الزواج بالإكراه
بين العنف الممنوع وحق استعمال السلطة
في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

د. رحال عبد القادر: كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر 01

تمهيد

يعتبر العنف ضد المرأة من الظواهر التي ارتبطت بنوع الجنس كون المعتدى عليه في كل الأحوال هو المرأة، وهو عنف ليس له تبرير إلا لكون الضحية امرأة فقط.

ولقد ارتبط مفهوم العنف بصفة عامة بتطور الفكر الفلسفي الحديث فيما يتعلق بمفهوم القوة والحرية، إذ أنه يجسد فكرة نفي الآخر من خلال حظر الحوار معه، وهو بذلك يمثل استخدام قوة الإكراه والقسر في العلاقات القائمة بين شخصين أو أكثر.

وعلى الرغم من اتساع مفهوم العنف ضد المرأة إلى ما وراء العنف الجسدي والنفسي ليشمل الحرمان من الحقوق الأساسية أو حتى التعبير عن هذه الحقوق، فقد كان من جملة ما اعتبر عنفا في حقها **إكراهها على الزواج بمن لا ترغب فيه**، وهو الأمر الذي نتج عن التسلط والتعسف في استعمال الأولياء الحق على من هي تحت ولايتهم في غير المصلحة التي شرع من أجلها، فكانت بحق معاناة اشتكى منها الكثير من النساء دون شكوى في الغالب لاعتبارات عدة كالخوف، فقد بينت دراسات حديثة أن الروابط الأسرية والمشاعر الدينية ودواعي عجز التكفل الاجتماعي والاقتصادي، وعدم وعي المرأة بمؤسسات الحماية الاجتماعية، أو عدم كفايتها أصلا كلها عوامل تحول دون البوح لذوي الشأن أو الإفصاح عنه أصلا. ولهذا سميت **بالمعاناة الصامتة**،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مما تجسد معه ضرورة الدعوة إلى القيام بالتوعية حول العنف ضد المرأة من خلال التعرف على مظاهره وأسبابه ونتائجه، والتعريف بالمؤسسات المعنية بقضايا العنف من القطاعين الحكومي والمجتمع المدني والخدمات التي تقدمها، من خلال وسائل الإعلام المرئي والمسموع وكذا الخطاب المسجدي وعقد ندوات وورشات عمل خاصة بالموضوع.

أما فيما يتعلق بجزئية البحث، فلنا أن نتسائل: كيف تُحرم المرأة من استعمال حقها في اختيار الزوج باعتبارها طرفا في العلاقة الزوجية إذ لم يُعهد في الشريعة الإسلامية وكذا التشريعات الحديثة أن الأنوثة مانعة من ابرام العقود؟.

ثم الإشكال الذي يطرح نفسه، كيف يتصور قيام أسرة قد تأسست بالإكراه، وإلى أين سيؤول مصيرها ومصير تربية الأطفال تبعا لها؟.

وإن كانت مسألة إكراه المرأة على الزواج كظاهرة اجتماعية سادت مختلف المجتمعات العربية عبر الزمن، إلا نسبتها تختلف من بيئة لأخرى كما أنها تختلف بين المدن والبوادي، والعجيب في الأمر أن العادات والتقاليد المخالفة للشرع قد تحولت إلى قيد للمرأة باسم الدين الحنيف، وهو بريء من ظلمها.

أما عن خطة البحث فقد انحصرت في مقدمة ومبحثين:

خصصت المبحث الأول للحديث عن مصطلحات الدراسة بيان وتحليل مع تحديد أهمية الرضاء في عقد الزواج.

أما المبحث الثاني فكان الحديث عن أثر الإكراه على عقد النكاح.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الأول

ركن الرضائية في النكاح

نتناول في هذا المبحث تحديد مفهوم للإكراه والشروط المعتبرة فيه، وكذا تحديد مفهوم للنكاح شرعا وقانونا، والرضائية في العقود بصفة عامة وفي عقد الزواج بصفة خاصة.

المطلب الأول: مفهوم الزواج بالإكراه

الفرع الأول: تعريف الإكراه

أولا: لغة: مادة (ك،ر،ه) والكره بفتح الكاف وضمها وسكون الراء مصدر كره الشيء إذا أبغضه، يقال كرِه الشيء كراهة وكراهية خلاف أحبه، وأكرهته على الأمر حملته عليه قهرا، وامرأة مستكرهة غضبت نفسها فأكرهت على ذلك[1]. قال الإمام أبو زهرة رحمه الله:«فالإكراه متلاق في أصل الاشتقاق مع الكراهية، فالأصل اللغوي لمعنى الإكراه هو حمل الشخص على فعل شيء يكرهه، وإنه في الشريعة متلاق مع هذا المعنى تمام التلاقى...»[2].

ثانيا: في اصطلاح الفقهاء والأصوليين: جاءت تعريفات الفقهاء متباينة في تحديد مفهوم الإكراه، فقد عرفه الإمام السرخسي من الحنفية بأنه: «اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يُفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب.... »[3]. وجاء في كشف الأسرار بأن الإكراه: «حمل الغير على أمر

(1) ابن منظور: لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط1، 13/ 534. شعبان عطية وآخرون، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط4، 1425هـ، 2004م، ص 785.

(2) محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي- الجريمة – دار الفكر العربي، القاهرة، 1998، ص 370.

(3) السرخسي: شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، بيروت،(د،ط)(د،ت) 24/ 38. 3

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يمتنع عنه بتخويف بقدر الحامل على إيقاعه ويصير الغير خائفا به فائت الرضاء بالمباشرة...»[1]. وعرفه الإمام الشافعي بأن: «الإكراه أن يصير الرجل في يدي من لا يقدر على الامتناع منه، من سلطان أو لص أو متغلب على واحد من هؤلاء، ويكون المكرَه يخاف خوفا عليه دلالة أنه إن امتنع من قول ما أمر به يبلغ به الضرب المؤلم أو أكثر منه، أو اتلاف نفسه»[2]. وقال الإمام ابن حزم رحمه الله: «والإكراه: هو كل ما سمي في اللغة إكراها، وعُرف بالحس أنه إكراه كالوعيد بالقتل ممن لا يؤمن منه إنفاذ ما توعد به، والوعيد بالضرب أو الوعيد بالسجن كذلك...»[3]. وجاء عن ابن عقيل الحنبلي رحمه الله بأن الإكراه: «هو البعث على اكتساب ما لو لم يبعث عليه لم يكتسبه»[4]. فهو إذن إلزام وإجبار على ما يكرهه الإنسان طبعا أو شرعا، فيقدم عليه مع عدم الرضا ليدفع عنه ما هو أضرُّ منه[5].

يتبين مما سبق ذكره، أن الإكراه هو الضغط على شخص ظلما بأي وسيلة كانت مرهبة أو بتهديده، وهذا لحمله على القيام بتصرف لا يرضاه، بحيث لو ترك وشأنه لم يقم به.

(1) علاء الدين البخاري، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ، 1997م، 4/ 538.

(2) الشافعي: محمد بن إدريس، الأم، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 1421هـ، 2001م، 4/ 496.

(3) ابن حزم، المحلى شرح المجلى، دار إحياء التراث العربي، بيروت،ط2، 1422هـ، 2001م، 9/ 125.

(4) ابن عقيل، الواضح في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، ط1، 1420هـ، 1999م، 1/ 81.

(5) عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، دار الرسالة العالمية، دمشق، ط1، 1430هـ، 2009م، 2/ 259.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثا: عناصر الإكراه

يتبين من خلال ما تم ذكره أن الإكراه لا يتحقق إلا إذا توفرت فيه مجموعة عناصر تتمثل فيما يلي:

1. استعمال وسائل الإكراه تهدد بخطر جسيم محذق، وهذا يسمى بالعنصر الموضوعي.

2. رهبة في النفس يبعثها الإكراه فتحمل على التعاقد، وهذا هو العنصر النفسي.

ومتى توافر هذان العنصران فقد وجد الإكراه وفسدت الإرادة[1].

والعنصر الثاني عبر عنه فقهاء الحنفية بأنه: «قدرة المُكرِه على إيقاع ما هدد به، لأنه إذا لم يكن قادرا عليه لا يتحقق الخوف، فلا يتحقق الإكراه». وكذا خوف المكره وقوعه بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير بالإكراه محمولا على ما دعي إليه من المباشرة، فإذا حصل بشرائطه يثبت حكمه[2].

ولا فرق بين إكراه السلطان، أو اللصوص، أو من ليس سلطانا، كل ذلك سواء في حصول الإكراه، لأن الله تعالى لم يفرق بين شيء من ذلك، ولا رسوله ﷺ[3].

(1) السنهوري: عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، 2/ 177.

(2) القاضي زاده أفندي، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ، 2003م، 9/ 239. عبد الله الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، مرجع سابق، 2/ 259.

(3) ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، 9/ 130.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: تعريف الزواج

أولا: لغة: من الزوج وهو خلاف الفرد، يقال زوج أو فرد، كما يقال خساً أو زكا، أو شفع ووتر، والزوج الفرد الذي له قرين[1]. وقد شاع في الشرع والعرف استعمال لفظ الزواج في اقتران الرجل بالمرأة، فكان إذا أطلق ينصرف إليه مباشرة.

ثانيا: اصطلاحا: معظم الفقهاء عرفوا الزواج تحت عنوان النكاح، ولهذا وجب تحديد مفهومه، والناظر إلى مفهومه يجد بأن الفقهاء قد اختلفوا فيه اختلافا واسعا تبعا لاختلافهم في حقيقته.

فعند الحنفية النكاح هو حقيقة في الوطء مجاز في العقد، فعرفره بأنه ضم وجمع مخصوص وهو الوطء، وهو عقد يفيد ملك المتعة قصدا، أي حل الاستمتاع[2].

أما جمهور الفقهاء فقد اعتبروا النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء، قال ابن قدامة رحمه الله: «النكاح في الشرع هو عقد التزويج، ولأن النكاح أحد اللفظين اللذين ينعقد بهما عقد النكاح، فكان حقيقة فيه، فاستعماله في العقد أكثر وأشهر...»[3]. وكذا عند الشافعية أنه حقيقة في العقد، فقد جاء عندهم: «النكاح عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج، وفي موضوعه الشرعي الأصح أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء...»[4].

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة،(د،ط)(د،ت) 21/ 1885.

(2) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، 4/ 192. عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، مرجع سابق، 3/ 33. ابن نجيم، النهر الفائق شرح كنز الدقائق للنسفي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1422هـ، 2002، 2/ 174. ابن عابدين، رد المحتار، دار عالم الكتب، الرياض، ط،خ، 1423هـ، 2003م، 4/ 59.

(3) ابن قدامة، المغني، دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1417هـ، 1997م، 7/ 339، 340.

(4) الشربيني: شمس الدين، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1418هـ، 1997م، 3/ 165.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن الفقهاء المعاصرين نجد تعريف الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله إذا يقول: «النكاح هو عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بها يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويحد ما لكليهما من حقوق، وما عليه من واجبات»[1].

ثالثا: قانونا

ورد تحديد مفهوم للزواج في التشريع الجزائري في نص المادة 04 من قانون الأسرة بأنه: «عقد رضائي يتم بين رجل وارمأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب»[2]. كما عرفه المشرع المغربي في المادة الرابعة من مدونة الأسرة بأن: «الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة...»[3]. كما عرفه قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة الثالثة منه على أن: «الزواج عقد بين رجل وارمأة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل»[4]. وعلى نحوه أيضا سار المشرع الأردني في المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية.

(1) أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، (د،ط)(د،ت) ص 44.

(2) الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المتضمن تعديل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

(3) القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة. الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 05/02/2004.

(4) القانون رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته، المتضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني: الرضائية في عقد الزواج

الفرع الأول: مفهوم الرضاء

أولا: لغة: الاختيار، تقول رضي به وعنه وعليه رضا ورضاء اختاره وقبِله، وارتضاه لصحبته اختاره، والرضا أيضا ضد السخط[1].

ثانيا: اصطلاحا: اختلفت مسالك العلماء في تحديد مفهوم الرضا تبعا لاختلافهم في مدى ملازمته للاختيار من عدمه، فعند الحنفية عرفوه بأنه: «امتلاء الاختيار، أي بلوغه نهايته، بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها، وعبر عنه البعض منهم بأنه إيثار الشيء واستحسانه».

وعند الجمهور يقصد به قصد الفعل دون أن يشوبه إكراه[2]. فالرضا عند الحنفية أخص منه عند الجمهور، فمجرد القصد إلى تحقيق أثر في المعقود عليه يسمى الرضا عند الجمهور، وإن لم يبلغ الاختيار غايته ولم يظهر السرور، في حين لا يسمى به عند الحنفية إلا إذا تحقق الاستحسان والتفضيل على أقل تقديره.

الفرع الثاني: ركن الرضاء في عقد الزواج

إن مبدأ الرضائية في العقود يفيد انعقاد العقد بمجرد تحقق تراضي طرفيه بصرف النظر عن وسيلة التعبير عنه، ودون حاجة إلى اشتراط إطار شكلي يفرضه القانون.

(1ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، 14/ 323.

(2) الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط2، 1412هـ، 1992م، 22/ 228.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولا: الرضاء في العقود[1]

يعتبر الرضا الركن الأول والأساسي في ابرام العقود، إذ يُشترط اقتران إرادتين متطابقتين وهو الإيجاب والقبول، وقد نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 59 من القانون المدني: «يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية»[2].

وبالنظر إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجدها قد اشترطت الرضاء في سائر العقود، فقد ورد في الكتاب قوله تعالى ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾[3]. وفي السنة النبوية عن أبي سعيد الخذري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**إنما البيع عن تراض**»[4]. وقال أيضا: «**لا يحل لامرئ من مال أخيه شيء إلا ما طابت به نفسه**»[5].

(1) عرف المشرع الجزائري العقد في المادة 54 المعدلة من القانون المدني بأنه: «اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما». القانون رقم05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

كما عرفه محمد قدري باشا في المادة 168 بأن: «العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه». مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الأميرية بولاق، مصر، ط2، 1308هـ، 1891م، ص 28.

(2) الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

(3) سورة النساء، الآية 29.

(4) رواه ابن ماجة، كتاب التجارات، باب بيع الخيار، رقم 2185، وإسناده صحيح كما قال البوصيري في مصباح الزجاجة. ابن ماجة، السنن، دار الجيل بيروت، ط1، 1418هـ، 1998م، 3/ 538.

(5) رواه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع، رقم 2883، مؤسسة الرسالة، ط1، 1424هـ، 2004م، 4/ 423.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا: الرضاء في عقد الزواج

1. الرضا في القانون

لقد اتفق فقهاء القانون وكذا مختلف التشريعات الدولية والداخلية على أن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج، وهو القائم الذي يقوم عليه ويتوقف وجوده عليه واختلف في تسميته فهناك من يطلق عليه تسمية الإيجاب والقبول وهناك من يسميه الصيغة وهناك من يسميه العنصر النفسي في عقد الزواج L'ELEMENT PSYCHOLOGIUE وهذا الاختلاف هو لفظي فقط أما المعنى فهو واحد، ولقد نصت المادة 16/ 2 من ميثاق حقوق الإنسان على أنه: «لا يعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما زواجا كاملا لا إكراه فيه»[1] ونصت المادة 23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والمادة 10 من العهد الدولي لحقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على «لا ينعقد زواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاءا كاملا لا إكراه فيه»، ونصت المادة 16 من اتفاقية إلغاء التميز ضد المرأة لسنة 1979 على أنه: «للمرأة الحرية في اختيار الزوج وفي عدم الزواج إلا برضاها الحر والكامل»[2].

وبالنظر إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري، نجد بأن المشرع- على غرار سائر التشريعات العربية والإسلامية- قد اعتبر الرضاء ركن أساسي في إبرام عقد الزواج، وهو ما ورد في نص المادة 09 على أنه: «ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين»[3]. وكذا

(1) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.

(2) اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الأمم المتحدة تحت رقم 34/ 180 المؤرخة في 18 ديسمبر 1979.

(3) الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المعدل للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المشرع المغربي في نص المادة 10 من مدونة الأسرة على أنه: «ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر...».

ويجب في الرضاء الذي يقوم الزواج عليه أن يتضمن إرادة كل من طرفي الزواج، في أن يقبل كل منهما الآخر زوجا له في الحال، لأن الرضا بعقد الزواج مستقبلا لا ينشئ زواجا بل هو وعد به[1].

وقد وصفت الجمعية العامة التابعة للأمم للمتحدة الزواج بالإكراه بانه زواج استعبادي، فقد أعلنت في قرار لها رقم 843(د.9) أن بعض الأعراف والقوانين والممارسات القديمة المتعلقة بالزواج تتنافى مع مبادئ ميثاق الأمم المتحدة وكذا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

وقد جددت في قرارها 66/ 140 ندائها لوضع حد للممارسات العرفية الضارة كالزواج المبكر والقسري، وطلبت من الدول اتخاذ التدابير المناسبة للتصدي للعوامل الجذرية للزواج القسري، وحثت جميع الدول على سن قوانين تكفل عدم عقد الزواج إلا بالموافقة الحرة والكاملة بين الزوجين، وإنفاذ هذه القوانين بصرامة. كما اعتبرت الجمعية الزواج بالإكراه أو القسري أنه يندرج في إطار الممارسات الشبيهة بالرق، تجعل من الزوجة شخصا تمارس عليه أية سلطة تملك أو جميعها.

كما أنها قررت بأنه لا يمكن اعتبار الانتهاكات التي تحدث في إطار الزواج الاستعبادي بمثابة أعمال عنف ترتكب ضد النساء والفتيات فقط، لأن الرجال والفتيان هم أيضا ضحايا، إلا أن النساء يمثلن الأغلبية الساحقة لهؤلاء الضحايا، كما أنه غالبا ما يكون من الأيسر للرجال والفتيان أن يهجروا الزواج القسري ويعيشوا كمطلقين ويتزوجوا مرة أخرى. ولا سيما وأنهم يتمتعون عامة بمستوى تعليم أعلى بخلاف النساء.

(1) عبد الفتاح كبارة، الزواج المدني- دراسة مقارنة- دار الندوة الجديدة، بيروت، ط1، 1414هـ، 1994م، ص 115.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والملاحظ أيضا وجود تتبع لممارسات أخرى شبيهة بالرق خلال الزواج الاستعبادي، إذ ينتهي الأمر بالزوجة عادة إلى استعبادها منزليا وجنسيا، وغالبا ما يعجز ضحايا الزواج الاستعبادي عن الهروب إلى أسرهن والمجتمعات التي يقمن فيها، لأنها لن تجد العون منها إما لأسباب اقتصادية، أو لأسباب قائمة على المعتقدات التقليدية، وبمقتضى الاتفاقية التكميلية لإبطال الرق والأعراف المشابهة له، يتعين على الدول إبطال الزواج الاستعبادي[1].

2. الرضا في الشريعة الإسلامية

ثبت في السنة النبوية أن النبي ﷺ قال: «**لا تنكح الثيب حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا: وكيف إذنها يا رسول الله قال: أن تسكت**». وفي رواية عائشة أنها. قالت: يا رسول الله إن البكر تستحي، قال: «**رضاها صمتها**»[2]. قال ابن المنذر رحمه الله: «ودل هذا الحديث على أن البكر التي أمرنا باستئذانها، البالغ إذ لا معنى لاستئذان من لا إذن لها من الصغار، إذ سكوتها وسخطها سواء»[3]. وقد استحب فقهاء الشافعية الإشهاد على رضا المرأة حيث يعتبر رضاها، بأن كانت غير مجبرة احتياطا ليؤمن إنكارها، وأن رضاها الكافي في العقد يحصل بإذنها وببينة. وكذا بإخبار وليها مع تصديق الزوج[4].

(1) تقرير المقررة الخاصة المعنية بأشكال الرق المعاصرة- الزواج الاستعبادي- مجلس حقوق الإنسان، الدورة 21، البند 3.

(2) رواه البخاري، كتاب النكاح، باب لا يُنكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاهما، رقم 5163 و 5137، صحيح البخاري، المكتبة السلفية، القاهرة، ط1، 1400هـ، 3/ 372.

(3) ابن المنذر: أبو بكر محمد، الإشراف على مذاهب العلماء، مكتبة مكة الثقافية، ط1، 1426هـ، 2006م، 5/ 16.

(4) الشربيني: مغني المحتاج، مرجع سابق، 3/ 198.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعليه، فلا بد من اعتبار رضا المرأة في النكاح، ولو كانت المرأة سفيهة، وقد سئل رجل الإمام مالك رحمه الله فقال له : «إن لي ابنة أخ وهي بكر وهي سفيهة وقد أردت أن أزوجها من يحصنها ويكفلها فأبت، قال مالك: لا تزوج إلا برضاها قال: إنها سفيهة في حالها قال مالك: وإن كانت سفيهة فليس لك أن تزوجها إلا برضاها»[1].

المبحث الثاني

أثر الإكراه على عقد النكاح

إن الإكراه على النكاح إنما يكون من ولي المرأة، وهو أبوها على وجه الخصوص، وهذا بحكم السلطة الشرعية التي يمارسها على من هي تحت ولايته، لكن الشريعة الإسلامية لم تمنح هذا الحق بصفة مطلقة، وإنما قيدته بعدم قصد الإضرار. وهو ما نركز عليه في حديثنا عن ولاية الإجبار وولاية الاختيار ولمن تثبت، وكذا مسألة امتناع الولي تزويج ابنته من غير سبب مشروع، وهو المسمى بالعضل، وما يترتب من أحكام عند حصوله. ثم بعدها أثر النكاح إذا وقع بالإكراه من حيث بطلان العقد من عدمه.

المطلب الأول: حدود سلطة الولاية على المرأة

الفرع الأول: ولاية الإجبار والاختيار

ولاية النكاح عند الجمهور القائلين بها تنقسم إلى قسمين: ولاية إجبار وولاية اختيار.

(1) مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ، 1994م، 2/ 100.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولا: ولاية الإجبار: معنى الاجبار أن يكون للولي الحق في تزويج من هي تحت ولايته، ومن دون استشارتها أو الأخذ برأيها، قال الكمال بن الهمام رحمه الله: «معنى الإجبار أن يباشر العقد فينفذ عليها شاءت أو أبت»[1].

أما عن مناط الإجبار فقد اختلف فيه العلماء رحمهم الله تعالى، وفي هذا الصدد يقول ابن رشد رحمه الله:«... ولما أجمعوا على أن الأب يجبر البكر غير البالغ، وأنه لا يجبر الثيب البالغ إلا خلافا شاذا فيهما جميعا، فقد اختلفوا في موجب الإجبار هل هو البكارة أو الصغر؟ فمن قال الصغر قال: لا تُجبر البكر البالغ، ومن قال البكارة قال: تُجبر البكر البالغ ولا تجبر الثيب الصغيرة، ومن قال كل واحد منهما يوجب الإجبار إذا انفرد قال: يجبر البكر البالغ والثيب غير البالغ، والتعليل الأول تعليل أبي حنيفة والثاني تعليل الشافعي، والثالث تعليل مالك، والأصول أكثر شهادة لتعليل أبي حنيفة»[2].

فالناظر إلى ما ذكره فقهاء الحنفية يجد بأن العلة عندهم في الإجبار إما صغر أو جنون، قال الإمام الكاساني رحمه الله: «وأما ولاية الحتم والإيجاب، والاستبداد فشرط ثبوتها على أصل أصحابنا، كون المولى عليه صغيرا أو صغيرة، أو مجنونا كبيرا أو مجنونة كبيرة، سواء كانت الصغيرة بكرا أو ثيبا، فلا تثبت هذه الولاية على البالغ العاقل ولا على العاقلة البالغة»[3]. وأما فقهاء المالكية فعللوا الإجبار بعلتين، قال الإمام ابن شاس رحمه الله: «الأبوة وتفيد ولاية الإجبار، وهي معلولة بعلتين: الصغر والبكارة، فيجبر الأب الصغيرة وإن كانت ثيبا، والبكر وإن كانت بالغا، لوجود إحدى العلتين،

(1) الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ، 2003م، 3/ 252.

(2ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، ط1، 1424هـ، 2003م، 2/ 14.

(3) الكاساني: أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1424هـ، 2003م، 3/ 357..

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولا يجبر الثيب البالغ لعدمها، فإن عنست البكر اختلف في دوام الإجبار عليها وانقطاعه عنها روايتين لمحمد وابن وهب... »[1]. وأما الشافعية فقد عللوا الإجبار بالبكارة، يقول الإمام الشربيني رحمه الله: «وللأب ولاية الإجبار، وهي تزويج ابنته البكر صغيرة أو كبيرة عاقلة أو مجنونة إن لم يكن بينه وبينها عداوة ظاهرة، بغير إذنها لخبر الدارقطني: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يزوجها أبوها»[2]. أما إذا كان بينه وبينها عداوة ظاهرة فليس له تزويجها إلا بإذنها...»[3].

وقد استدل القائلون بالإجبار بمجموعة أحاديث، منها قوله ﷺ: «تُستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكتت فهو إذنها، وإن أبت فلا جواز عليها»[4]. كما استدلوا بحديث ابن عباس رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ قال: «ليس للولي مع الثيب أمر واليتيمة تُستأمر وصمتها إقرارها»[5]. ومعنى اليتيمة هنا كما ذكر الإمام الخطابي رحمه الله: «... هي البكر البالغ التي مات أبوها قبل بلوغها فلزمها اسم اليتيم فدعيت به، وهي بالغ، والعرب ربما ادعت الاسم الأول الذي إنما سمي به لمعنى متقدم ثم ينقطع ذلك المعنى ولا يزول الاسم، من ذلك يسمون الرجل المستجمع السن غلاما وحد الغلومة ما بين أيام

(1) ابن شاس: جلال الدين، عِقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1415هـ، 1995م، 2/ 16.

(2) رواه الدارقطني في سننه من حديث ابن عباس لكن بلفظ : «والبكر يستأمرها أبوها في نفسها». كتاب النكاح، رقم 3582، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424هـ، 2004م، 4/ 349.

(3) الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، 3/ 200، 201.

(4) رواه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب في الاستئمار، رقم 2093. سنن أبي داود، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1418هـ، 1997م، 2/ 397. ورواه الترمذي في سننه، كتاب النكاح، باب إكراه اليتيمة على التزويج، رقم 1109، مطبعة مصطفى الباجي، مصر، ط2، 1388هـ، 1968م، 3/ 408.

(5) رواه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب في الثيب، رقم 2100، مرجع سابق، 2/ 400.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الصبى إلى أوقات الشباب...»[1]. والحديث دل بمنطوقه على أن اليتيمة لا يُشرع إجبارها بحال، ودل بمفهومه أن ذات الأب بخلافها.

ثانيا: ولاية الاختيار

تثبت ولاية الاختيار للثيب البالغة، فقد اتفق الفقهاء على عدم مشروعية إجبار الثيب البالغة[2]، قال ابن المنذر رحمه الله: «وأجمعوا أن نكاح الأب ابنته الثيب بغير رضاها، لا يجوز»[3]. وقال ابن قدامة رحمه الله: «أن الثيب تنقسم إلى قسمين: كبيرة وصغيرة، فأما الكبيرة، فلا يجوز للأب ولا لغيره تزويجها إلا بإذنها، في قول عامة أهل العلم، إلا الحسن قال: له تزويجها وإن كرهت. قال اسماعيل بن اسحاق: لا أعلم أحدا قال في البنت بقول الحسن، وهو قول شاذ، خالف فيه أهل العلم والسنة الثابتة...»[4]. واستندوا في ذلك إلى حديث الخنساء بنت خدام الأنصارية: «حيث زوجها أبوها وهي ثيب، فكرهت ذلك، فأتت النبي ﷺ فرد نكاحها»[5].

ثالثا: التحقيق في مسألة الإجبار وتعيين الراجح في القول

ذهب الكثير من المحققين من أهل العلم إلى عدم مشروعية إجبار المرأة بكرا كانت أم ثيبا، وأقروا بمنحها الحق في اختيار زوجها من دون إكراه وليها على ذلك.

---

(1) الخطابي: أبي سليمان حمد، معالم السنن، المطبعة العلمية، حلب، ط1، 1352هـ، 1933م، 3/ 202.

(2) حكى غير واحد من أهل العلم الإجماع على ذلك، منهم ابن المنذر وابن قدامة وابن تيمية وغيرهم.

(3) ابن المنذر: أبي بكر، الإجماع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ، 1985م، ص 39.

(4) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 3/ 406.

(5) رواه البخاري في الصحيح، كتاب الإكراه، باب في بيع المكره ونحوه في الحق وغيره، رقم 6945، مرجع سابق، 4/ 285.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

واستندوا في ذلك إلى مجموعة من الأدلة، منها ما ورد في حديث الخنساء – سبقت الإشارة إليه– وكذلك حديث ابن عباس: «أن جارية بكرا أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ»[1]. قال ابن القيم رحمه الله: «وموجب هذا الحكم أنه لا تُجبر البكر البالغ على النكاح، ولا تزوج إلا برضاها، وهذا قول جمهور السلف، ومذهب أبي حنيفة وأحمد في إحدى الروايتين عنه، وهو القول الذي ندين الله به، ولا نعتقد سواه، وهو الموافق لحكم رسول الله ﷺ وأمره ونهيه، وقواعد شريعته، ومصالح أمته...فأما موافقته لقواعد شرعه، فإن البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أقل شيء من مالها إلا برضاها، ولا يُجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها، فكيف يجوز أن يُرقها، ويُخرج بُضعها منها بغير رضاها إلى من يريده هو، وهي من أكره الناس فيه، وهو من أبغض شيء إليها...». وقد قال رسول الله ﷺ: «**اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم**...»[2]. ثم ختم رحمه الله تعالى حديثه فقال: «وأما موافقته لمصالح الأمة، فلا يخفى مصلحة البنت في تزويجها بمن تختاره وترضاه، وحصول مقاصد الناكح لها به، وحصول ضد ذلك بمن تُبغِضه وتنفِر منه، فلو لم تأت السنة الصريحة بهذا القول، لكان القياس الصحيح، وقواعد الشريعة لا تقتضي

(1) رواه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب البكر يزوجها أبوها ولا يستأمرها، رقم 2092، مرجع سابق، 2/ 398. وابن ماجة في سننه، في النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة، رقم 1875، وإسناده صحيح، وقد أُعل الحديث بالإرسال، وبتفرد جرير، وهي علل غير قادحة، قال ابن التركماني: «جرير بن حازم ثقة جليل، وقد زاد الرفع فلا يضره إرسال من أرسله، كيف وقد تابعه الثوري». سنن ابن ماجة، دار الجيل بيوت، ط1، 1418هـ، 1998م، 3/ 322.

(2) رواه الترمذي في سننه، كتاب الرضاع، باب حق المرأة على زوجها، رقم 1163. مرجع سابق، 3/ 458. وابن ماجة في سننه، كتاب النكاح، باب حق المرأة على الزوج، رقم 1851، مرجع سابق، 3/ 303، 304.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

غيره»[1]. والقول بعدم الإجبار اختاره أيضا شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله، فبعد عرضه لأقوال العلماء في المسألة قال رحمه الله: «والثانية: لا يجبرها، كمذهب أبي حنيفة وغيره، وهذا القول هو الصواب. والناس متنازعون في مناط الإجبار والصحيح أنه الصغر، وأن البكر البالغة لا يُجبرها أحد على النكاح، وعلل قوله بأن الصغر سبب الحجر بالنص والإجماع، وأما جعل البكارة موجبة للحجر فهذا مخالف لأصول الإسلام، فإن الشارع لم يجعل البكارة سببا للحجر في موضع من المواضع المجمع عليها، فتعليل الحجر بذلك تعليل بوصف لا تأثير له في الشرع... وأيضا فإن الذين قالوا بالإجبار اضطربوا فيما إذا عينت كفؤا، وعين الأب كفؤا آخر على وجهين في مذهب الشافعي وأحمد، فمن جعل العبرة بتعيينها نقض أصله، ومن جعل العبرة بتعيين الأب كان في قوله من الفساد والضرر والشر ما لا يخفى»[2].

رابعا: الإكراه على النكاح في قانون الأسرة

لقد تمت الإشارة بأن المشرع الجزائري قد اعتبر الرضا في عقد الزواج الركن الوحيد والأساسي، وعليه لم تثر مسألة الإكراه على الزواج أية مشكلة من الناحية القانونية، وهذا على اعتبار أن المشرع قد منع جملة وتفصيلا إكراه الولي ابنته بكرا كانت أم ثيبا على أن تتزوج بمن لا تريده[3]، كما أنه ميز بين المرأة الراشدة والقاصر، فقصر

(1) ابن القيم: شمس الدين، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، ط26، 1416هـ، 1996م، 5/ 97، 98.

(2) ابن تيمية: تقي الدين، مجموعة الفتاوى، دار الوفاء، المنصورة، ط3، 1426هـ، 2005م، 32/ 20.

(3) وقد استقرت جل التشريعات العربية والإسلامية على هذا الرأي، منها ما ورد في نص المادة 90 من مدونة الأسرة الموريتانية على أنه: «لا يصح تزويج المرأة البالغة بدون رضاها ولا أن تتزوج بدون وليها...». وكذا المشرع المغربي في نص المادة 25 من مدونة الأسرة على أنه: «للرشيدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها». وكذا المشرع الإماراتي في نص =

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

دور الولي في الحضور الشكلي فقط إلى مجلس العقد إذا كانت البنت راشدة، فهي التي تباشر العقد بنفسها، وهو ما ورد في نص المادة 11 من قانون الأسرة على أنه: «تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها...». أما بالنسبة للقاصر فأثبت القانون الولاية عليها لكن من دون إجبار أيضا، وهو ما ورد في نص المادة 13 من قانون الأسرة: «لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يُجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها دون موافقتها»[1].

وبما أن قانون الأسرة الجزائري قد اشترط لزواج القاصر ترخيصا قضائيا بموجب نص المادة 07/ 2 فإنه لا عبرة برأي الولي مطلقا فرضاه وسخطه سواء ما دامت قد حصلت على الترخيص القضائي.

وهذا بخلاف ما استقر عليه التشريع في المملكة المغربية، فقد نصت المادة 21 من مدونة الأحوال الشخصية على أنه: «زواج القصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي...». ولم يجعل ذلك مطلقا بل أعطى صلاحية للقاضي في البث في الموضوع في حال رفضه زواج ابنته القاصر[2].

وعليه نجد بأن المشرع الجزائري قد تمسك بالرأي الراجح الذي يرى عدم مشروعية إجبار البكر البالغ، في حين نجده قد خالف ما استقر عليه العلماء من عدم اعتبار رضا القاصر اجماعا. وهذا لعدم درايتها بشؤونها الخاصة فوليها أحرص الناس على أمورها، والنص على عدم اعتبار رأيه في زواج ابنته القاصر إنما هو سلب لسلطته

=المادة 39 من قانون الأحوال الشخصية على أنه: «يتولى ولي المرأة البالغة عقد زواجها برضاها...».

(1) الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المعدل للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة.

(2) القانون رقم 03-70 المؤرخ في 05 فيفري 2004، الجريدة الرسمية ع 5184 المتضمن مدونة الأسرة المغربية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الشرعية التي يمارسها على ابنته من دون تعسف طبعا. ذلك أن الشريعة الإسلامية لما منحت الأب ممارسة سلطته على من هي تحت ولايته لم تجعلها مطلقة، وإنما قيدتها بعدم قصد الإضرار، فلو تبين ذلك سقطت عنه ولايته اتفاقا وانتقلت إلى من بعده أو إلى القاضي على خلاف بين العلماء في ذلك.

وإذا تقرر ما قيل، فاعلم أن المشرع الجزائري قد نص صراحة على عدم اعتبار صحة عقد النكاح الواقع تحت إكراه، وهو ما ورد في التعديل الأخير لقانون الأسرة في نص المادة 33 منه على أنه: «يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا»[1]. وكذا المشرع المغربي في نص المادة 57 من مدونة الأسرة على أنه: «يكون الزواج باطلا: إذا اختل فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه- والتي تنص على ركنية الإيجاب والقبول-».

الفرع الثاني: عضل الولي

إذا كان النكاح قد رغب فيه الشرع الحكيم، باعتباره سببا في بقاء النوع الإنساني، فقد اعتنى به بتوفير شروطه وأركانه، وذللت كل العقبات التي تحول دون تحقيق مقاصده المشروعة، غير أن البعض من الأولياء من يتفنن في التعسف في استعمال حق الولاية بتعطيل الزواج ومنعه دون مبرر مشروع، وهو ما يسمى على لسان الشرع بالعضل، فما هي الأحكام التي تترتب عند حصوله، وهل للولي الحق في منع من هي تحت ولايته من الزواج مطلقا بحجة ممارسة سلطة الولاية عليها أم أنها مقيدة؟.

(1) الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن تعديل قانون الأسرة. ج، ر 15.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولا: مفهوم العضل

1. **لغة**: ذكر الفيروز آبادي: «عضل عليه: ضيق، وعضل الأمر اشتد، وعضل المرأة يعضلها، مثلثه، عَضلا وعضِلا وعِضلانا، بكسرها وعضّلها: منعها من الزواج ظلما...»[1].

2. **اصطلاحا**: يعرف العضل عند الفقهاء بأنه منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك، ورغب كل واحد منهما في صاحبه[2].

ثانيا: الحكم الشرعي للعضل

الأصل فيه قوله تعالى ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[3]. وقد ذكر غير واحد من أهل التفسير أنها نزلت في معقل بن يسار ﷺ، فعن الحسن أنه قال: حدثني معقل بن يسار أنها نزلت فيه، قال: «زوجت أختا لي من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك وفرشتك فطلقتها ثم جئت تخطبها، لا والله لن تعود إليك أبدا. وكان رجلا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه. فأنزل الله تعالى هذه الآية، فقلت: الآن أفعل يا رسول الله، قال: فزوجها إياه»[4].

وقد اتفق الفقهاء على أنه ليس للولي أن يعضل وليته إذا دُعت إلى كفء، وبصداق مثلها[5]. قال الإمام ابن المنذر رحمه الله: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن

(1) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الكتاب الحديث، بيروت، ط1، 2004، ص 1046.

(2) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 9/ 383.

(3) سورة البقرة، الآية 232.

(4) رواه البخاري، كتاب النكاح، باب من قال لا نكاح إلا بولي، رقم 5130، مرجع سابق، 3/ 370.

(5) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، 2/ 29.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

السلطان يزوج المرأة إذا أرادت النكاح، ودعت إلى كفء وامتنع الولي أن يزوجها، وهذا على مذهب مالك والثوري والشافعي وأحمد واسحاق، وأبي عبيد، وأبي ثور، وأصحاب الرأي... وكذلك نقول»[1]. وقال إمام الحرمين رحمه الله: «إذا دعت الحرة البالغة العاقلة وليّها إلى تزويجها من كفء، وجبت عليه إجابتها، لقوله تعالى ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾[2].

وإذا تحقق العضل بالمعنى المذكور، فهو من الظلم البيّن والضرر الواقع فوجبت إزالته لحديث النبي ﷺ:«لا ضرر ولا ضرار»[3]. وللقاعدة الفقهية: «الضرر يزال».

وتنتقل الولاية إلى السلطان، وبه قال جمهور الحنفية والمالكية والشافعية، قال الإمام الكاساني رحمه الله:«لأن الحرة البالغة العاقلة إذا طلبت الإنكاح من كفء وجب عليه التزويج منه، لأنه منهي عن العضل، والنهي عن الشيء أمر بضده، فإذا امتنع فقد أضر بها، والإمام نُصّب لدفع الضرر، فتنتقل الولاية إليه...»[4]. وعند المالكية، جاء في الشرح الصغير: «فإن امتنع من كفء رضيت به كان عاضلا بمجرد الامتناع، فيأمره الحاكم بتزويجها، وإن امتنع زوّج الحاكم، ولا ينتقل الحق لمن بعد العاضل من

(1) ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، مرجع سابق، 5/ 30.

(2) الجويني: عبد الملك بن عبد الله، نهاية المطلب في دراية المذهب، دار المنهاج، جدة، ط1، 1428هـ، 2007م، 12/ 39.

(3) رواه مالك في الموطأ، كتاب القضاء، باب القضاء في المرفق، رقم 2758، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، أبو ظبي، ط1، 1425هـ، 2004م، 4/ 1078. وابن ماجة في سننه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم 2340، دار الجيل، بيروت، ط1، 1418هـ، 1998م، 4/ 27.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، 3/ 386، 387.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأولياء»[1]. وقال ابن جزي رحمه الله: «إن عضل الولي المرأة أمره السلطان بإنكاحها، فإن امتنع زوّجها السلطان...»[2]. واستندوا إلى مجموعة أدلة منها حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «**أيما امرأة نكحت بدون إذن وليها فنكاحها باطل... فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له**»[3]. في حين ذهب الحنابلة إلى القول بأنه إذا ثبت العضل انتقلت الولاية إلى من يليه من الأولياء، فإن عضلها الأبعد زوجها الحاكم. قال الإمام ابن قدامة رحمه الله: «إذا عضلها وليها الأقرب، انتقلت الولاية إلى الأبعد، نص عليه أحمد، لنا أنه تعذر التزويج من جهة الأقرب، فملكه الأبعد، كما لو جن، ولأنه يُفسق بالعضل، فتنتقل الولاية عنه، فإن عضل الأولياء كلهم زوّج الحاكم»[4].

المطلب الثاني: مذاهب العلماء في أثر الإكراه على النكاح

الفرع الأول: الإكراه على النكاح لا يفسد العقد

وإلى هذا ذهب الحنفية، فقالوا بان النكاح يقع، لأنه تصرف قولي يستحيل فيه أن يكون المكرَه آلة للمُكرِه، ذلك أن التصرفات الشرعية نوعان: إنشاء وإقرار، والإنشاء نوعان: نوع لا يحتمل الفسخ ونوع يحتمله، والنكاح من النوع الذي لا يحتمل الفسخ، فهو يقع بالإكراه مع الجواز[5].

(1) الدردير: أبي البركات، الشرح الصغير على أقرب المسالك، دار المعارف، القاهرة، (د،ط)(د،ت) 2/ 376.

(2) ابن جزي، القوانين الفقهية، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1434هـ، 2013م، ص347.

(3) رواه الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، رقم 11+02، وقال: حديث حسن، مرجع سابق، 3/ 399.

(4) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 9/ 382، 383.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، 10/ 117. ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، 4/ 440.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

واستندوا إلى عمومات النصوص وإطلاقها التي تقتضي شرعية هذه التصرفات من غير تخصيص وتقييد، منها قوله تعالى ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ۚ إِن يَكُونُوا۟ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ ۗ وَٱللَّهُ وَٰسِعٌ عَلِيمٌ﴾[1]. ولأن النكاح تصرف قولي، فلا يؤثر فيه الإكراه كالطلاق والعتاق[2]. كما استندوا إلى حديث: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة»[3]. قال ابن عابدين رحمه الله: «والأصل عندنا أن كل ما يصح مع الهزل يصح مع الإكراه، لأن ما يصح مع الهزل لا يحتمل الفسخ، وكل ما لا يحتمل الفسخ لا يؤثر فيه الإكراه»[4].

الفرع الثاني: الإكراه على النكاح يفسد العقد

ذهب فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الإكراه على النكاح يؤدي إلى فساد العقد قال الإمام مالك رضي الله عنه:«في المرأة تزوج بغير إذنها فتنكر ثم تخبر أن ذلك كله سواء، قال: لا يجوز إلا بنكاح جديد. وقيل له في الرجل يزوج أختا له معه حاضرة في البلد فأنكرت وقالت: لم أرض ولم أوكله ثم أقرت بعد ذلك وأحبت إجازته، قال: لا أرى ذلك إلا بنكاح جديد... وقال ابن رشد رحمه الله: أما إذا زوجها بغير إذنها وهي بعيدة عنه أو قريبة فتأخر إعلامها بذلك فلا يجوز النكاح وإن أجازته باتفاق من قول

(1) سورة النور، الآية 32.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، 10/ 123.

(3) رواه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب في الطلاق على الهزل، رقم 2194، مرجع سابق، 2/ 447. والترمذي في سننه، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق، رقم 1184، وقال حسن غريب، والعمل على هذا عند أهل العلم، مرجع سابق، 3/ 481. وابن ماجة في سننه، كتاب الطلاق، باب من طلق أو نكح أو راجع لاعبا، رقم 2039، 3/ 441.

(4) ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، 9/ 191، 192.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مالك وجميع أصحابه...»[1]. واستند الجمهور في ذلك إلى حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن جارية بكرا أتت النبي ﷺ، فذكرت أن أباها زوّجها وهي كارهة، فخيرها النبي ﷺ[2]. قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: «وأما تزويجها مع كراهتها للنكاح، فهذا مخالف للأصول والعقول، والله لم يسوغ لوليها أن يكرهها على بيع أو إجارة إلا بإذنها، ولا على طعام أو شراب أو لباس لا تريده، فكيف يكرهها على مباضعة ومعاشرة من تكره مباضعته، والله قد جعل بين الزوجين مودة ورحمة، فإذا كان لا يحصل إلا مع بغضها له، ونفورها عنه. فأي مودة ورحمة في ذلك؟»[3]. كما استندوا إلى قوله ﷺ:«**إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه**»[4]. ولأنه قد حُملت عليه المرأة بغير حق، فلم يثبت له حكم.

يتبين مما سبق ذكره، أن القول بفسخ عقد النكاح إذا وقع تحت الإكراه هو الأولى بالصواب والترجيح، وهو المواقف لمقاصد الشريعة الإسلامية في النكاح المبنية على المودة والرحمة، وأما رأي السادة الحنفية رحمهم الله تعالى في صحة العقد قياسا على الهزل فإنما هو قياس مع الفارق، وكيف لا وقد صح النص عن النبي ﷺ في رد نكاح

(1) أبو الوليد ابن رشد، البيان والتحصيل، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1408هـ، 1988م، 4/ 267، 268.

(2) رواه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب في البكر يزوجها أبوها ولا يستأمرها، رقم 2096، مرجع سابق، 4/ 398. وابن ماجة في سننه، كتاب النكاح، باب من زوّج ابنته وهي كارهة، رقم 1875، وإسناده صحيح، مرجع سابق، 3/ 322.

(3) ابن تيمية، مجموع الفتاوي، مرجع سابق، 32/ 21.

(4) رواه ابن ماجة، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، رقم 2043، وهو ضعيف جدا، لأن في سنده أبا بكر الهذلي وهو متروك، وشيخه شهر بن حوشب ضعيف يعتبر به عند المتابعة، ولم يتابع، على أن متن الحديث صحيح. مرجع سابق، 3/ 444.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

من أكرهت عليه، كما ورد على صحة العقد الواقع بالهزل، فكيف يقاس العقد الفاسد على الصحيح؟.

كما أن إقامة علاقة النكاح بالإكراه والقسر يتنافى مع ما قرره الشرع الحنيف من منحه لجملة كبيرة من الحقوق تتمتع بها المرأة، ومنها حقها في اختيار الزوج الذي ترغب فيه.

وقد استقر التشريع الوضعي في شؤون الأسرة على اعتبار عقد النكاح الحاصل بطريق الإكراه باطلا، وهو ما ورد في نص المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

خاتمة

يتبين مما سبق ذكره ما يلي:

- أن الإكراه هو حمل الشخص على تصرف لم يرض به، وهو عيب من عيوب الإرادة، فتكون إرادته غير سليمة وصحيحة.

- أن النكاح هو حقيقة في العقد على الصحيح الذي عليه الجمهور، وأنه لم يرد بمعنى الوطء إلا في موضع واحد، وهو قوله تعالى ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾[1].

- أن قانون الأسرة الجزائري ومعظم قوانين الدول العربية والإسلامية قد اعتبرت الرضا بين الزوجين الركن الوحيد والأساسي لعقد النكاح.

- أن الشريعة الإسلامية قد راعت مبدأ الرضائية في إبرام العقود بصفة عامة، وعقد النكاح بصفة خاصة، وسار على نهجها قانون الأسرة الجزائري.

- أن الشريعة الإسلامية لما منحت للأب سلطة الولاية على ابنته لم تطقلها وإنما قيدتها بعدم للإضرار، ومن قبيل الإضرار إجبار المرأة على الزواج بمن لا تريد، وكذا عضلها وهو منعها من التزوج بكفء بدون سبب مشروع.

- أن الشريعة الإسلامية قد أسقطت ولاية الأب على ابنته إذا ثبت الضرر منه بعضله لها، وانتقلت على الصحيح إلى الحاكم أو القاضي.

(1) سورة البقرة، الآية 230.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- أن البكر البالغة لا يُشرع بحال إجبارها على الزواج بمن لا تريده، كما أنها لم تُجبر إلى إخراج ما تملكه من مال دون رضاها، فكذلك في النكاح، بل هو أشد.

- أن عقد النكاح إذا وقع تحت الإكراه وقع باطلا على الراجح من قولي العلماء، وهو المنصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قائمة المصادر والمراجع

أولا: كتب اللغة

1. ابن منظور: لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط1.

2. شعبان عطية وآخرون، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط4، 1425هـ، 2004م.

3. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الكتاب الحديث، بيروت، ط1، 2004.

ثانيا: كتب الحديث

1. سنن ابن ماجة، دار الجيل بيروت، ط1، 1418هـ، 1998م.

2. سنن الدارقطني، مؤسسة الرسالة، ط1، 1424هـ، 2004م.

3. سنن أبي داود، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1418هـ، 1997م.

4. سنن الترمذي، مطبعة مصطفى الباجي، مصر، ط2، 1388هـ، 1968م.

5. الخطابي: أبي سليمان حمد، معالم السنن، المطبعة العلمية، حلب، ط1، 1352هـ، 1933م.

6. صحيح البخاري، المكتبة السلفية، القاهرة، ط1، 1400هـ.

ثالثا: كتب الفقه الإسلامي

1. محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي- الجريمة – دار الفكر العربي، القاهرة، 1998.

2. السرخسي: شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، بيروت،(د،ط)(د،ت).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

3. علاء الدين البخاري، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ، 1997م.

4. الشافعي: محمد بن إدريس، الأم، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 1421هـ، 2001م.

5. ابن حزم، المحلى شرح المجلى، دار إحياء التراث العربي، بيروت،ط2، 1422هـ، 2001م.

6. ابن عقيل، الواضح في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، ط1، 1420هـ، 1999م.

7. عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، دار الرسالة العالمية، دمشق، ط1، 1430هـ، 2009م.

8. السنهوري: عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

9. القاضي زاده أفندي، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ، 2003م.

10. ابن نجيم، النهر الفائق شرح كنز الدقائق للنسفي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1422هـ، 2002.

11. ابن عابدين، رد المحتار، دار عالم الكتب، الرياض، ط، خ، 1423هـ، 2003م.

12. ابن قدامة، المغني، دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1417هـ، 1997م.

13. الشربيني: شمس الدين، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1418هـ، 1997م.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

14. أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، (د،ط) (د،ت).

15. الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط2، 1412هـ، 1992م.

16. محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الأميرية بولاق، مصر، ط2، 1308هـ، 1891م.

17.عبد الفتاح كبارة، الزواج المدني- دراسة مقارنة- دار الندوة الجديدة، بيروت، ط1، 1414هـ، 1994م.

18.تقرير المقررة الخاصة المعنية بأشكال الرق المعاصرة- الزواج الاستعبادي- مجلس حقوق الإنسان، الدورة 21، البند 3.

19. ابن المنذر: أبو بكر محمد، الإشراف على مذاهب العلماء، مكتبة مكة الثقافية، ط1، 1426هـ، 2006م.

20. مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ، 1994م.

21. الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ، 2003م.

22. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، ط1، 1424هـ، 2003م.

23. الكاساني: أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1424هـ، 2003م.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

24.ابن شاس: جلال الدين، عِقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1415هـ، 1995م.

25. ابن المنذر: أبي بكر، الإجماع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ، 1985م.

26. ابن القيم: شمس الدين، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، ط26، 1416هـ، 1996م.

27. ابن تيمية: تقي الدين، مجموعة الفتاوى، دار الوفاء، المنصورة، ط3، 1426هـ، 2005م.

28. الجويني: عبد الملك بن عبد الله، نهاية المطلب في دراية المذهب، دار المنهاج، جدة، ط1، 1428هـ، 2007م.

29. مالك بن أنس، الموطأ، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، أبو ظبي، ط1، 1425هـ، 2004م.

30. الدردير: أبي البركات، الشرح الصغير على أقرب المسالك، دار المعارف، القاهرة، (د،ط)(د،ت).

31. ابن جزي، القوانين الفقهية، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1434هـ، 2013م.

32. أبو الوليد ابن رشد، البيان والتحصيل، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1408هـ، 1988م.

رابعا: القوانين

1. الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المتضمن تعديل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2. القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية. الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 05/ 02/ 2004.

3. القانون رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته، المتضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي.

4. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

5. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.

6. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الأمم المتحدة تحت رقم 34/ 180 المؤرخة في 18 ديسمبر 1979.

7. القانون رقم 03-70 المؤرخ في 05 فيفري 2004، الجريدة الرسمية ع 5184 المتضمن مدونة الأسرة المغربية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com