موضوع رقم (6)

آثار تخلف ركن العقد أو شروط انعقاده أو شروط صحته

(الزواج الباطل والزواج الفاسد)

61- آثار تخلف ركن العقد وشروط انعقاده:

إذا تخلف ركن العقد وهو صيغته أى الإيجاب والقبول، أو إذا لم تتوافر شروط انعقاد الزواج، بأن كان العاقدان أو أحدهما عديم التمييز، أو لم يتحد مجلس الإيجاب والقبول، أو لم يسمع كل من المتعاقدين كلام الآخر، أو تخلفت الشروط الواجب توافرها فى المرأة المعقود عليها بأن لم تكن محققة الأنوثة أى أنثى مشكل، أو كانت محرمة على الرجل تحريما قطعيا لا شبهة فيه ولم يخالف فيه أحد من العلماء، ويكاد العلم به يكون من الضروريات عند عامة الناس، سواء كانت الحرمة مؤبدة أو مؤقتة، وكان العاقدان أو أحدهما عالما بهذه الحرمة، كان عقد الزواج باطلا[4].

والفرق بين العقد الباطل لتخلف ركنه وبين العقد الباطل لتخلف شرط من شروط الانعقاد، أن العقد فى الحالة الأولى يكون معدوما حقيقة، وفى الحالة الثانية يكون معدوما حكما.

62- آثار تخلف شروط صحة العقد:

إذا استوفى العقد ركنه وتوافرت له شروط انعقاده، ولكنه فقد شرطا من شروط صحته، كما إذا تخلفت محلية المرأة الفرعية أو الخاصة للزواج بأن كانت محرمة على الرجل بدليل ظنى أو كان تحريمها مما يخفى أو يشتبه فيه أو مما خالف فيه بعض العلماء، أو كانت صيغة العقد غير مؤبدة، أو عقد العقد دون شهود، أو بشهود دون النصاب الشرعي، كان العقد فاسدا.

ويكون العقد فاسدا أيضا إذا كانت المرأة محرمة على الرجل تحريما قطعيا لا شبهة فيه ولم يخالف فيه أحد من العلماء، إذا كان العاقدان أو أحدهما لا يعلم بالحرمة.

---

(4) أما إذا لم يكن عالما بالحرمة فإن العقد يكون فاسدا.

63- رأى يذهب إلى عدم التفرقة بين البا ـل والفاسد فى الزواج:

التفرقة السابقة بين الزواج الباطل والفاسد قال بها بعض الفقهاء الأحنـاف، وإن كانوا لم يضعوا ضابطا واضحا صريحا للتفرقة بينهما[5] ومع ذلك يؤيـدها الكثير من الفقهاء المحدثين[6]، وسارت عليها فتاوى دار الإفتاء، كما أخذت بها محكمة النقض فى قضائها كما سنرى فى موضعه من الكتاب.

إلا أن غالبية الأحناف ذهبوا إلى التفرقة بين العقد الباطل والعقد الفاسد فى العقود المالية، أما بالنسبة للزواج فذهبوا إلى عدم التفرقة بينهما وإلى القول بأن الباطل والفاسد شيء واحد كما هو الحال فى قسم العبادات[7].

وهذا الخلاف لا تظهر أهميته من الناحية العملية إلا فى تحديد آثار الدخول الحقيقى فى الزواج الباطل والزواج الفاسد، أما بالنسبة لآثار الـزواج الباطـل والزواج الفاسد فى ذاته، فقد اتفق الأحناف على أن الآثار التى تترتـب عليهـا واحدة. وهذا ما نعرض له فيما يلي:

64- آثار عقد الزواج البا ـل والفاسد قبل الدخول:

تتفق آثار عقد الزواج الباطل وآثار عقد الزواج الفاسد قبل الدخول.

فلا يترتب على العقد ذاته أى أثر من آثار الزواج الصحيح، فيحرم علـى كل من الزوجين الاستمتاع بالآخر، ولا تستحق الزوجة مهرا أو نفقة، ولا يثبت للزوج حق الطاعة، ولا يتوارث الزوجان، ولا تترتب عليه حرمة المصـاهرة، ولا تترتب على الخلوة أية آثار للزوجين.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

1- «نفيد أنه قال فى متن التنوير وشرح الدر المختار مـن كتـاب النكـاح

---

(5) عبد الرحمن تاج – ص 32.

(6) عمر عبد الله – ص 124 – محمد على محجوب – ص 235 – عبد الـرحمن تـاج – ص 32 وما بعدها – محمد مصطفى شلبى – ص 144 وما بعدها.

(7) حاشية ابن عابدين – جـ3 ص 516 – شرح فتح القدير – جـ3 – 243 – الـدكتور محمد سلام مدكور – أحكام الأسرة فى الإسلام – الجزء الأول – الطبعة الثانية 1969 – ص 215.

وشرط حضور شاهدين حرين أو حر وحرتين مكلفين سامعين قولهما معا على الأصح فاهمين أنه نكاح على المذهب إلى آخر ما به. ومن ذلك يعلم أنه متى كان عقد الزواج المذكور بحضور شاهد واحد فقط فهو فاسد شرعا. وقد نصوا على أن النكاح الفاسد بمجرده لا يوجب حرمة المصاهرة بل بالوطء أو ما يقوم مقامه من المس بشهوة أو النظر بشهوة. لأن الإضافة في قوله تعالى: ﴿ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ ﴾ لا تثبت إلا بالعقد الصحيح كما نص على ذلك فى رد المحتار على الدر المختار بصحيفة 430 جزء ثان طبعة أميرية سنة 1286 – بناء على ذلك يجوز للرجل المذكور الذى عقد على البنت المذكورة نكاحا فاسدا كما ذكر أنه يتزوج بأمها ما لم يوجد من الرجل المذكور وطء للبنت المذكورة أو ما يقوم مقامه من المس بشهوة أو النظر بشهوة .. والله أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1916/9/25)

2- «إن صحة عقد الزواج وبطلانه أو فساده أمر محكوم بأرجح الأقوال فى فقه مذهب الإمام أبى حنيفة، نفاذا لحكم المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 وللمادة السادسة من القانون رقم 462 لسنة 1955.

ومما اشترطه فقهاء هذا المذهب لانعقاد الزواج صحيحا مستتبعا آثاره أن يكون العاقدان كاملى الأهلية، وذلك بأن يكونا بالغين عاقلين وفرعوا على هذا: أن الزوجين إذا كانا عديمى الأهلية لجنون أو صغر أو عته أو قام أحد هذه الأعراض بواحد منهما، لم ينعقد الزواج إذا باشره فاقد الأهلية منهما بنفسه، فإذا باشره وهو بهذه الحال وقع العقد باطلا لانتفاء شروط الانعقاد، ووقوع الخلل فى صلب العقد وركنه.

ومتى كان هذا: لم يترتب عليه شيء من آثار عقد الزواج الصحيح، فلا يحل به دخول بينهما، ولا يجب به المهر، ولا تستحق بمقتضاه نفقة، كما لا يستحق هو الطاعة، ولا يثبت به توارث إذا مات أحدهما، ولا نسب لمولود، ولا أحكام

المصاهرة[8]، ولا يقع فيه طلاق، لأن الطلاق فرع وجود الزواج الصحيح ....الخ».

(فتوى صادرة بتاريخ 1981/6/24 فى الطلب رقم 179 لسنة 1981):

ويجب على الزوجين الافتراق من تلقاء نفسيهما لأن الشرع يوجب عدم الاستمرار فى العقد الباطل والفاسد فإذا لم يفترق الزوجان فرق القاضى بينهما دفعا للمعصية وإزالة للمنكر، ولكل واحد من المسلمين أن يرفع دعوى حسبة أمام القضاء بطلب التفريق بين هذين الزوجين لأن هذا من باب الأمر بالمعروف وإزالة المنكر فهو فرض كفاية على الكافة إذا قام به أحدهم أو بعضهم سقط عن الباقين[9].

وبهذا أيضا قضت محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ 1965/4/28 (منشور فى بند 6).

وقد أوردت وزارة العدل فى منشورها رقم 35 لسنة 1918 بشأن دعاوى التفريق حسبة ما يأتي:

«إعلانات التفريق بين الزوجين بطريق الحسبة يجب أن تحال بمجرد تقديمها إلى المحكمة على وزارة الحقانية – وزارة العدل الآن – لتقوم بعمل التحريات التمهيدية اللازمة فى ذلك، ثم تعاد الإعلانات إلى المحكمة مرفقة بأوراق التحريات لتستعين بها المحكمة فى تقدير النزاع المطروح أمامها حق قدره وفهمه على حقيقته من أن هذه الدعوى يراد بها حقيقة دفع المنكر، أو لا يراد منها إلا التشهير بالغير أو الانتقام منه أو غير ذلك من المقاصد التى لا تتفق مع مشروعية الحسبة كالتحايل لإعادة النظر فى قضية طلاق سبق الفصل فيها بين الزوجين».

غير أن دعوى الحسبة أصبحت من اختصاص النيابة العامة وحدها دون غيرها وعلى من يطلب رفع الدعوى أن يتقدم ببلاغ إلى النيابة العامة المختصة

---

(8) ويلاحظ ما ذكرناه سلفا أن حرمة المصاهرة تثبت عند الأحناف بالدخول فى العقد الباطل، لأن حرمة المصاهرة عندهم تثبت بالزنا.

(9) عمر عبد الله – ص 124 وما بعدها.

وذلك عملاً بالقانون رقم 3 لسنة 1996.

65- آثار الدخول فى الزواج البا ـل:

الدخول فى الزواج الباطل زنا يوجب الحد، ولا تثبت به نفقة ولا عـدة ولا نسب، لأن النسب لا يثبت من الزنا، ولا توارث بين الزوجين.

وإنما يترتب على الدخول فى الزواج البا ـل الآثار الآتية:

1- وجوب المهـر: لأن المقرر فقها أن الدخول بالمرأة لا يخلو من عقـر (بفتح العين)، أو عقر (بضم العين) أى حد أو مهر. فإذا كان المهر قد سمى فى العقد، فللمرأة أقل المهرين: المهر المسمى ومهر المثل، أما إذا لم يسم المهر فى العقد، فلها مهر المثل مهما بلغ.

2- حرمة المصاهرة: لأن حرمة المصاهرة تثبت عند الحنفية بالزنا.

وقد أفتت دار الإفتـاء المصرية بتـاريخ 28 أبريـل سـنة 1949 فـى الطلب رقم 1882 بأن:

«اطلعنا على السؤال الوارد إلينا بتاريخ 1949/3/2 – 1882 المطلوب به معرفة الحكم الشرعى فيمن تزوجت بزوج وهى على عصمة زوج آخـر هـل تلزمها العدة بعد طلاقها من الزوج الثانى أم لا؟ وذلك للتصرف فى القضية رقم 11 سنة 1949 حصر تحقيقات الدرب الأحمر ونفيد:

أنه إذا كان زواج الثانى بهذه المرأة مع علمه بأنها زوجة للأول كان زواجه بها باطلا ولا عدة عليها ولو دخل بها لأن وطأه لها زنا والزنا لا حرمة له. وإن كان زواج الثانى بها مع عدم علمه بأنها زوجة للأول كان زواجه بهـا فاسـدا تجب المتاركة فيه شرعا وعليها العدة إذا كان قد دخل بها محافظة على حقه فى نسب ولده لعذره بعدم علمه بنكاح الأول والله سبحانه وتعالى أعلم ...».

كمـا قضـت محكمـة الـنقض فـى الطعـن رقـم 6 لسـنة 51ق جلسـة 1982/2/16 بأن:

«الدخول مع العقد على من هى فى عصمة آخر مع العلم بذلك لا يثبت به نسب للولد من أبيه لأنه لقاء جنسى محرم شرعا بغير شبهة حل، وتقدير توافر

هذا العلم من مسائل الواقع التى يستقل قاضى الموضوع ببحث دلائلها والموازنة بينها وترجيح ما يطمئن إليه منها واستخلاص ما يقتنع به ما دام يقيم حكمه على أسباب سائغة من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى ينتهى إليها»[10].

66- آثار الدخول فى الزواج الفاسد:

يترتب على الدخول فى الزواج الفاسد الآثار الآتية:

1- المهر: فقد أسلفنا أن الدخول لا يخلو من عقر أو عقر. فإذا كان المهر قد سمى فى العقد، فللمرأة أقل المهرين: المهر المسمى ومهر المثل، أما إذا لم يسم المهر فى العقد، فلها مهر المثل مهما بلغ[11].

2- العدة: وتبدأ العدة من وقت المتاركة إذا افترق الرجل والمرأة من تلقاء نفسيهما، ومن وقت تفريق القاضى بينهما إذا لم يفترقا، وعلة وجوب العدة هى منع اختلاط الأنساب.

والمفارقة بعد الدخول لا تتحقق بعدم مجئ كل منهما إلى الآخر، وإنما تتحقق بقول الرجل.. (تركتك أو تركتها أو خليت سبيلك أو سبيلها)[12].

3- النسب: ويثبت النسب بدون أن يدعى الرجل الولد[13].

4- حرمة المصاهرة: فتحرم المرأة المدخول بها على أصول وفروع من دخل بها، وتحرم على الرجل أصولها وفروعها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1-«وحيث إن هذا النعى فى محله - ذلك أن من شروط صحة الزواج محلية المرأة وأن لا يقوم بها سبب من أسباب التحريم ومنها الجمع بين أختين، والمحققون من الحنفية على أنه إذا تزوج إحداهما بعد الأخرى جاز زواج الأول وفسد زواج الثانية وعليه أن يفارقها أو يفرق القاضى بينهما، فإن فارقها قبل

---

(10) منشور بمجموعة القواعد القانونية للأستاذين على جمجوم ومحمد حلمى هيكل - ص270.

(11) جامع الفصولين - جـ2 ص 33.

(12) جامع الفصولين - جـ2 ص 34.

(13) كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا مادة (341).

الدخول فلا مهر ولا عدة ولا تثبت بينهما حرمة المصاهرة ولا النسب ولا يتوارثان وإن فارقها بعد الدخول فلها المهر وعليها العدة ويثبت النسب ويعتزل من امرأته حتى تنقضى عدة أختها – وإذ كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن «... تزوج بحورية فى أثناء زواجه بأختها... وليس بعد طلاقه من الأخيرة شرعا مما يعتبر أنه عقد زواج باطل قطعا ولا يثبت به نسب ولا تصححه الإجازة اللاحقة» فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه».

(طعن رقم 2 لسنة 33ق – جلسة 1965/4/28)

2- «الزواج الذى لا يحضره شهود هو زواج فاسد تترتب عليه آثار الزواج الصحيح ومنها النسب بالدخول الحقيقي».

(طعن رقم 14 لسنة 33ق جلسة 1999/12/7)

3- «المقرر فى الفقه الحنفى أن الزواج الذى لا يحضره شهود هو زواج فاسد يترتب عليه آثار الزواج الصحيح ومنها النسب بالدخول الحقيقى وكانت القاعدة فى إثبات النسب أنه إذا استند إلى زواج صحيح أو فاسد فيجب لثبوته أن يكون الزواج ثابتا لا نزاع فيه سواء كان الإثبات بالفراش أو الإقرار أو البينة الشرعية وهى على من ادعى ....الخ».

(طعن رقم 25 لسنة 46ق – جلسة 1978/5/31)

4- «من الأصول المقررة فى فقه الشريعة الإسلامية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن النسب يثبت «بالفراش الصحيح» وهو الزواج الصحيح وملك اليمين وما يلحق به وهو المخالطة بناء على عقد فاسد أو شبهة، كما أن المقرر فى الفقه الحنفى أن الزواج الذى لا يحضره شهود هو زواج فاسد يترتب عليه آثار الزواج الصحيح ومنها ثبوت النسب بالدخول الحقيقي».

(طعن رقم 100 لسنة 55ق – جلسة 1986/5/27)

5- «زواج المطعون عليها المسلمة بالطاعن المسيحى وهى تجهل ذلك الزواج فاسد. مؤدى ذلك. جواز ثبوت النسب».

(طعن رقم 100 لسنة 55ق – جلسة 1986/5/27)

67- تأصيل الوطء بشبهة وآثاره:

نشير بادئ ذى بدء إلى أن هذه الشبهة قد تمحو وصف الجريمة (الزنا)، وقد تسقط حد الزنا فقط مع بقاء وصف الجريمة. والأصل فى ذلك حديث النبى عليه السلام: «ادرءوا الحدود بالشبهات».

ونعرض أولا لتعريف الشبهة ثم لبيان أنواع هذه الشبهة.

68- المقصود بالشبهة:

الشبهة هى ما يشبه الشيء الثابت وليس بثابت. أو هى وجود المبيح صورة، مع عدم حكمه أو حقيقته. والشبهة عند الحنفية ثلاثة أنواع هي:

(أ) شبهة المحل:

وتسمى أيضا شبهة حكمية أو شبهة ملك أو شبهة حل.

ويقصد بكون الشبهة حكمية أنها ترد على حكم الشرع.

فتتحقق الشبهة فى المحل إذا كان يوجد دليل قوى مثبت للملك لكنه عارضه دليل آخر أضعف منه، فأحدث هذا الدليل شبهة فى المحل. وبتعبير آخر يكون المحل محرما حقيقة، غير أن وجود الدليل الآخر يورث شبهة فى حكم الشرع بتحريمه[14].

ومثال ذلك فى حد السرقة، أن يكون السارق أبو المجنى عليه، فرغم أن جريمة السرقة تكون تامة أى متوافرة الأركان مما يقتضى تطبيق الحد على السارق، إلا أنه يوجد دليل يعارض هذا التحريم وهو حديث الرسول عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك»، فإنه يفيد نوع ملكية للأب فى مال الابن، والعادة جرت بسيطرة الأب على مال الابن للخلطة بينهما.

ومثال ذلك فى جريمة الزنا، أن يظن الرجل مطلقته بائنا بالكنايات، وأساس هذه الشبهة قبول عمر رضى الله عنه: «الكنايات رواجع»، ومن يقدم على الزواج وهو لا يعلم سببا محرما، ويخبره الناس بعدم قيام هذا السبب كمن يتزوج زوجة الغير إذا أخبره اثنان بوفاته ثم تبين أنه حي، وكمن يتزوج امرأة

(14) حاشية ابن عابدين – جـ4 – ص 18 وما بعدها.

يظن بإخبار من حوله أو سكوتهم أنه لا علاقة تربطه بها، ثم تبين أن هناك علاقة محرمة. ففى هاتين الحالتين وأشباههما يوجد دليل الحل وهو إخبار من يكون من شأنهم أن يعلموا بالصلة المحرمة بأنه لا صلة محرمة، فإن هذا دليل يبيح وإن لم يثبت أمام الدليل المحرم[15].

وحكم الدخول مع هذه الشبهة، أنه يسقط فيه الحد، ويمحو وصف الزنى، فيثبت المهر والعدة والنسب.

(ب) شبهة الفعل:

وتسمى أيضا شبهة اشتباه وشبهة مشابهة.

وتكون الشبهة فى هذا النوع فى حل الفعل ذاته، لا فى حل المحل، فتكون حرمة المحل مقطوعا بها إذ لم يقم فيه دليل حل عارضه دليل آخر، وإنما يظن العاقد حل الفعل له، أى يظن أن الحرام حلال من غير دليل قوى أو ضعيف أو خبر من الناس اعتبر الشارع الأخذ به جائزا. فالشبهة هنا نتيجة جهل بأحكام الشرع[16].

وواضح مما تقدم أنه لابد من الظن ليتحقق الاشتباه.

ومثال ذلك:

1- الشخص الذى يظن بعض المحرمات عليه كأخته رضاعا، حلالا له وهو يعلم العلاقة التى تربطه بها، ولكنه يجهل التحريم.

2- أن يأتى الزوج زوجته التى طلقها ثلاثا، أو أبانها على المال أو خالعها فى العدة، إذ أنه وإن كانت الحرمة ثابتة بالإجماع فى كل هؤلاء، لأن حرمتهن مقطوع بها، فالملك والحق غير ثابتين فى حقهن، إلا أن فيهن بعض الأحكام رغم ذلك، منها النفقة والسكنى والمنع من الخروج وحرمة أختها أو أربع سواها، وعدم قبول شهادة كل منهما لصاحبه فحصل بذلك الاشتباه الذى أورد شبهة أن ظن حله لأنه فى موضوع الاشتباه فيعذر[17].

---

(15) محمد أبو زهرة فى الأحوال الشخصية – قسم الزواج – ص 149.

(16) شرح فتح القدير – جـ5 – ص 250.

(17) الدكتور عبد العزيز عامر – ص 128.

وهذه الشبهة إن وجدت أسقطت الحد، ولم تمح وصف الزنى. وذهب البعض إلى أن العدة لا تثبت فى الدخول مع هذه الشبهة لأنه لا عدة من زنى، كما لا يثبت بها النسب، وقد رجح الكمال بن الهمام ذلك.

إلا أن هناك أقوالا أخرى فى المذهب تثبت العدة والنسب فى هذه الشبهة احتياطيا لمصلحة الولد[18].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- «المقرر أن الوطء بشبهة الفعل يشترط لتحققه أن يظن الفاعل حل الفعل فإذا وطئ رجل مبانته ثلاثا وهى فى العدة سقط عنه الحد إن ظن حلها له أما إذا علم بالحرمة وجب عليه الحد، وفى الحالين لا يثبت نسب الولد الذى جاءت به المرأة وإن ادعاه الرجل لأن هذا أمر متعلق بالفعل نفسه إذ الفعل فى ذاته لا شبهة مطلقا فى أنه زنا – وكونه زنا فى حقيقته فى كل الحالات تستتبع عدم ثبوت النسب لأن الزنا لا يثبت به النسب».

(طعن رقم 182 لسنة 62ق جلسة 1997/6/24).

2- (أ)- «المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أن الوطء بشبهة الفعل يشترط لتحققه أن يظن الفاعل حل الفعل فيسقط عنه الحد إن ظن حلها له أما إذا علم بالحرمة وجب عليه الحد، وفى الحالين لا يثبت نسب الولد الذى جاءت به المرأة وإن ادعاه الرجل لأن هذا الأمر متعلق بالفعل نفسه إذ الفعل فى ذاته لا شبهة مطلقا فى أنه زنا وكونه زنا فى حقيقته فى كل الحالات يستتبع عدم ثبوت النسب لأن الزنا لا يثبت به النسب، وقد حرم الشرع الحنيف الزواج بالربيبة بقوله تعالى: ﴿ **وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ** ﴾ فالربيبة هى ابنة الزوجة لأنه يربيها وهى حرام بنص الآية الكريمة سواء أكانت فى الحجر أو لم تكن».

---

(18) البحر الرائق شرح كنز الدقائق جـ 4 ص 146 – محمد أبو زهرة فى الأحوال الشخصية – قسم الزواج ص148، 372.

(ب)- «لما كان الثابت من صحيفة افتتاح الدعوى والأوراق – أن المرحوم .... تزوج من السيدة.... – والدة الطاعنة – ودخل بها، ومن ثم تحرم الطاعنة عليه سواء كانت فى الحجر أو لم تكن فإن كان الحال كذلك ونتج عن هذه العلاقة أبناء فهم أبناء زنا لا يثبت نسبهم شرعا لذلك الرجل ولا يرثوا منه ويثبت نسبهم إلى أمهم لما كان ذلك وكان الثابت أن الطاعنة والمرحوم .... كانا على علم بحرمة تلك العلاقة وأنه لذلك لم يتم توثيق العقد بإقرار الطاعنة بصحيفة الدعوى ومن ثم فإن الأبناء الذين نتجوا من هذه العلاقة لا يثبت نسبهم إليه ولا يرثون فى تركته».

(طعن رقم 709 لسنة 67ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/2/28)

وقد اختلف الفقهاء فى الرجل الذى تزوج امرأة لم يرها عند العقد ثم زفت إليه امرأة غيرها وقيل له أنها زوجتك فدخل بها بناء على هذا القول، ثم تبين له أنها غيرها.

فذهب رأى إلى أن الدخول فى هذه الصورة يكون بشبهة فعل، ويثبت بها النسب بالدعوة استثناء. بينما ذهب رأى آخر إلى أن الدخول يكون بشبهة محل لأن إخباره بأنها زوجتك دليل شرعى مبيح للوطء لقبول قول الواحد فى أمور الدين والمعاملات، ومن ثم يثبت بها النسب طبقا للقاعدة التى ذكرناها فى شبهة المحل[19].

(جـ) شبهة العقد:

ويقول بهذه الشبهة أبو حنيفة وزفر، ووافقهما الثورى.

ويقصد بشبهة العقد أن صورة العقد، وهى الإيجاب والقبول إذا صدرا من عاقدين لعبارتهما اعتبار أى لهما أهلية كاملة، فإنها تكون شبهة فى ذاتها[20]

---

(19) راجع فى هذا: حاشية ابن عابدين – جـ4 – ص 23 – شرح فتح القدير – جـ5 – ص258 – عبد العزيز عامر – الأحوال الشخصية (النسب – الرضاع – الحضانة – نفقة الأقارب – ص85).

(20) الهداية شرح بداية المبتدى – جـ2 – ص 100 – محمد أبو زهرة فى الأحوال الشخصية – قسم الزواج – ص 146.

بحيث إذا حصل الوطء فى هذه الصورة كان دخولا بشبهة حتى ولو كانا عالمين بالتحريم وحكم هذه الشبهة حكم شبهة الفعل.

وسندهما فى ذلك أن المرأة من حيث أنها امرأة محل للزواج، بقطع النظر إلى خصوص عاقد معين، فالعقد عليها يورث شبهة تسقط الحد.

وهما وإن اسقطا الحد بهذه الشبهة إذ كانا عالمين بالتحريم، إلا أنهما يوجبان على القاضى أن ينزل بهما أقوى أنواع التعزير.

ومثل ذلك أن يعقد الرجل على امرأة محرمة عليه نسبا أو مصاهرة أو رضاعا أو على منكوحة الغير أو غير المسلم على المسلمة ثم يدخل الرجل بزوجته بناء على هذا العقد ولو كان عالما بالتحريم[21].

أما الصاحبان فقد خالفاهما فى ذلك، واشترطا لوجود الشبهة ألا يكون العاقدان عالمين بالتحريم، كغير المسلم الذى أسلم حديثا ولا يعلم المحرمات فى الإسلام إذ توجد فى هذه الحالة شبهة فعل، أما إذا لم يكن جاهلا بالتحريم فإنه لا يكون هناك شبهة ولا يسقط عنه الحد.

وحجة الصاحبين فى ذلك أن المرأة وإن كانت محلا للزواج فى الجملة، إلا أنها ليست محلا له بالنسبة لعقد هذا العاقد المعين. فعقده عليها لاغ فلا يورث شبهة مسقطة للحد.

وقد اتفق الأئمة الثلاثة مع الصاحبين فى هذا الرأي.

والفتوى على رأى الصاحبين[22].

وبهذا الرأى سارت فتاوى دار الإفتاء وقضاء محكمة النقض (راجع بند 65).

(21) حاشية ابن عابدين – جـ4 – ص 23.

(22) شرح فتح القدير – جـ5 – ص 262 – حاشية ابن عابدين – جـ4 – ص 23 وما بعدها.