



جامعة زيان عاشور - الجلفة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

العنوان

التغريب في عقد الزواج بين الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص : قانون أسرة

إشراف الأستاذ:

إعداد الطالب :

د. بن مصطفى عيسى

- شعبان حفاوي

- آيت مصباح محمد علاء الدين

السنة الجامعية : 2022/2021

بِسْمِ اللَّهِ الْعَزِيزِ الْحَمِيمِ

# شكر و عرفان

نتقدم بجزيل الشكر للمشرفه الذي تابع العمل من بدايته الى نهايته

والذي أحاطنا بتوجيهاته العلمية كما ساعدنا على تخطي عقبات

البحث .

كما لا ننسى من كان لهم الفضل في تعليمنا في مشوارنا الدراسي منذ

بدايته.

كما لا ننسى الدكتور المشرفه الذي لم يبخل علينا من علمه الوافر

الدكتور

# إهداء

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين

أهدي هذا العمل إلى:

من ربتي وأنارت دربي وأعانتني بالصلوات والدعوات، إلى أغلى إنسان في هذا  
الوجود أُمِّي

إلى من عمل بكد في سبيلي وعلمني معنى الكفاح وأوصلني إلى ما أنا عليه أبي  
وإلى كل أخواتي

واهدي هذا العمل المتواضع إلى كل من ساندنا وكان دعماً لنا في جميع مراحل  
تعليمنا من الطور الابتدائي إلى غاية تخرجنا اليوم.

كما اهدي هذا العمل إلى كل طلبتنا الأعزاء وزملائي وإلى كل من عرفناهم من قريب  
وبعيد

العنوان	الصفحة
الشكر و التقدير	
الاهداء	
مقدمة	
الفصل الأول :	
مقدمة	
المبحث الأول : تعريف التغيرير في عقد النكاح	
المطلب الأول : مفهوم التغيرير لغة و اصطلاحا	
المطلب الثاني : الفرق بين التغيرير والغرر.	
المطلب الثالث : التأصيل الفقهي للتغيرير	
المبحث الثاني : صور التغيرير، وأنواعه	
المطلب الأول : التغيرير بالنية أو القصد	
المطلب الثاني : التغيرير بالقول	
المطلب الثالث : التغيرير بالفعل والكتمان	
المبحث الثالث : طرق إثبات التغيرير	
المطلب الأول : الإقرار.	
المطلب الثاني : الشهادة	
المطلب الثالث : السجل والتوقيع الإلكتروني.	
المطلب الرابع : نكول المدعى عليه، ويمين المدعية.	
<b>الفصل الثاني : التغيرير في عقد الزواج بين الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري</b>	
المبحث الأول : شروط التغيرير في الفقه الاسلامي و القانون الجزائري	
المطلب الأول : شروط التغيرير في الفقه الإسلامي	

	المطلب الثاني : شروط التغيير في القانون الجزائري
	المبحث الثاني : التغيير في قوانين الأحوال الشخصية و آثار الزواج المشوب بالتغيير
	المطلب الأول : التغيير في قوانين الأحوال الشخصية
	المطلب الثاني : آثار الزواج المشوب بالتغيير
	المطلب الثاني : أحكام التغيير في عقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري
	الخاتمة
	قائمة المصادر و المراجع

مقدمة

إن الله عز وجل يقول في محكم التنزيل: ((وأوفوا بالعقود)) المائدة جزء من الآية 1 إيدانا منه سبحانه بقداسة العقود وخطورة المساس بما شأنه أن يخلها، وذلك أن العقد في الشرع وفي عرف الناس شريعة المتعاقدين، فمن دخل فيه بشيء وجب عليه أن يلتزم أحكامه ويخضع لما أُلزم به نفسه من شروط وغيرها فيما يتوافق مع الشرع.

وإذا كان الأمر كذلك فإن سبيل النجاة في ذلك أن يلتزم المرء الأمانة والصدق والتبيين مع من تعاقد معه، فذلك شأنه أن يطرح البركة في العقد ويحقق مقاصده وفق إرادة الشارع الحكيم، ورغبة المتعاقدين.

وهذا هو الشأن في جميع العقود، وأولاها به عقد النكاح، الذي يختص بقداسة أسمى من غيره، فلئن كانت الأمانة والصدق مطلب في أي عقد فهي في النكاح أولى وأحرى وأوجب. ومع بعد الناس عن الأزمان الفاضلة، وكثرة التعقيدات والمشكلات التي امتاز بها زماننا، فقد أدى هذا وغيره إلى بروز مشكلة هددت عقد النكاح وجعلته إلى عدم الاستقرار أقرب، ألا وهي مشكلة التغير التي تطرأ على عقد النكاح فتتحرف به عن مقصوده وتخرم ركنة معتبرة فيه ألا وهو الرضا، ولست بالتي أزعم أن هذه المشكلة من نتاج عصرنا بكل جوانبها، بل هي ممتدة ضربت جذورها منذ القدم، ولكن الأمر الذي استجد هو التفنن الغريب الذي أحدثه بعض الناس للتغيرير بالعاقد الآخر، والتوسع في هذا الأمر توسعة ملحوظة حتى بات الأمر مشكلا على كثير من الناس، فكان لزاما على الباحثين بيان هذه المسألة وتحديد ضابطها وأثرها، وقد استعنت بحول الله وقوته في بحث هذا الموضوع وبيان جزئياته وجوانبه سائلة المولى عز وجل أن يعينني على تجليته جلاء يزيح الغشاوة ويكشف العنت ويشفي السائلين.

أولا: طبيعة الموضوع:



الموضوع عبارة عن دراسة فقهية لأثر التغير على عقد النكاح، وللوصول إلى هذا الأثر كان لا بد من بحث حقيقة التغير وأنواعه المختلفة ثم استنتاج ضابط التغير المؤثر، وبيان الآثار التي تترتب عليه.

### ثانيا: مشكلة البحث:

واقعنا المعاصر أفرز لنا مسائل و مشكلات لم تكن موجودة عند السابقين من أصحاب الفقه لذا فإن حديث العلماء قديمة عن التغير كان عن تصور لواقعهم، وعلاجه كان باعتبار ما بين أيديهم من معطيات، أما واقعنا اليوم فهو يحتم علينا إعادة دراسة هذه المشكلة بثوبها الجديد الذي يشتمل على صور كان تصورنا متعذرة لدى أجدادنا من العلماء والفقهاء، ثم إن المسألة متفرقة في الكتب والأبواب باختلاف المذاهب، وجمعها ووضع ضابط لها يحتاج إلى جهد ودراسة مستفيضة.

و عليه يمكن صياغة الاشكالية على النحو التالي :

كيف يؤثر التغير في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ؟

### ثالثا : أهمية الموضوع:

1. تكمن أهمية الموضوع في كونه مرتبط بعقد النكاح ذي القداسة الخاصة، والذي يعد المؤسس للبناء الأولى في بناء المجتمع المسلم، ومن الضروريات التي وضعها الشارع التسيير حياة الناس على استقامة.

2. يعد هذا الموضوع من الموضوعات القديمة المعاصرة، وذلك أن المشكلة التي وجدت قديمة هي ذاتها التي تطل علينا اليوم ولكن بشكل أوسع وأعمق وأعقد.

3. ترتفع الآن في مجتمعاتنا الإسلامية نسبة الطلاق بشكل ملحوظ، ولعل أحد أهم أسبابها هو ابتداء النكاح بالكذب والتغير عوضا عن ابتدائه بالصدق والتبيين.

رابعاً : أسباب اختيار الموضوع:

1. تعتبر أهمية الموضوع المشار إليها سابقاً سبباً من أسباب اختياره .
2. لم أجد خلال بحثي المتواضع دراسة أفردت الموضوع ببحث خاص، فأثرت الاعتناء بهذا الأمر ونيل شرف البحث فيه.
3. المساهمة في معالجة إحدى المشاكل المتعلقة بالمرأة في باب الأحوال الشخصية.
4. تحدث الفقهاء قديماً وحديثاً عن الغرر والتغيرير في المعاملات المالية، في الوقت الذي أقلوا من الحديث عن التغيرير في عقد النكاح، وباختلاف هذا العقد عن غيره من العقود احتاج إلى بيان أحكام التغيرير فيه، والتي حتماً تختلف عن أحكام التغيرير في غيره من العقود.

خامساً : أهداف البحث:

1. رسم حدود واضحة لمسألة التغيرير في النكاح تجمع صورته، وتكشف عن حكمه الشرعي و القانوني في كل صورة.
2. استنتاج ضوابط وشروط للتغيرير المؤثر على عقد النكاح.
3. بيان أثر التغيرير على عقد النكاح وحقوق المتعاقدين.

سادساً: الدراسات السابقة

الموضوع عند القدامى:

تحدث الفقهاء القدامى - رحمهم الله - عن موضوع البحث في كتاباتهم الفقهية لباب النكاح، ولكن المكتوب فيه كان في حدود ما كان يحصل في زمانهم من تغيرير ببعض العيوب كالجذام والبرص ونحوها، أو ما يتعلق بالكفاءة من الحرية والنسب وغيرها، وقد أشرت فيما

سبق أن المشكلة في عصرنا باتت أخطر وأعمق وتتنوع صور التعبير بشكل كبير وواسع، وهذا ما سأكون عليه في دراسة البحث بإذن الله بحيث أدرس الموضوع بتفريعاته المختلفة التي ولدتها مشكلات عصرنا، مع استنتاج ضابط لهذه التفريعات وعلاج لهذه المشكلة مستنيرة بدراسة الفقهاء القدامى - رحمهم الله - لهذا الموضوع.

### الموضوع عند المحدثين:

لم أجد - على حد علمي - في حدود ما بحثته دراسة علمية أفردت الموضوع ببحث خاص، ولكنني اطلعت على بعض الدراسات والبحوث والتي تختلف قرية وبعده عن موضوع بحثي، و أفدت منها ومن جهود باحثيها - شكر الله لهم -.

ومن هذه الدراسات:

1. كتاب التعبير وأثره على العقود، تأليف: د. كفاح عبد القادر الصوري، ط1، 1428 هـ 2007 م، دار الفكر.

وتعرضت الباحثة في هذا الكتاب للتعبير في العقود بشكل عام وأفردت جزءا صغيرة من البحث للحديث عن التعبير في عقد النكاح، لذا فإن الحديث عن التعبير في عقد النكاح لم يكن بالقدر الكافي الذي يغطي جميع جزئياته، وذلك أن الكتاب لا يحتمل التوسع والتفصيل فيه، فكان إفرادي لهذه الجزئية بالبحث يعطي مساحة أكبر للتوسع والتعمق في دراسة المسألة.

2. كتاب الخيار في النكاح، رسالة دكتوراة للباحث: عبد الأحد ملا رجب، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، كلية الشريعة، المشرف: أ. د. صالح بن غانم السدلان، 1421 هـ.

وقد تناول البحث موجبات الخيار في عقد النكاح، وكان أحد هذه الموجبات هو التغيير، ومن خلال اطلاعي على خطة هذا البحث ازدادت لدي القناعة بضرورة إفراد موضوع التغيير في عقد النكاح ببحث مستقل، وذلك أن صور التغيير تحتاج إلى جمع ودراسة خاصة لتحديد ضابط التغيير المؤثر، وهذا ما كلفت به نفسي في هذا البحث بإذن الله.

3. الكتب التي تتحدث عن الغرر في العقود أفادتني في الإعداد للخطة والبحث، ولكن كما

سيتبين في البحث فإن التغيير يختلف عن الغرر لذا فإن الحديث والبحث في التغيير يأخذ

اطلعت على الخطة، ولم أطلع على البحث لأنني لم أستطع الوصول إليه لعدم توفره على شبكة الانترنت ولا في مكتبة الجامعة.

وجهة أخرى غير الوجهة التي يتجهها بحث الغرر، وهذا لا يمنع من أنه يتشابه في بعض جزئياته مع موضوع التغيير.

## الفصل الأول

### التغير في عقد لنكاح

المبحث الأول : تعريف التغيير في عقد النكاح

المطلب الأول : مفهوم التغيير لغة و اصطلاحا

أولا : التغيير لغة

تفيد قواميس اللغة العربية، أن غره يغيره غرورا، خدعه، وأطمعه بالباطل، وأنا غريك من هذا، أي أنا الذي غرك منه، أي لم يكن الأمر على ما تحب، والغرور ما غرك من إنسان، وشيطان، والغرور الأباطيل، ويجوز أن يكون الغرور جمع غار مثل شاهد وشهود وقاعد وعود، والغرور بالضم ما اغتر به من متاع الدنيا، وفي التنزيل العزيز: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ وَعْدَ اللَّهِ حَقٌّ فَلَا تَغُرَّنَّكُمُ الْحَيَاةُ الدُّنْيَا وَلَا يَغُرَّنَّكُم بِاللَّهِ الْغُرُورُ) فاطر: 5، أي لا تغرنكم الدنيا، فإن كان لكم حظ فيها ينقص من دينكم فلا تؤثروا ذلك الحظ، والغرور الشيطان يغر الناس بالوعد الكاذب والتمنية.<sup>1</sup>

إذا ثبت هذا: فالتغيير في اللغة يدل على معنى الخداع كمالا.

ثانيا : التغيير اصطلاحا

عرف الأستاذ الزرقاء التغيير بقوله: الإغراء بوسيلة قوليه، أو فعلية كاذبة؛ لترغيب أحد المتعاقدين في العقد، وحمله عليه.<sup>2</sup>

إذا ثبت هذا:

فيمكن تعريف التغيير في النكاح بأنه إغراء بوسيلة قوليه، أو فعلية كاذبة؛ لترغيب أحد الزوجين في الزواج، وحمله عليه.

<sup>1</sup> أبو زهرة، محمد الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة 1998 م. ص225  
<sup>2</sup> ابن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ط 1، دار الريان للتراث 1987 م. ص84

أي استعمال طرق احتيالية تؤدي إلى عقد تزويج غير مرغوب فيه؛ لما فيه من الضرر المادي أو المعنوي، أو كليهما معا، ولولا التضليل والخداع لما أقدم المخدوع على هذا الزواج، والتضليل قد يكون بالقول المصاحب للعقد أو السابق له، أو بالفعل، أو بمخالفة الشرط المقترن بالعقد، وقد يكون من أحد الزوجين، أو من غيرهما، والضرر يجب أن يدفع، ويرفع بقدر الإمكان شرعا، وعقلا، وواقعا؛ لارتباط أحكامه بمقاصد الشريعة المتمثلة بجلب المصلحة، ودرء المفسدة عن المكلف، والتعريف يشمل ذلك بعمومه، وإطلاقه<sup>1</sup>

### المطلب الثاني : الفرق بين التغيير والغرر.

الغرر: هو الخطر الذي استوى فيه طرفا الوجود والعدم بمنزلة الشك، أو ما يكون مستورا العاقبة.

إذا ثبت هذا: فإن التغيير يختلف عن الغرر من حيث الصورة والأثر، فالغرر يتعلق بمحل العقد من حيث وجوده وعدمه، أو ما يتعلق به من جهالة، وهو أمر غير معلوم للمتعاقدين معا، وأما التغيير فهو إيهام يوقع به أحد المتعاقدين المتعاقد الآخر وهو عالم بالأثر، والمتعاقد الآخر جاهل به، وأما من

حيث الأثر، فالعقد مع الغرر يقع فاسدا، أو باطلا، وأما التغيير فيقع العقد معه صحيحا مهددا بالفسخ.<sup>2</sup>

### المطلب الثالث : التأصيل الفقهي للتغيير

التغيير، أو الخداع، أو التضليل أمر محرم؛ لأنه يتنافى مع الأخلاق والمبادئ الإسلامية، لما فيه من الضرر المادي، أو المعنوي، الواقع أو المتوقع، والضرر يدفع ويرفع بقدر الإمكان شرعا وعقلا وواقعا، والأدلة الصريحة على ذلك كثيرة نذكر منها:

<sup>1</sup> الرازي، إيضاح مختار الصحاح، ط 1، دار البشائر، دمشق 1997 م، ص 66

<sup>2</sup> نفسه، ص 69

1 - قال تعالى: (كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ وَإِنَّمَا تُوَفَّقُونَ أُجُورَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فَمَنْ زُحْزِحَ عَنِ النَّارِ وَأُدْخِلَ الْجَنَّةَ فَقَدْ فَازَ وَمَا الْحَيَاةُ الدُّنْيَا إِلَّا مَتَاعُ الْغُرُورِ)

آل عمران: 185

2 - قال تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمْ وَاخْشَوْا يَوْمًا لَا يَجْزِي وَالِدٌ عَن وَلَدِهِ وَلَا مَوْلُودٌ هُوَ جَازٍ عَن وَالِدِهِ شَيْئًا إِنَّ وَعْدَ اللَّهِ حَقٌّ فَلَا تَغُرَّنَّكُمُ الْحَيَاةُ الدُّنْيَا وَلَا يَغُرَّنَّكُم بِاللَّهِ الْغُرُورُ) لقمان:

33

3 - قال تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ وَعْدَ اللَّهِ حَقٌّ فَلَا تَغُرَّنَّكُمُ الْحَيَاةُ الدُّنْيَا وَلَا يَغُرَّنَّكُم بِاللَّهِ الْغُرُورُ) فاطر: 5

وجه الاستدلال بالآيات الكريمة:

الغرور على وزن فعول بمعنى فاعل، تقول غررت فلانا أصبت غرته، ونلت ما أردت منه والغرة بالكسر غفلة في اليقظة، والغرور كل ما يغر الإنسان، وإنما فسر بالشيطان لأنه رأس ذلك، والغرور نوع جهل يوجب اعتقاد الفاسد صحيحاً، والرديء جيداً، وسببه وجود شبهة أوجبت ذلك، والغرور، بفتح الغين الشيطان يغر الناس بالتمنية، والمواعيد الكاذبة؛ والغرور ما رأيت له ظاهراً تحبه، وفيه باطن مكروه، أو مجهول، والشيطان غرور؛ لأنه يحمل على محاب النفس ووراء ذلك ما يسوء، ومن هذا التغيير، وبيع الغرر وهو ما كان له ظاهر يغر، وباطن مجهول، والآيات الكريمة تنهى عن كل ذلك بشكل واضح وصريح.<sup>1</sup>

4 - عن عثمان بن عفان - رضي الله عنه - قال: "رأيت النبي - صلى الله عليه وسلم - يتوضأ، وهو في هذا المجلس، فأحسن الوضوء، ثم قال من توضأ مثل هذا الوضوء، ثم أتى

<sup>1</sup> ابن قدامة، الكافي، ط 5، المكتب الإسلامي، بيروت 1988 م. ص 122



المسجد، فركع ركعتين، ثم جلس غفر له ما تقدم من ذنبه، قال: وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - لا تغتروا."

وجه الاستدلال بالحديث الشريف

يدل الحديث بوضوح على حرمة الغرر، أو الغرور، أو التغريب بشتى صورته، وأنواعه؛ لأن النهي الوارد في الحديث يفيد التحريم شرعا وعقلا وواقعا؛ لما في التغريب من الكذب والخداع والتضليل المهلك، والمضر، والضرر يدفع ويرفع بقدر الإمكان.

5 - عن عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم " أربع خلال من كن فيه كان منافقا خالصا من إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها. <sup>1</sup>

وجه الاستدلال بالحديث الشريف

يدل الحديث صراحة على حرمة الغدر، والتغريب، ووجوب الوفاء بالعهد؛ لأن ذم الغادر واضح في الحديث، والذم دليل الحرمة، وكل من شرط شرطا، ثم نقضه، أو خالفه، أو تبين ما يفيد خلافه، فقد غدر، وغرر، والحديث يحذر المسلم أن يعتاد هذه الخصال التي يخاف عليه أن تقضي به إلى حقيقة النفاق. <sup>2</sup>

6 - عن أبي هريرة أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها، فنالت أصابعه بللا، فقال ما هذا يا صاحب الطعام؟ قال: أصابته السماء يا رسول الله قال: أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس من غش فليس مني.

وفي رواية أخرى: من حمل علينا السلاح فليس منا، ومن غشنا فليس منا.

<sup>1</sup>ابن قدامة، نفس المرجع السابق، ص124

<sup>2</sup> Moeljatno, "Asas-asas Hukum Pidana", Rineka Cipta, Jakarta, 2000M.

وجه الاستدلال بالحديث الشريف

الغاش أو المخادع ليس على هدي الإسلام وجميل طريقته في النصح والصدق والأمانة، وهذا دليل واضح على منع التغيير شرعا وعقلا وواقعا.<sup>1</sup>

7 - عن عبد الله قال: لعن الله الواشمات والمستوشمات والنامصات والمتنمصات والمتفلجات للحسن المغيرات خلق الله، قال: فبلغ ذلك امرأة من بني أسد يقال لها أم يعقوب وكانت تقرأ القرآن فأنته فقالت: ما حديث بلغني عنك أنك لعنت الواشمات والمستوشمات والمتنمصات والمتفلجات للحسن المغيرات خلق الله، فقال عبد الله وما لي لا ألعن من لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في كتاب الله، فقالت المرأة لقد قرأت ما بين لוחي المصحف فما وجدته، فقال لئن كنت قرأتيه لقد وجدتيه، قال الله عز وجل وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا، فقالت المرأة فإني أرى شيئا من هذا على امرأتك الآن، قال: اذهبي فانظري، قال فدخلت على امرأة عبد الله فلم تر شيئا، فجاءت إليه، فقالت ما رأيت شيئا، فقال: أما لو كان ذلك لم نجتمعها.

وجه الاستدلال بالحديث الشريف

الوشم: التغيير بالأبرة ثم يحشى موضعه بالكحل فيخضر، والوشر نحت الأسنان حتى تنفلج وتحدد أطرافها، والنامصة التي تنتف الشعر من الوجه، والمتنمصة التي يفعل بها ذلك، وكل ذلك يعد تغييرا محرما.

8 - قاعدة لا ضرر، ولا ضرار.

لا ضرر: لا يجوز الإضرار بالغير ابتداء لا في نفسه ولا في ماله؛ لأن إلحاق الضرر بالغير ظلم، والظلم حرام في الإسلام حتى لو نشاء من فعل مباح.

<sup>1</sup> قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة 2010 م والصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ 2010/10/17 م. ص 65

ولا ضرار: أي لا يجوز مقابلة الضرر بالضرر، وعلى المتضرر مراجعة القضاء لرفع الظلم، وآثاره عنه، فلا يجوز شرعا معالجة الخطأ بالخطأ، فالغاية لا تبرر الوسيلة، وإنما تقررها.

والقاعدة من جوامع الأحكام، وهي نص حديث شريف بني عليها كثير من أبواب الفقه، كما يتفرع عنها قواعد فقهية؛ لتفعيلها في بعديها الوقائي والعلاجي، وهي قاعدة: "الضرر يزال"، وتعني وجوب رفع الضرر وترميم آثاره بعد الوقوع، وقاعدة: "الضرر يدفع بقدر الإمكان"، وتعني وجوب دفع الضرر قبل وقوعه؛ لأن الدفع أولى وأسهل من الرفع، وبالرجوع للحديث نجد أن كلمة ضرر نكرة في سياق النفي، والنكرة في سياق النفي يعم جميع أنواع الضرر الخاص والعام، المادي والمعنوي، الواقع والمتوقع.

قال الرازي في المحصول: "الضرر ألم القلب؛ لأن الضرب يسمى ضررا، وتقويت مصلحة الإنسان يسمى ضررا، والشتم، والاستخفاف يسمى ضررا، ولا بد من جعل اللفظ اسما لمعنى مشترك بين هذه الصور، وألم القلب معنى مشترك، فوجب جعل اللفظ حقيقة فيه."

ويشترط في الضرر أن يكون حقيقيا لا متوهما، وأن يكون فاحشا غير معتاد لا يمكن تحمله، أما ما كان يسيرا فيغتفر، كما يشترط أن يكون الضرر بغير حق، وأن يكون مخلا بمصلحة مشروعة، والتغيرير في النكاح يمنع؛ لاندراجه تحت هذا الأصل التشريعي العام.

المبحث الثاني : صور التغيير، وأنواعه

تتعدد أنواع التغيير وصوره، وسنشير إلى أهمها على النحو الآتي:

المطلب الأول : التغيير بالنية أو القصد

الزواج بنية الطلاق:

إذا تزوج الرجل المرأة وفي نيته طلاقها بعد أجل معلوم له، ولم تعلم به الزوجة أو وليها فهو نكاح يتعارض مع مقاصد الشريعة في النكاح، ويعد صورة من صور التغيير للزوجة وأوليائها، والزوج آثم شرعا بهذه النية، وإذا نفذ ما نوى ترتبت أحكام التغيير المقررة شرعا؛ لأن الضرر يدفع ويرفع بقدر الإمكان شرعا وعقلا وواقعا، وهل يقع هذا النكاح صحيحا ابتداءً أم لا؟<sup>1</sup>

ذهب جماهير الفقهاء ومنهم الحنفية والشافعية والحنابلة ورواية عن الإمام مالك والظاهرية إلى عدم وقوع الطلاق بكلام نفسي، أو نوى الرجل طلاق امرأته ولم ينطق به ، ودليلهم ما ثبت عن أبي هريرة، عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: قال الله عز وجل إذا هم عبدي بحسنة ولم يعملها كتبها له حسنة فإن عملها كتبها عشر حسنات إلى سبعمائة ضعف وإذا هم بسيئة ولم يعملها لم أكتبها عليه فإن عملها كتبها سيئة واحدة.<sup>2</sup>

وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إن الله تجاوز لأمتي ما حدثت به أنفسها ما لم يتكلموا أو يعملوا به.

والأدلة واضحة في ترتب الإثم على من عزم على المعصية بقلبه ووطن نفسه عليها، ولا يترتب عليها أثر ما لم تترجم نيته بقول أو عمل؛ لأن التكليف بالنية المجردة تكليف بما لا يطاق شرعا وعقلا وواقعا.

<sup>1</sup> صدر الشريعة عبيد الله، مختصر الوقاية مع شرحه، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان 1426 هـ.. ص99  
<sup>2</sup> الصنعاني، عبد الرزاق بن همام، المصنف، لأبي بكر الصنعاني، تحقيق حبيب الأعظمي، ط 2، المكتب الإسلامي، بيروت 1993 م. ص79

وروي عن الزهري، ورواه أشهب عن الإمام مالك أنه طلاق ، واحتجوا بما ثبت عن عمر أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: "إنما الأعمال بالنية وإنما لامرئ ما نوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة يتزوجها فهجرته إلى ما هاجر إليه."

والراجح رأي الجمهور؛ لأن إنما موضوعة للحصر تثبت المذكور وتتفى ما سواه فنقدير هذا الحديث أن الأعمال تحسب بنية ولا تحسب إذا كانت بلا نية، والأعمال حركات البدن فالمكلف به الفعل الذي هو كف النفس، ثم العزم والقصد والنية اسم للإرادة الحادثة لكن العزم المتقدم على الفعل والقصد المقترن به والنية المقترن به مع دخوله تحت العلم بالمنوي.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني : التغيير بالقول

التغيير الذي يكون مقرونا بالعقد على سبيل الشرط كان تتزوج المرأة رجلا على انه عربي أو موطن فإذا هو أجنبي، أو غني فإذا هو عاجز عن النفقة، أو على انه ابن فلان فإذا هو لقيط أو ابن زنا، أو على انه عفيف فإذا هو فاجر فاسق، فان لها الخيار في ذلك كله فان شاءت فرت وان شاءت قرت، فان اختارت الفرقة ولم يدخل بها فليس لها مهر ولا عليها عدة، وان دخل بها فلها مهر المثل بما استحل من فرجها، (29) ودليل ذلك ما يلي:

أولا - قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحَلِّي الصَّيِّدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ) المائدة: 1

وجه الاستدلال بالآية الكريمة:

الآية الكريمة تأمر بالوفاء بالعقود أمرا عاما مطلقا دون تعيين لنوع العقد، فدل ذلك على أن الأصل في العقود اللزوم إلا ما ورد من الشرع النهي عنه.

<sup>1</sup> • الماوردي، الأحكام السلطانية، المكتبة العصرية، بيروت 2010 م.ص144

ثانيا - قوله - صلى الله عليه وسلم "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا، أو أحل حراما، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا، أو أحل حراما".

وجه الاستدلال بالحديث الشريف

يبين الحديث صراحة أن الذي يحرم اشتراطه هو ما كان مناقضا للشرع، وأصوله الثابتة، وأما ما وراء ذلك فعلى الأصل وهو الإباحة واللزوم.

ثالثا - ورد أن امرأة اشترطت على زوجها في عقد زواجها، بأن تكون سكنها في دارها، ولما أراد الرجل نقلها إلى داره رفضت، فتقاضيا إلى عمر - رضي الله عنه - فقال: لها شرطها، فقال الرجل: إذن يطلقنا، فأجابه عمر بقوله: مقاطع الحقوق عند الشروط، ولها ما شرطت".<sup>1</sup>

وجه الاستدلال بالأثر:

يفيد الأثر صراحة أن الحقوق تتحدد بالشروط والعقود، وهو بعمومه شامل لكل شرط وعقد إلا ما خص بدليل.<sup>2</sup>

### المطلب الثالث : التغيير بالفعل والكتمان

أن يجد أحد الزوجين في الآخر عيبا خفيا، كأن يكون مصابا بمرض مزمن معد أو منفر كالبرص، والايذ، والجنون، أو قام بعمليات تجميل بقصد إخفاء العيوب أو تصغير السن، فإن كان بالزوج ثبت لها الخيار؛ لأن ما ثبت به الخيار إذا كان موجودا حال العقد ثبت به الخيار إذا حدث بعد العقد كالإعسار بالمهر والنفقة، وإن كان بالزوجة يثبت به الخيار؛ لأن ما ثبت به الخيار في ابتداء العقد ثبت به الخيار إذا حدث بعده كالعيب في الزوج، والخيار

<sup>1</sup>الماوردي، نفس المرجع السابق، ص146

<sup>2</sup>• الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط1. دار الكتاب الإسلامي 1313 هـ.ص53

في هذه العيوب على الفور؛ لأنه خيار ثبت بالعيب فكان على الفور كخيار العيب في البيع ولا يجوز الفسخ إلا عند الحاكم، وبحكم قضائي اكتسب الدرجة القطعية.

إذا ثبت هذا: فالأمراض تقسم إلى ثلاثة أقسام: قسم مشترك بين الزوجين، كالجنون، والجذام، والبرص، فإذا وجد أحد الزوجين بالآخر جنونا وإن انقطع أو كان قابلاً للعلاج ثبت له الخيار، والجنون زوال الشعور من القلب مع بقاء الحركة والقوة في الأعضاء ويستثنى من ذلك المنقطع الخفيف الذي يطرأ في بعض الزمان، أو وجد أحد الزوجين بالآخر جذاماً وهو علة يحمر منها العضو ثم ينقطع ثم يسود ثم ينقطع ويتناثر ويتصور ذلك في كل عضو لكنه في الوجه أغلب، أو برصاً وهو بياض شديد يبقع الجلد ويذهب دمويته ثبت الخيار هذا إذا كانا مزمنين بخلاف غيرهما من أوائل الجذام والبرص لا يثبت به، وحكم أهل المعرفة والاختصاص من الأطباء وقولهم معتمد لدى القضاء في توصيف الأمراض وبيان أثرها، وعلى ذلك يبني القاضي حكمه.<sup>1</sup>

وقسم مختص بالزوجة، كأن تكون الزوجة رتقاء، أو قرناء بأن انسد محل الجماع منها في الأول بلحم، وبالتالي بعظم في الأصح، وقيل بلحم، وعليه فالرتق والقرن يثبت بهما الخيار، وليس للزوج إجبار الرتقاء على شق الموضع، وإن شقته وأمكن الوطء فلا خيار.<sup>2</sup>

وقسم مختص بالزوج، كأن يكون الزوج عنيماً وهو العاجز عن الوطء في القبل وسمي عنيماً للين ذكره وانعطافه مأخوذ من عنان الدابة للينه، أو مجبواً وهو مقطوع جميع الذكر، أو لم يبق منه قدر الحشفة أما إذا بقي منه ما يولج قدرها فلا خيار لها.

أقوال الفقهاء في التفريق للعيوب:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى فريقين:

<sup>1</sup> الشوكاني، السيل الجرار، دار ابن حزم ط 1، بيروت 2004 م. ص 66  
<sup>2</sup> الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي معوض وعادل أحمد، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت 1997 م. ص 79

الأول - ذهب جماهير الفقهاء إلى أن للمتضرر أن يطلب من القاضي فسخ النكاح بسبب الأمراض النفسية، أو العقلية، أو المعدية، أو المنفرة ومنهم المالكية والشافعية والحنابلة وبعض الحنفية، وبه قال عمر وابن عمر وابن عباس وأبو ثور.

جاء في شرح فتح القدير: "لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بعيب في الآخر كائنا من كان عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا خيار للزوج بعيب في المرأة ولها هي الخيار بعيب فيه من الثلاثة الجنون، والجذام، والبرص." <sup>1</sup>

وجاء في المدونة الكبرى: "إن تزوج رجل امرأة فأصابها معيبة من أي العيوب يردها؟

قال مالك: يردها من الجنون، والجذام، والبرص، والعيب الذي في الفرج."

وجاء في بداية المجتهد: "اختلف العلماء في موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين وذلك في موضعين أحدهما: هل يرد بالعيوب أو لا يرد؟ والموضع الثاني: إذا قلنا إنه يرد فمن أيها يرد وما حكم ذلك؟ فأما الموضع الأول فإن مالكا والشافعي وأصحابهما قالوا: العيوب توجب الخيار في الرد أو الإمساك، وقال أهل الظاهر: <sup>2</sup> لا توجب خيار الرد والإمساك وهو قول عمر بن عبد العزيز، وسبب اختلافهم شيان أحدهما: هل قول صاحب حجة؟ والآخر: قياس النكاح في ذلك على البيع، فأما قول صاحب الوارد في ذلك فهو ما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص وفي بعض الروايات أو قرن فلها صداقها كاملا

وذلك غرم لزوجها على وليها، وأما القياس على البيع فإن القائلين بموجب الخيار للعيوب في النكاح قالوا النكاح في ذلك شبيه بالبيع وقال المخالفون لهم ليس شبيها بالبيع لإجماع المسلمين على أنه لا يرد النكاح بكل عيب ويرد به البيع.

<sup>1</sup> الكاساني، نفس المرجع السابق ، ص82

<sup>2</sup> • القفال أشاشي، محمد حليلة العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، تحقيق د. ياسين درادكة، ط 1، دار الباز مكة المكرمة 1988 م. ص46



وأما الموضع الثاني في الرد بالعيوب فإنهم اختلفوا في أي العيوب يرد بها وفي أيها لا يرد وفي حكم الرد فاتفق مالك والشافعي على أن الرد يكون من أربعة عيوب الجنون والجذام والبرص وداء الفرج الذي يمنع الوطء إما قرن أو رتق في المرأة أو عنة في الرجل أو خصاء، واختلف أصحاب مالك في أربع في السواد والقرع وبخر الفرج وبخر الفم فقيل ترد بها وقيل لا ترد وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري لا ترد المرأة في النكاح إلا بعيبين فقط القرن والرتق <sup>1</sup>.

وجاء في المغني: " خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين لعيب يجده في صاحبه في الجملة. "

واستدل الجمهور على رأيهم بما يلي:

أ - قوله تعالى: (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) البقرة: 229

وقوله تعالى: (فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا) الطلاق: 2

وجه الاستدلال بالآيات الكريمات:

<sup>1</sup>القفال أشاشي، نفس المرجع السابق ، ص49

الإمساك بالمعروف لا يتحقق مع الأمراض المعدية والمنفرة، وهي توجب التسريح باحسان منعا للضرر الواقع<sup>1</sup> أو المتوقع؛ لأن المتوقع كالواقع شرعا وعقلا وواقعا، والضرر يجب أن يدفع بقدر الإمكان.

ب - ثبت عن أبي هريرة أنه قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم " لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر، وفر من المجذوم كما تفر من الأسد. " .

وجه الاستدلال بالحديث:

الجدام وهو بضم الجيم وتخفيف الذال المعجمة علة يحمربها اللحم ثم ينقطع ويتناثر، وقوله لا عدوى هو اسم من الإعداء يقال أعداه الداء يعديه إعداء، وهو أن يصيبه مثل ما يصاحب الداء، وكانوا يظنون أن المرض بنفسه يعدي، فأعلمهم النبي - صلى الله عليه وسلم - أن الأمر ليس كذلك، ولا طيرة بكسر الطاء وفتح الياء وقد تسكن هي التشاؤم بالشيء، وهو مصدر تطير يقال تطير طيرة من الطير والظباء وغيرهما، وكان ذلك يصدهم عن مقاصدهم فنفاه الشرع وأبطله ونهى عنه، وأخبر أنه ليس له تأثير في جلب نفع أو دفع ضرر، وقوله ولا هامة: الهامة الرأس واسم طائر وهو المراد في الحديث وذلك أنهم كانوا يتشاءمون بها وهي من طير الليل وقيل هي البومة، وقوله ولا صفر كانت العرب تزعم أن في البطن حية يقال لها الصفر تصيب الإنسان إذا جاع وتؤذيه، وإنها تعدي فأبطل الإسلام ذلك، وقوله فر من فر يفر من باب ضرب يضرب،، وقوله كما تفر كلمة ما مصدرية أي كفرارك من الأسد، والأمر يفيد الوجوب ويثبت خيار طلب فسخ النكاح بسبب هذا المرض وغيره من الأمراض المشتركة بنفس المعنى بطريق القياس.

<sup>1</sup>• النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ط 2، مؤسسة قرطبة 1994 م.ص312

ج - روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - تزوج امرأة من غفار، فلما دخل عليها وجد بكشحها بياضا، فقال ضمي إليك ثيابك، ولم يأخذ مما آتاها شيئا. "وفي رواية" فرد نكاحها، وقال: دلستم علي

وجه الاستدلال بالحديث:

الحديث صريح في الفسخ، فالراوي نقل الحكم وهو الرد، ونقل السبب وهو وجود البياض في جنبها، فوجب أن يتعلق الحكم بهذا السبب متى وجد.<sup>1</sup>

د - عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب قال: "أيما امرأة غريها رجل بها جنون، أو جذام، أو برص فلها مهرها بما أصاب منها، وصادق الرجل على وليها الذي غره."

وذهب الحنفية إلى أن النكاح لا يفسخ بالعيب أصلا، لكن إن كان الرجل مجنونا أو عنينا، أو مجبوبا ثبت لها خيار الفرقة؛ لأن المقصود الشرعي للنكاح لا يثبت مع هذه العيوب، وبقية العيوب غير مخلة فافترقا، ويكون طلاقا بائنا لا فسحا، ولا يثبت الخيار للرجل؛ لأن بيده الطلاق، ومنع الظاهرية التفريق مطلقا بسبب العيوب فلا يجوز للحاكم ولا لغيره التفريق بالعيوب، ولا أن يؤجل له أجلا وهي امرأته إن شاء طلق وإن شاء أمسك، واستدلوا على ذلك بما يلي:<sup>2</sup>

أ - الأصل عدم الخيار، ومن يدعي خلاف الأصل فعليه الدليل.

ب - قال علي - رضي الله عنه "أيما رجل تزوج امرأة مجنونة، أو جذماء، أو بها برص، أو بها قرن فهي امرأته إن شاء أمسك وإن شاء طلق".

المناقشة والترجيح:

يترجح لدينا رأي جمهور الفقهاء للأسباب الآتية:

<sup>1</sup> النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ط 2، مؤسسة قرطبة 1994 م.  
<sup>2</sup> قلوبوي وعميرة، حاشيتان على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للنووي، ط 1، دار الفكر بيروت 1998 م. ص 121

1 - قوة الأدلة من القرآن والسنة وأقوال الصحابة والمعقول، واتفاقها مع قواعد الشريعة العامة، ومنها قاعدة دفع الضرر، والعدل، والمصلحة، وحيثما تحققت المصلحة المعتبرة شرعا فثمّ شرع الله ودينه.

2 - المقصد الشرعي الرئيس من تشريع الزواج تحقيق الإحصان، وهو لا يتحقق بين الزوجين مع وجود الأمراض المعدية أو المنفرة أو التي تحول دون الاتصال الجنسي.

3 - التغيير محرم شرعا، ومن غرّ فعليه مسؤوليّة تغييره شرعا وعقلا وواقعا.<sup>1</sup>

### المبحث الثالث : طرق إثبات التغيير

التغيير يحتاج إلى توثيق وتثبيت لدى المحاكم المختصة، لأن المدعى عليه قد يجدد محل التغيير، علما أن الأصل شرعا وقانونا أن يقوم المدعى بإثبات التغيير، ومحلّه لدى المحكمة المختصة أصولا، وبعد تحقق المحكمة من استكمال الدعوى لأركانها المقررة شرع وقانونا وأن التغيير قد وقع من المدعى عليه، وهو بكامل قواه العقلية، ترسل المحكمة إعلاما بذلك للمدعى عليه يشتمل على لائحة الدعوى وموعد المحاكمة، وتطلب من المدعى عليه الرد على لائحة الدعوى، فإن أنكر كلف المدعي بإثبات دعواه أصولا. والتغيير يثبت بوسائل الإثبات الشرعية القديمة والحديثة، وفيما يلي بيانها في الفروع الآتية:

### المطلب الأول : الإقرار.

أولا - الإقرار لغة واصطلاحا: تفيد قواميس اللغة العربية أن الإقرار هو الإثبات من قرّ بالشيء، يقر به، وأقر بالحق اعترف به مأخوذ من المقر، وهو المكان كأن المقر جعل الحق في موضعه، ويقال أقررت الكلام لفلان إقرارا، أي بينته حتى عرفه.

<sup>1</sup>قليوبي وعميرة، نفس المرجع السابق، ص123

وفي اصطلاح الفقهاء: إخبار بالحق في مجلس القضاء على وجه ينفي عن المقر التهمة والريبة، إلا أنه ليس إخباراً محضاً، وإنما هو إخبار من وجه، وإنشاء من وجه. وصورته أن يخبر المدعى عليه في مجلس القضاء أنه غرر المدعي، ويحدد واقعة التغيرير، ووسيلته، وزمانه، ومكانه، وكيفيته، وأنه كان بكامل الأهلية، وقاصداً تغيرير المدعى عليه بزواج صحيح متكامل الأركان والشروط؛ لتحقيق هدف سعى لتحصيله من هذا الزواج.<sup>1</sup> وقد ثبت الإقرار بأدلة كثيرة نذكر منها:

1 - {وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَكُمْ لَا تَسْفِكُونَ دِمَاءَكُمْ وَلَا تُخْرِجُونَ أَنْفُسَكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ ثُمَّ أَقْرَرْتُمْ وَأَنْتُمْ تَسْهَدُونَ} [البقرة: 84]

2 - {بَلَى مَنْ كَسَبَ سَيِّئَةً وَأَحَاطَتْ بِهِ خَطِيئَتُهُ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ} [البقرة: 81]

3 - {وَآخِرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ خَلَطُوا عَمَلًا صَالِحًا وَآخَرَ سَيِّئًا عَسَى اللَّهُ أَنْ يَتُوبَ عَلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ} [التوبة: 102]

4 - {وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِي آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَى أَنْفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَى شَهِدْنَا أَنْ تَقُولُوا يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِنَّا كُنَّا عَنْ هَذَا غَافِلِينَ} [الأعراف: 172]

5 - قوله - صلى الله عليه وسلم "واغد يا أنيس على امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها فغدا عليها فاعترفت فرجمها"

6 - أجمعت الأمة على صحة الإقرار<sup>2</sup>؛ لأن العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها.

<sup>1</sup> العكبري، الحسين بن محمد، رؤوس المسائل الخلافية على مذهب الإمام أحمد، تحقيق عبد الملك بن دهيش، ط 1، مكتبة الأسدي، مكة 1428 هـ.ص 60

<sup>2</sup> Siti Musdah Mulia, "Pandangan Islam tentang Poligami", Lembaga Kajian Agama

7 - البينة العادلة مظهرة للحق؛ لأن الإنسان لا يقر على نفسه كذبا، فكان القضاء بالإقرار قضاء بالحق، والإقرار أكد من الشهادة، فإن المدعى عليه إذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة، وإنما تسمع إذا أنكر. <sup>1</sup>

شروط الإقرار:

يشترط في الإقرار ما يلي:

- أ - أن يكون المقر عاقلا مختارا، فلا يصح الإقرار من المجنون، والمعتوه، والمغمى عليه، والنائم، والمكره.
- ب - أن يكون الإقرار معبرا عن إرادة المقر صراحة، أو دلالة، ومتفقا مع موضوع الدعوى، أي منتجا لها.
- ج - ألا يكذب ظاهر الحال الإقرار.
- د - أن يكون المقر له ممن يثبت له الحق، أي أن تكون له أهلية وجوب، فلا يصح الإقرار بدين لبهيمة.
- هـ - أن لا يكذب المقر له المقر في إقراره. <sup>2</sup>

والإقرار حجة قاصرة على المقر؛ لأنه شهادة على النفس، وهو أقوى أدلة الإثبات.

ويقسم الإقرار إلى قسمين:

الأول - الإقرار القضائي: وهو اعتراف الخصم، أو من ينوب عنه إذا كان مأذونا له بالإقرار بواقعة أدعي بها عليه، وذلك أمام القضاء أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة.

<sup>1</sup> أبو يعلى القاضي، المسائل الفقهية من كتاب الروابيتين والوجهين، ط 1، تحقيق عبد الكريم اللاحم، مكتبة المعارف، الرياض 1985 م. ص 96

<sup>2</sup> نفسه، ص 98

والثاني - الإقرار غير القضائي: وهو الذي يقع في غير مجلس الحكم، أو يقع في مجلس الحكم في غير الدعوى التي أقيمت بالواقعة المقر بها.

وحكم الإقرار: ثبوت الحق المقر به في ذمة المقر لغيره، وليس إثبات هذا الحق بواسطة الإقرار ابتداءً، أي أن الإقرار كشف لنا عن ثبوت الحق في ذمة المقر في الماضي بسبب من الأسباب الشرعية غير الإقرار.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني : الشهادة

أولاً - الشهادة لغة: تفيد قواميس اللغة العربية، أن للشهادة عدة معان هي:

أ - الإطلاع على الشيء ومعاينته، تقول: شهدت كذا، أي اطلعت عليه، وعاینته.

ب - الحضور، تقول: شهد المجلس، أي حضره.

ج - العلم: تقول: أشهد أن لا إله إلا الله، أي أعلم وأبين.

د - الإخبار بالشيء خبراً قاطعاً، تقول: شهد فلان على كذا، أي أخبر به خبراً قاطعاً.

هـ - الحلف، تقول: أشهد بالله لقد كان كذا، أي أحلف.<sup>2</sup>

والشهادات جمع شهادة، وتجمع باعتبار أنواعها، وإن كانت في الأصل مصدراً.

ثانياً: الشهادة اصطلاحاً:

عرفت المجلة الشهادة في المادة (1684) وجاء فيها:

<sup>1</sup> البهوتي، كشاف القناع، تحقيق إبراهيم أحمد، ط 2، مكتبة الباز، السعودية 1997 م. ص 99  
<sup>2</sup> ابن رشد، بداية المجتهد، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت 2009 م. ص 155

الإخبار بلفظ الشهادة. يعني يقول أشهد بإثبات حق أحد الذي هو في ذمة الآخر في حضور القاضي، ومواجهة الخصمين، ويقال للمخبر شاهد، ولصاحب الحق مشهود له، وللمخبر عليه مشهود عليه، وللحق مشهود به.

ثالثاً: العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي.

تبين بوضوح أن كلمة أشهد تجمع عدة معان، لا تحتويها كلمة أخرى، وهي: الحضور، والعلم، والإخبار القاطع، وكل هذه المعاني لا بد منها؛ لقبول الشهادة من الشاهد؛ ولهذا ذهب جماهير الفقهاء ومنهم الحنفية، والشافعية، والحنابلة إلى جعل كلمة أشهد من أركان الشهادة؛ لعدم وجود كلمة أخرى تشتمل على مضامين الشهادة المقبولة شرعاً.<sup>1</sup>

رابعاً: حكم الشهادة.

الشهادة فرض على الكفاية، يحملها بعض الناس عن بعض كالجهاد، إلا في موضع ليس فيه من يحمل ذلك ففرض عين، ودليل وجوبها، قول الله تعالى: (وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ) (البقرة: من الآية 283)

والشهادة أمانة، يجب أداؤها عند طلبه كالوديعة، فإن عجز عن إقامتها، أو تضرر بها، لم تجب عليه؛ لقوله تعالى: (وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ) (البقرة: من الآية 282)

ومن له الكفاية من المال، فليس له أخذ الجعل أو الأجر على الشهادة؛ لأنه أداء فرض، فإن فرض الكفاية، إذا قام به البعض وقع منه فرضاً، ومن لم تكن له كفاية، ولا تعينت عليه، حل له أخذه.

<sup>1</sup>ابن رشد، نفس المرجع السابق ، ص156



والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والإظهار؛ لأنه بين حسبتين: إقامة الحد، والتوقي عن الهتك، والستر أفضل.

وصورة الشهادة في التغيير: أن يشهد عدلان من الرجال، أو رجل وامرأتان في مجلس القضاء على وقوع التغيير من الزوج أو الزوجة أو طرف ثالث كولي الزوجة مع بيان مكان التغيير ومحل وزمانه ومكانه وكيفته، وإن يتم التطابق بين شهادة الشهود؛ لتكون الشهادة منتجة، وأن تنتفي التهمة عن الشهود؛ لأن التهمة تنقض أو تبطل الشهادة.<sup>1</sup>

### المطلب الثالث : السجل والتوقيع الإلكتروني.

العصر الذي نعيش فيه يسمى بعصر التقنية، وأصبحت التعاملات الإدارية، والتنظيمية تتم إلكترونياً باستخدام أجهزة التقنية، كالحاسب الآلي، والانترنت، وتوجد صعوبة في إثبات التعاملات الإلكترونية، مما استدعى كثيراً من الدول؛ لإيجاد التشريعات المنظمة لذلك، ومن هذه الدول، دول أوروبا، وأمريكا، والصين، وروسيا، واليابان، وماليزيا، ومن البلاد العربية، السعودية، ومصر، والإمارات، والأردن، وتونس، وغيرها.

وقبل الحديث عن حجية السجل الإلكتروني، وكذلك التوقيع الإلكتروني فلا بد من تحديد مفهوم السجل الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني من خلال القوانين المعمول بها في دول العالم بشكل عام، والإسلامي بشكل خاص وهي متقاربة في الجملة، ومن ثم تأصيلها الفقهي والشرعي.

أولاً - تحديد مفهوم السجل الإلكتروني:

جاء في قانون المعاملات الإلكترونية الجزائري ما يلي:

<sup>1</sup> ابن قدامة، المغني، تحقيق عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، ط 4، دار عالم الكتب، السعودية 1999 م.ص59

- 1 - السجل الإلكتروني: هو القيد، أو العقد، أو رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها، أو إرسالها، أو تسلمها، أو تخزينها بوسائل الكترونية.
- 2 - المعاملات الإلكترونية: هي المعاملات التي تنفذ بوسائل الكترونية.
- 3 - والوسائل الإلكترونية: هي وسائل كهربائية، أو مغناطيسية، أو ضوئية، أو أكترو مغناطيسية، أو أي وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها.<sup>1</sup>
- 4 - وتبادل البيانات الإلكترونية: يعني نقل المعلومات الكترونيا من شخص إلى آخر باستخدام نظم معالجة المعلومات، والمعلومات تشمل البيانات، والنصوص، والصور، والأشكال، والأصوات، والرموز، وقواعد البيانات، وبرامج الحاسوب وما شابه ذلك. 5 - رسالة المعلومات: تعني المعلومات التي يتم إنشاؤها، أو إرسالها، أو تسلمها، أو تخزينها بوسائل الكترونية، أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ الرقمي.

ثانيا - تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني.

التوقيع الإلكتروني: هو البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل الكتروني، أو رقمي، أو ضوئي، أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات، أو مضافة عليها أو مرتبطة بها، ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من اجل توقيعه، وبغرض الموافقة على مضمونه.<sup>2</sup>

وعلى هذا يفترض أن التوقيع قد وضع من قبل الموقع؛ للتدليل على موافقته على مضمون المحرر، أو السجل، أو أنه قد وضعه الشخص المحدد في شهادة التصديق الرقمي، وبحسب

<sup>1</sup>ابن قدامة، نفس المرجع السابق ، ص60

<sup>2</sup> Kompilasi Hukum Islam, Hukum Perkawinan, Kewarisan dan Perwakafan, Nuansa Aulia, Bandung, 2008M.

الغرض المحدد فيها، كما يفترض أن السجل لم يطرأ عليه تغيير منذ وضع التوقيع الإلكتروني عليه.

وتتعدد صور التوقيع الإلكتروني وتتطور مع الزمن، ومنها:

أ - التوقيع الكودي أو السري: ويكون باستخدام مجموعة من الأرقام أو الحروف أو كليهما يختارها صاحب التوقيع؛ لتحديد شخصيته، ولا تكون معلومة إلا منه هو فقط، ومن يبلغه بها، وغالبا ما يرتبط هذا التوقيع بالبطاقات البلاستيكية والممغنطة وغيرها من البطاقات الحديثة المزودة بذاكرة الكترونية، وينتشر استعمال هذه الطريقة من التوقيع في عمليات المصارف، والدفع الإلكتروني بصفة عامة.<sup>1</sup>

ب - التوقيع البيومتري: ويعتمد هذا التوقيع على الصفات الخاصة بالإنسان، كبصمة اليد، أو العين، أو الصوت، بعد أن تخزن المعلومات الخاصة بذلك بطريقة مشفرة في ذاكرة الحاسب الآلي؛ لتتم المطابقة بعد ذلك بين صفات المستخدم، والصفات المخزنة.

ج - التوقيع الرقمي: وتتم الكتابة الرقمية للتوقيع ولمحتوى المعاملة عن طريق التشفير الذي يتم باستخدام مفاتيح سرية، وطرق حسابية معقدة.

ثالثا - التأصيل الفقهي والشرعي للسجل والتوقيع الإلكتروني.

اختلف الفقهاء في حصر طرق الإثبات، وإطلاقها إلى فريقين:

الأول - ذهب جماهير الفقهاء ومنهم الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة إلى أن طرق الإثبات محصورة في عدد معين مع اختلافهم في العدد، وهي الطرق التي ورد فيها نص شرعي صراحة، أو دلالة، فلا يقبل غيرها في إثبات الدعوى، ولا يجوز للقاضي أن يحكم إلا

<sup>1</sup> المرغيناني، الهداية، تحقيق محمد ثامر وحافظ عاشور، ط 1، دار السلام، مصر 2000 م. ص 159

بناء عليها، والذي دفعهم لذلك التحوط في حفظ الحقوق، وعدم فتح الباب أمام الظلمة من الحكام؛ للتسلط على أموال الناس، وحقوقهم بطرق واهية ضعيفة لا أساس لها من الشرع.

قال ابن نجيم الحنفي: "الحجة: بينة عادلة، أو إقرار، أو نكول عن يمين، أو يمين، أو قسامة، أو علم القاضي بعد توليته، أو قرينة قاطعة" .<sup>1</sup>

وقال ابن رشد المالكي: "القضاء يكون بأربع: الشهادة، واليمين، والنكول، والإقرار" .

والثاني - يرى أن طرق الإثبات ليست محصورة في عدد معين، بل تشمل كل ما يثبت به الحق؛ وعلى هذا الأصل للخصوم أن يقدموا الوسائل التي تثبت الحق، وتقع المحكمة، وللقاضي أن يقبل من الأدلة ما ثبت منها لديه بعد وزن البيئات المقدمة في الدعوى، وعلى هذا الأصل يتخرج السجل أو المحرر الإلكتروني، وكذلك التوقيع الإلكتروني، كوسيلة معاصرة في إثبات الحقوق لدى القضاء.

قال ابن فرحون المالكي: "البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، وسمى النبي - صلى الله عليه وسلم - الشهود بينة؛ لوقوع البيان بقولهم، وارتفاع الإشكال بشهادتهم" .

وقال الشيرازي الشافعي: "ويقع البيان بالقول، ومفهوم القول، والفعل، والإقرار، والإشارة والكتابة، والقياس" .

وقال ابن القيم: "البينة في كلام الله، ورسوله، وكلام الصحابة اسم لكل ما يبين الحق، فهي أعم من البينة في اصطلاح الفقهاء حيث خصوها بالشاهدين، أو الشاهد واليمين، ولا حرج في الاصطلاح ما لم يتضمن حمل كلام الله، ورسوله عليه، فيقع بذلك الغلط في فهم النصوص، وحملها على غير مراد المتكلم منها"<sup>2</sup>

حجية السجل والتوقيع الإلكتروني:

<sup>1</sup> الموصلي عبد الله بن محمد، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق شعيب الأرنؤوط ورفاقه، ط 1، الرسالة العالمية، دمشق 1430 هـ.ص166  
<sup>2</sup> أبو يعلى القاضي، الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية ط 2، بيروت 2006 م.ص87

تبين لنا دقة وصحة ما ذهب إليه المحققون من الفقهاء، كابن تيمية، وابن فرحون، وابن القيم، أن البينة تشمل كل ما يثبت الحق وبيئته؛ وهذا أمر مؤصل في أدلة كثيرة من القرآن والسنة نص عليها هذا الفريق في كتبهم المتخصصة في القضاء، والسياسة الشرعية، وبناء على ذلك نستطيع القول إن الفقه الإسلامي يستوعب كل ما يتوصل إليه علماء العصر من تقنية في مجال إثبات الحقوق، ومنع الجرائم ما دامت البينة قاطعة في إثبات الحقوق التي لا تثبت إلا بأدلة قطعية، أو ظنية في الحقوق التي تثبت بأدلة ظنية، أما الأدلة التي تفيد الشك والوهم والتردد شرعا وعقلا وواقعا، فلا يبنى عليها حكم أو قرار.<sup>1</sup>

إذا ثبت هذا: فإن المحرر الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني، يأخذ حكم البينات الخطية بنوعيتها الرسمي، والعادي، كل وفق موضوعه وجهة اختصاصه، ويعطي الفقه الإسلامي السلطة التقديرية المقيدة بالمصلحة والعدل إلى القضاء، وفيما يلي بيان ذلك:

أ - الكتابة دليل من أدلة الإثبات، سواء أكانت عادية، أم الكترونية، رسمية، أم عرفية.  
 ب - السندات الرسمية هي التي ينظمها الموظفون الذين من اختصاصهم تنظيمها طبقاً للأوضاع القانونية، ويحكم بها دون أن يكلف مبرزها إثبات ما نص عليه فيها، ويعمل بها ما لم يثبت تزويرها، أي حجة قاطعة فيما نظمت لأجله، ولا تقبل الطعن إلا بالتزوير، وهذا يشمل الوثائق التي تصدر عن الحكومات الإلكترونية.<sup>2</sup>

ج - السند العادي: هو الذي يشتمل على توقيع من صدر عنه، أو على خاتمه، أو بصمة إصبعه، وليست له صفة السند الرسمي، ومن احتج عليه بسند عادي وكان لا يريد أن يعترف به وجب عليه أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط، أو توقيع، أو خاتم، أو بصمة أصبع وإلا فهو حجة عليه بما فيه.

<sup>1</sup> أبو يعلى القاضي، نفسالمرجع السابق، ص 88

<sup>2</sup> الموصلي عبد الله بن محمد، نفس المرجع السابق، 168

د - تكون للرسائل قوة الإسناد العادية من حيث الإثبات، ما لم يثبت موقعها انه لم يرسلها ولم يكلف أحداً بإرسالها، وتكون للبرقيات هذه القوة أيضاً إذا كان أصلها المودع في دائرة البريد موقعاً عليه من مرسلها، وتكون لرسائل الفاكس، والتلكس، والبريد الإلكتروني قوة السندات العادية في الإثبات، وتكون رسائل التلكس بالرقم السري المتفق عليه بين المرسل والمرسل إليه حجة على كل منهما، وتكون لمخرجات الحاسوب المصدقة، أو الموقعة قوة الإسناد العادية من حيث الإثبات، ما لم يثبت من نسبت إليه انه لم يستخرجها أو لم يكلف أحداً باستخراجها.<sup>1</sup>

ويشترط في المستند الإلكتروني الذي يثبت التغيير؛ ليأخذ الأحكام السابقة ما يلي:

- 1 - إمكانية القراءة، أي أن تكون الرسالة معبرة عن محتواها.
  - 2 - القدرة على الاحتفاظ بالمعلومات؛ لإمكان الرجوع إليها عند الحاجة.
  - 3 - عدم القابلية للتعديل، أي عدم قابلية المحرر الإلكتروني للتعديل والتغيير، ويهدف هذا الشرط إلى إضفاء عنصر الثقة والأمان على المحرر الإلكتروني حتى يمكن الاعتماد عليه ومنحه الحجة الشرعية والقضائية.
- وإذا استوفت المستندات الإلكترونية الشروط السابقة أصبحت حجة، كالدليل الكتابي الذي يتمتع بالحجية في الإثبات.

#### المطلب الرابع : نكول المدعى عليه، ويمين المدعية.

يكلف المدعي بالتغيير بإثبات دعواه، إذا أنكر المدعى عليه التغيير في النكاح؛ لأن جانب المدعي ضعيف؛ لأنها يدعي خلاف الظاهر، فكانت الحجة القوية واجبة عليه؛ ليتقوى بها جانبه الضعيف، والحجة القوية هي البينة، وجانب المدعى عليه قوي؛ لأن الأصل عدم

<sup>1</sup>• الدردير، الشرح الصغير، وزارة الأوقاف، دولة الإمارات 1989 م، ص96

التغريب فاكتفي منه بالحجة الضعيفة، وهي اليمين وهذا أصل يستند إلى أدلة كثيرة نذكر منها:

1 - {أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَفْطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ وَانْفُوا اللَّهُ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ} [البقرة: 282]

2 - {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْفِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّوا أَوْ تَعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا} [النساء: 135]

3 - جاء رجل من حضرموت، ورجل من كندة إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال الحضرمي: يا رسول الله إن هذا غلبنى على أرض لي، فقال الكندي: هي أرضي، وفي يدي ليس له فيها حق، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم للحضرمي: "ألك بينة؟ قال: لا، قال: فلك يمينه، قال: يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يبالى على ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء، قال: ليس لك منه إلا ذلك، قال: فانطلق الرجل؛ ليحلف له، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لما أدبر لئن حلف على مالك؛ ليأكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض."

إذا ثبت هذا: فإن قطع الخصومة حق للمدعي على المدعى عليه، فلو حلف المدعى عليه؛ لانقطعت الخصومة فإذا نكل، فقد ذهب الحنفية ومن معهم إلى القضاء بالنكول، وذهب الشافعية وقول للمالكية، إلى القضاء بالنكول ويمين طالب الدعوى أي المدعي، وذهب الحنابلة والظاهرية إلى عدم القضاء بالنكول.<sup>1</sup>

جاء في كتاب الهداية: "وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول، وألزمه ما أدعي عليه، وقال الشافعي - رحمه الله لا يقضى به، بل يرد اليمين على المدعي فإذا حلف يقضى به؛ لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة، والترفع عن الصادقة، واشتباه الحال، فلا ينتصب حجة مع الاحتمال، ويمين المدعي دليل الظهور، فيصار إليه ولنا أن النكول دل على كونه باذلاً، أو مقراً إذ لولا ذلك؛ لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه، فترجح هذا الجانب، ولا وجه لرد اليمين على المدعي".

وقال النووي: "إذا أنكر المدعى عليه، واستحلف، فنكل عن اليمين لم يقض عليه بالنكول بل ترد على المدعي، فإن حلف قضى له".

وقال ابن القيم: "وإن نكل عن اليمين فمن قضى عليه بالنكول قال: النكول إقرار أو بذل وهذا جيد إذا كان المدعى عليه هو الذي يعرف الحق دون المدعي، قال عثمان لابن عمر تحلف أنك بعتة، وما به عيب تعلمه، فلما لم يحلف قضى عليه، وأما الأكثرون فيقولون إذا نكل ترد اليمين على المدعي، فيكون نكول الناكل دليلاً، ويمين المدعي دليلاً ثانياً، فصار الحكم بدليلين".<sup>2</sup>

والراجح في نظري القضاء بالنكول واليمين معاً؛ لتحقيق غلبة الظن بالنكول واليمين معاً، يؤيد ذلك ما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عن النبي - صلى الله عليه وسلم -

<sup>1</sup> القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بو خيزه، ط 1، دار الغرب الإسلامي 1994 م.ص 36  
<sup>2</sup> النووي، روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد وعلي معوض، عالم الكتب، السعودية 2003 م.ص 46



قال: "إذا ادعت المرأة طلاق زوجها، فجاءت على ذلك بشاهد عدل استحلف زوجها، فإن حلف بطلت شهادة الشاهد، وإن نكل، فنكوله بمنزلة شاهد آخر، وجاز طلاقه".

## الفصل الثاني

التغير في عقد الزواج بين الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري

المبحث الأول : شروط التغير في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري

المطلب الأول : شروط التغير في الفقه الإسلامي

لا بد من أجل ثبوت خيار الفسخ للمغرور من توفر جملة من الشروط وهي:

1. جهل المغرور بالتغير وعدم علمه به، لأن المغرور إبرام العقد لا تضمنه إنه عقد سليم فإذا ما اكتشف إنه كان محلاً للتغير دون علمه، ثبت له خيار فسخ العقد لأن رضاه شابه عيب لذا يفسخ العقد لدفع الضرر عنه أما إذا علم بالتغير فهنا يسقط حقه في الخيار لأنه رض ي بالضرر الواقع عليه .

2. أن يصدر التغير من أحد المتعاقدين أو من ينوبهم :حيث أقر جمهور الفقهاء حق خيار الفسخ للمغرور، إذا صدر التغير عن أجنبي أو من ينوبه، وكان متواطئاً مع المتعاقد الآخر وعلى علم به، أما إذا كان دون علمه فلا خيار للمغرور به وهو قول الجمهور

3. أن تكون أساليب التغير مؤثرة في العقد، أي تكون هذه الأساليب هي التي دفعت المغرور إلى إبرام عقد النكاح .<sup>1</sup>

4. أن يكون التغير غير ظاهراً، فإذا كان التغير ظاهراً يمكن للمغرور أن يكشف بسهولة، فإنه يسقط حقه في الخيار لأن التقصير منه في البحث والتقصي.

5. أن يكون التغير فاحشاً، أي أن المغرور قد لحقه ضرر حال دون كمال الاستمتاع، أو حال دون الاستمتاع كلياً مثل وجود عيب في أحد طرفي الحق، فهنا يثبت له خيار الفسخ

6. أن يكون التغير والوسائل التي استعملت فيه هي الدافع لإبرام العقد، أي يجب أن تكون مؤثرة فيه بحيث لولاها لما إبرام العقد .<sup>2</sup>

<sup>1</sup> ابن تيمية، السياسة الشرعية، دار الكتب العلمية، ط 1، بيروت 1998 م.ص79

<sup>2</sup> ابن رشد، بداية المجتهد، تحقيق علي معوض وعادل أحمد، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت 1996 م.ص95

7. أن يكون التغيرير سببا في فوات صفة مرغوب فيها، وإلا فلا خيار للمغرور به .

### **المطلب الثاني : شروط التغيرير في القانون الجزائري**

للتغيرير شروط ينبغي توافرها للقول بوجوده، بذلك سنتناول في هذا الموضوع الشروط التي من الواجب توافرها في التغيرير، لذا سنقسمه على وفق الآتي:

الشرط الأول: وجود تحايل غير مشروع، يتخلل هذا الشرط إلى عنصرين:

#### **1- العنصر المادي :**

ويتحقق ذلك بالقيام بأعمال أو اتخاذ مظاهر خارجية يعد القيام بها أو اتخاذها خطأ تقصيرا وقد يكون عن طريق الكذب الذي يكون كانيا للقول بوجود التغيرير متى ألبس هذا الكذب على المتعاقد الحقيقة عالية، فدفعه على التعاقد غشا، تضليلا كما ويتحقق التغيرير عن طريق مجرد الكتمان كذلك بكتمان ما يجب قوله وبالتالي يعد ذلك السكوت امتناعا غير مشروع وللكتمان شروط من الواجب توافرها للقول بتحقيق التغيرير عن طريقه وهي:<sup>1</sup>

\*ان الأمر المكتوم على درجة من الخطورة.

\*ان يكون العاقد المغرّر على علم به ويعتزم كتمانها.

\*ان يجهله العاقد المدلس عالية ولم يستطع ان يتبينه من طريق اخر<sup>2</sup>.

#### **2-العنصر النفسي (المعنوي):**

ويتمثل في نية التضليل للوصول إلى الغرض الغير مشروع، كاستظهار وقائع الاحتيال المكونة للتغيرير مسألة وقائع يستقل بها قاضي الموضوع، أما الفصل فيما إذا كانت هذه الوقائع تعد من الطرق الاحتمالية المكونة للتدليس او لا تعد كذلك فهو مسألة قانون تفصل

<sup>1</sup> زيدان، عبد الكريم، العقوبة في الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، ط 2، بيروت 1988 م.ص48

<sup>2</sup> ابن عبد البر، الاستذكار، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000 م.ص211

## الفصل الثاني : التغير في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي و قانون الاسرة الجزائري

فيه محكمة التمييز ومثال ذلك كتمان احد الزوجين عن الآخر عيبا فيه على درجة من الخطورة وهو يعلم ولديه نية إلى إيقاع المتعاقد الآخر في الغرر.

الشرط الثاني: أن يكون التغير هو الدافع إلى التعاقد.

لا يكفي لتحقق التغير المفسد للإرادة ان يكون هناك طرق وأساليب احتيالية اتخذها المغير، بل لابد بالإضافة إلى ذلك ان يؤدي هذا التحايل بإيقاع المتعاقد في غلط يؤثر في ارادته فيفسدها والمسألة في ذلك تعد مسألة واقع تخضع لسلطة القاضي التقديرية ليثبت فيها وفقا لحالة المتعاقد الشخصية، مسترشدا في ذلك بما تعارف عليه الناس في معاملاتهم، فذلك معيار شخصي يؤخذ فيه بحالة المتعاقد الشخصية. وفي رأي فريق الفقهاء أنه يجب التفرقة بين التغير الدافع وهو الذي يجعل العقد موقوفا وبين التغير غير الدافع وهو الذي يغري بقبول شروط أبهظ وهذا لا يكون سببا لتوقيف العقد.<sup>1</sup>

الشرط الثالث: أن يكون التغير صادراً من المتعاقد الآخر أو الغير.

ان الأصل في التغير ان يكون صادر من احد المتعاقدين او من نائب ولكن من الممكن صدور التغير من غير المتعاقدين كالممارسة

او الاولياء في الزواج، ولكن بشرط علم احد المتعاقدين بالتغير الصادر من الغير او ان يكون متواطئاً معه فيندفع به المتعاقد الآخر فليس للمتعاقد الذي وقع في الغرر ان يطالب بإبطال العقد إلا إذا اثبت ان العاقد الآخر كان على علم او من المفروض عليه حتما ان يعلم بهذا التغير.

<sup>1</sup>ابن عيد البر، نفس المرجع السابق ، ص212

**المبحث الثاني : التغيير في قوانين الأحوال الشخصية و آثار الزواج المشوب بالتغيير**

**المطلب الأول : التغيير في قوانين الأحوال الشخصية**

تعرضت قوانين الأحوال الشخصية إلى التغيير في النكاح بالنص عليه صراحة، ومن ذلك قانون الأحوال الجزائري الصادر في عام 2010م، واكتفت القوانين بذكر الإطار العام للتغيير، وما يرتبط به من أحكام، وفيما يلي ذكر ما جاء في قانون الأحوال الشخصية الجزائري، كنموذج للقوانين الحديثة المنظمة للعلاقات الأسرية من زواج، ونفقة، وطلاق، وعدة، وغيرها من أحكام فقه الأسرة.<sup>1</sup>

المادة 11-

يمنع إجراء العقد على امرأة إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين سنة إلا بعد أن يتحقق القاضي من رضاها واختيارها.<sup>2</sup>

المادة 12-

للقاضي أن يأذن بزواج من به جنون أو عته أو إعاقة عقلية إذا ثبت بتقرير طبي رسمي أن في زواجه مصلحة له، وأن ما به غير قابل للانتقال إلى نسله، وأنه لا يشكل خطورة على الطرف الآخر وبعد إطلاعه على حالته تفصيلاً، والتحقق من رضاه.

المادة 13-

أ- يجب على القاضي قبل إجراء عقد الزواج المتزوج التحقق مما يلي:-

1- قدرة الزوج المالية على المهر.

2- قدرة الزوج على الإنفاق على من تجب عليه نفقته.

<sup>1</sup> ابن عبد البر، نفس المرجع السابق ، ص213

<sup>2</sup> الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، 1998 م، ص99

3-إفهام المخطوبة بأن خاطبها متزوج بأخرى.

ب- على المحكمة تبليغ الزوجة الأولى أو الزوجات إن كان للزوج أكثر من زوجة بعقد الزواج بعد إجرائه وذلك وفق قانون أصول المحاكمات الشرعية.

المادة 21-

أ- يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفوًّا للمرأة في التدين والمال، وكفاءة المال أن يكون الزوج قادراً على المهر المعجل ونفقة الزوجة.

ب- الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي، وتراعى عند العقد، فإذا زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج.<sup>1</sup>

المادة 22-

أ- إذا زوج الولي البكر أو الثيب برضاها لرجل لا يعلمان كفاءته ثم تبين أنه غير كفء فليس لأي منهما حق الاعتراض.

ب- إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو قبله أو أخبر الزوج أو اصطنع ما يوهم أنه كفوٌّ ثم تبين أنه غير ذلك فلكل من الزوجة والولي حق طلب فسخ الزواج فإن كان كفوًّا حين الخصومة فلا يحق لأحد منهما طلب الفسخ.

المادة 23-

يسقط حق فسخ عقد الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج إذا حملت الزوجة أو سبق الرضا أو مرت ثلاثة أشهر على علم الولي بالزواج.

المادة 37-

<sup>1</sup> Siti Musdah Mulia, "Pandangan Islam tentang Poligami", Lembaga Kajian Agama dan Gender, Jakarta, 1999M.

## الفصل الثاني : التغير في عقد الزواج بين الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري

إذا اشترط حين العقد شرط نافع لأحد الزوجين، ولم يكن منافياً لمقاصد الزواج، ولم يلتزم فيه بما هو محظور شرعاً، وسجل في وثيقة العقد وجبت مراعاته وفقاً لما يلي:-

أ- إذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطاً تتحقق لها به مصلحة غير محظورة شرعاً ولا يمس حق غيرها، كأن تشترط عليه أن لا يخرجها من بلدها، أو أن لا يتزوج عليها، أو أن يسكنها في بلد معين، أو أن لا يمنعها من العمل خارج البيت، أو أن تكون عصمة الطلاق بيدها، كان الشرط صحيحاً، فإن لم يف به الزوج فسخ العقد بطلب الزوجة ولها مطالبته بسائر حقوقها الزوجية.<sup>1</sup>

ب- إذا اشترط الزوج على زوجته شرطاً تتحقق له به مصلحة غير محظورة شرعاً ولا يمس حق غيره كأن يشترط عليها أن لا تعمل خارج البيت أو أن تسكن معه في البلد الذي يعمل هو فيه كان الشرط صحيحاً وملزماً فإذا لم تف به الزوجة فسخ النكاح بطلب من الزوج وسقط مهرها المؤجل و نفقة عدتها.

ج- إذا قيد العقد بشرط ينافي مقاصده أو يلتزم فيه بما هو محظور شرعاً كأن يشترط أحد الزوجين على الآخر أن لا يساكنه أو أن لا يعاشره معاشره الأزواج أو أن يشرب الخمر أو أن يقاطع أحد والديه كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً.

المادة 38-

أ- ينبغي أن تكون عبارة الشرط واضحة مشتملة على تصرف يلتزم به المشروط عليه لئلا يترتب على عدم الوفاء به أحكامه وآثاره.

ب- يستثنى شرط العصمة من اشتمال عبارته على تصرف يلتزم به الزوج ، ويكون بمثابة التفويض بالطلاق،

<sup>1</sup>• الدردير، الشرح الصغير، وزارة الأوقاف، دولة الإمارات 1989 م، ص150



## الفصل الثاني : التغير في عقد الزواج بين الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري

وصلاحيته مستمرة بعد مجلس العقد وتوقعه الزوجة بعبارتها أمام القاضي ويكون الطلاق به بائناً.

### المادة 128-

للرأة السالمة من كل عيب يحول دون الدخول بها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا علمت أن فيه علة تحول دون بنائه بها كالجب والعنة والخصا، ولا يسمع طلب المرأة التي فيها عيب من العيوب التي تحول دون الدخول بها كالرتق والقرن<sup>1</sup>.

### المادة 129-

الزوجة التي تعلم قبل عقد الزواج بعيب زوجها المانع من الدخول بها أو التي ترضى بالعيب صراحة أو دلالة بعد العقد يسقط حقها في التفريق ما عدا العنة فإن العلم بها قبل عقد الزواج لا يسقط حقها ولو سلمت نفسها.

### المادة 130-

إذا راجعت الزوجة القاضي وطلبت التفريق لوجود عيب في الزوج ينظر فإن كان العيب غير قابل للزوال يحكم بالتفريق بينهما في الحال وإن كان قابلاً للزوال كالعنة يمهل الزوج سنة من يوم تسليمها نفسها له أو<sup>2</sup> من وقت براء الزوج إن كان مريضاً وإذا مرض أحد الزوجين أثناء الأجل مدة قليلة كانت أو كثيرة بصورة تمنع من الدخول أو غابت الزوجة فالمدة التي تمر على هذا الوجه لا تحسب من مدة الأجل لكن غيبة الزوج وأيام الحيض تحسب فإذا لم يزل العيب في هذه المدة وكان الزوج غير راض بالطلاق والزوجة مصرة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق فإذا ادعى في بدء المرافعة أو في ختامها الوصول إليها ينظر فإذا كانت الزوجة ثيباً فالقول قول الزوج مع اليمين وإن كانت بكرًا فالقول قولها بيمينها

<sup>1</sup>الدردير، نفس المرجع السابق ، ص151

<sup>2</sup> قانون البيئات الأردني رقم (30) لسنة 1952 م، والمعدل بالقانون رقم (37) لسنة 2001 م.ص79

المادة 131-

إذا ظهر للزوجة قبل الدخول أو بعده أن الزوج مُبتلى بعلّة أو مرض لا يمكن الإقامة معه بلا ضرر كالجدام أو البرص أو السل أو الزهري أو الايدز أو طرأت مثل هذه العلل والأمراض فلها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق والقاضي بعد الاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص ينظر فإن كان يغلب على الظن تعذر الشفاء يحكم بفسخ عقد الزواج بينهما في الحال وإن كان يغلب على الظن حصول الشفاء أو زوال العلة يؤجل التفريق سنة واحدة فإذا لم تنزل في هذه المدة ولم يرض الزوج بالطلاق وأصرّت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق أما وجود عيب كالعمى والعرج في الزوج فلا يوجب التفريق.<sup>1</sup>

المادة 132-

للزوج حق طلب فسخ عقد الزواج إذا وجد في زوجته عيباً جنسياً مانعاً من الوصول إليها كالرتق والقرن أو مرضاً منفراً بحيث لا يمكن المقام معها عليه بلا ضرر ولم يكن الزوج قد علم به قبل العقد أو رضي به بعده صراحة أو ضمناً.

المادة 133-

العلل الطارئة على الزوجة بعد الدخول لا تسمع فيها دعوى طلب الفسخ من الزوج.

المادة 134-

يثبت العيب المانع من الدخول بتقرير من الطبيب المختص مؤيد بشهادته.

المادة 135-

إذا جن الزوج بعد عقد الزواج وطلبت الزوجة من القاضي التفريق فإن كان هناك تقرير طبي بان هذا الجنون لا يزول فرّق القاضي بينهما بالحال، وإذا كان من الممكن زواله يؤجل

<sup>1</sup> قانون البيّنات الأردني رقم (30) لسنة 1952 م، والمعدل بالقانون رقم (37) لسنة 2001 م.ص88

## الفصل الثاني : التغير في عقد الزواج بين الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري

التفريق لمدة سنة فإذا لم تنزل الجنة في هذه المدة وأصرت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق.

المادة 136-

للزوجة القادرة على الإنجاب إن لم يكن لها ولد ولم تتجاوز خمسين سنة من عمرها حق طلب فسخ عقد زواجها إذا ثبت بتقرير طبي مؤيد بالشهادة عقم الزوج وقدرة الزوجة على الإنجاب وذلك بعد مضي خمس سنوات من تاريخ دخوله بها

المادة 137-

إذا جدد الطرفان العقد بعد التفريق بسبب العيب أو العلة فليس لأي منهما طلب التفريق للسبب نفسه.

المادة 138-

تكون الفرقة للعيوب فسخاً.

### المطلب الثاني : آثار الزواج المشوب بالتغير

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<sup>1</sup> والمالكية<sup>2</sup> والشافعية<sup>3</sup> والحنابلة<sup>4</sup> على أن الفسخ إذا كان قبل الدخول فلا مهر للزوجة واستدلوا بما يلي<sup>5</sup>:

<sup>1</sup> ابن شاس، ج2، مرجع سابق، ص 73.

<sup>2</sup> النووي، المجموع، ج17، مرجع سابق، ص381.

<sup>3</sup> الرحيباني، ج5، مرجع سابق، ص 152.

<sup>4</sup> رحمة محمود خالد، مرجع سابق، ص98.

<sup>5</sup> سبق تخريجه .

## الفصل الثاني : التغير في عقد الزواج بين الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري

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 ترداد العوضين المهر والبضع ، فمادام أن الزوجة لم تسلم نفسها للزوج فلا تستحق شيئاً.

وأما إذا كان بعد الدخول، وتحققت شروط ثبوته فتستحق الزوجة المهر كاملاً 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 ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له}<sup>1</sup>، فظاهره أن المرأة تستحق المهر بالدخول وإن كان النكاح باطلاً<sup>2</sup>، ومن المعقول أن المهر يجب بالعقد ويتأكد بالدخول<sup>3</sup>، واختلفوا هل يجب لها مهر المثل أو المسمى ، فالحنفية والمالكية والحنابلة لها المهر المسمى، والشافعية مهر المثل<sup>4</sup>.

\* الرجوع بالمهر على المغر: اختلف الفقهاء في جواز رجوع المغرر به بالمهر بعد الدخول بالزوجة على من غرر به ، فذهب الحنفية والشافعية أنه لا يرجع به أبداً سواء على الزوجة ولا على وليها، وذهب المالكية والحنابلة<sup>5</sup>، والشافعية في القديم أن للزوج حق الرجوع بالمهر على من غره.

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

<sup>1</sup> - الصنعاني محمد بن إسماعيل، سبل السلام شرح بلوغ المرام ، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني ، ج 3، ط 1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2006، ص 325.

<sup>2</sup> - البهوتي، كشاف القناع، ج5، مرجع سابق، ص 113.

<sup>3</sup> - البجيرمي، ج4، مرجع سابق، ص 181.

<sup>4</sup> - الرحيباني، ج5، مرجع سابق، ص 152.

## الفصل الثاني : التغير في عقد الزواج بين الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري

- أ- إذا كانت حائلا: ذهب المالكية والشافعية<sup>1</sup> والحنبلة أنه لا نفقة لها، وأوجبها لها أبو حنيفة
- ب- إذا كانت حاملا: ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في قول أنه تحب لها النفقة ، وفي قول آخر لا تجب<sup>2</sup>.

### المبحث الثالث : أحكام التغير في عقد الزواج بين الفقه و القانون

#### المطلب الأول : أحكام التغير في عقد الزواج في الفقه الاسلامي

الحكم يطلق ويراد به الوصف الشرعي القائم بالماهية، ويطلق ويراد به الآثار المترتبة على التصرف، وقد اشتملت الدراسة على الأول، وبقي الحديث عن الآثار نجملها بما يلي:

#### أولا - الإثم والمعصية المستوجبة للاستغفار والتوبة؛ لأن الاعتداء على الإنسان بالقول،

أو الفعل جريمة تلحق بصاحبها الإثم، وكل معصية، تصح التوبة عنها، سواء أكانت من الكبائر أم من الصغائر، والذي آذى غيره، أضر به، ويجب أن يزيل الضرر عنه، ثم يطلب منه العفو والاستغفار له، فإذا عفا عنه سقط الذنب عنه.

ويجب المبادرة إلى التوبة، فور وقوع المعصية، فمن أخرها زمانا، صار عاصيا بتأخيرها؛ لأن المقصود منها التخلص من الإثم، والفوز بمغفرة الله تعالى في الآخرة، (78) يؤكد ذلك،

قوله تعالى: ( وَتُوبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعاً أَيُّهَا الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ) (النور: من الآية 31)،

وقوله تعالى: ( إِنَّمَا التَّوْبَةُ عَلَى اللَّهِ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ السُّوءَ بِجَهَالَةٍ ثُمَّ يَتُوبُونَ مِنْ قَرِيبٍ

فَأُولَئِكَ يَتُوبُ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ) (النساء: 17)

وقوله تعالى: ( أَفَلَا يَتُوبُونَ إِلَى اللَّهِ وَيَسْتَغْفِرُونَهُ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ ) (المائدة: 74)

واشترط الفقهاء شروطا لصحة التوبة، هي: (79)

#### 1 - الإقلاع عن المعصية.

<sup>1</sup> - البجيرمي، ج4، مرجع سابق، ص 181.

<sup>2</sup> - الأسنوي جمال الدين عبد الرحيم، المهمات في شرح الروضة والرافعي، ج7، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2009، ص 135.

2 - الندم على المعصية.

3 - العزم على ألا يعود للمعصية مرة أخرى.

4 - أن يصلح ما أفسد بإعادة الحقوق لأصحابها.

والتوبة المستكملة لشرائطها، هي التوبة النصوح، المشار إليها، في قوله تعالى: ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا تَوْبُوا إِلَى اللَّهِ تَوْبَةً نَّصُوحًا عَسَىٰ رَبُّكُمْ أَن يُكَفِّرَ عَنْكُم سَيِّئَاتِكُمْ وَيُدْخِلَكُم جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ يَوْمَ لَا يُخْزِي اللَّهُ النَّبِيَّ وَالَّذِينَ آمَنُوا مَعَهُ نُورُهُمْ يَسْعَىٰ بَيْنَ أَيْدِيهِمْ وَبِأَيْمَانِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا أَتْمِمْ لَنَا نُورَنَا وَاغْفِرْ لَنَا إِنَّكَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ) (التحریم:8) والتخلص من المعصية بالتوبة، دليل على قوة الإرادة وبعد النظر؛ للتخلص من آثار المعصية، وبدء صفحة جديدة في الحياة، قائمة على النظافة والصدق مع الله سبحانه وتعالى، وفي هذا تستقيم النفس وتطمئن، إذا توفر العزم وصدق الإرادة.

### **ثانيا - وجوب التعويض عن الضرر المادي، والمعنوي، الذي ترتب على التغيرير في**

**النكاح؛** لقوله - صلى الله عليه وسلم - : " لا ضرر ولا ضرار، من ضار ضره الله، ومن شاق شق الله عليه " ومعنى لا ضرر: أي لا يجوز الإضرار بالغير ابتداء لا في نفسه ولا في ماله؛ لأن إلحاق الضرر بالغير ظلم، والظلم حرام في الإسلام حتى لو نشاء من فعل مباح.<sup>1</sup>

ولا ضرار: أي لا يجوز مقابلة الضرر بالضرر، وعلى المتضرر مراجعة القضاء لرفع الظلم، وآثاره عنه، فلا يجوز شرعا معالجة الخطأ بالخطأ، فالغاية لا تبرر الوسيلة، وإنما تقررها. والحديث من جوامع الأحكام، وهو قاعدة فقهية بني عليها كثير من أبواب الفقه، كما يتفرع عنها قواعد فقهية؛ لتفعيلها في بعديها الوقائي والعلاجي، وهي قاعدة: " الضرر يزال "، وتعني وجوب رفع الضرر وترميم آثاره بعد الوقوع، وقاعدة: " الضرر يدفع بقدر الإمكان "،

<sup>1</sup>الأسنوي جمال الدين عيد الرحيم، نفس المرجع السابق، ص136

وتعني وجوب دفع الضرر قبل وقوعه؛ لأن الدفع أولى وأسهل من الرفع، وبالرجوع للحديث نجد أن كلمة ضرر نكرة في سياق النفي، والنكرة في سياق النفي يعم جميع أنواع الضرر الخاص والعام، المادي والمعنوي، الواقع والمتوقع.

قال الرازي في المحصول: "الضرر ألم القلب؛ لأن الضرب يسمى ضررا، وتقويت مصلحة الإنسان يسمى ضررا، والشتم، والاستخفاف يسمى ضررا، ولا بد من جعل اللفظ اسما لمعنى مشترك بين هذه الصور، وألم القلب معنى مشترك، فوجب جعل اللفظ حقيقة فيه."<sup>1</sup>

### **ثالثا - استحقاق العقوبة الرادعة.**

التغير في النكاح معصية، وكبيرة، ومن يرتكب ذلك يعاقب، ويؤدب، بعقوبة تعزيرية رادعة، والعقوبة التعزيرية يقدرها الحاكم، أو من يقوم مقامه، نوعا ومقدارا؛ وفق مقتضيات المصلحة المعتبرة شرعا وعقلا، وبما يتفق مع حجم المعصية، وأثرها على الفرد والمجتمع. والتعزير: مصدر عزره، وهو مأخوذ من العزر، وهو الرد، والمنع، واستعمل في الدفع عن الشخص، كدفع أعدائه عنه، ومنعهم من إضراره، ومنه عزره القاضي، أي أدبه؛ لئلا يعود إلى القبيح، ويكون بالقول، وبالفعل بحسب ما يليق به، والتعزير يكون بسبب المعصية، والتأديب أعم منه، ومنه تأديب الولد، وتأديب المعلم<sup>2</sup>.

والتعزيرات متعلقات بموجبات لها وأسباب: فمنها ما يكون حقا لآدمي، يسقط بإسقاطه، ويستوفى بطلبه، ومنها ما يثبت حقا لله تعالى؛ لارتباطه بسبب هو حق الله تعالى، والتعزيرات مفوضة لرأي الإمام، فإن رأى الصفح والتجاوز تكرما فعل، ولا معترض عليه فيما عمل، وإن رأى إقامة التعزير تأديبا وتهديبا، فأياه المتبع.

<sup>1</sup> الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت 1989 م.ص46  
<sup>2</sup> ابن العربي، أحكام القرآن، دار الجيل، بيروت، 1985 م.ص58

## الفصل الثاني : التغير في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي و قانون الاسرة الجزائري

رابعا - العداوة، والبغضاء، والتدابير، وانعدام الثقة بين الناس، وهذه أمور محرمة في الفقه الإسلامي، والأدلة على ذلك، كثيرة، منها:

قوله تعالى: ( إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ ) (المائدة:91)

وقوله - صلى الله عليه وسلم - : " لا تباغضوا، ولا تحاسدوا، ولا تدابروا، وكونوا عباد الله إخوانا "

خامسا - أيما رجل تزوج امرأة مجنونة أو جذماء أو بها برص أو بها قرن أو مرض منفر أو معد لا يتحقق معه مقصود الزواج فهي امرأته إن شاء أمسك وإن شاء طلب التفريق، وعاد على الغار بالتعويض عن ما لحق به من ضرر، ودعوى طلب الفسخ بالتغير تثبت فيما يتعلق بالأمراض بتقرير طبيب مختص مقرون بشهادته، ومحل التغير يثبت بجميع وسائل الإثبات المقررة شرعا، وكذلك الزوجة لها الحق بطلب التفريق للتغير كالرجل سواء بسواء.

### المطلب الثاني : أحكام التغير في عقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري

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 لا ضرار ، لذا كان لا بد من سبيل إلى الفرقة مراعاة للمصلحة ودفعاً للمفسدة، وسوف أتحدث في هذا المطلب عن الحلول التي وضعتها الشريعة ثم القانون لتلافي ضرر وجود العيب بأحد الزوجين فيما يلي:

### الفرع الأول: خيار الفسخ للتغير



## الفصل الثاني : التغير في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي و قانون الاسرة الجزائري

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

### أولاً: تعريف خيار الفسخ

**1- تعريف الفسخ:** هو نقض عقد الزواج بسبب خلل وقع فيه وقت عقده ،أو بسبب خلل طراً عليه ، يمنع من بقاءه واستمراره<sup>1</sup>، أو هو حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه ، لظهور مسوغ شرعي أو بمقتضى اتفاق عقدي<sup>2</sup>، 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<sup>3</sup>.

### ثانياً: 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 عذراً بسبب هذا العيب، إلا أن العلماء اختلفوا في مشروعية التفريق، فمنهم من أجازة مطلقاً ، ومنهم من منعه ، ومنهم من أجازة بشروط، وفيما يلي بيان آرائهم:

**أ- الرأي الأول:** جواز الخيار للزوجين معا ، وبه قال جمهور المالكية<sup>4</sup>، والشافعية<sup>5</sup> والحنابلة<sup>6</sup>، ودليلهم في ذلك:

<sup>1</sup> محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية، د. ط ، المكتبة العلمية، بيروت، د.ت، ص 242.

<sup>2</sup> الموسوعة الكويتية، ج52، مرجع سابق، ص 154.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 132.

<sup>4</sup> ابن رشد الحفيد، ج 3، مرجع سابق، ص 96.

<sup>5</sup> الشيرازي، ج4، مرجع سابق، ص 165 .

<sup>6</sup> ابن قدامة، ج 10، مرجع سابق، ص 56.

## الفصل الثاني : التغير في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي و قانون الاسرة الجزائري

\* 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<sup>1</sup>.

\* عن سعيد بن المسيب عن عمر رضي الله عنه، أنه قال: ((أيما رجل تزوج امرأة وبما جنون أو جذام، أو برص، فمسها فلها صداقها كاملا ، وذلك لزوجها غرم على زوجها))<sup>2</sup>.

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<sup>3</sup>، والشوكاني ، ودليلهم:

\* ضعف أدلة الجمهور، قال الشوكاني : ((ومن أمعن النظر لم يجد في الباب ما يصلح للاستدلال به على الفسخ بالمعنى المذكور عند الفقهاء))<sup>4</sup>.

قوله تعالى: ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهَا مَا يَقُولُ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ﴾<sup>5</sup>؛ قال ابن حزم: ((وصحة برهان 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 دخل في صفة الذين ذمهم الله تعالى بقوله: ﴿وَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهَا...﴾ الآية<sup>6</sup>.

\* 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<sup>7</sup>}، ووجه الدلالة أنها ذكرت أن زوجها لم يطأها، وأن إحليله كالهديبة ، لا

<sup>1</sup> - سبق تخريجه.

<sup>2</sup> - رواه مالك في الموطأ في كتاب النكاح ، ح ر 09 .

<sup>3</sup> - ابن حزم، ج 9، مرجع سابق، ص 279.

<sup>4</sup> - الشوكاني، ج 12، مرجع سابق، ص 192.

<sup>5</sup> - سورة البقرة ، الآية : 102

<sup>6</sup> - ابن حزم، ج 9، مرجع سابق، ص 208.

<sup>7</sup> - رواه البخاري وغيره، ح ر 5260

ينتشر ، وتشكوا ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وتريد مفارقتة؟ فلم يشكها، ولا أجل لها شيئاً، ولا فرق بينهما وفي هذا كفاية لمن عقل<sup>1</sup>.

**ج- الرأي الثالث:** أنه حق للمرأة دون الرجل وبه أخذ الحنفية<sup>2</sup>، ودليلهم على ذلك أن الرجل يستطيع أن يدفع الضرر عن نفسه بالطلاق<sup>3</sup>، وهو نفس رأي المشرع الجزائري الذي يفهم من من نص الفقرة الثانية من المادة 53 ق أ.

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

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

**أ- القول الأول:** أن الفرقة فسخ في جميع أنواع التغير وقال به الشافعية<sup>4</sup> والحنابلة<sup>5</sup>، واستدلوا بأن الطلاق لا يكون إلا بلفظ الرجل واختياره، أما فرقة التغير لا تكون إلا بحكم القاضي<sup>6</sup>.

**ب- القول الثاني:** أن الفرقة طلاق بائن في جميع أنواع التغير، وبه قال المالكية<sup>7</sup>، واستدلوا بأن فعل القاضي يضاف إلى الزوج ، فكأنه طلقها بنفسه، وإنما جعل بائناً لأن المقصود منه دفع الضرر عن المرأة، ولا يحصل ذلك إلا بالطلاق البائن.

**ج- القول الثالث:** أن الفرقة فسخ إن كانت بسبب التغير في الكفاءة، وطلاق بائن إن كانت بسبب التغير بالعيب، وهو قول الحنفية، واستدلوا على أن الفرقة فسخ في الكفاءة بأن الطلاق تصرف في النكاح، وهذا فسخ لأصل النكاح؛ ولأن الفسخ يكون طلاقاً إذا فعله

<sup>1</sup> ابن حزم، ج9، مرجع سابق، ص 209 .

<sup>2</sup> السرخسي ، المبسوط، ج5، مرجع سابق، ص 95 .

<sup>3</sup> ابن الهمام ، ج4، مرجع سابق، ص 274.

<sup>4</sup> البجيرمي، ج4، مرجع سابق، ص 181.

<sup>5</sup> الرحيباني مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهي شرح غاية المنتهى، ج 5، ط 1، المكتب الإسلامي، دمشق، سوريا، 1961، ص 152 .

<sup>6</sup> النووي المجموع، ج17، مرجع سابق، ص 381.

<sup>7</sup> ابن عرفة، ج2، مرجع سابق، ص 299 وما بعدها.

## الفصل الثاني : التغير في عقد الزواج بين الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري

القاضي نيابة عن الزوج ، وهذا ليس كذلك، أما دليلهم في الفسخ للغيب فمثل دليل المالكية<sup>1</sup>.

\* **موقف المشرع الجزائري:** تبني المشرع في نص المادة 2/53 ق أمن 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 بما قبل العقد ، ورضيت بما، كما أن صحة العيب وجديته يعرف من أهل الخبرة<sup>2</sup>.

### 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<sup>3</sup>، ونوقش هذا الدليل أن المقصود في النكاح الاستمتاع ، ويفوت بعيبه، بخلاف المقصود من المبيع هو ماليته، أو خدمته ، ويحصل ذلك ولو مع عيبه<sup>4</sup>.

ب- **القول الثاني:** أن الفسخ ثابت على التراخي، فمن له حق فيه؛ له أن يطالب به في أي وقت شاء، وهو مذهب الحنفية<sup>5</sup>، والمالكية<sup>6</sup> والحنابلة<sup>7</sup>، ودليلهم أن الخيار للتغير هو لدفع لدفع ضرر متحقق؛ فكان على التراخي كخيار القصاص<sup>8</sup>.

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

<sup>1</sup>- الموصل، ج3، مرجع سابق، ص 100.

<sup>2</sup>- عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 280.

<sup>3</sup>- النووي، المجموع ، ج17، مرجع سابق، ص، 382 .

<sup>4</sup>- ينظر المغني، ج10، ص 62

<sup>5</sup>- الكاساني، ج3، مرجع سابق، ص 594 .

<sup>6</sup>- ابن عرفة، ج2، مرجع سابق، ص 283 .

<sup>7</sup>- البهوتي، شرح منتهى الارادات ، ج5، 209

<sup>8</sup>- ابن قدامة، ج 10، مرجع سابق ، ص 63 .

\* **موقف المشرع الجزائري:** بالرجوع إلى قانون الأسرة ؛ فإننا لا نجد أي إشارة إلى المدة التي يجب فيها للمغرر به أن يطالب فيها بفسخ النكاح، ما 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، 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 يبق على أي علاقة زوجية بالمعنى السليم وفقا لما تعنيه هذه الكلمة<sup>1</sup>.

**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<sup>2</sup>.

**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 التغير وهي:

\* استعمال الطرق الاحتيالية قصد تضليل المتعاقد الآخر.

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

<sup>1</sup> - بسمه عثمانى، التغير وأثره في عقد النكاح ( دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016، ص 124.

<sup>2</sup> - ماهر معروف المنذاف، التفريق للعيوب والوسائل المعاصرة في إثباتها، مجلة علوم الشريعة والقانون، كلية العلوم والتربية والآداب، قسم الفقه الفقه وأصوله، الأردن، مج 46، ع1، مح 2019، ص1، 266.

## الفصل الثاني : التغير في عقد الزواج بين الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري

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

خاتمة

## الخاتمة

إن إسلامنا العظيم قد حدد لنا طريقة التفكير المنتجة، التي تقوم على التحليل والتدقيق، والتقييم من أهل الخبرة والاختصاص؛ وصولاً إلى رأي علمي يسنده الدليل من منطق الشرع، والعقل، والواقع، بعيداً عن الهوى والتشهي، والرأي المجرد.

والفقه الإسلامي، يتسم بالمرونة العلمية، القائمة على المصلحة والعدل، ومن هنا وجد ما يسمى بالفقه المقارن الذي يتسع للرأي، والرأي الآخر، وصولاً إلى رأي راجح في المسألة مدار البحث، يحقق مصالح المكلفين في الدنيا، والآخرة.

وقد اتسعت دائرة المقارنة؛ لتشمل المذاهب الفقهية؛ لأن الدراسات والبحوث الإسلامية، يجب أن تخاطب الإنسان في كل زمان، ومكان، وتقدم الحلول للمستجدات، للإنسانية كلها، وإلا كانت الدراسة قاصرة عن تحقيق أهدافها؛ لأن تقنية الاتصالات أنهت القطرية الضيقة، وأصبح العالم قرية واحدة، يؤثر شرقها بغربها، وعالمية الإسلام تقتضي من الفقيه أن يقوم بدوره العلمي، بعيداً عن التقليد الأعمى، والتعصب المذهبي.

والوقائع الجديدة، التي تحتاج إلى حكم شرعي، لا حصر لها؛ لأنها تتولد مع الزمن شيئاً فشيئاً، وتعدّد بعضها وتشابك، والمجامع الفقهية تقوم بدورها في ذلك، ولكن البحث الفقهي يبقى مادة ذلك وأساسه.

والنكاح شرع من عهد آدم - صلى الله عليه وسلم - واستمرت مشروعيته؛ بل هو مستمر في الجنة، ولا نظير له فيما يتعبد به من العقود بعد الإيمان.

ومقاصد النكاح ثلاثة: حفظ النسل، وإخراج الماء الذي يضر احتباسه، ونيل اللذة، وهذه الثلاثة هي التي في الجنة، إذ لا تناسل هناك، ولا احتباس. وليست العزوبة من أمر الإسلام في شيء، ومن دعاك إلى غير التزوج فقد دعاك إلى غير الإسلام؛ لأن مصالح النكاح الصحيح المستكمل لأركانه وشرائطه المقررة شرعاً، أكثر من مصالح العزوبة؛ لاشتماله على



تحسين فرج نفسك، وزوجتك، وحفظها، والقيام بها، وإيجاد النسل، وتكثير الأمة، وتحقيق مباحة النبي - صلى الله عليه وسلم - وغير ذلك من المصالح.

والزواج قد يكون صحيحا، تترتب عليه آثاره كاملا، وقد يكون معيبا متضمنا بعض التغيير في معطياته؛ مما يجعله مهزوزا غير مستقر ومهددا بالفسخ؛ وتدور الدراسة حول عقود الزواج المتضمنة في بنيتها تغييرا، أو معلومات غير صحيحة، أو صاحبها معلومات أدت إلى العقد؛ ومن دونها لم يقدم أحد الزوجين إلى الاقتران بالآخر، والذي كثر وقوعه في عصرنا الحاضر، خاصة التغيير الفعلي المتولد عن التطور العلمي، أو التقني، وما نتج عنه من عمليات تجميل للنساء، أو الرجال، والتغيير أو الخداع أو التضليل بشتى صورته، وأنواعه قد يكون مصاحبا ومقتربا بالعقد، وقد يكون سابقا له، والمغرور، أو المخدوع لحقه ضرر مادي أو معنوي نتيجة ذلك، ولولا الوهم الذي أوقعه فيه الغار لما أقدم المغرور به على التعاقد، وهو في هذه الحال الطرف الضعيف، والعدالة التي تقوم عليها العقود في الفقه الإسلامي تقتضي إنصافه شرعا، وعقلا، وواقعا .

من أهم النتائج التي توصلت إليها خلال البحث:

1. التغيير في عقد النكاح هو: (استعمال وسائل احتيالية قولية أو فعلية أو غيرها من قبل

الزوج أو الزوجة وأوليائها أو غيرهم لخداع العاقد الآخر ودفعه إلى القيام بعقد النكاح

بما لم يكن ليرضى به بغيرها).

2. 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 التغيير

باعتباره أحد عيوب الرضا حيث إنه يؤثر على تمام الرضا، وقد يسلب العقد لزومه

واستمراره، كان له أثر على العقود بشكل عام، وعلى النكاح بشكل خاص.

3. قد يقع التغيرير في ركن النكاح أو شرطه أو واجباته أو تكميلياته ولكل نوع من هذه الأنواع حكمه بحسب حكم متعلقه.
4. اتفق الفقهاء على حرمة التغيرير بكافة أنواعه، وقد تواترت نصوص الكتاب والسنة على تحريمه.
5. التغيرير الواقع في الركن والذي يخل به إخلًا تامًا يجعل العقد كأن لم يكن فلا يعتبر العقد معه منعقدة ولا تترتب عليه آثار العقود إلا في بعض ما رتبته الشارع من أحكام من ثبوت المهر ولحوق الولد كما في وطء الشبهة.
6. عد بعض العلماء الكفاءة شرط صحة وعدها آخرون شرط لزوم واعتبرها البعض من تكميليات النكاح وتحسينياته، وهذا الأخير هو الراجح إذ لم يرد في اعتبار الكفاءة نص صحيح، وهذا القول يتفق مع قواعد الإسلام التي أرست مبادئ الأخوة وعدم التمييز بين الناس إلا في التقوى.
7. التغيرير في الكفاءة غير مؤثر على عقد النكاح إلا في بعض خصالها التي اعتبرها الشارع وهي الدين والسلامة من العيوب.
8. اختلف الفقهاء في العيوب التي يفسخ بها النكاح هل هي محصورة في عيوب محددة أو أنها غير محصورة، والراجح أن العيوب غير محصورة، إذ إنها معللة بعلل معينة، وحيثما وجدت تلك العلل ثبت في متعلقاتها حكم الفسخ.
9. كل عيب في النكاح ثبت الفسخ به وجب بيانه عند العقد، أما ما كان من العيوب دون ذلك مما لا يكون فيه تنفيذ بين الزوجين، فلا يجب بيانه ولا يعد إخفاؤه تغريرة.
10. إن أمراض العصر الخطيرة كالإيدز والزهري وغيرها والتي تهدد حياة الإنسان وتضر

بالنسل تعد من العيوب التي يفسخ بها النكاح وذلك لاشتراكها معها في العلة.

11. الشروط المقترنة بعقد النكاح صحيحة على القول الراجح ويجب الوفاء بها، وإذا أخلفها

الطرف الآخر ثبت لمستحقها حق الفسخ.

12. ظن أحد العاقدين بوجود بعض الصفات في العاقد الآخر لا يعطيه حق الفسخ إذا تبين

له خلاف ظنه إلا فيما عده الشارع شرطاً في النكاح كالكفاءة في الدين والسلامة من العيوب.

13. في حالة اشتراط البكارة فإن الحكم يختلف في بعض أجزائه عن باقي الشروط، فالبكر

هي من لم تنزل بكارتها بجماع، أما من زالت بكارتها بعارض كوثبة أو جراحة أو اعتداء

فهي بكر حكمة وليس من حق الزوج فسخ النكاح في هذه الحالة.

14. لا يجب على الأب بيان حال ابنته إذا كانت قد زلت وزنت ثم تابت لما ورد من آثار

عن الصحابة تمنع ذلك، وهذا متفق مع مبادئ الإسلام التي دعت إلى الستر.

15. إذا غرر الزوج بالزوجة ولم يؤد لها ما اتفقا عليه من مهر، كان للزوجة حق الفسخ قبل

الدخول، أما بعد الدخول فليس لها الفسخ؛ لأن الزوج قد استوفى منفعتة، ويبقى المهر ديناً

في ذمته ويتخذ القاضي الإجراءات المناسبة لاستيفائه منه.

## قائمة المصادر و المراجع

قائمة المراجع اللغة العربية

- أبو زهرة، محمد الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة 1998 م.
- أبو يعلى القاضي، الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية ط 2، بيروت 2006 م.
- أبو يعلى القاضي، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين،، ط 1، تحقيق عبد الكريم اللاحم، مكتبة المعارف، الرياض 1985 م.
- ابن تيمية، السياسة الشرعية، دار الكتب العلمية، ط 1، بيروت 1998 م.
- ابن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ط 1، دار الريان للتراث 1987 م.
- ابن رشد، بداية المجتهد، تحقيق علي معوض وعادل أحمد، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت 1996 م.
- ابن رشد، بداية المجتهد، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت 2009 م.
- ابن عبد البر، الاستذكار، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000 م.
- ابن العربي، أحكام القرآن، دار الجيل، بيروت، 1985 م.
- ابن قدامة، المغني، تحقيق عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، ط 4، دار عالم الكتب، السعودية 1999 م.
- ابن قدامة، الكافي، ط 5، المكتب الإسلامي، بيروت 1988 م.
- البهوتي، كشف القناع، تحقيق إبراهيم أحمد، ط 2، مكتبة الباز، السعودية 1997 م.

- حيدر، علي، درر الحكام، ط 1، دار الجيل، بيروت 1991 م.
- الدردير، الشرح الصغير، وزارة الأوقاف، دولة الإمارات 1989 م.
- الرازي، إيضاح مختار الصحاح، ط 1، دار البشائر، دمشق 1997 م.
- زيدان، عبد الكريم، العقوبة في الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، ط 2، بيروت 1988 م.
- الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ط 1. دار الكتاب الإسلامي 1313 هـ.
- الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة. 1998 م.
- الشوكاني، السيل الجرار، دار ابن حزم ط 1، بيروت 2004 م.
- صدر الشريعة عبيد الله، مختصر الوقاية مع شرحه، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان 1426 هـ ..
- الصنعاني، عبد الرزاق بن همام، المصنف، لأبي بكر الصنعاني، تحقيق حبيب الأعظمي، ط 2، المكتب الإسلامي، بيروت 1993 م.
- الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت 1989 م.
- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة 2010 م والصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ 17/10/2010 م.
- قانون البيّنات الأردني رقم (30) لسنة 1952 م، والمعدل بالقانون رقم (37) لسنة 2001 م.
- القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بو خبزه، ط 1، دار الغرب الإسلامي 1994 م.

- القفال أشاشي، محمد حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، تحقيق د. ياسين درادكه، ط 1، دار الباز مكة المكرمة 1988 م.
- قلوبوي وعميرة، حاشيتان على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للنووي، ط 1، دار الفكر بيروت 1998 م.
- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي معوض وعادل أحمد، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت 1997 م.
- العكبري، الحسين بن محمد، رؤوس المسائل الخلافية على مذهب الإمام أحمد، تحقيق عبد الملك بن دهيش، ط 1، مكتبة الأسد، مكة 1428 هـ.
- الماوردي، الأحكام السلطانية، المكتبة العصرية، بيروت 2010 م.
- الموصلي عبد الله بن محمد، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق شعيب الأرنؤوط ورفاقه، ط 1، الرسالة العالمية، دمشق 1430 هـ.
- النووي، روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد وعلي معوض، عالم الكتب، السعودية 2003 م.
- المرغيناني، الهداية، تحقيق محمد ثامر وحافظ عاشور، ط 1، دار السلام، مصر 2000 م.
- النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ط 2، مؤسسة قرطبة 1994 م.

### المراجع باللغة الاجنبية

**Kompilasi Hukum Islam, Hukum Perkawinan, Kewarisan dan Perwakafan,**

Nuansa Aulia, Bandung, 2008M.

**Kitab Undang–undang Hukum Pidana (KUHP)**

Moeljatno, "**Asas–asas Hukum Pidana**" , Rineka Cipta, Jakarta, 2000M.

R. Soesilo, "**Kitab Undang–undang Hukum Pidana (KUHP) serta komentarnya**

**Lengkap Pasal Demi Pasal**" , Politeia, Bogor, 1991M.

Siti Musdah Mulia, "**Pandangan Islam tentang Poligami**" , Lembaga Kajian Agama

dan Gender, Jakarta, 1999M.

Syamsul Anwar, "**Hukum Perjanjian Syariah Studi Tentang Teori Akad dalam**

**Fiqih Muamalah**" , Rajawali Pers, Jakarta, 2010M

**Undang–undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Pernikahan**