]،وقد أجمع العلماء على أن الاحتلام في الرجال والنساء يلزم به العبادات وسائر الأحكام،وهو إنزال الماء الدافق سواء كان بجماع أو غيره،وسواء كان في اليقظة أو المنام،واختلفوا في أقل سن تحيض فيه المرأة ويحتلم فيه الرجل، وهل تنحصر العلامات في ذلك أم لا ، وفي السن الذي إذا جاوزه الغلام ولم يحتلم ،والمرأة ولم تحض ، فيحكم حينئذ بالبلوغ ،واعتبر مالك والليث وأحمد وإسحاق وأبو ثور الإنبات،وقال أبو حنيفة سن البلوغ تسع عشرة أو ثمان عشرة للغلام وسبع عشرة للجارية، وقال أكثر المالكية حده فيهما سبع عشرة أو ثمان عشرة ،وقال الشافعي وأحمد وبن وهب والجمهور حده فيهما استكمال خمس عشرة سنة على ما في حديث بن عمر[5]، فعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه قال: {عرضني رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد في القتال وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني وعرضني يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني}[6]، والذي يترجح لي والله تعالى أعلم ، ما ذهب إليه الشافعية ومن وافقهم ، من أن سن خمس عشرة سنة(15) هي السن التي يعد بها الصبي أو الفتاة بالغًا، وذلك لأنه أقرب للدليل الشرعي، والواقع ؛ فإنه ما إن يصل الذكر أو الأنثى إلى هذه السن أو ما يقاربها ؛ إلا وتظهر عليه تغيرات بدنية كعلامات ومقدمات للبلوغ .

ثانيا:أهلية التعاقد في قانون الأسرة الجزائري

يقصد بالأهلية صلاحية الشخص لأن تتعلق به حقوق له أو عليه،ولأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية والقضائية المتعلقة بهذه الحقوق[7]،وأما أهلية الزواج فهي قدرة الطرفين على تحمل تبعاته وهو ما بينته م 7 ق أ بقولها :" ...متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"،ثم إنه إذا كان معيار الأهلية في الزواج محل خلاف بين الفقهاء كما أشرنا إليه أعلاه ؛فإن قانون الأسرة الجزائري ،قد حسم الأمر فيها ،حيث قام بتحديد معايير دقيقة تتعلق بالأهلية وهي:

---

[1]- سورة النساء، الآية : 06 .

[2]- محمد مصطفى شلبي،مرجع سابق، ص127.

[3]- خليل بن إسحاق ، مرجع سابق ،ج3، ص530.

[4]- عبد الكريم زيدان،المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية،ج6،ط1،مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت،لبنان،1993، ص 395.

[5]- ابن حجر أحمد بن علي،فتح الباري شرح صحيح البخاري،تحقيق فؤاد عبد الباقي،ط1،ج5، دار المعرفة، بيروت،1379، ص277.

[6]- رواه مسلم ،ح ر1868 .

[7]- سليمان مرقس،الوافي في شرح القانون المدني،ج1،ط1،دار الكتب،مصر،1987،ص743.

1- تحديد سن الزواج: نصت المادة 7 من ق أ أنه :"تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

يلاحظ من نص المادة أن المشرع الجزائري لم يترك أمر أهلية الزواج منوطا بالبلوغ ،الذي يعرف في العادة على أساس الأمارات الطبيعية التي ذكرها الفقهاء ،ولكنه ربطها بسن معينة يفترض فيها بلوغ الطرفين،كما يلاحظ أيضا أنه كان في القانون القديم قد حدد سن البلوغ للذكر بواحد وعشرين (21)سنة، والأنثى بثمانية عشر (18)سنة ،غير أنه وتماشيا مع نظام الأهلية في القانون المدني، وتحقيقا لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة ؛ وحّد سن الزواج بتسعة عشرة(19) سنة كاملة لكلا الجنسين، بموجب القانون 84-11 المعدل بالأمر 05-02 في مادته السابعة(07) ،حيث جاء هذا التعديل لتحقيق جملة من الغايات منها: أن بلوغ (19) سنة للزوجين فيه ضمانٌ لكمال نموهما العقلي والجسدي، مما يؤهلهما لحسن الاختيار ،والقدرة على الإنجاب،والقيام بشؤون بيت الزوجية، وتربية الأولاد[1]،وتقليل لحالات الطلاق، مع الأخد بعين الاعتبار، ضعف الوازع الديني في النفوس، وضعف روابط التكافل الاجتماعي، فالزواج الذي يرجى نجاحه لا يتأتى إلا إذا كان كل منهما مؤهلا[2]،ويكون تقدير السن وقت إبرام العقد وليس ساعة الدخول[3].

2 – الترخيص بالزواج: تماشيا مع ما ذكره الفقهاء من أن سن البلوغ يختلف من شخص لآخر؛ فقد أجاز المشرع الزواج قبل بلوغ سن 19 سنة للجنسين لمصلحة أو ضرورة،شريطة الحصول على ترخيص مسبق،إذ نصت الفقرة الثانية من م 07 من ق أ على ما يلي: "...و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"، وبهذا يكون المشرع قد خوَّل للقاضي سلطة منح الإذن إذا لم تتوفر في المقبل على الزواج السّن القانونية ؛ متى تبين له أن الزواج فيه مصلحة للطرفين ،أو لأحدهما، أو أن هناك ضرورة تتطلب تزويجهما، مع ضرورة تأكده من قدرة الطرفين على الزواج وتحمل أعبائه.

[1]- عبد الله فاسي ،المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق،أطروحة دكتوراه،جامعة أبي بكر بلقايد،تلمسان،كلية الحقوق والعلوم السياسية،2015،ص 33-34.

[2]- مصطفى القضاة،مرجع سابق، ص468.

[3]- سليمان ولد خسال،الميسر فى شرح قانون الأسرة الجزائري، ط2،دار الأصالة للنشر والتوزيع ،المدية،الجزائر،2012،ص56.

هذا وقد سجل الباحثون هنا مجموعة من الملاحظات، أوّلُها غموض معنى المصلحة أو الضرورة ،بحيث أورد نصا عاما وشاملا، مما يفتح الباب واسعا أمام مختلف التأويلات[1]،وثانيها أنه لم يحدد القاضي المختص في ذلك[2]،وإن كان البعض لا يرى في ذلك بأسا، طالما أن المشرع لم يقرر جزاء على مخالفة الحد الأدنى لسن الزواج ،ولم يترتب على ذلك إبطال العقد أو فسخه[3].

3 – الشهادة الطبية للزواج:أوجب المشرع الجزائري أن يقوم الزوجان بإجراء فحص طبي للتأكد من خلوهما من الأمراض التي من شأنها أن تؤثر على الأسرة ، ويعد هذا الإجراء من الأحكام الجديدة المستحدثة التي جاء بها الأمر 05-02 من خلال م07 مكرر من ق أ في فقرتها الأولى التي تنص: "يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية على أنّه لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج"، كما أوجب في الفقرة الثانية منها على الموظف المختص بتحرير العقد التأكد من خضوع الزوجين للفحص الطبي بالنص: "يتعيّن 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 قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ، ويؤشر بذلك في عقد الزواج"،وهو ما أكدته أيضا المادة 2 من المرسوم 06-154 بالقول: "لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج إلا أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم"[4]، ويقوم الموظف المختص بالتأكد من ذلك عن طريق الاستماع للطرفين مجتمعين بأنهما يعلمان بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما،وأما قرار العدول عن الزواج أو المضي فيه فيعود إليهما ،فإن قبلا به رغم إصابتهما أو أحدهما بأمراض، معدية أو خطيرة فيتحملان المسؤولية الكاملة ،ومتى قررا ذلك لم يمكن للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج، وهو ما أكده نص المادة 2/7 من المرسوم 06-154 بقولها: "لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المتعاقدين"،وهذا يوافق تماما ما قرره الفقهاء من قواعد، مثل قاعدة الرضا بالشيء رضا بما يتولد عنه واعتراف بصحته،قال السبكي:((وفيه مسائل أولها رضا أحد الزوجين بعيب صاحبه فإذا رضي بالعيب فلا خيار))[5]،غير أن هذه القاعدة لا يمكن التسليم بها على إطلاقها ؛فمتى ثبت أن المرض خطير وتنتقل عدواه إلى الآخر فالواجب منع إبرامه[6]، لعدم جوازه[7].

[1] – عبد العزيز سعد قانون،الأسرة في ثوب الجديد، ط 2،دار هومة للنشر،الجزائر،2013 ، ص101.

[2]– المرجع نفسه، ص25.

[3]– الغوثي بن ملحة ،قانون الأسرة عل ضوء الفقه والقضاء، د م ج ، الجزائر، 2008 ،ص 31.

[4]– المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 مايو سنة 2006، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة،ج ر رقم 31 بتاريخ 14 ماي 2006.

[5]– السبكي تاج الدين،الأشباه والنظائر،ج1،ط1،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1991، ص152.

[6]– عبد الحميد عيدوني،مرجع سابق،ص46 .

[7]– أحمد بن محمد البرنسي المعروف بزروق، شرح الرسالة،ج2، د.ط ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ،سوريا،1982، ص52.

ومما سبق يتضح أن الفحص الطبي له علاقة وطيدة بالتراضي،وأن دوره وقائي لا غير ،فإنه رغم التنصيص على إلزاميته إلا أنه ليس شرطا من شروط الانعقاد ،ولا يعتبر الزواج المنعقد بدونه باطلا ،إلا أنه يجوز للطرف المتضرر أن يعتمد على إخفاء المرض من طرف القرين كسبب من أسباب طلب الطلاق[1].

ثالثا: عيوب الإرادة

إذا علمنا بأن الأهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات،فإنه يفترض أن تكون إرادته خالية من أي سبب يعدم هذه الصلاحية أو يضيق منها،وعليه يحسن بنا أ نُذكّر هنا ببعض عيوب الإرادة.

1- الغلط: وهو توهم الشيء على خلاف حقيقته ،و حتى يعتبر الغلط عيبا من عيوب الارادة يجب أن يكون جوهريا،أي لولاه لما أقدم المتعاقد على إبرام العقد، ومثاله الغلط في شخص الزوج أو الزوجة، أو في صفة من صفاتهما[2]،كمن يتزوج امرأة على أنها بكر فإذا هي ثيب،وهو بهذا الشكل يُعدم الرضا لأنه يحول دون تطابق الإرادتين[3].

2- التدليس: أي استعمال شخص طرقا احتيالية لحمل المتعاقد الآخر على التعاقد معه ،أو مع غيره،وهو إن تساوى مع الغلط في كونه يخول للضحية حق إبطال العقد ؛ فإنه يختلف عنه بكونه عملا غير مشروع،وقد تناوله المشرع في المادتين 86 و 87 من ق م،بخلاف قانون الأسرة الذي خلا من ذكره[4].

3- الإكراه: إن أساس الزواج الرضا والاختيار،ولذلك فإن تحمل أي التزام تحت ضغط غير مستساغ أبدا،وهو ما أكدته المحكمة العليا – في قرارها بتاريخ 2008/03/12 غ أ ش ملف رقم 415123- بالنص:أنه لا يمكن للقاضي حتى بعد إبرام عقد الزواج إجبار الزوجة على إتمام مراسيم الدخول بها رغم معارضتها له وعدم رضاها به[5] .

[1]- العربي بلحاج،الوجيز،ج1، مرجع سابق،ص137.

[2]- المرجع نفسه،ص160.

[3]- دليلة بلعربي خالدية،آثار عيوب الرضا على عقد الزواج،رسالة ماجيستير،قانون أسرة،كلية الحقوق،جامعة الجزائر1، 2015،ص39 .

[4]- المرجع نفسه،ص43.

[5]- العربي بلحاج،الوجيز،ج1،،مرجع سابق،ص 164.

الفرع الثاني: متعلقات عقد الزواج

نتطرق في هذا الفرع إلى كل من الصيغة ومجلس العقد وما يتعلق بهما،وذلك من خلا العناصر التاية:

أولا: الصيغة

لما كانت الصيغة هي المعبرة عن الرضا ،رأيت أن أركز في هذا الفرع على أهم ما يتعلق بها،وذلك من خلال العناصر التالية:

1 – تعريف الصيغة

أ– في اللغة:صاغه صَوْغا وصِياغة ؛صنعه على مثال مستقيم ،وصاغ المعدن سبكه،والكلمة اشتقها على مثال، والكلام هيأه ورتبه،والصيغة المصوغ ؛ واستعمل كثيرا في الحلي،وصيغة الكلمة هيئتها الحاصلة من ترتيب حروفها وتراكيبها[1].

ب– في الفقه: هي كل ما يدل على الرضا من الزوج والولي أو من وكيلهما[2]،ويطلق عليها الايجاب والقبول.

* **الإيجاب:** هو اللفظ الصادر من أحد المتعاقدين أولا،وسمي به لأنه يوجب الجواب على المخاطب إما بنعم أو بلا إيجابا عرفيا[3].

* **القبول:** القبول هو كل ما صدر ثانيا من الآخر دالا على موافقته على ما أوجبه الأول، ويسمى الأول موجبا والثانى قابلا [4].

واختلف الحنفية والجمهور فيما يعد إيجابا وقبولا، فذهب الحنفية إلى أن الإيجاب هو ما يصدر أولا من أحد العاقدين،سواء أكان الزوج أم الزوجة،وأما ما يصدر ثانيا من الطرف الآخر فهو قبول ، وذهب الجمهور إلى أن الإيجاب هو ما يصدر من الولي أو من يقوم مقامه، أما القبول فهو اللفظ الدال على الرضا الصادر من الزوج[5]،والراجح بعد التأمل هو رأي الحنفية[6].

[1]– إبراهيم أنس وآخرون ، مرجع سابق، ص528-529.

[2]– النفراوي أحمد بن غنيم ،الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني،ج2،ط1،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان،1997، ص5.

[3]– المرغيناني برهان الدين،الهداية شرح بداية المبتدي ،ط1، منشورات إدارة القرآن الكريم والشؤون الإسلامية،باكستان، 1417هـ، ص3.

[4]– مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص97.

[5]– الزحيلي،ج7، مرجع سابق ص37.

[6]– عباس حسني محمد،العقد في الفقه الإسلامي،ج1،حقيقة العقد ومشروعيته،ط1،شبكة الألوكة،1993،ص 104.

ج– في القانون: يقصد بالإيجاب العرض الذي يتقدم به شخص معين إلى آخر، بقصد إبرام عقد ما، للحصول على قبول هذا العرض ،وبالتالي إنشاء العقد ،وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه:((عرض يعبر به الشخص على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين))[1]،ويقصد بالقبول التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الايجاب[2].

ولم يفرق المشرع بين ما يصدر أولا أو ثانيا لاعتباره إيجابا أو قبولا ،حيث نصت م 10 من ق أ: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر "، وهو ما يفيد أن الموجب هو صاحب العرض والقابل هو الراضي بالعرض.

2– شروط الصيغة : يشترط في الصيغة لإنتاج أثرها مجموعة من الشروط

أ– أن تكون الصيغة جدية: ينبغي أن تكون النّية في إبرام العقود حقيقية ،ولكن وبالنظر إلى خصوصية عقد الزواج وقدسيته؛فإن الجد والهزل فيه سواء ،وهذا مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: { ثلاث جدهّن جدّ، و هزلهنّ جد؛ النكاح و الطلاق والرجعة }[3]، قال الخطّابي: ((لو أطلق للناس ذلك لتعطلت الأحكام ولم يؤمَن مُطَلِّقٌ أو ناكح أو مُعتِق أن يقول كنت في قولي هازلا فيكون في ذلك إبطال حكم الله تعالى، وذلك غير جائز،فكل من تكلم بشيء، مما جاء ذكره لزمه حكمه ولم يقبل منه أن المدعى خلافه))[4]،ويؤيده قول الشاطبي: ((كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ومن ناقضها فعمله في المناقضة باطل،أمّا أن العمل المناقض باطل فظاهر؛فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد))[5]،والواقع يشكو للأسف من فساد النية في الزواج أسوأ من نكاح المحلل الذي انتشر قديما حتى قال فيه ابن القيم:((وأما في هذه الأزمان التي قد شكت الفروج فيها إلى ربها من مفسدة التحليل ،وقُبح ما يرتكبه المحللون فهو رمد ،بل عمى في عين الدّين وشجى في حلوق المؤمنين ،من قبائح تُشمِّت أعداء الدّين به،وتمنع كثيرا ممن يريد الدخول فيه بسببه))[6]، هذا في زمانه فكيف لو أدرك زماننا.

[1]– محمد صبري السعدي،مرجع سابق،ص108.

[2]– المرجع نفسه،ص114.

[3]– رواه أبو داود وغيره ،ح ر 2194 .

[4]– العظيم آبادي،عون المعبود على شرح سنن أبي داود،ط1،دار ابن حزم،بيروت ،لبنان،2005، ص1027.

[5]– الشاطبي،مرجع سابق،ج3،ص28 بتصرف يسير.

[6]– ابن القيم،ج4،ص409 بتصرف يسير.

ب- أن تكون الصيغة منجزة: أي مفيدة لمعناها في الحال غير معلقة على أمر سيحدث في المستقبل[1]،بمعنى أن تكون الصيغة التي يعقد بها الزواج مطلقة غير مقيدة؛إذ الصيغة المعلقة والمضافة لا ينعقد بهما الزواج،لأنهما لا تفيدان الإنشاء في الحال ،وكلتاهما لا يتفقان مع حقيقة عقد الزواج الشرعية ومع خطره وشأنه[2]،ولذلك قال الفقهاء:((النكاح لا يقبل التعليق كقوله إذا جاء رأس الشهر زوجتك))[3].

ج- أن تكون الصيغة مؤبدة:يشترط في صيغة عقد الزواج أن تكون مؤبدة، أي دالة على أن عقد الزواج مستمر دائما إلى نهاية الحياة؛ لأن مقتضى عقد الزواج حلّ العشرة و دوامها وإقامة الأسرة، وتربية الأولاد والقيام على شؤونهم، والمتمعن في كلام الفقهاء يلاحظ أن تعريفهم للصيغة هو هذا المعنى؛ فيقول المالكية :((الصيغة هي كل لفظ يقتضي التمليك على التأبيد في حال الحياة))[4]، ويقول الحنفية: ((ليس لنا عبادة شرعت في عهد آدم إلى الآن ثم تستمر في الجنة إلا الإيمان والنكاح))[5]، وعليه فقد حكم الفقهاء ببطلان أنواع من الأنكحة لتنافيها مع التأبيد كالنكاح المؤقت والمتعة والتحليل[6].

ثانيا: مجلس العقد

1- المقصود بمجلس العقد:هو المكان الذي يتم فيه التعبير عن الايجاب والقبول والتطابق والاقتران بينهما،والأصل أن يجتمع فيه المتعاقدان بأبدانهما ولكن هذا الاجتماع ليس لذاته وإنما هو لضمان تلاقي الايجاب والقبول وتوافقهما[7].

[1]- مصطفى شلبي،مرجع سابق،ص119.

[2]- عبد الفتاح كبارة،الزواج المدني(دراسة مقارنة) ،ط1،دار الندوة الجديدة،بيروت،لبنان،1994، ص279.

[3]- النووي ،روضة الطالبين ،ج7،مرجع سابق،ص40.

[4]- ابن شاس جلال الدين ،عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينةج2،ط1،دار الغرب الاسلامي،د.ب، 1995، ص11.

[5]- السيوطي،مرجع سابق ،ص475.

[6]- عبد الفتاح كبارة، مرجع سابق،ص280.

[7]- عباس حسني محمد،مرجع سابق،ص135.

2- شروط مجلس العقد:

أ- إتحاد المجلس :يشترط في عقد النكاح اتحاد مجلس الإيجاب والقبول، إذا كان العاقدان حاضرين ،وإن طال من غير اشتغال بما يدل على الإعراض ،وسماع كل منهما كلام الآخر ،وإن لم يفهما معناه، مع علمهما أنه مقصود به عقد النكاح ،وعدم مخالفة القبول للإيجاب [1]،ولا يشترط أن يكون القبول بعده مباشرة، فلو طال المجلس وتراخى القبول عن الايجاب،ولم يصدر بينهما ما يدل على الإعراض، فالمجلس متحد، وهو مذهب الحنفية والحنابلة،واشترط الشافعية الفور، وأجاز مالك التراخي اليسير[2]،هذا بين حاضرين ،أما الغائبين فإن كان بكتاب مكتوب أو برسالة رسول ؛ فالقبول مقيد بمجلس تبليغ الرسالة أو قراءة الكتاب [3].

ب- تطابق الايجاب والقبول:يقصد به التوافق بينهما من كل وجه،في تعيين الزوجين،وفي الإضافة والمقدار في المهر، فإن اختلفا لم يصح النكاح، فإذا كان للولي ابنتان كبيرة اسمها عائشة وصغيرة اسمها فاطمة فقال زوجتك ابنتي أو إحدى ابنتي لم يصح ؛لأن المزوَّجة غير متميزة[4]، أو قال زوجتك ابنتي خديجة بمهر قدره ألف دينار فقال الخاطب: قبلت نكاح ابنتك فاطمة بمهر قدره خمسمئة[5]،أو قال قبلت النكاح لابني أو لأخي لم يصح أيضا[6]، وقد شبه الفقهاء العقد بالحبْل، لاحتياجه إلى طرفين، وبالتالي إلى إرادتين ويتحقق باتفاق الإرادتين على شيء واحد، فإذا تخالفا مخالفة كلية أو جزئية لا ينعقد الزواج، إلا في حالة ما إذا كانت المخالفة إلى خير للموجب فإنه ينعقد[7].

[1]- محمد قدري باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة النعمان،ط1،دار ابن حزم، بيروت، 2007، ص28 .

[2]- سيد سابق ،فقه السنة،ط1،دار الفتح للأعلام العربي،مصر،2004 ، ص512.

[3]- مصطفى شلبي،مرجع سابق، ص116-119.

[4]- النووي ، المجموع شرح المهذب للشيرازي،ج17، د.ط، مكتبة الإرشاد، جدة، السعودية، د.ت،ص304.

[5]- عمر سليمان الأشقر،أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة،ط1،دار النفائس للتوزيع والنشر،الأردن،1997،ص82.

[6]- محمد بن يحي المطهر،أحكام الأحوال الشخصية من فقه الشريعة الإسلامية، د.ط،شركة الفرسان للطباعة و النشر، مصر،2008، ص114.

[7]- نور الدين بولحية،عقد الزواج وشروطه برؤية مقاصدية،ط3،دار الأنوار للنشر والتوزيع،مصر،2015،ص52.

ج- بقاء الموجب على إيجابه حتى يصدر القبول: أي أن لا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول الآخر،لأنه إذا رجع الموجب في إيجابه قبل القبول ألغي،فإذا جاء القبول بعد ذلك فقد جاء على غير إيجاب[1]،وفي نفس المعنى يقول النووي:((إذا وجد أحد شقي العقد من أحد العاقدين، فلا بد من إصراره عليه حتى يوجد الشق الآخر،فلو رجع عنه،لغا العقد،وكذا لو أوجب ثم جُنّ أو أُغمي عليه،لغا إيجابه،وامتنع القبول،وكذا لو أذنت المرأة في تزويجها حيث يعتبر إذنها،ثم أغمي عليها قبل العقد،بطل إذنها))[2].

ثالثا: الإشهاد

1- موقف الفقه الإسلامي:أحاط الشرع الإسلامي النكاح بمجموعة من الأحكام والأسس الشرعية الثابتة، ليدرأ عنه شبهة الوقوع في السفاح تحت مسمى النكاح ،ومن أهمها وجوب الشهادة،وقد اختلف الفقهاء هل تجب أثناء العقد أم أثناء الدخول،فذهب الجمهور أن الشهادة تلزم حين إجراء العقد، ليسمع الشهود الايجاب والقبول عند صدورهما من المتعاقدين،فإن تم العقد بدون الشهادة وقع فاسدا للحديث:{لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل}[3]،وظاهره عند النكاح وبه تتحقق حكمة الشهادة[4]،أما المالكية فالإشهاد على النكاح واجب وإحضارهما (الشاهدان) عند العقد مندوب فإن حصل عند العقد فقد وجد الأمران الوجوب والندب،وإن فُقد وقت العقد ووجد عند الدخول فقد حصل الواجب وفات المندوب[5].

2- موقف المشرع: لقد كان قانون الأسرة القديم يجعل من حضور الشاهدين ركنا من أركان عقد الزواج وفق المادة 9 منه ، و تخلفهما ينتج عنه فسخ الزواج وفقا لنص المادتين32 و 33 من نفس القانون، وفي حالة اقتران تخلف شرط الشهود مع أحد الأركان الأخرى يتحول الفسخ إلى بطلان[6]، إلا أن المشرع الجزائري وفق التعديل الأخير عدل عن موقفه هذا ،و كيّف الشهادة في عقد الزواج على أنها شرط صحة فيه، طبقا للمادة 09 مكرر، مسايرا بذلك مذهب جمهور الفقهاء ، وتخلف هذا الشرط يترتب عنه فسخ عقد الزواج قبل الدخول، ولا تستحق الزوجة صداقا، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل[7]،وهذا ما يفهم من م 33 ق أ في فقرتها الثانية المعدلة بالأمر 02-05 والتي جاء فيها:

[1]- أبو زهرة ،الأحوال الشخصية،مرجع سابق،ص40.
[2]- النووي، روضة الطالبين،ج7، مرجع سابق،ص 39-40.
[3]- رواه الترمذي ، ح ر 1101 .
[4]- الزحيلي،ج7،مرجع سابق،ص 72.
[5]- الصاوي أحمد،ج2،مرجع سابق،ص216.
[6]- بلحاج العربي،الوجيز،ج1،مرجع سابق،ص331.
[7]- عبد العزيز سعد،مرجع سابق،ص44.

" إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"،كما يفهم منها أيضا أن تخلف شرط الشاهدين في مجلس العقد لا ينتج عنه البطلان ،كما هو الحال بالنسبة لركن الرضا[1].

المطلب الثاني

طرق التعبير عن التراضي في عقد الزواج

لا يشترط في التعبير عن الإرادة شكل خاص أو صورة معينة ؛فكل ما يدل على وجود الإرادة يصح تعبيرا عنها؛وعليه يصح التعبير عن الإرادة باللفظ ، والكتابة، كما يصح التعبير بالإشارة، وإن كان المظهر الذي يعتد به في الأصل هو اللفظ أوّلاً قبل الكتابة والإشارة ،وقبل أي مظهر خارجي آخر.

الفرع الأول:التعبير بالألفاظ وما يقوم مقامها

نتناول في هذا الفرع الألفاظ التي تصلح للتعبير عن التراضي من التي لا تصلح ،وما يقوم مقامها،وذلك من خلال العناصر التالية:

أولا: التعبير بالألفاظ

يعد التعبير باللفظ وسيلة أصلية من وسائل التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي بشكل عام، وذلك لقلة الاحتمال فيه بخلاف الوسائل الأخرى[2].

1- الألفاظ المتفق عليها:

أ- الألفاظ المتفق على صحة العقد بها:اتفق الفقهاء على انعقاد الزواج بكل من لفظي النكاح والزواج وما اشتق منهما من غير دليل ولا قرينة، لأنهما اللفظان اللذان ورد بهما نص القرآن الكريم [3] ، قال الله تعالى: ﴿ فَانكِحُوا مَا

[1]- سعاد لعلى،الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة) ،أطروحة دكتوراه،جامعة الجزائر01،كلية الحقوق، 2015 ، ص117.

[2]- أحمد ياسين القرالة ،محمد خير العمري،محمد علي العمري،وسائل التعبير عن الإرادة في قانون الأحوال الشخصية الأردني (دراسة مقارنة بالقانون الاماراتي)، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون،كلية الشريعة،جامعة آل البيت،الأردن،مج43،مح1، 2016، ص 476.

[3]- ابن رشد الحفيد،بداية المجتهد ونهاية المقتصد،ج3،ط1،مكتبة ابن تيمية،القاهرة ،1415ه،ص 12-13.

طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ﴾[1] ،وقال: ﴿ فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا ﴾[2]، وقال: ﴿ وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾[3] .

و اختلفوا في انعقاد النكاح بما عدا هذين اللفظين ،فذهب الشافعية[4]، والحنابلة[5] إلى أن غير الإنكاح والتزويج من الألفاظ كالبيع والهبة والتمليك لا يقوم مقامهما، ودليلهم ورود النص القرآني بهما ، فيلزم الاقتصار عليهما ولا يصح بغيرهما ؛ذلك أن الزواج عقد يعتبر فيه النية مع اللفظ الخاص به .

ب– الألفاظ المتفق على عدم صحة العقد بها:اتفق الفقهاء على عدم انعقاد الزواج بالألفاظ التي لا تدل على تمليك العين في الحال، ولا على بقاء الملك مدى الحياة، كالإباحة ،والإعارة ، والإجارة، والمتعة ،والوصية ،والرهن والوديعة، ونحوها[6] .

ج– الألفاظ المختلف فيها: اختلف الفقهاء في لفظ البيع ،والهبة ،والصدقة ،والعطية ،ونحوها ،مما يدل على تمليك العين في الحال وبقاء الملك مدة الحياة ؛فذهب الحنفية والمالكية إلى جواز العقد بها بشرط وجود نية أو قرينة تدل على إرادة الزواج ، كتحديد الصداق وحضور الناس وفهم الشهود للمقصود [7].

* **لفظ الهبة**: اختلفوا في عقد النكاح بلفظ الهبة ؛فقال الشافعي لا ينعقد،واختلف أصحاب مالك أحدهما كقول الشافعي، والآخر ينعقد إذا سمى الصداق،وقال أبو حنيفة :ينعقد إذا أشهد عليه ولها المهر المسمى[8]، واستدل الشافعية والحنابلة بأن لفظ الهبة في الآية خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم[9].

[1]– سورة النساء ، الآية : 03 .

[2]– سورة الأحزاب ، الآية : 27 .

[3]– سورة النساء ، الآية : 22 .

[4]– الرافعي، مرجع سابق،ص 937 .

[5]– البهوتي،شرح منتهى الإرادات،ج5، مرجع سابق ،ص 118.

[6]– الزحيلي،ج7، مرجع سابق،ص 38.

[7]– المرجع نفسه.

[8]– ابن عبد البر أبو عمر يوسف ،الاستذكار،ج16،ط1،دار قتيبة للطباعة والنشر،بيروت،دمشق،1993، ص 68-69.

[9]– ابن عابدين محمد أمين،رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار،ج4،د.ط ،دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض،2003، ص 79-80 .

***استعمال اللفظ العربي**: ينعقد النكاح في الأصل بما عده الناس نكاحا بأي لغة ولفظ وفعل كان،ومثله كل عقد،والشرط بين الناس ما عدوه شرطا[1]،وهل ينعقد بغير العربية لمن يحسنها ،فعند الحنابلة قولان،استظهر صاحب المنتهى عدم الصحة من العالم بالعربية[2]،وهو قول الظاهرية[3]،وعند الشافعية ثلاثة أوجه؛ الأول أنه لا يصح مطلقا، والثاني إن كان يحسن العربية فلا يصح ،والثالث الجواز مطلقا ؛سواء كان يحسنها أم لا[4].

* **قاعدة مهمة**: قال القرافي:((يحتاط الشرع في الخروج من الحرمة إلى الاباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى التحريم ،لأن التحريم يعتمد المفاسد فيتعين الاحتياط له...فلذلك لم يجز النكاح بكل لفظ؛ بل بما فيه قرب من مقصود النكاح لأنه خروج من الحرمة إلى الحِلّ، وجوزنا البيع بجملة الصيغ والأفعال الدالة على الرضا،لأن الأصل في السلع الإباحة حتى تُملك، بخلاف النساء ،ولعموم الحاجة للبيع ولقصوره في الاحتياط عن الفروج))[5] .

ثانيا:التعبير بغير الألفاظ

1- الكتابة: الأصل فى العقود المشافهة إلا أنها قد تتعذر بسبب عدم القدرة على النطق أو لعذر آخر كأن يكون أحد العاقدين غائبا،فيُلجأ إلى الكتابة[6]،وهي ما يخطه الإنسان أو يكتبه من الكلام [7]،وقد اتفق الفقهاء على جواز التعبير بها من قبل الأخرس ،إلا أنهم اختلفوا في مدى الاعتداد بها كبديل عن النطق بالنسبة للقادر عليه، وفرقوا بين حالتين،الأولى حضور العاقدين في مجلس العقد وقدرتهما على الكلام ،والثانية أن لا يضمهما مجلس واحد، بمعنى أن يكونا غائبين كما يلي:

*ذهب الحنفية إلى صحة النكاح بها،وصورة ذلك أن يكتب الخاطب إلى من يريد الزواج بها ؛فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم، وقالت زوجت نفسي منه[8].

---

[1]- أحمد بن تيمية ،الفتاوى الكبرى،ج5،ط1،تحقيق محمد و مصطفى عبد القادر عطا،دار الكتب العلمية،بيروت،1987، ص450.

[2]- البهوتي، شرح منتهى الإرادات،ج5، مرجع سابق ،ص 118.

[3]- ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار،تحقيق عبد الغفار البنداري،ج9،ط1،دار الكتب العلمية،بيروت،2003،ص47.

[4]- أبو إسحاق الشيرازي،المهذب في الفقه الشافعي،تحقيق محمد الزحيلي،ج4،ط1،الدار الشامية،بيروت،1996،ص142.

[5]- القرافي ، الذخيرة، ج4،مرجع سابق،ص 398.

[6]- عبد الفتاح كبارة،مرجع سابق،ص275.

[7]- ابن منظور،مرجع سابق،ج12،ص23-25.

[8]- ابن نجيم زين الدين،الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة،تحقيق زكريا عميرات،ط1،دار الكتب العلمية،بيروت،1999، ص293.

*وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا ينعقد الزواج بكتابة في غيبة أو حضور[1]،و ذلك لأنه يشترط فى صحة النكاح حضور الشهود وسماعهم كلام المتعاقدين عند الجمهور ،وهذا لا يتيسر في الكتابة ،ثم إن عقد الزواج أساسه العلنية ،وبالكتابة يكون سرا وهو خلاف الشرع[2].

2- الإشارة: الإشارة من الأخرس معتبرة ،وقائمة مقام العبارة في كل شيء ،من بيع وإجارة وهبة ورهن ونكاح إلا في الحدود[3]،قال ابن تيمية:((وصرح الأصحاب بصحة نكاح الأخرس إذا فهمت إشارته))[4]،أما غير الأخرس فقد اختلف الفقهاء في المدى الذي يذهب إليه في الاعتداد بهذه الوسيلة على أقوال ثلاثة:

* **الأول:** أنه يعتد بها في سائر العقود والقادر على النطق والعاجز سيان،وسواء كان قادرا على الكتابة أو لا وهو مذهب المالكية في العقود إلا النكاح[5]،وإذا لم ينعقد بالكتابة فأولى أن لا ينعقد بالإشارة لأنها أضعف فى بيانها من الكتابة ، وأما العاجز عن الكلام كالأخرس فإن كان لا يحسن الكتابة ؛فينعقد بإشارته المعروفة بالإتفاق[6].

***الثاني:** فرّق هذا الرأي بين القادر على الكلام والعاجز عنه، فذهب جمهور الشافعية[7]،وظاهر مذهب الحنابلة[8]، ومذهب المالكية[9] في النكاح دون سائر العقود؛ أنه لا يعتد بالإشارة من غير الأخرس[10].

***الثالث:** قيّد العاجز بالأخرس ،ومن اعتقل لسانه، إذا ثبت اليأس من كلامه ،وهو مذهب الحنفية،قال ابن نجيم: ((وأما إشارة غير الأخرس؛فإن كان معتقل اللسان ففيه اختلاف،والفتوى على أنه إذا دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه))[11].

3- الفعل(المعاطاة): تعرض العلماء إلى مدى دلالة الفعل على المراد منه ،ولكن في نطاق ضيق ،ولعل سبب ذلك هو وضوح هذه المسألة،فالفعل عند حدوثه يدل على المراد منه بداهة ،كدلالة النهوض من حالة الجلوس على إرادة

---

[1]- الزحيلي،ج7، مرجع سابق،ص 46.

[2]- مصطفى شلبي،مرجع سابق، ص 104.

[3]- ابن نجيم، مرجع سابق، ص 296.

[4]- ابن تيمية،الفتاوى الكبرى،ج5،مرجع سابق،ص451.

[5]- خليل بن إسحاق،ج3،مرجع سابق، ص 505-507.

[6]- مصطفى شلبي،مرجع سابق، ص 104-105

[7]- الخطيب الشربيني،ج4،مرجع سابق،ص230.

[8]- البهوتي،شرح منتهى الإرادات،ج5،مرجع سابق،ص 120.

[9]- أحمد الدردير،الشرح الصغير على أقرب المسالك،تحقيق مصطفى كمال،ج2 ،د.ط، دار المعارف، مصر،د.ت،ص 350.

[10]- عبد الله بن فخري أنصاري،أحكام الهزل في الفقه الإسلامي،مذكرة ماجيستير،جامعة أم القرى،المدينة المنورة ، السعودية،كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، فرع الفقه والأصول،1417هـ،ص 80.

[11]- ابن نجيم،مرجع سابق،ص 297.

القيام، ومن هذه الأفعال ما تعارف عليه الناس في العقود والمعاوضات المالية، في دلالة إعطاء رجل مبلغا من المال لرجل آخر وأخذ شيء منه في مقابله على إرادة البيع، وهو ما يسمى بالمعاطاة ،وقد وقع الخلاف في صحته[1]،أما في الزواج؛ فقد اتفق الفقهاء على عدم صحة انعقاد الزواج بالتعاطي ،احتراما لأمر الفروج ، وخطورتها ،وشدة حرمتها[2] .

4- السكوت:الأصل أن مجرد السكوت لا يتضمن أي دلالة على القبول، وفقا للقاعدة الشهيرة: ((لا ينسب لساكت قول))،وخرج عن هذه القاعدة سكوت البكر عند استئمار وليها لها قبل التزويج وبعده[3]، ولكن استثناء اعتبر السكوت دليلا على رضا البكر لورود الأدلة على ذلك، منها قوله عليه الصلاة والسلام :{الأ يم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها}[4]،قال خليل:((إنما خُصّت البكر بالصمات لما يلحقها من الحياء بالنطق لئلا تنسب إذا نطقت بالميل إلى الرجال))[5].

ثالثا:موقف المشرع الجزائري

نصت م 10 الفقرة 01 من ق أ: "يكون الرضا من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"،وهو ما يفيد أن المشرع أخذ برأي المالكية والحنفية الذين قالوا بانعقاد الزواج بكل ما يدل على التمليك،كما تناول المشرع الجزائري انعقاد الزواج بغير الكلام في م 10 القانون 84-11 المعدل بالأمر05-02 والتي جاءت: "ويصح الايجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا ،كالكتابة والإشارة"، فاقتصارها على العاجز يفيد أن غيره لا يصح عقده بالكتابة والإشارة وهو ما ذهب إليه الجمهور.

ويشار أن ما ذكر من الألفاظ يشترط فقط أن يستعملها الموجب في إيجابه؛ أما القابل فلا تشترط فيه وإنما يكفيه أن يقول: قبلت أو رضيت وما أشبه ذلك،وهو ما جرت عليه العادة والعرف في مجتمعنا الجزائري[6] .

[1]- عبد الله بن فخري،مرجع سابق،ص82-83

[2]- الزحيلي،ج7،مرجع سابق،ص 39.

[3]- ابن نجيم، مرجع سابق،ص 129.

[4]- رواه أبو داود ،ح ر2098 .

[5]- خليل بن إسحاق،ج3، مرجع سابق،ص526.

[6]- محفوظ بن صغير،الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة،كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009 ، ص 332.

الفرع الثاني: التعبير بالوسائل الحديثة

لم يكن ممكنا في الماضي أن يتم الايجاب والقبول مع اختلاف الأمكنة ،وتباعد الديار، بخلاف العصر الحديث الذي يشهد هذا التقدم الهائل في وسائل الاتصالات، حيث أصبحت العقود تجرى عبرها مع اختلاف أماكن المتعاقدين،والتساؤل حول صحة عقد الزواج بهذه الوسائل .

أولا: مفهوم وسائل الاتصال الحديثة وأنواعها

1- تعريف وسائل الاتصال :

أ- لغة: مصطلح وسائل الاتصال مركب إضافي من ثلاث كلمات هي: الوسائل والاتصال والحديثة ، ولتعريف هذا المركب وجب تعريف ما تركب منه.

* **الوسيلة:** لغة من وسل، تقول وسلت إلى الله بالعمل أسِل رغبت وتقربت، ومنه اشتقاق الوسيلة؛ وهي ما يتقرب به إلى الغير، والجمع الوسائل والوسيل، وتوسل إلى ربه بوسيلة تقرب إليه بعمل[1]

* **الاتصال:** في اللغة فهو من وصل، تقول وصلت الشيء وصلا وصلة، والوصل ضد الهجران، ووصل الشيء بالشيء يصله وصلا وصلة، والوُصلة الاتصال يقال بينهما وُصلة والجمع وُصل[2].

* **الحديثة:** الحاء والدال والثاء أصل واحد ،وهو كون الشيء لم يكن، يقال حدث أمر بعد أن لم يكن[3] ، وحدث حدوثا وحداثة نقيض قَدُم والحديث الجديد والمحادثة التحادث[4].

ب- اصطلاحا: لما كانت هذه الوسائل هي وسائل الكترونية بحتة فيمكن تعريفها كالآتي:

هي عملية التواصل التي تتم بكل بوسيلة الكترونية كليا أو جزئيا سواء كانت كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترومغناطيسية، أو أي وسيلة مشابهة صالحة لتبادل المعلومات بين المتعاقدين [5].

[1]- الفيومي، مرجع سابق،ص 660.

[2]- إبراهيم أنس وآخرون، مرجع سابق،ص 1027.

[3]- ابن فارس،ج2، مرجع سابق، ص36.

[4]- الفيروز آبادي،مرجع سابق،ص 167.

[5]- إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن،ط1،دار النهضة العربية،القاهرة،2009،ص 36.

2- أنواع وسائل الاتصال الحديثة:

إن وسائل الاتصال الحديثة أنواع متعددة ومختلفة في الأسماء والاستعمال ويمكن تقسيمها بحسب طريقة الاستعمال كما يلي:

أ- الكتابة: كالبرقية والبريد الإلكتروني وغيرها.

ب- المشافهة: كالهاتف بنوعيه الثابت والنقال،وبرامج الشبكة العنكبوتية التي تنقل الصوت فقط.

ج- المشاهدة: كمكالمات الفيديو والتلفاز وغيرها ،والأنترنت يجمع أغلبها إن لم يكن كلها في الأداء،ففيه برامج الكتابة والمشافهة والمحادثة الصوتية وفيه برامج الصوت والصورة [1].

ثانيا: مفهوم مجلس العقد الالكتروني وطبيعته

إن ظهور الوسائل الالكترونية التي أفرز عنها التطور السريع في علم الاتصالات واستخدامها في كافة المجالات ،جعل منها وسائل لا يمكن الاستغناء عنها لكل فرد في المجتمع الحديث،حيث أضحت كثير من الاجراءات التعاقدية تتم من خلال الأنظمة الالكترونية بوصفها البديل العصري للتعاقد،بل و أصبح يتعامل بها عدد غير قليل من المسلمين في أدق العلاقات الاجتماعية كالخطبة والزواج؛ وبناء عليه اعتنى الفقهاء ببيان الحكم الشرعي للزواج المنعقد بهذه الوسائل مع مراعاة المقاصد الشرعيّة في ظل هذه المستجدات العلمية ،وفيما يلي توضيح ذلك:

1- تعريف مجلس العقد الإلكتروني: يقصد بمجلس العقد الالكتروني المكان والزمان الذي ينصرف فيه المتعاقدان للتعاقد إلكترونيا، والذي يبدأ بالإيجاب البات أيا كانت صورته، وينتهي بانتهاء الانشغال بالتعاقد[2] .

2- شروط مجلس العقد الالكتروني : الثابت أن مجلس العقد يقوم على ركنين:الركن المادي وهو المكان،والركن المعنوي وهو الزمان، أي الفترة بين صدور القبول والإيجاب،ولكن بتطبيق ذلك على العقد الإلكتروني نجد أن مكانه افتراضي؛لأنه يتم في فضاء الكتروني،وأما بالنسبة للزمان فهو يختلف حسب نوع العقد، وعليه فإن شروطه هي: أولا حضور المتعاقدين مجلس العقد حضورا افتراضيا،وثانيا بدء الانشغال بالصيغة[3].

[1]- بدر ناصر السبيعي،المسائل الفقهية المستجدة في النكاح مع بيان ما أخذ به القانون الكويتي،،ط1،،وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 2014،ص 117.

[2]- عقيل فاضل الدهمان،الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني،مجلة كلية الحقوق،جامعة النهرين،بغداد،العراق،مج 18،ع 10، 2007،ص 198.

[3]- وضحة عليوي صالح الجبوري،التكييف الفقهي لمجلس العقد الالكتروني،مجلة العلوم الاسلامية،كلية العلوم الاسلامية، جامعة ديالي،العراق، ع17، جوان2017، ص 940.

3- طبيعة مجلس العقد الإلكتروني : الأصل أن يكون مجلس العقد حقيقيا ،باعتبار أن التعاقد الحقيقي يكون بين حاضرين، ولكن ظهور وسائل الاتصال الحديثة التي لم تكن موجودة في الماضي ؛أدت إلى تباين الاتجاهات الفقهية المعاصرة ،فيما إذا كان التعاقد بها بين حاضرين، أم بين غائبين ،كالآتي:

أ- مجلس العقد الإلكتروني هو مجلس عقد حقيقي بين حاضرين:إذ ليست العبرة باتحاد المجلس، وإنما بتوافق الايجاب والقبول ،وخير مثال عليه التعاقد بالصوت والصورة عبر الانترنت[1] .

ب- مجلس العقد الالكتروني هو مجلس عقد حكمي بين غائبين: حيث اعتبر مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بجدة عام 1410هـ/ 1990م في دورته السادسة ؛أن التعاقد بطريق الحاسب الآلي هو تعاقد بين غائبين ،لأن كلا طرفي التعاقد غائب عن الآخر من حيث المكان،كما يوجد فاصل زمني بين الايجاب والقبول ،وذلك قياسا على التعاقد بطريق المراسلة أو البريد العادي[2]،ولعل هذا يمكن أن يكون صحيحا في فترة صدور القرار أي سنة 1990م، حيث كان التعاقد عبر الحاسب الآلي يختلف عن التعاقد عن طريقه في هذا الزمن[3].

ثالثا : حجية عقد الزواج بالوسائل الحديثة

1- العقد بالكتابة: أي أن يتم عقد الزواج عن طريق الكتابة ،وهو أمر معروف منذ القدم، والجديد فيه اليوم السرعة فقط ، ولهذا النوع في الوسائل الحديثة صورتان :الأولى أن يكتب الولي إيجابه على النكاح ثم يرسله عبر البريد الإلكتروني إلى الخاطب، فيقوم بقراءته أمام الشهود ،ثم يرسل قبوله كتابة عبر البريد أيضا،والثانية أن يخاطبه مباشرة بالكتابة في وجود الشهود[4]،وقد تقدم ذكر الخلاف فيه، والراجح القول بجوازه لقوة الدليل من جهة ؛فقد كتب النبي صلى الله عليه وسلم إلى النجاشي يخطب أم حبيبة رضي الله عنها،فزوجها النجاشي منه[5]،وكان وليا عليها بالسلطان[6]،ولأن الكتاب كالخطاب من جهة أخرى .

---

[1]- عقيل فاضل الدهمان، مرجع سابق،ص 205-206.

[2]- مجلس مجمع الفقه الاسلامي،حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، مؤتمر مجمع الفقه الاسلامي،الدورة 06 المنعقدة بجدة من 14- 20 مارس 1990 ق ر52 .

[3]- عبد الله إبراهيم عبد الناصر،العقود الإلكترونية(دراسة فقهية تطبيقية مقارنة)،بحوث الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون،كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي،الإمارات المتحدة،مج 5،ماي 2003، ص 2126.

[4]- بدر ناصر السبيعي،مرجع سابق،ص 118-119 .

[5]- رواه أبو داود ،ح ر 2107 وغيره وصححه الألباني.

[6]- بدر ناصر السبيعي،مرجع سابق،ص 122.

2- العقد بالمشافهة : اختلف فيه الفقهاء أيضا على قولين

أ- منع إجراء عقد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة اللفظية: وهو قول اللجنة الدائمة للإفتاء بالمملكة العربية السعودية[1]،وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي المذكور أعلاه، واحتجوا باحتمال وقوع الغش الخداع بين طرفي العقد،وبأن عقد الزواج يحتاط له ما لا يحتاط لغيره ، لتعلقه بالفروج،ولتعذر الإشهاد فيه عبر هذه التقنية .

ب- جواز إجراء عقد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة اللفظية: وهو قول عمر الأشقر،ومحمد عقلة ووهبة الزحيلي، واحتجوا بأن المقصود من العقود الرضا وهو متحقق،وردوا على حجج الفريق الأول بأن الاحتياط لا يمنع العقود ،وإنما يستوجب توفير إجراءات من أجل سلامة العقد ،وأن الشهود موجودون ويسمعون الخطاب[2].

3- العقد بوسائل الاتصال السمعية البصرية: أي أن يتم العقد بالصورة والصوت عن طريق الأنترنت،ففي هذه الحالة يجوز عقد الزواج ولو تباعدا في الحقيقة ؛فإنهم في حكم المجلس الواحد حكما، فهم يرون ويسمعون بعضهم بعضا[3] .

***موقف المشرع الجزائري** : لم ينص المشرع الجزائري على انعقاد الزواج بمثل هذه الوسائل، ولذلك وجب الرجوع إلى ما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الخصوص، وتبعا لما ذهب إليه بعضهم من جواز التعاقد بالكتابة والمراسلة بين غائبين ،واستفادةً من تقنية الاتصال الحديثة التي تتميز بالسرعة والدقة ؛ فقد عادل المشرع الجزائري وساوى بين حجية الكتابة الإلكترونية و الكتابة العادية، بنص المادة 323 مكرر من ق م،وهو ما يؤدي للقول بأن حجية البريد الإلكتروني هي نفسها في البريد العادي، كما نصت المادة 323 مكرر 01 من نفس القانون على أن الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق،بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدره[4] ، ومن ثم يمكن استخلاص حجية التعبير عن الإرادة بهذه الوسائل بين غائبين في عقود الزواج ضمنا،كما يمكن استخلاص ذلك أيضا من خلال نص الفقرة الثانية من م 10 ق أ التي تخول للمتعاقدين الحرية الكاملة في اختيار الكيفية التي يعبران بها عن إرادتهما في الزواج، سواء بالكتابة والإشارة، مما لا يحول دون امتداد هذه الحرية للتعبير بوسائل الاتصال الإلكترونية[5]، لذلك يبدو من الأهمية بمكان جواز انعقاد الزواج عبر وسائل الاتصال

[1] - اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء ،فتاوى اللجنة الدائمة،ج18،ط5،دار المؤيد،السعودية، 1424هـ، ص91.

[2]- بدر ناصر السبيعي،مرجع سابق ،ص124-125.

[3]- المرجع نفسه،ص 126-127.

[4]- عبد الرحيم صالحي،إنعقاد الزواج بالبريد الالكتروني (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الجزائري)،مجلة دفاتر السياسة والقانون،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ع7،جوان 2012،ص194.

[5]- خالد بوزيدي،مدى حجية التعبير بالإيجاب والقبول بين غائبين في عقد الزواج المبرم عبر وسائل التعبير الاتصال الالكترونية غير المرئية،مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية،جامعة باتنة1،كلية الحقوق والعلوم السياسية، ع7،سبتمبر2015،ص 406.

الإلكترونية ، باعتبارها شكلا من أشكال الكتابة التي تجيز لصاحبها الغائب عن مجلس العقد التعبير عن إرادته في إبرام عقد الزواج الشرعي،ثم إن التشدد في اتحاد المجلس يؤدي إلى سد باب العقود كما يقول الكاساني: ((اشتراط المجلس يؤدي إلى سد باب العقود،فجعل المجلس جامعا للشطرين حكما مع تفرقهما حقيقة للضرورة،والضرورة تندفع عند اتحاد المجلس،فإذا تفرق الشطران حقيقة وحكما فلا ينتظم العقد))[1].

هذا ورغم محاولة المشرع الجزائري مسايرة التطورات الحاصلة في وسائل الاتصال،من خلال تنظيم العقد الإلكتروني،إلا أنه لم يصل بعد إلى النتائج المرجوة، حيث تنتظره خطوات كبيرة كإنشاء قاعدة بيانات لأطراف العقد، ونماذج العقود الإلكترونية ،ناهيك عن العناية أكثر بعقد الزواج وما يستلزمه من إجراءات[2].

[1]- الكاساني،ج3،مرجع سابق،ص 325.

[2]- عادل لموشي،الرضائية في عقد الزواج في القوانين الوضعية والفقه الاسلامي،أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة مولود معمري،تيزي وزو،الجزائر،2019،ص 213.

الفصل الثاني

تأثير الولاية والتغرير علـــى التراضي في عقد الزواج

الفصل الثاني

تأثير الولاية والتغرير على التراضي في عقد الزواج

ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين، بغض النظر عن العناصر المذكورة في نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة، والمتمثلة في الأهلية ،والصداق ،و الولي ،والشاهدين ،وانعدام الموانع الشرعية، والتي أصبحت شروط صحة في الزواج بموجب التعديل الجديد في الأمر 05-02 ،حيث نصت المادة 33 منه على بطلان عقد الزواج في حالة انعدام ركن الرضا ، لأن بانعدامه تصبح إرادة طرفي عقد الزواج معيبة ، الأمر الذي يجعل من رضا المتعاقدين أو أحدهما غير سليم؛وعليه فإنه لا يكفي أن يكون الرضا موجودا فقط، بل لا بد من أن يكون صحيحا خاليا من العيوب، حتى يمكن اعتبار عقد الزواج صحيحا وملزما لطرفيه، وبعد أن تطرقنا في الفصل السابق إلى بيان مفهوم الرضا وشروط صحته ، سوف نتعرض في هذا الفصل إلى مدى تأثير كل من الولاية والتغرير على وجود الرضا وصحته في المبحثين التاليين:

المبحث الأول: تأثير الولاية على التراضي في عقد الزواج

المبحث الثاني: تأثير التغرير على التراضي في عقد الزواج

المبحث الأول

تأثير الولاية على التراضي في عقد الزواج

تعتبر الولاية على الزواج من أنواع الولاية على النفس ، وتثبت للولي الشرعى الذي يتوفر فيه سبب من أسباب هذه الولاية على من تحت ولايته ، وتكون هذه الولاية إما جبرا على المولى عليه وإما اختيارا ، ويتمتع الولي عند ممارسة الولاية بجملة من الحقوق ،كما يضطلع بمجموعة من الالتزامات حتى يمكن أن يؤدى مهمته بنجاح، ويقوم بمتطلبات الولاية على الوجه المطلوب،وفيما يلي بحث ذلك من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: حقيقة الولاية في عقد الزواج

المطلب الثاني: ولاية الإجبار والعضل في عقد الزواج

المطلب الأول

حقيقة الولاية في عقد الزواج

نتطرق في هذا المطلب إلى تحديد مفهوم الولاية، من حيث تعريفها في اللغة والاصطلاح، و أقسامها، وشروطها، وترتيب الأولياء ،ثم نتطرق إلى شرط الولي وأقوال الفقهاء فيه، وأدلتهم ،وموقف المشرع الجزائري منه ،وذلك من خلال العناصر الآتية:

الفرع الأول:مفهوم الولاية

نتناول في هذا الفرع تعريف الولاية، وأقسامها ،وشروطها،ومراتب الأولياء، وأثر تخلفها على صحة الزواج،فيما يلي:

أولا: تعريف الولاية

1- لغة:الوَلْيُ بفتح فسكون، القُرْبُ والدُّنوُ والولاية النصرة والمحبة والنسب[1]،والولي فعيل بمعنى فاعل من ولِيه ؛إذا قام به ومنه قوله تعالى: ﴿ اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ آمَنُوا ﴾[2]،والجمع أولياء[3]ووليّ المرأة الذي يَلي عَقْد النِّكاح عليها ،ولا يَدعها تَسْتَبِدّ بعَقْد النِّكاح من دُونه ، وولي اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفايته[4].

2- شرعا:تعددت تعاريف الفقهاء للولاية نذكر منها:

أ- تعريف الفقهاء القدامى : عرفها الفقهاء بأنها ((تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى))[5].

ب- تعريف الفقهاء المعاصرين: هي ((إشراف الراشد على شؤون القاصر الشخصية والمالية))[6]،أو هي ((قدرة الشخص شرعًا على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله أو على نفس الغير وماله))[7].

ج- التعريف المختار: من خلا ما سبق يمكن تعريف الولاية بأنها حق شرعي ينفذ بمقتضاه الأمر على الغير جبرا عنه[8].

د- تعريف الولي: وردت فيه تعاريف كثيرة ،منها أنه:

* من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام [9] .

[1]- الفيروز آبادي، ،مرجع سابق،ص 1344.
[2]- سورة البقرة ، الآية : 257 .
[3]- الفيومي،مرجع سابق،ص672.
[4]- إبراهيم أنيس وآخرون ، مرجع سابق، ص1058.
[5]- ابن الهمام،ج3،مرجع سابق،ص161.
[6]- الزحيلي ،ج4،مرجع سابق،ص 139.
[7]- عبد الكريم زيدان،،ج6، مرجع سابق،ص339.
[8]- سيد سابق،مرجع سابق، ص 562.
[9]- النفراوي،ج2،مرجع سابق، ص 4.

* هو الذي يتوقف عليه صحة العقد فلا يصح بدونه، وهو الأب ،أو وصيه ،والقريب العاصب، والمعتق ،والسلطان والمالك[1].

*هو القريب الذي ولاه الله أمر تزويج من لا يجوز أن يزوج نفسه بنفسه كالمرأة والصغير[2].

3 – قانونا: الولاية سلطة يقررها القانون لشخص معين، لمباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر غير كامل الأهلية،وقد نص عليها المشرع الجزائري في ق أ في م 87 منه، وقررها للأب على أولاده القصر ثم لأمهم بعد وفاته،أما ولاية التزويج فلم يوضح معناها كما يجب ،حيث أن نص المواد 9مكرر،13،11 من ق أ يوحي بجواز ثبوتها للولي الذكر و الأنثى على حد سواء، مما يفتح الباب واسعا أمام مختلف التأويلات .

ثانيا:أقسام الولاية في الزواج

تنقسم الولاية إلى عدة أقسام باعتبارات مختلفة ،إما من حيث ذاتها وإما من حيث مصدرها ،وإما من حيث ثبوتها، وإما من حيث موضوعها، وسوف نقتصر على هذا الاعتبار الأخير ؛ فتنقسم حسب موضوعها إلى ثلاثة أقسام:

1– ولاية على النفس: وهي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية ،من صيانة،وحفظ، وتأديب،وتعليم،وتزويج[3].

2– ولاية على المال: وهي القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها.

3– ولاية مشتركة: أي على النفس والمال ،وهي سلطة رعاية القاصر وإدارة أمواله.

والولاية المقصودة في دراستنا هي الولاية على النفس والتي تعني الصلاحية التي يملكها الولي في تزويج المرأة المولى عليها، وتنقسم بدورها إلى قسمين:

[1]– الجزيري،ج4،مرجع سابق، ص 29.

[2]– عمر سليمان الأشقر،مرجع سابق،ص117.

[3]– أحمد شامي،مرجع سابق ص202.

أ- ولاية الإجبار: وهي الولاية التي تمكن صاحبها من إنشاء عقد الزواج استقلالا دون تدخل من المولّى عليه .

ب- ولاية الاختيار: هي التي لا يستبد فيها الولي بإنشاء العقد بدون إذن المولى عليه،بل لابد من مراعاة إذنه واختياره، فالولي يشارك المولى عليه في الاختيار،وينفرد عنه بتولي الصيغة عنه[1]،أو بعبارة أخرى هي التي لا يستطيع فيها الولي أن يستبد بتزويج المولى عليه، بل لابد أن تتلاقى إرادة الزوجة مع إرادة الولي، ويشتركا في الاختيار و يتولى هو الصيغة[2].

ثالثا: شروط الولاية وأسبابها ومراتبها

1- شروط الولاية:

أ- الإسلام:فلا ولاية لكافر على مسلم والعكس لقوله عز وجل:﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾[3]، وقوله عز وجل:﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾[4] .

ب- العقل: فلا ولاية لمجنون أو معتوه في الزواج، لا على نفسه ولا على غيره[5].

ج- البلوغ: فلا يصح العقد من صبي لعدم أهليته[6] .

د- الذكورة :ولأن المرأة لا ولاية لها على نفسها فعلى غيرها أولى[7] .

هـ- العدالة :وهي استقامة الدين، بأداء الواجبات الدينية، والامتناع عن الكبائر.

---

[1]- سالم بن عبد الله الرافعي،أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب،ط1،دار ابن حزم،بيروت،2002،ص 251.

[2]- عيسى حداد، عقد الزواج (دراسة مقارنة)، منشوارت جامعة برج باجي مختار، عنابة، 2006 ،ص120.

[3]- سورة التوبة، الآية : 72 .

[4]- سورة الأنفال،الآية : 73 .

[5]- السباعي مصطفى،ج1، مرجع سابق، ص141.

[6]- الحبيب بن طاهر،الفقه المالكي وأدلته،ج3،ط2 ،مؤسسسة المعارف للطباعة والنشر،بيروت لبنان،2005،ص226.

[7]- التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة،ج4،ط1،دار الوعي للنشر والتوزيع، رويبة،الجزائر،2010 ،ص117.

2- أسباب الولاية: للوالية في النكاح عدة أسباب،منها ما هو متفق عليه بين الفقهاء،ومنها ما هو محل خلاف، وسوف نذكرها إجمالا دون التطرق للخلاف.

أ- القرابة : و يقصد بها رابطة النسب بين كل من الولى والمولى عليه، وهي إما قرابة قريبة كالأب والجد والابن ، أو بعيدة كابن الخال وابن العم.

ب- الملك: ويراد به ملك الرقيق فإذا ملك شخص عبدا ، أو أمة ،ثبتت له الولاية الكاملة عليها ،ومنها ولاية التزويج.

ج- الولاء: وهو تلك القرابة بين المعتق وعتيقه بسبب العتق،ونظرا لعدم وجود رقيق في هذا العصر فلن نتطرق لهذا العنصر في بحثنا.

د- الإمامة : أي الخليفة ،ويدخل فيها القاضي المأذون بالتزويج، وتكون على من لا ولي له .

هـ- الوصية :هي جعل الغير وصيا على أولاده ،يقوم بأمرهم ويرعى شؤونهم .

3- ترتيب الأولياء:المراد بالولي هو الأقرب من العصبة بالنسب ثم من السبب ثم من عصبته وليس لذوي السهام ولا لذوي الأرحام ولاية في مذهب الجمهور،خلافا لأبي حنيفة في رواية عنه[1]؛فالأولى بالتزويج عند الحنفية: الابن، ثم الأب ،ثم الجد، ثم الإخوة لأبوين، ثم لأب،ثم أبناء الإخوة لأبوين، ثم لأب،ثم الأعمام ،ثم أبناؤهم،ويتفق معهم المالكية في تقديم الابن على الأب، إلا أنهم يقدمون الإخوة على الجد، وبعد الجد تنتقل الولاية للأعمام، ثم لأبنائهم،وأما الشافعية فيرتبون الأب أولا، ثم الجد ولا يكون الأبناء أولياء إلا إذا كانوا عصبة ،ويأتي بعد الجد الإخوة، فأبناؤهم ،ثم الأعمام، فأبناؤهم،ويوافقهم الحنابلة في جعل الأولوية للأب على الجد ،إلا أنهم يجعلونها بعده للإبن ،ثم للإخوة، ثم لأبنائهم، ثم للأعمام ،ثم لأبنائهم[2].

[1]- الشوكاني محمد بن علي، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار،تحقيق محمد صبحي،ج12،ط1،دار ابن الجوزي، السعوية، 1427هـ، ص77.
[2]- الأشقر،مرجع سابق،ص152 وما بعدها.

والمتأمل في كلام أغلب الفقهاء يلاحظ أن الولاية في الزواج تثبت للعصبات على حسب ترتيبهم في الميراث، وهم الابن وإن نزل، ثم الأب والجد، ثم الأخ ،وابن الأخ، ثم العم، فالأقربون بالترتيب، ويقدم الشقيق على غيره؛ فإذا لم توجد العصبة تنتقل الولاية إلى ذوي الأرحام، وتنتهي إلى السلطان ؛لأن السلطان ولي من لا ولي له[1].

***موقف المشرع الجزائري من الولي ترتيب الأولياء**

1-**قانون** 84-11 **قبل التعديل**:نصت م 11 من ق أ على ما يلي: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها،فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له" ، ومن خلالها نستنتج أن المشرع جعل ولي المرأة في الزواج أبوها مطلقا بغض النظر أكان للمرأة ابن أم لا ،ومن دون تفريق بين البكر والبالغة .

2- **قانون** 84-11 **بعد التعديل بالأمر 05-02**: فرق بين القاصر والبالغ،؛ فأصبحت م11 كالآتي:

"تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره .

دون الاخلال بأحكام المادة 7 من هذ القانون،يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب،فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

ويلاحظ أن عبارة "فأحد الأقارب الأولين " مبهمة ولا تفيد ضرورة الالتزام بالترتيب الذي نص عليه الفقهاء، خاصة وأن المشرع لم يوضح كما سبق من هو الولي؟ هل هو الذكر فقط؟ أم الذكر والأنثى ؟ وأمام هذا الغموض يتعين الرجوع إلى نصوص الشريعة،ثم وعلى افتراض الترتيب فهو في شأن القاصر لا غير كما يظهر من نص المادة .

[1]- أحمد شامي،مرجع سابق، ص203.

الفرع الثاني: شرط الولي في الزواج

نستعرض في هذا الفرع شرط الولاية في الزواج ، فهل هو حق خالص لولي المرأة ؟وبالتالي فإنها لا تلي نكاح نفسها، ولا نكاح غيرها،ولا عبارة لها في النكاح مطلقا،وإن عقدته فهو باطل،أم أن الأمر مختلف فيه،وفيما يلي توضيح ذلك:

أولا: رأي الفقهاء في اشتراط الولي

اختلف الفقهاء بشأن ركنية الولي واشتراطه في عقد الزواج

1- القائلون بشرط الولي وأدلتهم:ذهب جمهور الفقهاء من المالكية ،والشافعية، والحنابلة ،إلى اعتبار الولي رُكنا من أركان عقد الزواج؛ أي أنه لا نكاح إلا بولي[1]، واستدلوا بنصوص من القرآن والسنة،كما استدلوا بالمعقول ،نذكر منها:

أ- من القرآن: قوله تعالى: ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾[2]،قال الشافعي: ((هي أصرح دليل في اعتبار الولي،و إلا لما كان للعضل معنى))[3]، وبنى الاستدلال على أن الخطاب في هذه الآية مع الأولياء،قال: ((وإذا ثبت هذا وجب أن يكون التزويج للأولياء لا إلى النساء))[4].

وقوله تعالى: ﴿ وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾[5]،ففي الآية دليل على أن تزويج النساء الأيامى إلى الأولياء؛لأن الله تعالى خاطبهم به،كما أن تزويج العبيد والإماء للسادات،وهو قول أكثر أهل العلم من الصحابة ومن بعدهم[6].

[1]- الشوكاني،ج12،مرجع سابق،ص76 .

[2] - سورة البقرة، الآية : 150 .

[3]- الكاساني،ج3،مرجع سابق،ص38.

[4]- الرازي فخر الدين ،التفسير الكبير،ج6،ط1،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع،د.ب،1981، ص122.

[5]- سورة النور، الآية : 32 .

[6]- البغوي الحسين بن مسعود،معالم التنزيل،ج6 ،د.ط ،دار طيبة للنشر والتوزيع،الرياض،السعودية،1989،ص39.

ب– من السنة:عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت:قال رسول لله صلى لله عليه وسلم :{أيما امرأة نكحت بغير وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل ،فإن دخلَ بها ، فلهَا المهْرُ بما استحلّ من فرجِها ، فإن اشتجروا ، فالسلطانُ وليّ من لا وليّ لهُ}[1]،وعن أبي بردة عن أبيه قال: قال رسول لله صلى لله عليه وسلم: {لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل}[2] ،وهو من أصرح الأحاديث الدالة على اشتراط الولي،قال ابن قدامة: ((التخصيص ههنا خرج مخرج الغالب،فإن الغالب أنها لا تزوج نفسها إلا بغير إذن وليها، والعلة في منعها صيانتها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ورعونتها، وميلها إلى الرجال،وذلك ينافي حال أهل الصيانة والمروءة))[3] .

ج– من المعقول:أن المفسدة إذا حصلت في الأبضاع بسبب زواج غير الأكفاء ؛حصل الضرر ،وتعدى للأولياء بالعار والفضيحة الشنعاء ،بخلاف إذا حصل الفساد في المال فلا يكاد يتعدى المرأة[4]،بل إن النفوس في العادة تضنّ بالمال ،وتحرص عليه، والضرر في فقده محتمل لا عار فيه، بخلاف سوء الاختيار[5]،ولأن الزواج عقد خطير، ودائم ،وذو مقاصد متعددة؛فالرجل بما لديه من خبرة في الحياة ؛أعرف وأقدر على مراعاة هذه المقاصد من المرأة [6].

2– القائلون بعدم اشتراط الولي وأدلتهم:ذهب أبو حنيفة ،وأبو يوسف،إلى أن للمرأة البالغة العاقلة أن تزوج نفسها وغيرها[7]، وهو الراجح عند الحنفية، واستدلوا بمايلي:

أ– من القرآن: قوله تعالى: ﴿وإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾[8]،ووجه الدلالة أن النكاح أضيف إليهن ،ونهى عن منعهن منه،وقوله تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾[9]،ووجه الدلالة أنه أسند النكاح للمرأة فدل على جواز عقدها دون موافقة وليها.

[1]– رواه الترمذي وغيره ،ح ر1102، وحسنه الألباني.

[2]– رواه الترمذ وغيره،ح ر 1101، وصححه الألباني.

[3]– ابن قدامة،ج9،مرجع سابق،ص 346.

[4]– القرافي،الفروق، مرجع سابق،ص917.

[5]– محمود علي السرطاوي،شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني،ط3،دار الفكر،عمان،الأردن،2010 ،ص42.

[6]– الزحيلي،ج7،مرجع سابق،ص195.

[7]– ابن الهمام،ج3، مرجع سابق،ص246.

[8]– سورة البقرة، الآية : 232 .

[9]–سورة البقرة، الآية : 230 .

ب– من السنة: حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها}[1] والأيم هي التي لا زوج لها[2]،فدل على أن للمرأة الحق في تولي العقد، كما ردوا على الأحاديث السابقة التي يفيد ظاهرها اشتراط الولي في التزويج ،بأنها خاصة بالصغيرة[3].

ج– من المعقول:أن النكاح تصرف خالص للمرأة في حقها،ولا ضرر فيه لغيرها،فينفذ كتصرفها في مالها، والولاية في النكاح أسرع ثبوتا منها في المال[4]،وأن شرط الكفاءة ينفي معرة الصهر باعتراض الأولياء[5].

***الرأي الراجح:**بعد عرض موقف الفقهاء حول مسألة الولي في عقد الزواج ،أرى بأن الرأي الراجح هو قول الحنفية الذي يجيز للمرأة العاقلة البالغة أن تباشر عقد زواجها بنفسها، بشرط أن يكون بموافقة وليها الشرعي، بالإضافة إلى أن يكون الزوج كفؤا لها،و متى كان الزوج غير كفء، أو قدم لها مهرا لا يليق بمقامها؛فإنه يجوز للولي حق الاعتراض على الزواج .

ثانيا: رأي المشرع الجزائري من اشتراط الولي

أخذ المشرع موقفا وسطا بين الرأي الذي يشترط الولي في عقد الزواج ،والرأي الذي لا يشترطه، وحاول التوفيق بين جميع الآراء الفقهية السابقة ، إلا أن موقفه رغم ذلك يبقى متذبذبا ، فتارة اعتبره شرطا من شروط عقد الزواج، وهذا ما نصت عليه المادة 9 مكرر من ق أ بقولها : "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية :أهلية الزواج، الصداق، الولي،شاهدان،انعدام الموانع الشرعية للزواج"، وتارة يبدو أنه قد استغنى عنه ،بدليل أنه أجاز للمرأة الراشدة أن تعقد زواجها بنفسها بحضور أي شخص تختاره غير الولي، كما في نص م 11 من نفس القانون؛ حيث منحت للمرأة الراشدة الحق في مباشرة عقد زواجها بنفسها، ولكن بحضور وليها ،وهو الأب، أو أحد أقاربها ،أو أي شخص آخر تختاره، مع الإشارة هنا إلى أن عبارة"أي شخص آخر تختاره" قد تشمل الذكر والأنثى ،وقد يساء تطبيقها لعمومها،ومن ثم يجب التقيد دائما فيما أبهم من المسائل بأحكام المادة 222 ق أ،وبهذا أصبح الولي شرطا لصحة الزواج، و ليس ركنا لانعقاده،وهذا ما يفهم من فحوى المادة 33/ 2 من نفس القانون، و التي تنص على: "إذا تم

[1]– سبق تخريجه.

[2]– محمد بن لطفي الصباغ ،تهذيب تفسير الجلالين ،ط1،المكتب الإسلامي،بيروت،لبنان،2006، ص354.

[3]– الجزيري،ج4،مرجع سابق،ص46.

[4]– الموصلي،ج3، مرجع سابق،ص91.

[5]– الجزيري،ج4،مرجع سابق،ص47.

الزواج بدون شاهدين، أو صداق، أو ولي، في حالة وجوبه،يفسخ قبل الدخول،ولا صداق فيه،ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

ثالثا: أثر الزواج بلا ولي

1- رأي الفقه :اختلف الفقهاء القائلون باشتراط الولاية في الزواج، فيما لو تزوجت المرأة بغير ولي الشرعي بأن فوضت أمرها إلى رجل فرضي الولي على قولين:

أ- فسخ النكاح:إذا وقع الدخول وتطاول الأمر لم يفسخ، وهو قول مالك وابن القاسم[1]،وأما الزواج بدون ولي أصلا فيفسخ قبل الدخول وبعده وإن طال وولدت الأولاد[2]،وروي عن مالك أنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من الناس على إنكاحها[3].

ب- بطلان النكاح:لا يصح للمرأة تزويج نفسها، ولا غيرها، ولا توكيل غير وليها في تزويجها ،فإن فعلت لم يصح النكاح ،وهو مذهب الثوري، والشافعي، وابن المبارك[4]،ويكون العقد فاسدا ،يفسخ مطلقا ،قبل الدخول وبعده،ولو طال الزمن ،وولدت الأولاد[5]،ولا يتوارثان[6]،و هو قول أحمد أيضا[7].

[1]- سحنون بن محمد التنوخي،المدونة الكبرى، ج 4، ط1،دار الكتب العلمية، بيروت لبنان،1994،ص21.

[2]- محمد بن جزي الغرناطي،القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية،تحقيق ماجد الحموي،ط1،دار ابن حزم، بيروت،لبنان، 2013،ص344.

[3]- ابن رشد الحفيد، ج3، مرجع سابق،ص21.

[4]- ابن قدامة ،ج9،مرجع سابق،ص345.

[5]- الشربيني،ج4، مرجع سابق،ص239.

[6]- ابن عبد البر،ج16،مرجع سابق،ص38.

[7]- المرجع نفسه،ص40.

2- رأي المشرع الجزائري: إن تباين المذاهب الفقهية في تحديد أركان الزواج، أدى إلى تباين القوانين الوضعية للتشريعات العربية بوجه عام ،والجزائر بوجه خاص؛ إذ اختلفت نظرة المشرع لركن الولي على النحو التالي:

أ- القانون 84-11 قبل التعديل : اضطرب المشرع في تحديد مركز الولي بين كونه ركنا أم شرطا في الزواج،ففي نص م 09 من ق أ يقول: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق"،وهو ما يفيد أن الولي ركن في الزواج،و هو ما تؤكده أيضا م 11 ق أ التي تنص: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له "؛ على أنه لا يمكن للمرأة أن تعقد نكاحها بدون ولي ، ولكن بالرجوع إلى م 32 ق أ نجده يتحدث عن الفسخ إذا ما تخلف ركن من أركان الزواج،ونفس الشيء في م 33 ق أ ؛إلا أنها أتت بنوع من التفصيل في الأمر كما يلي:

- إذا تخلف الولي قبل الدخول: يفسخ العقد و لا صداق فيه.

- إذا تخلف الولي بعد الدخول يمكن تصحيحه بصداق المثل ،وذلك طبقا م 2/33

- إذا تخلف ركن الولي مع ركن أخر ،أو أكثر ،بطل الزواج مطلقا تم الدخول أم لا.

بالإضافة إلى التناقض الحاصل بين م 12 و م 13 من ق أ ؛ وعليه فيظهر جليا تأثر المشرع الجزائري ببعض آراء الحنفية المتعلقة بولاية الزواج ، دون أن يخرج تماما على أحكام الشريعة الإسلامية في إجازته للمرأة بأن تعقد زواجها بنفسها ، لكنه لم يتبع المذهب الحنفي بحذافيره، والذي يستحب للمرأة تقديم وليها لتولي مباشرة العقد عليها، بعد تحقق رضاها بإذنها من جهة، ويجعل الولاية لعصبة المرأة حق الاعتراض إذا زوجت نفسها بغير كفء ،ودون مهر المثل، من جهة أخرى، وهو ما غفل عنه المشرع.

ب- القانون 84-11 بعد التعديل بالأمر 05 -02: نستنتج من تعديل قانون الأسرة أن المشرع الجزائري جعل الولي شرطا لصحة الزواج،بنص المادة 9 مكرر،وأما ما نصت عليه م 11" بحضور وليها " ؛ فيعترض عليه بأنه لا معنى للحضور إذا لم يكن له أي تأثير ،وحضوره أو غيابه سواء طالما أن غيابه عن مجلس العقد لا يجعل العقد باطلا، ولا فاسدا، ولا موقوفا على موافقته[1] .

[1]- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 43.

المطلب الثاني

ولاية الإجبار والعضل

اهتم التشريع الاسلامي بالزواج اهتماما خاصا، وجعل للأولياء دورا بارزا في مباشرته، وإنشائه بدل المرأة ،خاصة إذا كانت بكرا صيانة لها؛إذ لا خبرة لها بالرجال، وذلك وفق ضوابط وقيود ،وهو ما سنبينه في العناصر التالية:

الفرع الأول:ولاية الإجبار وأنواعها

نتناول في هذا الفرع ولاية الاجبار كأحد أهم العوامل المؤثرة في الرضا،وهي الولاية التي تمكن صاحبها من إنشاء عقد الزواج استقلالا دون تدخل من المولى عليه، وقد أطلق عليها بعض الفقهاء (ولاية الاستبداد) ؛لاستبداد الولي فيها إنشاء العقد دون مشاركة من المولى عليه ،وسنتناولها من خلال النقاط التالية:

أولا: مفهوم ولاية الاجبار

1- تعريف ولاية الإجبار

أ- لغة : الجيم والباء والراء أصل واحد،وهو جنس من العظمة والعلو والاستقامة[1]،وجبره على الأمر وأجبره قهره عليه وأكرهه[2]،و أجبرته على كذا حملته عليه قهرا وغلبة[3] ،وهناك ألفاظ ذات صلة بلفظ الإجبار كالإكراه والتسخير والضغط[4].

ب- شرعا : هي تنفيذ القول بالإنكاح على الغير، أي أن يباشر الولي العقد فينفذ على المولى عليه شاء أو أبى[5]، وهي ولاية كاملة يستبد فيها الولي بالعقد لا يشاركه فيها أحد[6].

[1]- ابن فارس، ج1،مرجع سابق،502

[2]- إبراهيم أنس وآخرون،مرجع سابق،ص105.

[3]- الفيومي،مرجع سابق،ص89.

[4]- الموسوعة الكويتية، ج1،مرجع سابق،ص311.

[5]- المرجع نفسه، ج41 ،ص259.

[6]- عطية صقر،موسوعة الأسرة تحت راية الاسلام، ج1،ط2،مكتبة وهبة،القاهرة،2006،ص 258.

ثانيا: الأشخاص الذين تثبت لهم :اتفقت كل المذاهب على أن الذي يملك حق الإجبار هو الأب وحده[1]، ثم اختلفوا فيمن يشاركه في هذا الامتياز على النحو الآتي:

1– الحنفية: يثبت حق الإجبار لجميع الأولياء،قال السرخسي:((وبلغنا عن إبراهيم أنه كان يقول إذا أنكح الوالد الصغير أو الصغيرة فذلك جائز عليهما،وكذلك سائر الأولياء وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله تعالى))[2] .

2– المالكية: لا تثبت ولاية الإجبار إلا للأب أو وصيه،إذا عين الأب الزوج[3].

3– الشافعية: يكون حق الاجبار للأب أو الجد عند عدمه، وهذا في الصغير والصغيرة[4]، وأما في المجنون والمجنونة ومن في حكمهما، فتكون الولاية للحاكم بعد الأب والجد إذا ثبتت الحاجة إلى النكاح[5].

4– الحنابلة: مذهب الحنابلة كمذهب المالكية يُثبت ولاية الإجبار للأب ،ووصيه فقط، واختلفت الرواية عن الإمام أحمد ،هل تستفاد الولاية في النكاح بالوصية ،فروي أنها تستفاد بها ،وهو اختيار الخرقي[6]، وعنه لا تستفاد بالوصية، وبه قال الثوري[7].

ثالثا: أنواع الإجبار

1– إجبار الصغيرة : الصغيرة قد تكون بكرا أو ثيبا،ولذلك سنتحدث القسمين معا:

أ– إجبار البكر الصغيرة:البكر هي المرأة العذراء،التي بقيت فيها العُذْرة أي غشاء البكارة[8]،والصغيرة هي التي لم تصل إلى سن البلوغ،وقد اتفق العلماء على مشروعية إجبار البكر الصغيرة،حيث نقل ابن المنذر الاجماع على ذلك، ولكنهم اختلفوا في علة الإجبار ،فعدها الحنفية في الصغر، والجنون ،سواء كانت أو ثيبا،وسواء كان صاحب الجنون

[1]– ابن المنذر، مرجع سابق،ص103.

[2]– شمس الدين السرخسي ،المبسوط ،ج4، ط1،دارالمعرفة،بيروت،1989 ،ص213.

[3]– الحطاب محمد بن محمد الرعيني،مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،تحقيق زكريا عميرات، ج5 ،د.ط،دار عالم الكتب، بيروت، 2002،ص55.

[4]– الحصني تقي الدين،كفاية الأخيار في الفقه الشافعي،تحقيق عبد القادر عطا،ط9، دار البشائر للنشر والتوزيع، دمشق، 2001،ص429.

[5]– المرجع نفسه،ص 430 .

[6]– البهوتي ،كشاف القناع،ج5، مرجع سابق،ص58.

[7]– ابن قدامة،ج9،مرجع سابق،ص365.

[8]– عبد الكريم زيدان،،ج6، مرجع سابق،ص 5990.

كبيرا أو صغيرا [1]،**و** عدها المالكية في الصغر، والبكارة ،فللأب أن يجبر ابنته على النكاح ،ما لم يكن يضر بها ضررا بينا،وسواء كانت صغيرة أو كبيرة[2]،وقيدها الشافعية بالبكارة في الأنثى، لا بالصغر[3]،والحنابلة بالصغر، والجنون، والبكارة[4]،وجمهور الأئمة متفقون في البكارة ودليلهم الحديث السابق: {البكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها}[5]، وهو دليل عام في كل بكر فخرج موضع الاجماع[6].

ب- إجبار الثيب الصغيرة:الثيب هي من زالت عذريتها(بكارتها) حقيقة،ولكن هل تعتبر كل من زالت عذرتها ثيبا في الحكم؟.

لا خلاف بين أهل العلم أن من زالت عذرتها بغير وطء ،كوثبة ،أوحدة حيض، أو طول تعنيس؛ أنها في حكم البكر [7]، واختلفوا في الموطوءة بنكاح أو زنا ، وعلى ضوئه اختلفوا في إجبارها كما يلي:

***الرأي الأول**: يجوز إجبار الثيب الصغيرة على النكاح ،وهو قول الحنفية [8]،والمالكية[9] ،ورواية عند الحنابلة[10]،وحملوا الأحاديث الواردة في أحقية الثيب بنفسها على الثيب الكبيرة.

---

[1]- الكاساني،ج3،مرجع سابق،ص357.

[2]- ابن عبد البر،ج16،مرجع سابق،ص 50-51.

[3]- الحصني، مرجع سابق،ص 429.

[4]- البهوتي ،كشاف القناع،ج5، مرجع سابق،ص43 .

[5]- سبق تخريجه .

[6]- ابن بزيزة عبد العزيز،روضة المستبين في شرح كتاب التلقين،تحقيق عبد اللطيف زكاغ،ج1،ط1،دار ابن حزم،بيروت، 2010،ص726.

[7]- عبد الكريم زيدان،ج6، مرجع سابق،ص 427.

[8]- ابن عابدين،ج4، مرجع سابق،ص154

[9]- القرافي،الذخيرة ،ج4، مرجع سابق،ص218.

[10]- البهوتي،كشاف القناع،ج5، مرجع سابق،ص43.

***الرأي الثاني**: لا يجوز إجبار الثيب على النكاح ،وهو مذهب الشافعية، والحنابلة[1].

2 – إجبار البالغة : ينقسم إجبار البالغة كذلك إلى قسمين:

أ– إجبار البكر البالغة العاقلة:إن المتتبع لآراء الفقهاء يجد أنهم اتفقوا على أن البكر البالغة العاقلة تستأذن، إلا أنهم اختلفوا في جواز إجبارها على رأيين:

***الرأي الأول**: لا يجوز إجبارها ،وهو قول الحنفية[2] ورواية عن الحنابلة[3].

***الرأي الثاني**: يجوز إجبارها مع استحباب استئذانها،وهو رأي المالكية والشافعية[4] .

ب– إجبار الثيب البالغة العاقلة:اختلفوا في إجبار ها تبعا لاختلافهم في سبب الثيوبة على النحو التالي:

* **زوال البكارة بالزواج الصحيح أو شبهة نكاح أو ملك**:فذهب الجمهور إلى عدم جواز إجبارها[5].

* **زوال البكارة بالزنا**: اختلف الفقهاء في ذلك ،فذهب أبو حنيفة و جمهور المالكية ،إلى أنها في حكم البكر،وذهب الشافعية والحنابلة في الصحيح من مذهبهم إلى أنها ثيب حقيقة، وبالتالي لا تجبر[6].

* **زوال البكارة بغير الوطء**: كأن تزول بوثبة، أو حيضة، أو جراحة، أو تعنيس ، وجمهور العلماء على عدم الاعتداد بهذا السبب ؛وعليه تعتبر بكرا[7].

---

[1]– ابن قدامة، ج9،مرجع سابق،ص407.

[2]– السرخسي،المبسوط، ج5، مرجع سابق،ص 2.

[3]– ابن مفلح ج7،،مرجع سابق،ص21.

[4]– الشربيني، ج4،مرجع سابق،ص239.

[5]– ابن بزيزة،مرجع سابق،ص729.

[6]– عبد الكريم زيدان، ج6،ص427-428.

[7]– شيخي زاده الكليبولي،مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج1،ط1،دار الكتب العلمية،بيروت–لبنان،1998،ص393.

الفرع الثاني: ولاية العضل وأثرها على التراضي

نتناول في هذا الفرع مفهوم العضل وحكمه وأسبابه وأنواعه وفق العناصر التالية:

أولا: مفهوم العضل وأسبابه وأنواعه

1- تعريف العضل

أ- لغة العضل المنع والحبس في ضيق وشدة، والحيلولة بين الشخص وبين مراده،يقال: عضل الرجل حرمته عضلا وعضل المرأة عن الزوج: حبسها وعضل بهم المكان: ضاق،وأعضل الأمر: اشتد ومنه داء عضال أي شديد[1]،وقوله تعالى: ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ﴾[2] تمنعوهن وتحبسوهن من أن ينكحن أزواجهن[3].

ب- شرعا :للعضل في الاصطلاح الشرعي معنيان:

* **المعنى الأول**:منع الولي المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك،ورغب كل واحد منهما في صاحبه[4]،وهذا المعنى مأخوذ من قوله تعالى: ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾[5] .

* **المعنى الثاني**: هو حبس الرجل زوجته ، والتضييق عليها ، والإضرار بها ،وهو لصحبتها كاره ،ولفراقها محب، لتفتدي منه بكل ما آتاها، أو بعضه، أو لإجبارها على التنازل عن حقوقها[6].

وهذا المعنى مأخوذ من قوله تعالى:﴿ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾[7].

---

[1]- إبراهيم أنس وآخرون، ص607.

[2]- سورة البقرة ، الآية : 232 .

[3]- أبو بكر الجصاص،أحكام القرآن،تحقيق محمد الصادق قمحاوي،ج1،د.ط،دار إحياء التراث العربي،بيروت، لبنان،1992، ص310.

[4]- ابن قدامة،ج9،مرجع سابق،ص383.

[5]- سورة البقرة ، الآية : 232 .

[6]- الطبري بن جرير،جامع البيان عن تأويل آي القرآن،تحقيق عبد الله بن محسن التركي،ج6 ،ط1، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان،القاهرة، مصر،2001،ص531.

[7]- سورة النساء، الآية : 19.

2- حكم العضل : يفسق الولي بالعضل إذا تكرر منه ؛لأنه معصية،وإذا عضل الولي ولو كان مجبرا، تزول عنه الولاية عند الجمهور ،وتنتقل إلى السلطان ،وهو القاضي في عصرنا،ولا تنتقل للأبعد ،للحديث: {فإن اشتجروا فالسلطان ولي من ولي له}[1]،ولأنه بالعضل يصبح ظالما،ورفع الظلم موكل للسلطان،وتنتقل عند الحنابلة للأبعد،لأجل تعذر التزويج من جهة الأقرب[2].

***موقف المشرع الجزائري**: أما بالنسبة لموقف المشرع من مسألة العضل؛ فيتجّلى في نص م 12 من ق أ قبل إلغائها بموجب الأمر 05-02 ، حيث نص المشرع في الفقرة الأولى منها : " لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها"، وأما إذا امتنع الولي عن تزويجها فلها أن تلجأ للقضاء لطلب الإذن بالزواج،وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية: "وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به ... غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت"، أما بعد التعديل فلا أثر للعضل.

أما بالنسبة لولاية القاضي فنلاحظ أن المشرع لم يفصّل في المسألة،بل اكتفى في نص المادة 2/11 من ق أ على منح الولاية له في حالة الشخص الذي لا ولي له،وهذا الحكم طبعا لا يكفي للقول بأن عضل الولي الأقرب سبب لولاية الأبعد أو انتقالها مباشرة للقاضي[3].

ثانيا:أسباب العضل وآثاره:

1- أسباب العضل: إن الناظر في أسباب العضل يجدها كثيرة، ومتشعبة ،تتنوع بحسب الزمان ،والمكان ،والأحوال، أذكر منها على سبيل المثال:

أ- الكفاءة: يجهل بعض الأولياء معنى الكفاءة،فيتشدد في مواصفات الخاطب،بحيث يرد كل من يتقدم لموليته بدعوى عدم الكفاءة[4]،أو لا يرى الكفاءة إلا في القبيلة أو العشيرة أو العائلة[5].

ب- طمع الولي: ويتصور ذلك فيما إذا كانت موليته ذات مال ؛بأن كانت موظفة مثلا فيمتنع من تزويجها لأجل ذلك[6].

---

[1]- سبق تخريجه .

[2]- الزحيلي، ج7،مرجع سابق،ص217 .

[3]- عبد النور زيدان،تدخل الهيئات القضائية والإدارية في الزواج،أطروحة دكتوراه،جامعة الجزائر01،كلية الحقوق،2017، ص96.

[4]- سهاد نصر البياري،عضل المرأة من النكاح(دراسة فقهية مقارنة)،رسالة ماجيستير،كلية الشريعة والقانون،جامعة غزة، 2007،ص 54 .

[5]- بي بي حامده،حكم عضل الولي المرأة عن الزواج من الكفء في ميزان الشرع،مجلة بوتاج للدراسات الشرقية،جامعة بيشاور،باكستان، مج20، 2013،ص177 .

[6]- سعاد نصر البياري،مرجع سابق،ص 59 .

ب– آثار العضل: تترتب عن العضل عدة آثار منها:

1– الأثر النفسي: مما لا شك فيه أن منع الولي لموليته من حقها في الزواج يترك في نفسها آثارا سيئة ،كالشعور بالظلم ، والضياع لحاضرها، ومستقبلها،وبالتالي ينعكس ذلك على سلوكها سلبا ؛سواء بالاندفاع والجرأة ضد الولي،أو بالانطواء والعزلة وكلاهما سيء .

2– الأثر الخلقي: يعد الزواج من أهم الوسائل التي تحمي المجتمع من الانحلال الخلقي والفساد، وقد تبين ذلك من خلال توجيه النبي صلى الله عليه وسلم للشباب إلى تحصين أنفسهم بالزواج ؛ فالله سبحانه وتعالى ركب في كلا الجنسين غريزة فطرية ، تجعل كل طرف يميل للآخر، لذا شرع الاسلام الزواج ورغب فيه،وبالتالي فإن منع المرأة من الزواج قد يدفعها للانحراف وبخاصة إذا كانت ضعيفة الايمان .

3– الأثر الصحي: يرتبط هذا الجانب بسابقيه ارتباطا وثيقا ، حيث يترتب على الأثر النفسي أن تصبح المرأة عرضة للأمراض النفسية ، وربما تنقطع شهيتها بسبب ذلك أو يرتفع عندها ضغط الدم ؛فتكون عرضة للأمراض،كما أن انتشار الانحلال الخلقي يجعل المجتمع عرضة للأمراض الفتاكة .

4– الأثر الاجتماعي: إن المرأة الواقعة ضحية العضل غالبا ما تصبح انطوائية، كارهة لوليها ،منعزلة عن أسرتها، وهذا قد يؤدي إلى تفكك الأسرة ؛وبالتالي تفكك المجتمع تدريجيا[1] .

ثالثا: أنواع العضل(من يتحقق منه العضل)

لا سبيل لأحد لعضل امرأة إلا لرجلين ؛ إما لزوجها بالتضييق عليها، وحبسها على نفسه ،وهو لها كاره ،مضارة منه لها بذلك؛ ليأخذ منها ما آتاها بافتدائها منه نفسها بذلك ، أو لوليها الذي إليه إنكاحها[2].

[1]– للتفصيل أكثر ينظر بي بي حامده،مرجع سابق،ص 180 وما بعدها .

[2]– الطبري، ج6،مرجع سابق،ص531.

1- عضل الولي:ذهب الحنفية إلى القول إن العضل لا يتصور إلا في الصغيرة التي يجوز للأب إجبارها، أما المرأة البالغة فلها الحق في العقد على نفسها دون الحاجة للولي حتى يجبرها[1]،وذهب المالكية إلى القول أن العضل من الولي غير المجبر، أما الولي المجبر فلا يعد عاضلا لما له على موليته من سلطة الإجبار، إلا في حالة اعتراضه ومنعه موليته من الزواج مرتين أو أكثر[2]، و يحصل العضل من الولي عند الشافعية إذا دعت بالغة عاقلة، رشيدة كانت أو سفيهة ، إلى كفء، وامتنع الولي غير المجبر من تزويجها؛ لأنه إنما يجب عليه تزويجها من كفء، فلو عينت مجبرة كفؤًا وأراد الأب أو الجد المجبر كفؤًا غيره فله ذلك في الأصح؛ لأنه أكمل نظرًا منها، وقيل: إذا تكرر العضل من الولي الأقرب، فإن كان ثلاث مرات انتقلت الولاية للولي الأبعد بناء على منع ولاية الفاسق؛ لأنه يفسق بتكرر العضل منه[3]، وذهب الحنابلة إلى أن العضل يمكن أن يكون من الولي المجبر وغير المجبر، قال البهوتي:((فإن امتنع المجبر من تزويج من عينته فهو عاضل تسقط ولايته، ويفسق به إن تكرر))[4].

2- عضل الزوج : سبق في تعريف عضل الزوج ؛بأنه حبس الزوجة والتضييق عليها والإضرار بها، من أجل استرداد كل ما دفعه لها، أو بعضه،وحكمه حرام بدليل قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾[5]، فلا يحل للرجل أن يعضل زوجته ؛بأن يمنعها ويضيق عليها حتى تعطيه صداقها ،أو بعضه ،ولا أن يضربها لأجل ذلك[6] .

***متى يجوز للزوج العضل**: يحق له ذلك إذا أتت بفاحشة مبينة ،وقد اختلف العلماء في نوع الفاحشة فقيل الزنا[7]،وقيل النشوز،وقيل بذاءة اللسان وسوء العشرة[8]، وقيل أي فاحشة وهو ما رجحه الطبري فقال:((وأولى ماقيل في تأويل قوله : ﴿ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾، بأي معاني فواحش أتت بعد أن تكون ظاهرة مبينة[9]،وهي غير منسوخة بالحدود، لأن الحد حق الله عز وجل على من أتى الفاحشة التي هي الزنا، وأما العضل لتفتدي المرأة من الزوج ببعض ما آتاها أو ببعضه فحق لزوجها[10] .

---

[1]- النسفي،البحر الرائق،ج3،مرجع سابق،ص 222.

[2]- ابن عرفة الدسوقي،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،ج2،د.ط، دار إحياء الكتب العربية،مصر،د.ت ،ص.232.

[3]- الشربيني،ج4،مرجع سابق،ص253.

[4]- البهوتي،كشاف القناع،ج5، مرجع سابق،ص44.

[5]- سورة النساء، الآية : 19 .

[6]- ابن تيمية،الفتاوى الكبرى،ج3، مرجع سابق،ص154.

[7]- الزجاج،ج2، مرجع سابق ،ص30.

[8]- القرطبي،ج6، مرجع سابق،ص157.

[9]- الطبري،ج6، مرجع سابق،ص535.

[10]- المرجع نفسه،ص537.

المبحث الثاني

التغرير في عقد النكاح

إن الرضا ركن أساسي في كل عقد؛ لذا فإن الشارع قد منع كل ما يمكنه أن يخل بالرضا أو يمنع تمامه ،ورتب عليه بعض الأحكام بالنسبة للعقد والمتعاقدين، وإن التغرير باعتباره أحد عيوب الرضا ،حيث إنه يؤثر على تمام التراضي، وقد يسلب العقد لزومه واستمراره؛ كان له أثر على العقود بشكل عام، والزواج بشكل خاص؛وعليه سوف أتطرق إليه في هذا البحث مبينا أثره على عقد النكاح ،من خلال ما يلي:

المطلب الأول: حقيقة التغرير في عقد الزواج

المطلب الثاني: أحكام الزواج المشوب بالتغرير

المطلب الأول

حقيقة التغرير في عقد الزواج

من أهم أسباب المودة وتأليف القلوب بين الزوجين الصدق والصراحة بينهما منذ بداية علاقتهما،وإذا كان الصدق مطلوبا في كل عقد ومعاملة ؛فإن الطلب عليه يشتد إلحاحا لما يتعلق الأمر بالزواج ،حيث لا يمكن تصور حياة زوجية هنيئة ومستقرة مبنية على التغرير ؛وعليه سوف أبين مفهوم التغرير وحكمه وأنواعه وصوره فيما يلي:

الفرع الأول:مفهوم التغرير

نتعرض في هذا الفرع تعريف التغرير وحكمه وأنواعه وصوره في النقاط التالية:

أولا: تعريف التغرير والألفاظ المشابهة له

1- تعريف التغرير:

أ- لغة: معناه الخطر والخدعة وتعريض المرء نفسه أو ماله للهلكة[1]،من غَرَّ يَغُرّ غَرّاً وغُرُورا خدعه،وغرّر بنفسه تغريرا وتغِرّةً عرضها للهلكة[2]،ومنه قوله تعالى:﴿يَا أَيُّهَا الْإِنسَانُ مَا غَرَّكَ بِرَبِّكَ الْكَرِيمِ ﴾[3]،أي: ما خدعك وسوّل لك حتى أضعت ما وجب عليك[4]، والغرر الخطر[5]، ومنه الحديث: {نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحصاة وبيع الغرّر}[6].

ب- اصطلاحا: عرفه بعض الفقهاء المتقدمين بقوله:((التغرير الفعلي كالشرطي وهو أن يفعل البائع في المبيع فعلا يظن به المشتري كمالا فلا يوجد،قاله ابن شاس، زاد ابن الحاجب كتلطيخ الثوب بالمداد))[7]، وعرفه المتأخرون بأنه: ((وسيلة قولية أو فعلية كاذبة لترغيب أحد المتعاقدين في العقد ،وحمله عليه))[8].

[1]- الموسوعة الكويتية،ج31،مرجع سابق،ص149.
[2]- الفيروز آبادي،مرجع سابق،449.
[3]- سورة الإنفطار، الآية : 06 .
[4]- القرطبي،ج22، مرجع سابق،ص123 .
[5]- الفيومي،مرجع سابق،ص445 .
[6]- رواه مسلم ،ح ر 1513 .
[7]- الحطاب،ج6، مرجع سابق،ص349 .
[8]- مصطفى الزرقا،ج1،مرجع سابق،ص463.

2- الألفاظ المشابهة للتغرير

أ- الغرر: ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا[1]، ومنه بيع الغرر،وهو الخطر الذي لا يدري أيكون أم لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء[2] .

* **الفرق بين التغرير والغرر**: يكمن الفرق الأول أن الغار في التغرير يعلم بالحيلة دون المغرور، أما في الغرر فهما في الجهل سواء،والثاني أن العقد في التغرير ينعقد صحيحا مع ثبوت الخيار للمغرور، أما في الغرر فيقع العقد باطلا، وذلك لأن فيه حقا لله عز وجل.

ب- الغش: من غش يغش؛ أي الغل والحقد، وهو تدليس يرجع إلى ذات المبيع، بإظهار حسن،وإخفاء قبح ،أو تكثيره بما ليس منه، ونحو ذلك،وقد يطلق الغش على الخديعة[3] .

ج- التدليس: ولا يذكر في الغالب إلا مع البيع،ولذلك فإن أغلب تعريفات الفقهاء له جاءت على هذا النحو؛فعرفه ابن عرفة بأنه: ((إبداء البائع ما يوهم كمالا في مبيعه كاذبا أو كتم عيبه))[4]، أي إظهار المبيع على خلاف حقيقته حتى يزيد في ثمنه كتحمير وجه الجارية وتسويد شعرها وتجعيده[5]،وهو بهذا يشبه التغرير تماما .

والذي يظهر من استعمال الفقهاء لهذه الألفاظ يجدها بنفس المعنى ، قال الرصاع: ((الْغُرُورُ وَالْغِشُّ وَالتَّدْلِيسُ كُلُّهَا مُتَقَارِبَة وقد ذكر رسمها في البيوع))[6].

3 - تعريف التغرير في عقد النكاح: هو استعمال حيل قولية أو فعلية لخداع المتعاقد الآخر ودفعه إلى إبرام عقد الزواج بما لم يكن ليرضى به لولا هذه الحيل،وفي ها المعنى يقول ابن عرفة: ((باب الغرور في النكاح إخفاء نقص معتبر بأحد الزوجين بذكر ثبوت نقيضه أو تقرُّرِ عرفٍ بثبوته)) وقوله: (أو تقرر عرف)، لأن العرف كالشرط[7]،و من خلال هذه التعاريف يمكن استخلاص عناصر أو أركان التغرير وهي الغارّ والمغرور أو المغرَّربه ومحل الغرر.

---

[1]- الجرجاني، مرجع سابق،ص 164.

[2]- قاسم القونوي،أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق أحمد الكبيسي،ط1،دار الوفاء للنشر والتوزيع ، جدة، السعودية، 1986،ص221.

[3]- سعدي أبو حبيب،القاموس الفقهي،ط2،دار الفكر،-مشق،سوريا،1988،ص 274.

[4]- الرصاع محمد الأنصاري ،شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية،تحقيق محمد أبو الأجفان،الطاهر المعموري ،ج1، ط1،دار الغرب الإسلامي ،بيروت لبنان،1993،ص370 .

[5]- البهوتي،كشاف القناع،ج3، مرجع سابق، ص213 .

[6]- الرصاع،مرجع سابق،ص 255 .

[7]- المرجع نفسه،ص254-255 .

ثانيا: حكم التغرير ودليله

1- حكم التغرير: التغرير حرام عند جميع العلماء بنص القرآن والسنة والإجماع .

2- دليله:

أ- من القرآن:

*قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾[1]،أي بما لا يحل شرعا ،ولا يفيد مقصودا ؛لأن الشرع نهى عنه، ومنع منه، وحرم تعاطيه، كالربا والغرر ونحوهما[2].

*قوله تعالى: ﴿ وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّن كَتَمَ شَهَادَةً عِندَهُ مِنَ اللَّهِ وَمَا اللَّهُ بِغَافِلٍ عَمَّا تَعْمَلُونَ ﴾[3].

* قوله تعالى: ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾[4]،دلت الآيتان الأخيرتان على أنه لا ظلم أشد من أن يكتم الإنسان أمرا أوجب بيانه، ومن ذلك ما يتعلق بالزواج.

ب-من السنة:

*عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مرَّ على صُبْرة طعام، فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً، فقال: {ما هذا يا صاحب الطعام؟فقال: أصابته السماء يا رسول الله، فقال: أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس؟! من غشّ فليس منا }[5].

*عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {لعن الله الواشمات والمستوشمات والنامصات والمتنمصات والمتفلجات للحسن المغيرات خلق الله}[6]،قال النووي:((وهذا الفعل حرام ولأنه تغيير لخلق الله ولأنه تزوير ولأنه تدليس))[7].

---

[1]- سورة البقرة، الآية : 188.

[2]- ابن العربي،ج1،مرجع سابق، ص138.

[3]- سورة البقرة،الآية:140.

[4]- سورة البقرة،الآية:228.

[5]- رواه مسلم ،ح ر 102 .

[6]- رواه البخاري ،ح ر5937.

[7]- النووي ، شرح صحيح مسلم،ج14،ط1،المطبعة المصرية،مصر،1930،ص107.

جـ- من الإجماع:اتفق الفقهاء على أن التغرير محرم شرعا، سواء كان بالقول أو الفعل أو بكتمان العيب في المعقود عليه أو الثمن أم بالكذب أو الخديعة وسواء أكان في المعاملات أم في غيرها من المشورة والنصيحة[1]، وقال الترمذي بعد أن روى حديث{من غش فليس منا} :((والعمل على هذا عند أهل العلم كرهوا الغش وقالوا: الغش حرام))[2].

ثالثا: أنواع التغرير: قسم العلماء التغرير في العقود بصورة عامة سواء كان في الزواج أو غيره باعتبار الوسيلة المستعملة فيه إلى ثلاثة أنواع:

1- التغرير بالقول: وهو الكذب الصادر من أحد العاقدين، أو ممن يعمل لحسابه، حتى يحمل العاقد الآخر على التعاقد[3]، فهو يعتمد على استعمال الكذب،والتصريح المخالف للواقع، من أجل حمل الغير على التعاقد ،وقد مثل له الفقهاء في عقد الزواج بأمثلة ؛كأن يدعي الزوج أنه ذو نسب معين ،ثم يظهر بخلافه؛أو أنه موسر فيظهر أنه فقير؛أو تدعي فتاة أنها مسلمة، فتظهر كتابية ؛أو بكر فتظهر أنها ثيب[4].

2- التغرير بالفعل: عرفه بعضهم بأنه :((إحداث فعل في المعقود عليه؛ ليظهر بصورة غير ما هو عليه في الواقع أي أنه تزوير الوصف في المعقود عليه، أو تغييره بقصد الإيهام))[5]،من خلال هذا التعريف نستنتج أن التغرير الفعلي يكون باستعمال وسائل مادية لإخفاء الحقيقة، عن المتعاقد الآخر، وإيهامه بما ليس في الواقع، لأجل تضليل العاقد في حقيقة المعقود عليه ،أو في صفة من صفاته ،على نحو فعل البائع ،أن يفعل في المبيع فعلا يستر به عيبه فيظهره في صورة السالم[6]، ومن أشهر أمثلته الشاة المصراة،ويتخذ التغرير أو التدليس في الزواج عدة أشكال منها:

أ- التغرير في الجمال: باستعمال أدوات الزينة ،كالمساحيق ،والأصباغ المختلفة للوجه ،و الشعر، وأنواع المراهم، لإظهار الوسامة والجمال ،ووصل الشعر والنمص وتفليج الأسنان... الخ ،وهذا مما كان ولازال منذ القدم، وكذا استعمال وسائل الجراحة التجميلية، وأخطر ما فيها تغيير الجنس ،وترقيع البكارة .

[1]- الموسوعة الكويتية، ج31، مرجع سابق،ص219.
[2]- سنن الترمذي ،ح ر 1315 .
[3]- الزحيلي، ج4،مرجع سابق،ص219-220.
[4]- الشربيني، ج4،مرجع سابق،ص349.
[5]- الزحيلي، ج4، مرجع سابق،ص218.
[6]- الحطاب، ج6،مرجع سابق،ص349.

ب– التغرير بتزوير الشهادات والهيئات: بأن يقدم شهادات مزورة تدل على مستوى عالي ،أو وظيفة مرموقة ،أو صحة جيدة، أو ينتحل شخصية مهنة من المهن المرغوبة ،كمهندس ،أو طبيب ،أو أن يرتدي ملابس توهم بشغله لتلك المهن،والواقع أنه ليس كذلك[1].

ج– التغرير بكتمان العيوب:هو كتمان أحد المتعاقدين عيبا خفيا يعلمه في محل العقد عن المتعاقد الآخر[2]،ويتحقق التغرير بالكتمان في عقد الزواج ؛بأن يكتم أحد الزوجين عن الآخر أمرا خفيا ،لو اطلع عليه ما رضي بصاحبه، وسيأتي مزيد بيانه في موضعه.

الفرع الثاني:صور التغرير

نتاول في هذا الفرع بعض صور التغرير على سبيل المثال لا الحصر ،وذلك من خلال ما يلي:

أولا: التغرير في ذاتية الزوجين وموانع الزواج

1– التغرير في ذاتية الزوجين: وصورته كما ذكرها الفقهاء ؛أن يخطب رجل مثلا امرأة بعينها،ثم يوجب له النكاح في غيرها ،وهو يعتقد أنها التي خطبها فيقبل،ومن أسباب هذه الصورة وجود عيب في المرأة الثانية ينفر منها الخطاب، فيتم إيهام الزوج بأن المرأة التي عقد له عليها هي ذاتها التي رآها من قبل ورضي بها كزوجة[3].

2– التغرير في موانع الزواج : وأما التغرير في موانع الزواج فيكون باستعمال الحيل من أجل إخفاء أو كتمان مانع من موانع النكاح، من نسب ،أو رضاع ،أو مصاهرة، أو زواج ،أو عدّة ،أو اختلاف دين،...الخ من الموانع المؤبدة أو المؤقتة،ومن أمثلة ذلك:

أ– إخفاء الرضاع بين الزوجين: وقد يكون الحامل عليه الجهل أو الطمع أو الهوى.

ب– إخفاء الزواج :كإخفاء الزوج عن زوجته الثانية أنه متزوج من غيرها.

ج– إخفاء العدة : ويتصور في المطلقات والأرامل من أجل الظفر بالعريس[4] .

[1]– محمد بن حسن آل الشيخ،تدليس الزوج وأثره في عقد الزواج،ط1، حولية مركز البحوث والدراسات الاسلامية،مصر،د.ت، ص 480.

[2]– مصطفى الزرقا،ج1،،مرجع سابق،ص383.

[3]– رحمة محمود خالد،أثر التغرير على عقد النكاح،رسالة ماجيستير،جامعة غزة،كلية الشريعة والقانون،قسم الفقه المقارن، 2011،ص17.

[4]– للتفصيل أكثر ينظر رزيق بخوش،مرجع سابق،ص 282 وما بعدها.

ثانيا:التغرير في الكفاءة

1- حقيقة الكفاءة ومن تعتبر له:الكفء في اللغة النظير والمثيل والمساوي ،وكل شيء ساوى شيئا فهو مكافئ له[1]، والمراد بها في الزواج مساواة الرجل بالمرأة في أمور خاصة يعتبر الإخلال بها مفسدا للحياة الزوجية[2]، أو هي أمر يوجب فقده عارا[3]، أو هي:((مساواة الرجل للمرأة في الأمور الآتية: الإسلام والنسب، والتقوى، والحرية، والمال،والحرفة))[4]، و لا تعتبر الكفاءة في جانب المرأة، بل في جانب الرجل، بمعنى أن المرأة لا يشترط أن تكون كُفؤة للرجل، بل الرجل هو من يشترط أن يكون كفؤا لها،لأن الرجل لا يغيظه دناءة الفراش في العادة، بخلاف المرأة، فإن الشريفة من النساء تعير بالخسيس ،وفي هذا المعنى يقول الكاساني: ((ولأن مصالح الناس تختل عند عدم الكفاءة؛ لأنها لا تحصل إلا بالاستفراش ، والمرأة تستنكف عن استفراش غير الكفء ،وتعير بذلك فتختل المصالح، ولأن الزوجين يجري بينهما مباسطات في النكاح لا يبقى النكاح بدون تحملها عادة، والتحمل من غير الكفء أمر صعب يثقل على الطباع السليمة فلا يدوم مع عدم الكفاءة فلزم اعتبارها))[5].

[1]- الفيومي،مرجع سابق، ص537.

[2]- عطية صقر،مرجع سابق،ص244.

[3]- القليوبي أحمد بن سلامة وعميرة أحمد البرلسي ،حاشيتا قليوبي وعميرة،ج3،ط3،مطبعة مصطفى البابي،مصر،1956 ، ص233.

[4]- سعدي أبو حبيب،مرجع سابق، ص320.

[5]- الكاساني،ج3، مرجع سابق،ص573.

2- حكم الكفاءة: للعلماء في تقدير الكفاءة ثلاثة آراء:

أ- الرأي الأول: أنها شرط لصحة النكاح ،ومتى فقدت بطل العقد وهو قول الشافعية [1]،ورواية عن أحمد[2] ،وبه قال أبو حنيفة[3].

ب- الرأي الثاني:أنها شرط للزوم العقد ،يصح العقد بدونها لأنها حق مشترك بين المرأة وأوليائها، وهو مذهب الشافعية[4]، والحنفية في ظاهر الرواية[5]،رواي عند الحنابلة[6] وهو المعتمد عند المالكية[7]،وهو الراجح .

ج- الرأي الثالث:أنها ليست بشرط في الزواج أصلا، وهو رأي الكرخي، والجصاص[8].

[1]- العمراني يحي بن أبي الخير،البيان في مذهب الإمام الشافعي،ج9،ط1،دار المنهاج للطباعة والنشر، بيروت،لبنان،2000، ص197.

[2]- ابن قدامة،ج9، مرجع سابق،ص390

[3]- النسفي،كنز الدقائق،مرجع سابق،ص 256.

[4]- الشربيني،،ج4، مرجع سابق،ص270.

[5]- الكاساني،ج3، مرجع سابق،ص574.

[6]- ابن قدامة،ج9، مرجع سابق،ص390.

[7]- ابن عرفة،ج2، مرجع سابق،ص249.

[8]- ابن عابدين،ج4، مرجع سابق،ص204.

3- الخصال المعتبرة في الكفاءة : اختلفت أنظار الفقهاء ومذاهبهم في الكفاءة؛فما يعد في مذهب من المذاهب كفاءة لا يعد في مذهب آخر،واتفقوا في الكفاءة في الدين [1]،والمراد بالدين التدين؛أي كونه ذا ديانة احترازا من أهل الفسوق كالزناة والشرّيبين ونحوهم[2]،والدليل على اعتبار الكفاءة في الدين حديث: {إذا أتاكم من ترضون دينه}[3]، ففيه دليل على اعتبار الكفاءة في الدين والخلق[4]، ونظمها بعضهم[5]:

شرط الكفاءة خمسة قد حررت ينبيك عنها بيت شعر مفرد

نسب ودين حرفة حرية فقد العيوب وفي اليسار تردد

فرد عليه العلامة مرعي الحنبلي:

قالو الكفاءة ستة فأجبتهم قد كان هذا في الزمان الأقدم

أما بنو هذا الزمان فإنهم لا يعرفون سوى يسار الدرهم

وأما ما عداه فاختلفوا كالآتي:

أ- الحنفية: الكفاءة في ستة خصال؛الدين والإسلام والحرية والنسب والمال والحرفة[6].

ب- المالكية :الدين أي كونه ذا دين غير فاسق، والحال ؛ أي السلامة من العيوب التي توجب للمرأة الخيار[7].

ج- الشافعية : خمسة السلامة من العيوب المثبتة للخيار والحرية والنسب والعفة والحرفة[8].

د- الحنابلة: الدين، والنسب، والحرية، والحرفة، واليسار[9].

---

[1]- الشوكاني،ج12،مرجع سابق،ص 105.

[2]- أحمد الدردير،2ج، مرجع سابق،ص400.

[3]- رواه الترمذي ،ح ر 1085 ،وحسنه الألباني.

[4]- الشوكاني،ج12،مرجع سابق ،ص102-103.

[5]- الكاساني،ج3،مرجع سابق،ص 557.

[6]- ابن عابدين،ج4،مرجع سابق،ص 209.

[7]- الغرياني،ج2،مرجع سابق،ص507 وما بعدها.

[8]- الرافعي،ج2، مرجع سابق، ص956.

[9]- البعلي أحمد بن عبد الله،الروض الندي شرح كافي المبتدي،ج2،ط1،دار النوادر،بيروت،لبنان،2007،ص 726.

ثالثا: التغرير في العيوب

1- حقيقة العيوب:العيب في اللغة النقيصة وما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة[1]،أما في الاصطلاح فتعددت تعاريف الفقهاء فيه ،فعرفه القدماء بأنه:((ما ينفر عن الوطء ويكسر سورة التواق))[2]، وعرفه بعض المعاصرين بأنه :((نقصان بدني أو عقلي في أحد الزوجين يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة أو قلقة لا استقرار فيها))[3].

والمدقق في التعريفين يلاحظ ما أكدناه سابقا من اختلاف نظرة القدماء والمعاصرين لمقاصد النكاح،فمن حصرها في الاستمتاع حصر العيوب في كل ما يعيقه، والعكس.

2- ضوابط اعتبار العيوب: يمكننا استنباط ضوابط اعتبار عيوب النكاح ، من خلال ما ذكره جمهور الفقهاء القائلين بجواز الفسخ بالعيوب، حيث ذكروا مجموعة من الحالات التي اعتبروها عيوبا ،ونكتفي بضابطين مهمين:

أ- الضابط الأول: العيوب المانعة من حصول الاستمتاع

تتعدد صور الاستمتاع بين الأزواج،بحسب النوايا والأغراض المختلفة ،ويمثل السكن النفسي بقضاء الوطر ، وإنجاب الأبناء ، أهم مقاصد النكاح المعتبرة، قال تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾[4]، قال ابن كثير : ((ثم من تمام رحمته ببني آدم أن جعل أزواجهم من جنسهم وجعل بينهم وبينهن مودة: وهي المحبة ،ورحمة :وهي الرأفة، فإن الرجل يمسك المرأة إما لمحبته لها ،أو لرحمة بها، بأن يكون لها منه ولد،أو محتاجة إليه في الإنفاق ،أو للألفة بينهما،وغير ذلك))[5]،ومراعاة لهذه المقاصد،اعتبر كل ما يخل بهذا الاستمتاع عيبا مؤثرا.

[1]- محمد عميم البركتي،التعريفات الفقهية،ط1،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان،2003،ص155.

[2]- النووي،تهذيب الأسماء واللغات،ج4، د.ط ، دار الكتب العلمية،لبنان،د.ت،ص53.

[3]- عبد المجيد محمود،الوجيز في أحكام الأسرة الاسلامية، ط1،مؤسسة المختار للنشر والتوزيع،القاهرة،مصر،2004، ص325.

[4] - سورة الروم، الآية : 21 .

[5]- إسماعيل ابن كثير،تفسير القرآن العظيم،ج3،ط1،دار ابن حزم،بيروت،لبنان،2002، ص2226.

ب– الضابط الثاني: العيوب المعدية والوراثية

لقد حرصت الشريعة الاسلامية على حماية الفرد والجماعة من الأوبئة والأمراض،فحتى في مسائل الاستمتاع نهى الشرع عن إتيان الحائض والنفساء،وأمر بإتيان المرأة في موضع الحرث،وذلك لما يترتب عليه من الأذى والمرض،قال تعالى: ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ ﴾[1]،وقال صلى الله عيه وسلم: {لا يورد ممرض على مصح}[2]،وقال: { وفر من المجذوم كما تفر من الأسد}[3]، والمقصود بهما إثبات العدوى، وأنها تنتقل بإذن الله تعالى من المريض إلى السليم ،وينطبق معناهما تماما على الزوجين المريضين في وجوب التفريق بينهما،إذا كان المرض معديا وخطيرا يؤدي إلى التلف والهلاك ،أو ينتقل بالوراثة إلى الذرية،وفي هذا المعنى يقول السرخسي توضيحا لمعنى حديث الفرار من المجذوم: ((والمقصود طبعا بالنكاح طبعا قضاء الشهوة ،وشرعا النسل ،وهذه العيوب تخل بالمقصود، أما الرتق والقرن يفوته أصلا، وأما الجنون والجذام والبرص يخل به من حيث أن الطبع ينفر من صحبة مثلها ،وربما تعدى إلى الولد ، بخلاف سائر العيوب من العمى والشلل))[4].

3– أنواع العيوب: أنواع العيوب كثيرة لا يمكن حصرها؛ لأنها متجددة، ويستجد الكثير منها للناس بتجدد الزمان، وعدها الحنفية[5]،و الشافعية[6]، والحنابلة[7]، سبعة؛ ثلاثة مشتركة فيهما ؛وهي جنون ،وجذام ،وبرص ،واثنان في الزوج ؛الجَبُّ، والعُنَّة ،واثنان في المرأة ؛القرن ،والرتق،والمالكية ثلاثة عشر ؛أربعة مشتركة ؛وهي جنون ،وجذام،وبرص، وعذيطة،وأربعة في الرجل؛ جب ،وخصاء ،واعتراض ،وعنة ،وخمسة في المرأة ؛رتق ،وقرن ،وعفل ،وإفضاء وبخر[8]، والقياس كما يقول الشوكاني: ((أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه،ولا يحصل منه مقصود النكاح من الرحمة والمودة والرحمة يوجب الخيار))[9]،ويمكن تقسيمها إلى نوعين:

[1] – سورة البقرة ،الآية : 222 .

[2] – رواه مسلم ،ح ر 2221 .

[3] – رواه البخاري، ح ر 5707.

[4]– السرخسي،المبسوط،ج5، مرجع سابق،ص 95–96.

[5]– الرملي أحمد بن أحمد ،فتح الرحمن بشرح زبد ابن رسلان،ط1،دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع،جدة،السعودية،2009، ص 759–758.

[6]– أبو إسحاق الشيرازي،المهذب في الفقه الشافعي،تحقيق محمد الزحيلي،ج4، ط1،الدار الشامية، بيروت،1996،ص165 .

[7]– ابن مفلح ،ج7، مرجع سابق، ص93.

[8]– ابن عرفة،ج2، مرجع سابق،ص277.

[9]– الشوكاني،ج12، مرجع سابق،ص191.

أ- النوع الأول: عيوب تمنع من الدخول كالجب ، والعنة في الزوج،والقرن،والرتق في الزوجة،والجب هو قطع عضو التناسل عند الرجل،والعنة العجز عن الوطء في القُبُل خاصة،لعدم انتشار الذكر،والقرن:انسداد محل الجماع لدى المرأة بعظم،والرتق انسداد محل الجماع لدى المرأة بلحم.

ب- النوع الثاني: عيوب لا تمنع من الدخول، ولكنها منفرة،أو ضارة،بحيث لا يمكن مقام معها إلا بضرر كالجذام ، والبرص،والجنون،وهي مشتركة بين الزوجين،وأما الجذام فعلة يحمرّ منها العضو،ثم يسودّ،ثم ينقطع ويتناثر،وأما البرص فبياض شديد يبقع الجلد،ويذهب بدمويته[1]، والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ،ولا يحصل منه مقصود النكاح من المودة والرحمة يوجب الخيار[2]، فإن نفس كل أحد لا تطيب على من بها في خافي جسدها لمعة من برص،ومن يمسها صرع في الشهر مرة،منها على الزانية،وعلى العجوز السوداء الشوهاء،وعلى من بها أكلة في وجهها،أو أثلول ضخم،أو حدب في الصدر،أو الظهر أو بكم،و هذا مما لا شك فيه عند أحد[3].

المطلب الثاني

أحكام الزواج المشوب بالتغرير

إن إصابة أحد الزوجين بعيب أو مرض له بعد سلبي على طرفي العلاقة من ناحية، وعلى نسلهما من ناحية أخرى، مما يخل بحكمة الزواج، ويعطل مقاصده ،وقد جعلت الشريعة السمحة وجود العيب في أحد الزوجين سببا للتفريق بينهما؛ لأن إلزام الطرفين بإبقاء الزواج فيه ضرر لهما،ومن قواعد الشريعة لا ضرر و لاضرار ،لذا كان لا بد من سبيل إلى الفرقة مراعاة للمصلحة ودفعا للمفسدة، وسوف أتحدث في هذا المطلب عن الحلول التي وضعتها الشريعة ثم القانون لتلافي ضرر وجود العيب بأحد الزوجين فيما يلي:

[1]- البجيرمي،ج 4، مرجع سابق،ص182-183.

[2]- الشوكاني،ج12، مرجع سابق،ص191.

[3]- ابن حزم،ج9، مرجع سابق،ص288.

الفرع الأول :خيار الفسخ للتغرير

نتناول في هذا الفرع تعريف الفسخ، وحكمه، ودليله ونوع الفرقة فيه في الفقه والتشريع،وتوقيته وشروطه.

أولا: تعريف خيار الفسخ

1- تعريف الفسخ: هو نقض عقد الزواج بسبب خلل وقع فيه وقت عقده ،أو بسبب خلل طرأ عليه ،يمنع من بقائه واستمراره[1]، أو هو حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه ،لظهور مسوغ شرعي أو بمقتضى اتفاق عقدي[2]،ولم يعرف المشرع الجزائري الفسخ مما يتطلب العودة إلى تعريف الفقهاء له.

2- الفرق بين الفسخ والطلاق: الفسخ مقارب للطلاق ،إلا أنه يخالفه في أن الفسخ نقض للعقد، أما الطلاق فلا ينقض العقد ولكن ينهي آثاره فقط[3].

ثانيا:حكم الخيار ونوع الفرقة فيه

1- حكم الخيار ودليله:إن وجود عيب بأحد الزوجين يخل بمقاصد الزواج ،ويهدد الذرية بالأمراض ؛فجعل التشريع الإسلامي التفريق بين الزوجين عذرا بسبب هذا العيب، إلا أن العلماء اختلفوا في مشروعية التفريق، فمنهم من أجازه مطلقا ،ومنهم من منعه ، ومنهم من أجازه بشروط، وفيما يلي بيان آرائهم:

أ- الرأي الأول: جواز الخيار للزوجين معا ،وبه قال جمهور المالكية[4]، والشافعية[5]،والحنابلة[6]،ودليلهم في ذلك:

* عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر وفر من المجذوم كما تفر من الأسد}[7].

[1]- محمد محي الدين عبد الحميد،الأحوال الشخصية، د.ط،المكتبة العلمية،بيروت،د.ت،ص242.

[2]- الموسوعة الكويتية، ج32،مرجع سابق،ص154.

[3]- المرجع نفسه،ص132.

[4]- ابن رشد الحفيد، ج 3،مرجع سابق،ص 96.

[5]- الشيرازي، ج4، مرجع سابق،ص165 .

[6]- ابن قدامة، ج10، مرجع سابق،ص56.

[7]- سبق تخريجه.

* عن سعيد بن المسيب عن عمر رضي الله عنه،أنه قال: ((أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام،أو برص،فمسها فلها صداقها كاملا ، وذلك لزوجها غرم على زوجها))[1].

ومن القياس: قياس النكاح على البيع،ومن المعقول أن إطلاق النكاح ينصرف إلى السلامة؛إذ المعروف عرفا كالمشروط شرطا.

ب– الرأي الثاني: عدم جواز التفريق للعيب مطلقا وبه قال ابن حزم[2]، والشوكاني،ودليلهم:

* ضعف أدلة الجمهور،قال الشوكاني: ((ومن أمعن النظر لم يجد في الباب ما يصلح للاستدلال به على الفسخ بالمعنى المذكور عند الفقهاء))[3].

*قوله تعالى: ﴿ فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ ﴾[4] قال ابن حزم: ((وصحة برهان قولنا هو أن كل نكاح صح بكلمة الله عز وجل ،وسنة رسوله ؛فقد حرم الله تعالى بشرتها ،وفرجها، على من سواه،فمن فرق بينهما بغير قرآن، أو سنة ثابتة ،فقد فقد دخل في صفة الذين ذمهم الله تعالى بقوله: ﴿ فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا... ﴾ الآية))[5].

* حديث عن عائشة رضي الله عنها قالت: {جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: كنت عند رفاعة فطلقني فبان طلاقي ؛فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير ،إنما معه مثل هدبة الثوب فقال :أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك}[6]،ووجه الدلالة أنها ذكرت أن زوجها لم يطأها،وأن إحليله كالهدبة،لا ينتشر،وتشكوا ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وتريد مفارقته؟فلم يشكها،ولا أجل لها شيئا،ولا فرق بينهما وفي هذا كفاية لمن عقل[7].

[1]– رواه مالك في الموطأ في كتاب النكاح ،ح ر09 .
[2]– ابن حزم،ج9، مرجع سابق،ص 279.
[3]– الشوكاني،ج12، مرجع سابق،ص192.
[4]– سورة البقرة ، الآية : 102 .
[5]– ابن حزم،ج9، مرجع سابق،ص208.
[6]– رواه البخاري وغيره، ح ر5260 .
[7]– ابن حزم،ج9، مرجع سابق،ص209 .

ج- الرأي الثالث: أنه حق للمرأة دون الرجل وبه أخذ الحنفية[1]،ودليلهم على ذلك أن الرجل يستطيع أن يدفع الضرر عن نفسه بالطلاق[2]، وهو نفس رأي المشرع الجزائري الذي يفهم من نص الفقرة الثانية من المادة 53 ق أ.

***الترجيح** : بعد عرض الأقوال والأدلة في المسألة ، يمكن ترجيح القول الأول القائل بجواز طلب التفريق مطلقا للغرر، إذ لا وجه لقصر التفريق بالعيب على المرأة دون الرجل.

2- نوع الفرقة في الفسخ : اختلفت أقوال الفقهاء في الفرقة بسبب التغرير كما يلي:

أ- القول الأول: أن الفرقة فسخ في جميع أنواع التغرير وقال به الشافعية[3] ،والحنابلة[4]،واستدلوا بأن الطلاق لا يكون إلا بلفظ الرجل واختياره،أما فرقة التغرير لا تكون إلا بحكم القاضي[5].

ب- القول الثاني: أن الفرقة طلاق بائن في جميع أنواع التغرير،وبه قال المالكية[6]،واستدلوا بأن فعل القاضي يضاف إلى الزوج ،فكأنه طلقها بنفسه،وإنما جعل بائنا لأن المقصود منه دفع الضرر عن المرأة، ولا يحصل ذلك إلا بالطلاق البائن.

ج- القول الثالث: أن الفرقة فسخ إن كانت بسبب التغرير في الكفاءة،وطلاق بائن إن كانت بسبب التغرير بالعيب،وهو قول الحنفية،واستدلوا على أن الفرقة فسخ في الكفاءة بأن الطلاق تصرف في النكاح، وهذا فسخ لأصل النكاح؛ولأن الفسخ يكون طلاقا إذا فعله القاضي نيابة عن الزوج ،وهذا ليس كذلك،أما دليلهم في الفسخ للعيب فمثل دليل المالكية[7] .

---

[1]- السرخسي،المبسوط،ج5، مرجع سابق،ص95 .

[2]- ابن الهمام ،ج4، مرجع سابق،ص274.

[3]- البجيرمي، ج4،مرجع سابق،ص181.

[4]- الرحيباني مصطفى السيوطي،مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى،ج5، ط1،المكتب الإسلامي،دمشق،سوريا،1961، ص 152 .

[5]- النووي،المجموع،ج17، مرجع سابق،ص381.

[6]- ابن عرفة،ج2،مرجع سابق،ص299 وما بعدها.

[7]- الموصلي،ج3،مرجع سابق،ص100.

* **موقف المشرع الجزائري:** تبنى المشرع في نص المادة 2/53 ق أ من العيوب كسبب للتطليق،تلك التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،وقد أسند هذا الحق للزوجة دون الزوج،كما لم يحدد نوع العيوب،هذا من جهة،ومن جهة أخرى يتجه القضاء إلى أن حق الزوجة في التطليق للعيوب يسقط متى كانت عالمة بها قبل العقد ،ورضيت بها،كما أن صحة العيب وجديته يعرف من أهل الخبرة[1].

ثالثا:توقيت الخيار وشروطه

1- توقيت خيار الفسخ:اختلف الفقهاء في وقت ثبوت الخيار للزوجة أو وليها على قولين:

أ- القول الأول:أن الفسخ ثابت على الفور،وينتهي زمنه فور التمكن منه ولو لم يطالب به،وهو مذهب الشافعية ، ودليلهم أن الخيار سببه العيب،وإذا وجد السبب وجد المسبب وهو الخيار على الفور ،كخيار العيب في المبيع[2]، ونوقش هذا الدليل أن المقصود في النكاح الاستمتاع ،ويفوت بعيبه، بخلاف المقصود من المبيع هو ماليته،أو خدمته ، ويحصل ذلك ولو مع عيبه[3].

ب- القول الثاني: أن الفسخ ثابت على التراخي،فمن له حق فيه؛له أن يطالب به في أي وقت شاء،وهو مذهب الحنفية[4]، والمالكية[5] والحنابلة[6] ،ودليلهم أن الخيار للتغرير هو لدفع ضرر متحقق؛فكان على التراخي كخيار القصاص[7].

والراجح ما ذهب إليه الجمهور ؛ من أنه على التراخي ،لقوة أدلتهم ،ولأن عدم المطالبة بالفسخ فورا لا يدل على الرضا بالعيب، بل قد يكون للتروي من أجل اتخاذ القرار الصائب.

***موقف المشرع الجزائري:** بالرجوع إلى قانون الأسرة ؛فإننا لا نجد أي إشارة إلى المدة التي يجب فيها للمُغرّر به أن يطالب فيها بفسخ النكاح،مما يستدعي الرجوع إلى الشريعة الإسلامية،أما إذا رجعنا إلى القانون المدني الذي يعتبر شريعة عامة عند فقهاء القانون ،فإننا نجد المشرع قد منح المغرر به مدة طويلة ليقرر ما إذا كان سيستمر في العقد،

[1]- عبد القادر بن حرز الله،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط1،دار الخلدونية، الجزائر،2007،ص280.
[2]- النووي،المجموع ،ج17، مرجع سابق،ص382 .
[3]- ينظر المغني،ج10،ص 62
[4]- الكاساني،ج3، مرجع سابق، ص 594 .
[5]- ابن عرفة،ج2،مرجع سابق،ص 283 .
[6]- البهوتي،شرح منتهى الارادات ،ج5، 209 .
[7]- ابن قدامة،ج10،مرجع سابق ،ص63 .

أو يطالب بإبطاله حيث نصت المادة 1/101 ق م: "يسقط الحق في إبطال العقد اذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات"،وإذا علمنا بأن عقد الزواج ذو طبيعة خاصة؛فإن تطبيق هذه المدة الزمنية الطويلة على خيار الفسخ،لن يبقي على أي علاقة زوجية بالمعنى السليم وفقا لما تعنيه هذه الكلمة[1] .

2– شروط ثبوت الخيار: يشترط لثبوت خيار الفسخ مجموعة من الشروط في الفقه والقانون

أ– في الفقه:اشترط المجوزون لخيار فسخ عقد النكاح عدة شروط أهمها:

* أن يكون العيب مخلا بأحد مقاصد النكاح، ولو تحقق معه الاستمتاع كالعقم وشبهه .

* أن يكون عيبا منفرا بشهادة أهل الخبرة والعرف .

* أن يكون العيب مما لا يرجى شفاء الزوج منه،أو يرجى شفاؤه ولكن بعد مدة تتضرر منها الزوجة .

* أن لا يكون الطرف الآخر عالما بالعيب وقت العقد؛لأنه إذا أقدم على العقد مع علمه بالعيب كان دليلا على قبوله؛ فيسقط حقه في الخيار[2].

ب– في القانون: من خلال المادة 86 الفقرة 01 ق م التي تنص: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه،من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد"، يمكننا أن نستخلص شروط التغرير وهي:

* استعمال الطرق الاحتيالية قصد تضليل المتعاقد الآخر.

*أن تكون الحيلة هي الدافع للتعاقد،شرط أن تكون من الجسامة بمكان،وأن تصدر من الغارّ أو نائبه.

وبالرجوع إلى نصت المادة 53 ق أ الفقرة 02 التي تنص: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق ... العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج"؛ يمكن القول أنه يفترض لثبوت الخيار للمرأة أن لا تكون عالمة بالعيب قبل العقد.

[1]– بسمة عثماني، التغرير وأثره في عقد النكاح(دراسة مقارنة)، رسالة ماجيستير،كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016،ص124.

[2]– ماهر معروف المنداف،التفريق للعيوب والوسائل المعاصرة في إثباتها،مجلة علوم الشريعة والقانون،كلية العلوم والتربية والآداب،قسم الفقه وأصوله، الأردن،مج46، ع1،مح 1،2019،ص266 .

الفرع الثاني:إثبات التغرير وآثاره

نتناول في هذا الفرع عبء إثبات التغرير وطرق إثباته وكذا آثاره على الزواج،وفيما يلي بيان ذلك.

أولا: عبء الإثبات في التغرير

القاعدة العامة في إثبات التغرير هي أنه من ادعى على الآخر شيئا وجب عليه أن يثبته عملا بالنص الشرعي:{البينة على المدعي واليمين على من أنكر}[1]؛إذ الأصل عدم التغرير،وسواء تعلق الأمر بالكفاءة،أو بالعيوب الزوجية، وأما إذا ثبت السبب الموجب للخيار فادعى الغارّ وجود ما يسقطه ،من علم المغرور ورضاه به؛ وجب عليه إثبات صدق دعواه[2]،وقاعدة الإثبات في الشريعة نفسها في القانون الوضعي،حيث نصت عليها م77 من ق م الأردني بصورة حرفية[3]، كما نص عليها م323 ق م الجزائري بمعناها .

ثانيا: طرق إثبات التغرير

1- الإقرار وهو أول طرق الاثبات ،وهو أمر مطلوب ،وذلك لما أمرنا به من الصدق وعدم الغش،كما أن إخفاء العيب من التدليس المنهي عنه، وصورة الإقرار هنا بأن تدعي الزوجة على زوجها وقوع التغرير من جانبه، مما يعد عيبا أو نقصا يلحق بها ضررا؛ فيقر الزوج بذلك،ففي هذه الحالة يثبت التغرير،ويعطى للزوجة الحق في فسخ العقد أو الإبقاء عليه؛كما لو ادعت أنه عنين فأقر به الزوج[4]،وهل يجب أن يقر الزوج بكل عيب فيه نعم ، إلا ما لا يتعارض مع مقاصد النكاح ،كفعلٍ سيّءٍ تاب منه وما شابهه.

[1]- رواه البيهقي ،ح ر 21201 وبعضه في الصحيحين .

[2]- الرحيباني،ج5، مرجع سابق، ص 153 .

[3]- القانون المدني الأردني رقم 43 لعام 1976،ج ر رقم 2645،الصادرة بتاريخ 01 أوت 1976.

[4]- النووي،روضة الطالبين،ج7،مرجع سابق،ص197 .

2- البينة(الشهادة): والمقصود بها شهادة الشهود على حصول التدليس من الزوج،وقد تكون الشهادة على وجود العيب أو على إقرار الزوج بالعيب،كما لو أقر بعنته أمام الشهود ثم أنكر أمام القاضي؛ففي هذه الحالة يحكم القاضي بشهادة الشهود على إقرار الزوج بالعنة،لا على نفس العنة؛إذ لا مجال لإطلاع الشهود على هذا العيب[1].

3- اليمين: وتكون في حالة ما إذا أنكر الزوج المدلس وعجزت الزوجة عن إثبات التدليس بالبينة؛فإن اليمين هي الحل لإظهار الحقيقة؛ فيوجه القاضي اليمين للزوج فإن نكل عنها حكم عليه القاضي بفسخ نكاحه[2]

4- القرائن: ويقصد بها شهادة أهل الخبرة والمعرفة،وذلك لوجود حالات خاصة للتدليس بين الزوجين قد يصعب اكتشافها ومعرفتها من قبل الشخص العادي؛الأمر الذي يتطلب استدعاء أهل الخبرة لمعرفة وجود العيب المدلس به،وقد نص الفقهاء عل الاستعانة بهم في مثل هكذا عيوب،قال النووي:((وإن استحكام الجذام إنما يحصل بالتقطع،وتردد الإمام في هذا وقال: يجوز أن يكتفي باسوداد العضو،وحكم أهل المعرفة باستحكام العلة))[3].

5- الكشف الطبي: تعد الطرق الطبية من القرائن التي تحدث عنها فقهاؤنا رحمهم الله،حيث جوزوا العمل بها في إثبات عيوب النكاح ومن ذلك ما ذكره صاحب المغني أن المرأة: ((إن كانت ثيبا وادعى أنه يصل إليها أُخلي معها في بيت،وقيل له أخرج ماءك على شيء،فإن ادعت أنه ليس بمني جعل على النار،فإن ذاب فهو مني وبطل قولها))[4]،كما ذكروا أن الفحص يتم بأن :((يُؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه، فإن نقص ذكره وانزوى علم أنه لاعنة به وإلا علم أنه عنين العنين))[5]، وذهب الفقهاء إلى جواز استعانة القاضي بأهل الخبرة من الأطباء لمعرفة عيوب الرجال والنساء[6]،وتقدم الحديث عن اشتراط المشرع الجزائري للشهادة الطبية .

---

[1]- العمراني،ج9، مرجع سابق،ص303 .

[2]- البهوتي،شرح منتهى الإرادات،ج5،مرجع سابق،ص204 .

[3]- النووي،روضة الطالبين،ج7،مرجع سابق،ص176 .

[4]- ابن قدامة،ج10، مرجع سابق،ص 91-92 .

[5]- ابن الهمام،ج4،مرجع سابق،ص267 .

[6]- محمد بن فرحون اليعمري،تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام،تحقيق جمال مرعشلي،ج2،دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع،الرياض، 2003،ص78.

ثالثا: آثار الزواج المشوب بالتغرير

تترتب على انتهاء عقد النكاح عدة آثار، ولكن هذه الآثار تختلف حسب حالة انتهائه بالطلاق أو انتهائه بالفسخ، وسوف نتحدث عن آثار الفسخ على المهر والنفقة والتعويض .

1- أحكام المهر:اتفق الجمهور من الحنفية والمالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] على أن الفسخ إذا كان قبل الدخول فلا مهر للزوجة واستدلوا بما يلي[4]:

أ- إذا طلبت الزوجة الفسخ وكانت هي الغارة فالأمر واضح،وأما إذا كان الزوج هو الغار ؛فهي من اختارت الفسخ.

ب- أن الأصل في الفسخ ترادّ العوضين المهر والبضع ،فمادام أن الزوجة لم تسلم نفسها للزوج فلا تستحق شيئا.

وأما إذا كان بعد الدخول،وتحققت شروط ثبوته فتستحق الزوجة المهر كاملا بلا خلاف،واستدلوا من السنة بحديث عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : {أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له}[5]،فظاهره أن المرأة تستحق المهر بالدخول وإن كان النكاح باطلا[6]، ومن المعقول أن المهر يجب بالعقد ويتأكد بالدخول[7]،واختلفوا هل يجب لها مهر المثل أو المسمى،فالحنفية والمالكية والحنابلة لها المهر المسمى،والشافعية مهر المثل[8].

---

[1]- ابن شاس،ج2، مرجع سابق،ص73.

[2]- النووي،المجموع ،ج17 ،مرجع سابق،ص381.

[3]- الرحيباني ،ج5، مرجع سابق، ص 152.

[4]- رحمة محمود خالد،مرجع سابق، ص98.

[5]- سبق تخريجه .

[6]- الصنعاني محمد بن إسماعيل،سبل السلام شرح بلوغ المرام ،تحقيق محمد ناصر الدين الألباني،ج3،ط1،مكتبة المعارف للنشر والتوزيع،الرياض، السعودية، 2006،ص 325.

[7]- البهوتي،كشاف القناع،ج5،مرجع سابق،ص113.

[8]- البجيرمي،ج4، مرجع سابق،ص181.

* **الرجوع بالمهر على المغرِّر**:اختلف الفقهاء في جواز رجوع المغرر به بالمهر بعد الدخول بالزوجة على من غرر به ، فذهب الحنفية والشافعية أنه لا يرجع به أبدا سواء على الزوجة ولا على وليها،وذهب المالكية والحنابلة [1]،والشافعية في القديم أن للزوج حق الرجوع بالمهر على من غره.

2- أحكام النفقة: فرق الفقهاء بين كون المعتدة حائلا أو حاملا ،وبين كونها معتدة رجعية أم غير رجعية ؛فاتفقوا على نفقة المعتدة الرجعية،واختلفوا في غير الرجعية سواء من فسخ أو طلاق على النحو التالي:

أ- إذا كانت حائلا:ذهب المالكية والشافعية[2] والحنابلة أنه لا نفقة لها،وأوجبها لها أبو حنيفة.

ب- إذا كانت حاملا: ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في قول أنه تجب لها النفقة،وفي قول آخر لا تجب[3].

[1]- الرحيباني، ج5،مرجع سابق،ص152.

[2]- البجيرمي، ج4،مرجع سابق،ص 181.

[3]- الأسنوي جمال الدين عبد الرحيم،المهمات في شرح الروضة والرافعي،، ج7،ط1، دار ابن حزم، بيروت،لبنان، 2009،ص135.

خـــــــاتمة

يعتبر الزواج أغلظ المواثيق وأكرمها على الله عز وجل،لأنه يتعلق بذات الانسان ونسبه،وشرط هذا العقد رضا المتعاقدين كسائر العقود الصحيحة،ولكنه يسمو عليها جميعا بما أفرغه الله عليه من صبغة الميثاق الغليظ،ويكفي في الدلالة على ذلك أن كلمة الميثاق لم ترد في القرآن الكريم إلا تعبيرا عن العهد بين الله تعالى وبين عباده،قال تعالى: ﴿وَاذْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمِيثَاقَهُ الَّذِي وَاثَقَكُم بِهِ إِذْ قُلْتُمْ سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ بِذَاتِ الصُّدُورِ﴾[1] كما لم يرد وصف الميثاق بالغليظ إلا في موضعين ؛في عقد الزواج في قوله سبحانه: ﴿وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا﴾[2]، وفيما أخذه الله سبحانه على أنبيائه من مواثيق،قال تعالى: ﴿إِذْ أَخَذْنَا مِنَ النَّبِيِّينَ مِيثَاقَهُمْ وَمِنكَ وَمِن نُّوحٍ وَإِبْرَاهِيمَ وَمُوسَىٰ وَعِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ وَأَخَذْنَا مِنْهُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا﴾[3] .

ولما كانت الأسرة – وهي نواة المجتمع– تتكون في أولى مراحلها من زوجين ؛فقد عمد الشارع الحكيم إلى هاتين الدعامتين بالإرشاد والتوجيه بما يحقق لهما السعادة والاستقرار،ومن ذلك تأكيده على التراضي ،لأن الزواج هو الخطوة الأولى في بناء الأسرة ، و نجاحه أو فشله مرهون بمدى توفر التراضي بين طرفيه ،فكلما كان بيت الزوجية مبنيا على التراضي ؛كلما كان هذا البيت متماسكا من داخله، حصينا في ذاته، والعكس بالعكس، ومنه وجب القول أنه يلزم لتأمين الزواج الذي يرجى من ورائه التأسيس لبيت سعيد ؛أن يكون في منأى عن كل ضغط أو إكراه ،إذ الحظ والتوفيق فيه وجوده ،والخلل والاضطراب في انعدامه وفقدانه .

هذا وقد توصلت من خلال هذا البحث إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولا:النتائج

1- عقد الزواج ميثاق غليظ بين ذكر وأنثى ، بدايته الجنة ومنتهاه الجنة لأهل الإيمان،وتنبثق عنه حقوق وواجبات، بخلاف غيره من العلاقات والنزوات العابرة .

2- خصوصية الرضا في عقد الزواج و تميزه عن سائر العقود ، وعن عقود الزواج الفاسدة ؛ بدليل استواء الجد والهزل فيه، واشتراط رضا الأولياء فيه، واعتبار اللفظ المعبر عنه، واستحباب الوفاء بشروطه إذا لم تتنافى مع الشرع .

3- التزام بعض الشكليات في إبرام عقد الزواج لا ينفي عنه صفة الرضائية .

---

[1]- سورة المائدة ، الآية 07 .

[2]- سورة النساء ، الآية 21 .

[3]- سورة الأحزاب ، الآية 07 .

4- الإجبار أو العضل يعد من عيوب الإرادة ؛ ولكن متى توافرت أسبابه ودوافعه الشرعية له يكن كذلك.

5- يعتبر التغرير من أهم عيوب الرضا التي بحثها فقهاء الشريعة والقانون في الماضي والحاضر ، وهو يتخذ صورا وأشكالا عدة تختلف عبر الزمان والمكان .

ثانيا: التوصيات

1- المحافظة على شرعية الزواج بأركانه وشروطه وآثاره ،وفق ما نصت عليه النصوص الشرعية ،وأجمع عليه فقهاء الأمة.

2- توثيق عقد الزواج بالكتابة في هذا العصر ضرورة شرعية وبشرية ،في زمن يشهد مروج العهود ،وتراجع القيم.

3- تنقيح القوانين ومراجعتها لأجل ملاءمتها مع مختلف التطورات المتسارعة التي يعرفها المجتمع ؛أضحت ضرورة ملحة، ويأتي في مقدمتها قانون الأسرة ؛ إذ هو المعول عليه لضبط التطورات التي تعرفها الأسرة الجزائرية خاصة في مجال ترجمة الهوية والخصوصية .

هذا وأرجو الله تعالى رجاء من قلت حيلته، وتقطعت به الأسباب؛أن يتقبل مني جهدي خالصاً لوجهه الكريم وينفعني وينفع الناس به،إنه سميع مجيب ،ومنه العون والتوفيق.

والله ربي أسألُ وهو الكريم المُفضِلُ

إلهاميَ الإمدادَ ومنحيَ الســـدادَ

والختمُ بالصلاةِ على زكيِّ الذاتِ

وبالسلام السرمدِ على النبي أحمدِ

والآل والأصحابِ معْ جملةِ الأحبابِ

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

أولا: كتب التفسير

1- البغوي الحسين بن مسعود،معالم التنزيل،د.ط ،دار طيبة للنشر والتوزيع ، الرياض،السعودية، 1989.

2- الجصاص أبو بكر،أحكام القرآن،تحقيق محمد الصادق قمحاوي ، د.ط،دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1992.

3- الرازي فخر الدين ،التفسير الكبير ومفاتيح الغيب،ط1،دار الفكر للطباعة والنشر و التوزيع،د.ب.ن،1981.

4- الزجاج إبراهيم بن السري،معاني القرآن و إعرابه، ط1،عالم الكتب،بيروت،لبنان،1988.

5- الصابوني محمد علي ،روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن،ط3،مكتبة الغزالي،دمشق،1980.

6- الطبري بن جرير،جامع البيان عن تأويل آي القرآن،تحقيق عبد الله بن محسن التركي،ط1، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان،القاهرة،مصر،2001.

7- القرطبي محمد بن أحمد ،الجامع لأحكام القرآن، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان،1988.

8- ابن العربي أبو بكر ،أحكام القرآن،تعليق محمد عبد القادر عطا،ط3،دار الكتب العلمية،بيروت، لبنان، 1424هـ .

9- ابن كثير إسماعيل،تفسير القرآن العظيم،ط1،دار ابن حزم،بيروت،لبنان،2002.

10- محمد بن لطفي الصباغ ،تهذيب تفسير الجلالين ،ط1،المكتب الاسلامي،بيروت،لبنان،2006.

ثانيا: كتب الحديث وشروحها

11- أبو بكر البيهقي،السنن الكبرى،تحقيق محمد عطا،ط3،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان،2003.

12- أبو داود السجستاني،سنن أبي داود، تحقيق شعيب الأرناؤوط وآخرون ، د.ط ،دار الرسالة، دمشق،2009 .

13- أبو عيسى الترمذي،سنن الترمذي،تحقيق رائد بن صبري،ط2،دار الحضارة للنشر والتوزيع،الرياض،2015 .

14- سليمان بن أحمد الطبراني،المعجم الأوسط،تحقيق أبو معاذ وأبو الفضل،د.ط،دار الحرمين للطباعة والنشر، القاهرة،1995.

15- مالك بن أنس،الموطأ،تحقيق فؤاد عبد الباقي،د.ط،دار إحياء التراث العربي،بيروت،لبنان،1985.

16- محمد بن إسماعيل البخاري،صحيح البخاري،ط1،دار بن كثير للطباعة والنشر،بيروت،2002.

17- مسلم بن الحجاج،صحيح مسلم،تحقيق نظر محمد الفريابي،ط1،دار طيبة،الرياض،2006.

18- الشوكاني محمد بن علي، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار،تحقيق محمد صبحي،ط1،دار ابن الجوزي، السعوية، 1427هـ.

19- الصنعاني محمد بن إسماعيل،سبل السلام شرح بلوغ المرام ،تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، ط1،مكتبة المعارف للنشر والتوزيع،الرياض،السعودية،2006.

20- العظيم آبادي،عون المعبود على شرح سنن أبي داود،ط1،دار ابن حزم،بيروت ،لبنان،2005.

21- النووي أبو زكريا ،شرح صحيح مسلم،ط1،المطبعة المصرية،مصر،1930.

22- ابن حجر أحمد بن علي،فتح الباري شرح صحيح البخاري،تحقيق فؤاد عبد الباقي،ط1، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ.

ثالثا:معاجم اللغة والمصطلحات الفقهية

23- الجرجاني علي بن محمد،التعريفات،تحقيق باسل عيون السود،ط2،دار الكتب العلمية،بيروت، لبنان،2003.

24- الزبيدي محمد مرتضى،تاج العروس من جواهر القاموس،تحقيق عبد الستار أحمد فراج ، ط2،مطبعة الكويت، الكويت،1965.

25- الفيروز آبادي محمد بن يعقوب ،القاموس المحيط ، ط8، مؤسسة الرسالة ،بيروت، لبنان،2005.

26- الفيومي أحمد بن محمد بن علي ،المصباح المنير،د.ط،مكتبة لبنان،بيروت،1987 .

27- النووي أبو زكريا،تهذيب الأسماء واللغات، د. ط ، دار الكتب العلمية،لبنان،د.ت.

28- إبراهيم أنيس وآخرون،المعجم الوسيط،ط4،مجمع اللغة العربية،مصر،2004.

29- ابن منظور جمال الدين بن مكرم ،لسان العرب،ط3، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان،1999.

30- أحمد بن فارس بن زكريا،معجم مقاييس اللغة،دار الفكر للطباعة والنشر،دمشق،1979.

31- أحمد بن يوسف السمين،عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ،ط1،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996.

32- سعدي أبو حبيب،القاموس الفقهي،ط2،دار الفكر،دمشق،سوريا،1988.

33- قاسم القونوي،أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق أحمد الكبيسي،ط1، دار الوفاء للنشر والتوزيع ،جدة، السعودية،1986.

34- محمد عميم البركتي،التعريفات الفقهية،ط1،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان،2003.

رابعا: كتب الفقه

أ- الفقه الحنفي

35- السرخسي شمس الدين ،المبسوط ، ط1،دار المعرفة،بيروت،1989 .

36- الكاساني علاء الدين بن مسعود ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ط2 ، دار الكتب العلمية،بيروت، لبنان، 1986 .

37- المرغيناني برهان الدين،الهداية شرح بداية المبتدي ،ط1، منشورات إدارة القرآن الكريم والشؤون الإسلامية، باكستان،1417هـ .

38- الموصلي عبد الله بن محمود ،الاختيار لتعليل المختار،د .ط،دار الكتب العلمية،بيروت،د ت.

39- النسفي عبد الله بن أحمد ،البحر الرائق شرح كنز الدقائق،ط1،دار الكتب العلمية، بيروت،1997.

40- النسفي عبد الله بن أحمد ،كنز الدقائق في الفقه الحنفي،تحقيق سائق بكداش،ط1،دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان،2011.

41- ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد ،شرح فتح القدير،ط1،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ .

42- ابن عابدين محمد أمين،رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار،د ط ،دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض،2003 .

43- شيخي زاده الكليبولي،مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر،ط1،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان،1998.

44- علي حيدر،مجلة الأحكام العدلية مع درر الحكام،د.ط،دار عالم الكتب للطباعة والنشر و التوزيع، الرياض، 2003.

45- محمد قدري باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة النعمان،ط1،دار ابن حزم، بيروت،2007.

ب- الفقه المالكي

46- التواتي بن التواتي،المبسط في الفقه المالكي بالأدلة،ط1،دار الوعي للنشر والتوزيع ،الجزائر،2010 .

47- الحبيب بن طاهر،الفقه المالكي وأدلته،ط2 ، مؤسسسة المعارف للطباعة والنشر،بيروت لبنان،2005.

48- الحطاب محمد بن محمد الرعيني،مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،تحقيق زكريا عميرات،د.ط،دار عالم الكتب،بيروت،د.ت.

49- الخرشي محمد بن عبد الله ،حاشية الخرشي على مختصر خليل،ط1،دارالكتب العلمية، بيروت،1997.

50- الرصاع محمد الأنصاري ،شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية،تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، ط1،دار الغرب الإسلامي ،بيروت لبنان،1993.

51- الصاوي أحمد ،بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير،ط1،دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995.

52- الغرياني عبد الرحمن ،مدونة الفقه المالكي وأدلته ،ط1،مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت،2002.

53- القرافي أحمد بن إدريس ،الذخيرة،تحقيق محمد بوخبزة،ط1،دار الغرب الإسلامي،بيروت، لبنان،1994.

54- الونشريسي أحمد بن يحي ،المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل أفريقيا والأندلس والمغرب، ط1، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية،1981.

55- النفراوي أحمد بن غنيم،الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني،ط1،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1997.

56- ابن بزيزة عبد العزيز،روضة المستبين في شرح كتاب التلقين،تحقيق عبد اللطيف زكاغ،ط1،دار ابن حزم، بيروت، 2010 .

57- ابن رشد الحفيد،بداية المجتهد ونهاية المقتصد،ط1،مكتبة ابن تيمية،القاهرة ،1415هـ .

58- ابن شاس جلال الدين ،عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ،ط1،دار الغرب الاسلامي، بيروت، 1995.

59- ابن عبد البر أبو عمر يوسف ،الاستذكار،ط1،دار قتيبة للطباعة والنشر،بيروت،دمشق،1993.

60- ابن عرفة الدسوقي،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،د.ط،دار إحياء الكتب العربية،مصر،د.ت.

61- أحمد الدردير،الشرح الصغير على أقرب المسالك،تحقيق مصطفى كمال وصفي،د.ط،دار المعارف،مصر،د.ت.

62- أحمد بن محمد البرنسي المعروف بزروق،شرح الرسالة،د ط،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا،1982.

63- خليل بن إسحاق الجندي،التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب،ط1،مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، مصر،2008.

64- سحنون بن محمد التنوخي،المدونة الكبرى، ط1،دار الكتب العلمية، بيروت لبنان،1994.

65- محمد بن جزي الغرناطي،القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية،تحقيق ماجد الحموي،ط1،دار ابن حزم،بيروت،2013 .

66- محمد بن فرحون اليعمري،تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام،تحقيق جمال مرعشلي،د.ط،دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع،الرياض،2003 .

ج- الفقه الشافعي

67- الأسنوي جمال الدين،المهمات في شرح الروضة والرافعي،ط1،دار ابن حزم، بيروت،لبنان،2009 .

68- الحصني تقي الدين،كفاية الأخيار في الفقه الشافعي،تحقيق عبد القادر عطا،ط9،دار البشائر للنشر والتوزيع، دمشق،2001.

69- الرافعي عبد الكريم بن محمد ،المحرر في فقه الامام الشافعي،ط1،دار السلامة للطباعة والنشر،القاهرة،2013 .

70- الرملي أحمد بن أحمد ،فتح الرحمن بشرح زبد ابن رسلان،ط1،دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع، جدة، السعودية،2009 .

71- الشربيني محمد بن محمد،مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،د.ط،دار الكتب العلمية،بيروت،2000 .

72- العمراني يحي بن أبي الخير،البيان في مذهب الإمام الشافعي،ط1،دار المنهاج للطباعة والنشر،بيروت، لبنان، 2000 .

73- القليوبي أحمد بن سلامة وعميرة أحمد البرلسي ،حاشيتا قليوبي وعميرة،ط3،مطبعة مصطفى البابي، مصر، 1956 .

74- النووي أبو زكريا،المجموع شرح المهذب للشيرازي، د.ط، مكتبة الإرشاد جدة، السعودية، د.ت.

75- النووي أبو زكريا،روضة الطالبين وعمدة المفتين،ط3،المكتب الاسلامي،بيروت،لبنان،1991.

76- أبو إسحاق الشيرازي،المهذب في الفقه الشافعي،تحقيق محمد الزحيلي،ط1،الدار الشامية، بيروت،1996 .

77- سليمان البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب،ط 1،دار الكتب العلمية،بيروت لبنان،1996.

د- الفقه الحنبلي

78- البهوتي منصور بن يونس،شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى،ط1،عالم الكتب، بيروت،1993.

79- البهوتي منصور بن يونس،كشاف القناع عن متن الإقناع،د.ط،عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1983.

80- البعلي أحمد بن عبد الله،الروض الندي شرح كافي المبتدي،ط1،دار النوادر،بيروت،لبنان،2007 .

81- الرحيباني مصطفى السيوطي،مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى،ط1،المكتب الاسلامي، دمشق، سوريا ، 1961.

82- ابن قدامة عبد الله بن أحمد،المغني،ط3،دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع،الرياض،1997.

83- ابن مفلح برهان الدين بن محمد،المبدع شرح المقنع،د.ط،دار عالم الكتب للطباعة والنشر،الرياض، السعودية، 2003.

84- أحمد بن تيمية ،مجموع الفتاوى ،طبعة الأوقاف،منشورات وزارة الشؤون الاسلامية والدعوة والإرشاد، السعودية، 2004.

85- أحمد بن تيمية ،الفتاوى الكبرى،ط1،تحقيق محمد و مصطفى عبد القادر عطا،دار الكتب العلمية، بيروت، 1987 .

هـ – كتب الفقه العام

86- الجزيري عبد الرحمن ،الفقه على المذاهب الأربعة، كتاب النكاح والطلاق،ط2،دار الكتب العلمية، بيروت، 2003 .

87- الزحيلي وهبة،الفقه الإسلامي وأدلته ،ط2،دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق،سوريا،1984 .

88- اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ،فتاوى اللجنة الدائمة،ط5،دار المؤيد،السعودية، 1424هـ.

89- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية،الموسوعة الفقهية الكويتية،ط2،طباعة ذات السلاسل، الكويت، 1992 .

90- ابن المنذر محمد بن إبراهيم ،الإجماع،تحقيق صغير أحمد بن محمد،ط2،مكتبة الفرقان،الإمارات العربية،1999.

91- ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار،تحقيق عبد الغفار البنداري،ط1،دار الكتب العلمية،بيروت، لبنان،2003 .

92- بدر ناصر السبيعي،المسائل الفقهية المستجدة في النكاح مع بيان ما أخذ به القانون الكويتي، ط1،وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية،الكويت،2014 .

93- حاجي خليفة، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون،تحقيق محمد شرف الدين،د.ط ،دار إحياء التراث العربي،بيروت ،لبنان،د.ت.

94- سالم بن عبد الله الرافعي،أحكام الاحوال الشخصية للمسلمين في الغرب،ط1،دار ابن حزم،بيروت، 2002 .

95- سيد سابق ،فقه السنة،ط1،دار الفتح للأعلام العربي،مصر،2004 .

96- صالح المنجد،الرضا،ط1، مجموعة زاد للنشر،السعودية،2009.

97- عباس حسني محمد،العقد في الفقه الاسلامي،حقيقة العقد ومشروعيته،ط1،شبكة الألوكة،1993.

98- عبد الكريم زيدان،المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية،ط1،مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع،بيروت،لبنان،1993 .

99- عبد الوهاب خلاف ،أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية،ط2، دار القلم،الكويت،1990.

100- عطية صقر،موسوعة الأسرة تحت راية الاسلام،ط2،مكتبة وهبة،القاهرة،2006 .

101- عمر سليمان الأشقر،أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة،ط1،دار النفائس للتوزيع والنشر، الأردن، 1997 .

102- محمد أبو زهرة،الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ،دار الفكر العربي،القاهرة،مصر،1996.

103- محمد أبو زهرة ،الأحوال الشخصية،ط3،دار الفكر العربي،القاهرة،1957.

104- محمد بن حسن آل الشيخ،تدليس الزوج وأثره في عقد الزواج،ط1، حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية،مصر،د.ت.

105- محمد بن يحي المطهر،أحكام الأحوال الشخصية من فقه الشريعة الإسلامية د.ط،شركة الفرسان للطباعة والنشر،مصر، 2008 .

106- محمد سلام مدكور ، المدخل للفقه الإسلامي ، ط2 ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة ،1996 .

107- محمد محي الدين عبد الحميد،الأحوال الشخصية، د. ط،المكتبة العلمية،بيروت،د.ت .

108- محمد مصطفى شلبي،أحكام الأسرة في الإسلام،ط4،الدار الجامعية للطباعة والنشر،بيروت، لبنان،1983 .

109- مصطفى السباعي ، شرح قانون الأحوال الشخصية،ط1،المكتب الإسلامي، دمشق، سوريا،د.ت .

110- مصطفى أحمد الزرقا ،المدخل الفقهي العام،ط1،دار القلم،دمشق،1998.

111- نور الدين بولحية،عقد الزواج وشروطه برؤية مقاصدية،ط3،دار الأنوار للنشر والتوزيع، مصر،2015.

خامسا: كتب أصول الفقه

112- البخاري أحمد،كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي،د.ط،دار الكتاب العربي،بيروت،1308هـ.

113- التفتازاني سعد الدين مسعود،شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه،تحقيق زكريا عميرات، ط1،دار الكتب العلمية ،بيروت،لبنان،1996 .

114- السرخسي محمد بن أحمد،أصول السرخسي،تحقيق أبي الوفاء الأفغاني،ط1،لجنة إحياء المعارف، الهند، 1993 .

115- الشاطبي إبراهيم بن موسى،الموافقات،تحقيق مشهور بن حسن آل سلمان،ط1،دار عفان للنشر والتوزيع، السعودية،1997.

116- النملة عبد الكريم بن علي،المهذب في علم أصول الفقه،ط1،مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض،1999.

117- ابن قيم الجوزية،إعلام الموقعين عن رب العالمين ،تحقيق مشهور بن حسن آل سلمان ،ط1،دار ابن الجوزي، السعودية،1423هـ .

سادسا: كتب القواعد الفقهية

118- السبكي تاج الدين،الأشباه والنظائر،ط1،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1991 .

119- السيوطي جلال الدين،الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية،ط1،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1983 .

120- القرافي أحمد بن إدريس،أنوار البروق في أنواع الفروق،ط1،دار السلام للطباعة والنشر والترجمة، القاهرة، مصر،2001 .

121- ابن نجيم زين الدين،الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة،تحقيق زكريا عميرات،ط1،دار الكتب العلمية،بيروت،1999 .

سابعا: كتب القانون

122- الشرنباصي رمضان علي السيد ،أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء (دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان)، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.

123- العربي بلحاج،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،ط7،د م ج،الجزائر،2017.

124- العربي بلحاج ،النظرية العام للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ط5، د م ج، الجزائر،2007 .

125- الغوثي بن ملحة،قانون الأسرة عل ضوء الفقه والقضاء، د م ج ،الجزائر، 2008 .

126- إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن،ط1،دار النهضة العربية،القاهرة،2009 .

127- رشيد بن شويخ،شرح قانون الأسرة الجزائري ،ط1، دار الخلدونية،القبة،الجزائر،2008 .

128- سليمان مرقس،الوافي في شرح القانون المدني،ط1،دار الكتب،مصر،1987 .

129- سليمان ولد خسال،الميسر فى شرح قانون الأسرة الجزائري،دار الأصالة للنشر و التوزيع، ط2، المدية، الجزائر،2012 .

130- عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،د.ط،دار إحياء التراث العربي،لبنان،د.ت.

131- عبد العزيز سعد قانون،الأسرة في ثوب الجديد، ط 2،دار هومة للنشر،الجزائر،2013 .

132- عبد الفتاح كبارة،الزواج المدني (دراسة مقارنة) ،ط1،دار الندوة الجديدة،بيروت،لبنان،1994.

133- عبد القادر بن حرز الله،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط1،دار الخلدونية،الجزائر،2007 .

134- علي القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود(دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الروماني والفرنسي والإنجليزي والمصري والعراقي)،ط3،شركة دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2008 .

135- عيسى حداد،عقد الزواج (دراسة مقارنة)، منشوارت جامعة برج باجي مختار، عنابة، 2006 .

136- محمد صبري السعدي،شرح القانون المدني الجزائري،ط1،دار الهدى،عين مليلة،الجزائر،1993 .

137- محمود علي السرطاوي،شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني،ط3،دار الفكر،عمان،الأردن،2010 .

138- محمد نجم صبحي،رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية ، ط1، دارالثقافة للنشر، عمان،2000 .

139- مصطفى السباعي ، شرح قانون الأحوال الشخصية،ط9 ،المكتب الإسلامي،دمشق،2001 .

ثامنا:بحوث جامعية

أ- مذكرات الدكتوراه

140- رزيق بخوش،عيوب الرضا في عقد الزواج(دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي)، أطروحة دكتوراه،جامعة الحاج لخضر،باتنة،كلية العلوم الاسلامية،قسم الشريعة،2018.

141- سعاد لعلى،الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة- ،أطروحة دكتوراه،جامعة الجزائر01 ، كلية الحقوق،2015 .

142- عادل لموشي،الرضائية في عقد الزواج في القوانين الوضعية والفقه الاسلامي،أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة مولود معمري،تيزي وزو،الجزائر،2019 .

143- عبد الله فاسي ،المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق،أطروحة دكتوراه،جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية،2015 .

144- عبد النور زيدان،تدخل الهيئات القضائية والإدارية في الزواج،أطروحة دكتوراه،جامعة الجزائر01،كلية الحقوق، 2017 .

145- محفوظ بن صغير،الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة،2009 .

ب- مذكرات الماجيستير

146- بسمة عثماني، التغرير وأثره في عقد النكاح - دراسة مقارنة-،رسالة ماجيستير،كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016 .

147- دليلة بلعربي خالدية،آثار عيوب الرضا على عقد الزواج،رسالة ماجيستير،قانون أسرة،كلية الحقوق،جامعة الجزائر1 ،2015 .

148- رحمة محمود خالد،أثر التغرير على عقد النكاح،رسالة ماجيستير،جامعة غزة،كلية الشريعة والقانون،قسم الفقه المقارن،2011 .

149- سهاد نصر البياري،عضل المرأة من النكاح- دراسة فقهية مقارنة-،رسالة ماجيستير،كلية الشريعة والقانون، جامعة غزة،2007 .

150- عبد الحميد عيدوني،دور الإرادة فى إبرام عقد الزواج وإنهائه، رسالة ماجيستير،جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،كلية الحقوق،2014.

151- عبد الله بن فخري أنصاري،أحكام الهزل في الفقه الاسلامي،مذكرة ماجيستير،جامعة أم القرى،المدينة المنورة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، فرع الفقه والأصول،1417هـ .

تاسعا: المقالات العلمية

152- أحمد شامي ،الولي من ركن إلى شرط وجوب في عقد الزواج، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الونشريسي ،تيسمسيلت،الجزائر، ع3،جوان 2017.

153- أحمد ياسين القرالة ،محمد خير العمري،محمد علي العمري،وسائل التعبير عن الإرادة في قانون الأحوال الشخصية الأردني(دراسة مقارنة بالقانون الاماراتي-،مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون)،كلية الشريعة،جامعة آل البيت،الأردن،مج43،مح2016،1 .

154- بي بي حامده،حكم عضل الولي المرأة عن الزواج من الكفء في ميزان الشرع،مجلة بوتاج للدراسات الشرقية، جامعة بيشاور،باكستان،مج2013،20 .

155- خالد بوزيدي،مدى حجية التعبير بالإيجاب والقبول بين غائبين في عقد الزواج المبرم عبر وسائل التعبير والاتصال الالكترونية غير المرئية،مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية،جامعة باتنة1،كلية الحقوق والعلوم السياسية، ع7،سبتمبر2015 .

156- عبد الرحيم صالحي،انعقاد الزواج بالبريد الالكتروني (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الجزائري) ، دفاتر السياسة والقانون،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ع7،جوان 2012 .

157- عبد العالي عشاري،الولاية في الزواج على ضوء أصول الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجديد،مجلة الدراسات والبحوث القانونية،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة محمد بوضياف،المسيلة، ع 9،جوان 2018.

158- عقيل فاضل الدهمان،الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني،مجلة كلية الحقوق،جامعة النهرين، بغداد، العراق،مج 18، ع 10، 2007 .

159- فاطمة حداد وياسين حجاب،الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة،مجلة الدراسات والبحوث،جامعة لخضر حمة،الوادي، ع 7،جانفي 2009 .

160- ماهر معروف المنداف،التفريق للعيوب والوسائل المعاصرة في إثباتها،مجلة علوم الشريعة والقانون، كلية العلوم والتربية والآداب،قسم الفقه وأصوله ،الأردن،مج46، ع1،مح2019،1 .

161- مصطفى القضاة،التبكير في الزواج والآثار المترتبة عليه،مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا،مج 26، ع2010،1 .

162- محمد بوكماش،أثر الجعلية في تحقيق مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الاسلامي(دراسة مقارنة)،مجلة البحوث والدراسات،جامعة لخضر حمة،الوادي، ع13،جانفي 2012 .

163- محمد سليم مصطفى،الخصوصية الشرعية لعقد الزواج،مجلة الجامعة الإسلامية ،غزة، فلسطين، ع 183، 1439هـ .

164- وضحة عليوي صالح الجبوري،التكييف الفقهي لمجلس العقد الالكتروني،مجلة العلوم الإسلامية كلية العلوم الإسلامية،جامعة ديالي،العراق، ع17،جوان2017 .

عاشرا: الملتقيات الدولية

165- عبد الله إبراهيم عبد الناصر،العقود الالكترونية(دراسة فقهية تطبيقية مقارنة)،بحوث الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون،كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي،الامارات المتحدة،مج5،ماي 2003 .

166- محمد إيدير مشنان و صفية حسين ،الزواج العرفي بين الضوابط الشرعية والإجراءات القانونية،مداخلة مقدمة في إطار الملتقى الدولي الثاني الذي نظمه معهد العلوم الإسلامية،جامعة لخضر حمه،الوادي، بعنوان : المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة يومي 23 و24 أكتوبر 2018 .

الحادي عشر: القوانين

167- القانون رقم 07 - 05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 يعدل ويتمم الأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، ج ر ،ع 31 بتاريخ 13 ماي 2007.

168- القانون المدني الأردني،رقم 43 لعام 1976، ج ر رقم 2645،الصادرة بتاريخ 01 أوت 1976 .

169- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 الذي يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة،ج ر ، ع 15 بتاريخ 27 فيفري 2005.

170- المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 مايو سنة 2006، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة،الجريدة الرسمية رقم 31 بتاريخ 14 ماي 2006.

الفهرس

الإهداء

شكر وتقدير

قائمة المختصرات

المقدمة..... أ- ج

الفصل الأول :مفهوم التراضي في عقد الزواج وطرق التعبير عنه..... 07

المبحث الأول: حقيقة التراضي في عقد الزواج..... 08

المطلب الأول: مفهوم الزواج وبيان أركانه..... 08

الفرع الأول:تعريف عقد الزواج..... 08

أولا: تعريف العقد..... 09

ثانيا: تعريف الزواج..... 10

ثالثا: فوائد الزواج..... 12

الفرع الثاني: أركان الزواج..... 13

أولا: تعريف الركن..... 13

ثانيا: أركان الزواج في الفقه..... 14

ثالثا: أركان الزواج في قانون الأسرة..... 14

المطلب الثاني: خصوصية التراضي في عقد الزواج..... 15

الفرع الأول: مفهوم الخصوصية والتراضي..... 16

أولا:تعريف الخصوصية..... 16

ثانيا: تعريف التراضي..... 17

ثالثا: بعض الألفاظ ذات الصلة بالتراضي..... 18
الفرع الثاني:أهمية التراضي في عقد الزواج وضوابطه..... 19
أولا: أهمية التراضي..... 19
ثانيا: ضوابط التراضي..... 20
ثالثا: حقيقة عقد الزواج وطبيعته..... 22
المبحث الثاني:سلامة التراضي في عقد الزواج وطرق التعبير عنه..... 24
المطلب الأول : سلامة التراضي في عقد الزواج..... 24
الفرع الأول : أهلية التعاقد..... 24
أولا:أهلية التعاقد في الفقه الإسلامي..... 25
ثانيا:أهلية التعاقد في قانون الأسرة الجزائري..... 26
ثالثا: عيوب الإرادة..... 29
الفرع الثاني:متعلقات عقد الزواج..... 30
أولا: الصيغة..... 30
ثانيا: مجلس العقد..... 32
ثالثا: الإشهاد..... 34
المطلب الثاني:طرق التعبير عن التراضي في عقد الزواج..... 35
الفرع الأول:التعبير بالألفاظ وما يقوم مقامها..... 35
أولا: التعبير بالألفاظ..... 35
ثانيا:التعبير بغير الألفاظ..... 37
ثالثا:موقف المشرع الجزائري..... 39
الفرع الثاني: التعبير بالوسائل الحديثة..... 40

أولا: مفهوم وسائل الاتصال الحديثة وأنواعها..... 40
ثانيا: مفهوم مجلس العقد الالكتروني وطبيعته..... 41
ثالثا : حجية عقد الزواج بالوسائل الحديثة..... 42
الفصل الثاني: تأثير الولاية والتغرير على التراضي في عقد الزواج..... 46
المبحث الأول: تأثير الولاية على التراضي في عقد الزواج..... 47
المطلب الأول:حقيقة الولاية في عقد الزواج..... 47
الفرع الأول:مفهوم الولاية..... 48
أولا: تعريف الولاية..... 48
ثانيا:أقسام الولاية في الزواج..... 49
ثالثا: شروط الولاية وأسبابها ومراتبها..... 50
الفرع الثاني: شرط الولي في الزواج..... 53
أولا: رأي الفقهاء في اشتراط الولي..... 53
ثانيا: رأي المشرع الجزائري من اشتراط الولي..... 55
ثالثا: أثر الزواج بلا ولي..... 56
المطلب الثاني:ولاية الإجبار والعضل..... 58
الفرع الأول:ولاية الإجبار وأنواعها..... 58
أولا: مفهوم ولاية الاجبار..... 58
ثانيا: الأشخاص الذين تثبت لهم..... 59
ثالثا: أنواع الإجبار..... 59
الفرع الثاني: ولاية العضل وأثرها على التراضي..... 62
أولا: مفهوم العضل وأسبابه و أنواعه..... 62

ثانيا: أسباب العضل وآثاره..... 63
ثالثا: أنواع العضل..... 64
المبحث الثاني: التغرير في عقد النكاح..... 66
المطلب الأول: حقيقة التغرير في عقد الزواج..... 66
الفرع الأول:مفهوم التغرير..... 67
أولا: تعريف التغرير والألفاظ المشابهة له..... 67
ثانيا: حكم التغرير ودليله..... 69
ثالثا: أنواع التغرير..... 70
الفرع الثاني:صور التغرير..... 71
أولا: التغرير في ذاتية الزوجين وموانع الزواج..... 71
ثانيا:التغرير في الكفاءة..... 72
ثالثا: التغرير في العيوب..... 75
المطلب الثاني: أحكام الزواج المشوب بالتغرير..... 77
الفرع الأول :خيار الفسخ للتغرير..... 78
أولا: تعريف خيار الفسخ..... 78
ثانيا:حكم الخيار ونوع الفرقة فيه..... 78
ثالثا:توقيت الخيار وشروطه..... 81
الفرع الثاني:إثبات التغرير وآثاره..... 83
أولا: عبء إثبات التغرير..... 83
ثانيا: طرق إثبات التغرير..... 83
ثالثا:آثار الزواج المشوب بالتغرير..... 85

الخاتمة..... 87

قائمة المصادر والمراجع..... 89

فهرس الموضوعات..... 104

ملخص البحث

عُني هذا البحث بواحد من الموضوعات المهمة،ذات الصلة بواقع المجتمع،ألا وهو التراضي في عقد الزواج بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري،حيث تطرقت فيه إلى بيان أهمية ركن الرضا في الزواج وخصوصيته ،انطلاقا من النصوص الشرعية وأقوال الفقهاء الصريحة في وجوب اعتباره في كل العقود بصفة عامة وفي صحة العقد بين الزوجين بصفة خاصة،وانتهاء بنصوص قانون الأسرة الجزائري المؤكدة عليه،حيث استعرضت فيه موقف الفقه الاسلامي بمذاهبه الأربعة،وموقف المشرع الجزائري.

وقد تناولت فيه مفهوم الرضا، وضوابطه، وشروط صحته، وطرق التعبير عنه، وبينت بعض ما يتوهم أنه من عيوبه،من خلال التطرق إلى الإجبار والعضل ،فذكرت ما يجوز فيهما وما لا يجوز في الفقه والقانون، ثم تحدثت عن عيوب الرضا مركزا على التغرير كأحد أهم صوره الشائعة في عقد الزواج؛ أين استعرضت فيه مفهومه وحكمه ودليله وأنواعه وآثاره،ثم تناولت في ختام البحث أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها.

الكلمات المفتاحية: العقد- الزواج- الأسرة- الرضا-الفقه الاسلامي- القانون- الإجبار - العضل- الخيار - الفسخ.

Research Abstract:

This research deals with one of the important topics related to the reality of society, namely, the concurrence in the marriage contract between Islamic jurisprudence and the Algerian family law, in which it touched upon the importance of the corner of satisfaction in marriage and its privacy. The contracts in general and the validity of the contract between the spouses in particular, and the texts of the Algerian family law confirmed, where reviewed the position of Islamic jurisprudence in its four stages, and the position of the Algerian legislator

I mentioned the concept of consent, its controls, the conditions of its validity, and the ways of expressing it, and showed some of the illusions that it is a defect, by addressing the coercion and prevention, I mentioned what is permissible and what is not permissible in jurisprudence and law, The most important form common in the marriage contract; where I reviewed the concept and governance and evidence and types and effects, and then dealt at the end of the research the most important findings and recommendations reached.

key words: Contract - marriage - family - satisfaction - Islamic jurisprudence - law - coercion - prevention - option - dissolution