



جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

المخبر المتوسطي للدراسات القانونية



# عيوب الإرادة بين القانون المدني وقانون الأسرة -دراسة مقارنة-

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق

تخصص القانون الخاص

إشراف الأستاذة:

أ.د. حميدو زكية

من إعداد الطالبة:

بوسعيد رويضة

لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د. تشوار جيلالي
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	أ.د. حميدو زكية
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذة محاضر "أ"	د. بوخاتم آسية
مناقشا	المركز الجامعي مغنية	أستاذة محاضرة "أ"	د. المر سهام

السنة الجامعية: 2024 - 2025

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

" يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ

وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ

بِمَا تَعْمَلُونَ خَيْرٌ "

سورة

المجادلة الآية 11

## شكر وتقدير

قال الله تعالى: "فَاذْكُرُونِي أَذْكُرْكُمْ وَاشْكُرُوا لِي وَلَا تَكْفُرُونِ" سورة البقرة، الآية 152  
وقد ورد في سنن الترميذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال، قال رسول الله ﷺ " من لم يشكر الناس، لم يشكر الله عزوجل".

الحمد لله رب العالمين حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه، والصلاة والسلام على الحبيب المصطفى وعلى  
أله وصحبه وسلم أجمعين، والشكر لله الذي من علينا بنعمه، وبأن من علينا بإنجاز هذا العمل  
المتواضع فهو العلي القدير.

ثم نتوجه بجزيل الشكر والتقدير:

- للأستاذة الدكتورة حميدو تشوار زكية على ما بذلته معنا من جهد و تصويب لإتمام وإنجاز  
هذه الرسالة، ونسأل الله لها دوام الصحة والعافية
- للأستاذ تشوار جيلالي رئيس لجنة المناقشة، وأستاذنا والداعم لنا فيارب وفقه لما يرجو  
ويتمنى وأدم عليه نعمة الصحة والعافية.
- للجنة المناقشة على مجهوداتهم المبذولة من اطلاع وتقييم للرسالة للارتقاء بها إلى أعلى  
مستوى، فلهم منا جزيل الشكر والتقدير.
- كما أشكر كل من ساهم أو مد لنا يد العون من قريب أو من بعيد .

رويسة بوسعيد

## إهداء

- إلى نور دربي ومصدر توفيقتي، إلى نبع الحنان، وإلى ظهري وسندي و فخري في هذه الدنيا، إلى والدي حفظهما الله وأطال اللهم في عمرهما.

- إلى أسرتي الصغيرة زوجي و أبنائي، وإلى إخوتي مصدر دعمي و قوتي.

- إلى كل من ساهم ومد يد العون.

أهدي هذا العمل.

روضة بوسعيد

قائمة بأهم المختصرات:

- ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

- ج: جزء.

- د.س.ن: دون سنة نشر.

- ص: صفحة.

- ط: طبعة.

- ع: عدد.

- غ.ش.أ: غرفة شؤون الأسرة.

- م.ع: المحكمة العليا.

- ه: هجرية

# مقدمة

لقد شرع الحق سبحانه وتعالى عقد الزواج ليكون بداية للإنشاء الأسر والمجتمعات، فالزواج عقد خوله الله للزوجين يباح فيه كل محظور في العلاقات بين الرجل والمرأة خارج إطاره، ومن مقاصده في الإسلام تحصين النفس، وحفظ النسل، وبناء الأسر في جو يسوده الطمأنينة والمودة والرحمة بين الزوجين، لدى يجب أن يبنى هذا العقد على أساس الرضا التام والبات بين طرفيه. ففي صلاح الزواج صلاح للأسرة والمجتمع فهو الخلية الأولى التي تبني المجتمع القائم على أسس صحيحة تعلو بالإنسان في أخلاقه وأفعاله، ولكي نصل لهذه النتيجة لا بد من إتباع ما جاء به إسلامنا من ثوابت وقواعد تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر، تقرر الصلاح وتبغض كل فساد وما يؤدي إليه من أقوال وأفعال.

وقد عني الإسلام بعقد زواج عناية شديدة وشملت انعقاده بجملة من الشروط والوسائل التي من شأنها جعل الحياة الزوجية قوية ومستمرة، ووقايتها من التعرض للتدهور والانحلال وكان منها ما يجب اتخاذه منذ اللحظة الأولى، أي لحظة التفكير في الزواج، بداية من التعارف والاختيار إلى حين انعقاده صحيحا. وعليه، فالإسلام قد حث على حسن اختيار الزوج؛ ومن الأسس التي أقام عليها الإسلام مقدمات الزواج هو حسن اختيار الشريك والرضا التام به، وبأن يكون ضابط الاختيار هو الدين مع عدم الاعتماد على الجمال أو المال أو الحسب فقط، لدنفا الحياة الزوجية كغيرها من العقود يجب أن تكون قائمة على الرضا لا على الجبر والإكراه. ولقد حث الإسلام على المحافظة على حرية الأفراد دون المساس بالمصالح العامة للناس سواء فيما يتعلق بالعقائد كقوله تعالى: " لا إكراه في الدين"<sup>1</sup>، أم كان في المطلق، وقد قال واحد من عامة الناس للخليفة عمر بن الخطاب: "والله لو رأينا فيك اعوجاجا لقومناك بسيوفنا"، وقد قاطعت امرأة وهو يخطب في الناس حاثا على عدم التغالي في المهور وتقول: "أيعطينا الله ويمنعنا عمر"<sup>2</sup>.

ووصولاً إلى رضا سليم، فقد حددت الشريعة الإسلامية المبادئ والطرق الصحيحة للتحليل للوصول إلى رأي وإرادة سليمة، مبنية على أساس علمي سليم، يتقبله العقل والواقع، فللرضا في

<sup>1</sup> سورة البقرة جزء من الآية 256.

<sup>2</sup> محمد سلام مذكور، المدخل للفقهاء الإسلامي - نظرية العقد -، دار الكتاب الحديث، القاهرة 2005، ص 22.

الفقه الإسلامي مكانة عظيمة. ولا يعد الرضا وحده كافيا لقيام العقد وإنما لابد من وجود شروط أخرى<sup>1</sup>، كما يجب أن يتطابق كل من الإيجاب والقبول، فهما أساس قوة العقد. وتكمن أهمية الإرادة في أنها هي الحجر الأساس في نشأة العقد وتحديد آثاره وهو ما أطلق الفقه عليه بمبدأ الرضائية في العقود وهو ما أشار إليه أيضا المشرع الجزائري من خلال المادة 106 من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup> التي تنص على أن "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يحددها القانون".

ولأهمية الرضا فقد اتفق جميع فقهاء الشريعة الإسلامية على ركنيته في عقد الزواج<sup>3</sup>، بل منهم من جعله الركن الوحيد فيه<sup>4</sup>، وقد فصلوا في أحكامه وآثاره، وأثار تخلفه. كما حضي الرضا أيضا باهتمام المجتمع الدولي أين عقدت في شأنه عدة اتفاقيات<sup>5</sup> لحماية إرادة الأفراد وحررياتهم، حتى من جانب القوانين الداخلية فقد اهتم مؤسسو القوانين والتشريعات الداخلية بموضوع الرضا. فلا نجد

<sup>1</sup> فبالنسبة لعقد الزواج في القانون الجزائري، والذي يعد عقدا رضائيا، ركنه الوحيد الرضا التام لطرفيه، يجب أن يتوافر على شروط صحة وهي المنصوص عليها بمقتضى قانون الأسرة الجزائري من خلال المادة 09 مكرر المعدلة والتي تنص أنه "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية : أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج."، قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق ل27 فبراير 2005.

<sup>2</sup> الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975، جريدة رسمية عدد 78 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 07 مايو 2007.

<sup>3</sup> فبالنسبة للفقه المالكي فقد عدد أركان الزواج أو النكاح ل05 أركان وهي الولي، والصداق، الزوج، الزوجة الخاليان من الموانع الشرعية، والصيغة، كذلك هو العدد بالنسبة للفقه الشافعي فقد اشترطوا لتمام عقد الزواج 05 أركان وهي، زوج، زوجة، ولي، شاهدان صيغة، أما الفقه الحنبلي فقد عدد الأركان إلى 03 وهي الزوجان خاليان من الموانع الشرعية، والإيجاب، ثم القبول على أن يصدر الإيجاب أولا ويليه القبول لتمام صحة العقد، أنظر، عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت لبنان، 2003، ص10.

<sup>4</sup> الفقه الحنفي حصر أركان عقد الزواج في الصيغة وهي الإيجاب والقبول، مُجدد المحلي الشافعي، الإفصاح عن عقد النكاح على المذاهب الأربعة، دار القلم العربي، ط1، سورية م1995-1416 هـ، ص29.

<sup>5</sup> اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج والتي نصت من خلال المادة 01 منها على أنه: "لا ينعقد الزواج إلا برضا الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه...." وهي اتفاقية تؤكد الطبيعة الرضائية للزواج وتلزم الدول الأطراف بتحديد حد أدنى لسن الزواج وتسجيل الزيجات تمت صياغتها في 7 نوفمبر 1962، وتم بدء تنفيذها في 9 ديسمبر 1964، وقد صادقت عليها الجزائر في 07 نوفمبر 1963، وفقا لقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1763 ألف، كما تنص المادة 16 من اتفاقية سيداو وهي المعاهدة التي =تقضي على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والتي اعتمدها الجمعية العامة وعرضتها للتوقيع والتصديق والانضمام بقرارها 34/180، المؤرخ في 18 ديسمبر 1979 على أنه: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، بوجه خاص تتضمن على أساس المساواة بين الرجل والمرأة..... نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل...". وقد صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر 96-03 المؤرخ في 10 يناير 1996، ثم الإنظام إليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22 يناير 1996.

تشريعاً يخلو من نصوص وقواعد تنظم الرضا وحرية الفرد في التعاقد، منهم المشرع الجزائري الذي فصل في أحكامه في القانون المدني الجزائري، أين جعله ركناً في العقد مشاطرة بينه وبين السبب والمحل، وقد حظي بمجموعة غير هينة من النصوص والقواعد والتي تضمنت أحكامه وآثاره وأثار تخلفه. وبما أن دراسة كانت مقارنة فإنه وبالرجوع لقانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري جعل من الرضا الركن الوحيد من خلال قانون الأسرة<sup>1</sup> في عقد الزواج. فبالنسبة لانعقاد الزواج؛ كما أوجب أن تكون الإرادة واعية، في جو من الجدية والاطمئنان والحرية الكاملة، بمحض إرادة الطرفين، في تقبل العقد وآثاره كلها، وهذا هو المقصود من المواد 9 و9 مكرر و10 من قانون الأسرة.

هذا ولم توضح مواد القانون صراحة حكم عقد الزواج الذي تكون فيه إرادة أحد أطرافه أو كلاهما مشوبة بإحدى عيوب الإرادة، حتى التعديل لقانون الأسرة الجزائري عام 2005 تكلم عن رضائية عقد الزواج من خلال المادة 04، وأكدته من خلال عدة مواد أخرى من نفس القانون، إلا أنه لم يتعرض لهذه العيوب- بإستثناء المواد الخاصة بالتدليس للتعدد في الزواج-، وهو قصور تشريعي في هذه الحالة وبالمقارنة بما جاءت به مدونة الأسرة المغربية<sup>2</sup> من مواد تضبط هذا الموضوع، وانطلاقاً من هذه الوقائع كان التسائل الرئيسي الأول للخوض في البحث ودراسة هذا الموضوع هل يمكن الرجوع الى القواعد العامة في غياب النص التشريعي في قانون الأسرة؟.

حتماً مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية التي تكمل نصوص قانون الأسرة من خلال المادة 222 نجد فيها اختلافات في الأحكام بالنسبة لمذاهب الفقه الإسلامي، كما اعترضتنا اختلافات حتى في المذهب الواحد، ومن الفقه من تكلم عن موضوع عيوب الإرادة في شكل جزئيات متفرقة هنا وهناك مما يصعب على الباحث دراستها والإلمام بها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> تنص المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري على أن "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة .."، وقد نص المشرع الجزائري على ركنيته في عقد الزواج في قانون الأسرة من خلال الكتاب الأول، في القسم الثاني من الباب الأول تحت عنوان أركان الزواج، وذلك بمقتضى المادة 9 المعدلة منه والتي تنص على "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

<sup>2</sup> ظهر شريف رقم 1.04.22 الصادر في 12 من ذي الحجة 1424 (03 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 ينظم مدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية ع 5184، الصادرة بتاريخ 14 ذو الحجة 1424هـ (05 فبراير 2004)، ص 418.

<sup>3</sup> العربي بلحاج، أحكام الأسرة في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2012، ص 212.

عيوب الإرادة، الموضوع الذي له جذور تاريخية متعلقة بحرية الفرد في التعبير عن إرادته دون قيد، ودون أن يمس هذا الرضا أية شائبة تنقص من هذه الحرية، قد أصبح اليوم من مواضيع الساعة، فأصبح العام والخاص يتحدث عن حرية الفرد في التعبير عن إرادته في كل المجالات منها السياسية، الإقتصادية، والإجتماعية... الخ. فالظواهر والذهنيات الجديدة في مجتمعنا أصبحت جاهلة، أو متجاهلة في بعض الأحيان الأحكام والقواعد التي ينبغي على الفرد التحلي بها، خاصة الشرعية منها، لدى أصبح من السهل إستعمال التحايل، أو الغش لضمان حق دون وجه حق وذلك باستعمال أساليب ومسميات تجعل من الحقوق مشروعة للشخص ظاهريا فقط.

ففي إطار عقد الزواج أصبح المقبولون على الزواج يبحثون عن الأمور المادية دون البحث عن الكفاءة والخلق والدين، وتتعدد الصور والحالات بحسب ظرف كل خاطب، لدى كانت هذه الأمور هي الدافع لهؤلاء للظفر بالطرف الأخر الذي يعتبر فرصة لا تفوت. كما قد تكره الفتاة، أو تمنع على الزواج فقط للحالة المادية للخاطب لدى أضحت الأساليب التهديدية والإكراهية من الأمور العادية لكسب الحقوق كذلك دون وجه حقاً لمجرد فرض السيطرة، والتعسف في إستعمال حق مثلما قد يكون في حالة الولاية على الزواج.

وعلى خلاف المشرع الجزائري، وعند مقارنتي لما جاء به المشرع المغربي في قوانينه الداخلية فقد تضمنت مدونة الأسرة مجموعة نصوص تحكم مادة عيوب الإرادة- كما سبق ذكره- وقد خص بالذكر عيبي الإكراه والتدليس، ولم يمنعه ذكر هذه العيوب من خلال قانون الالتزامات والعقود المغربي<sup>1</sup>، بل ضمن مدونته الأسرية بهذين العيبين وذكر أحكاما خاصة لهما في عقد الزواج.

إن عيوب الإرادة، أضحت اليوم ظاهرة تشكل خطرا على المجتمع والأسرة الخاصة فيما يتعلق بعقد الزواج وذلك لما نشهده اليوم من تأثير الزواج تأثيرا واضحا عند حدوث إحدى عيوب الإرادة، وانتشار عقود الزواج التي تقع تحت تأثير عيوب الإرادة، والتي من بين أسبابها عدم القدرة على مواصلة

<sup>1</sup> ظهر 09 رمضان 12، 1331 أغسطس 1913، ينظم قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجريدة الرسمية ع 4222، بتاريخ 12 ربيع الآخر 1414، الموافق ل1993.

العيش مع الشخص المدلس أو المكره على الزواج ذلك أن الزواج ابتداءً بالكذب والخداع والإكراه بدلا من الصدق والصراحة والرضا.

فهو موضوع حيوي يمس واقع الأسرة التي هي اللبنة الأساسية لقيام أسرة بالدرجة الأولى والمجتمع عامة، فينبغي أن لا تقوم على الإكراه، ولا على التدليس الذي قد يشوب هو أيضا العلاقة الزوجية، أو بالأحرى قد يحدث قبيل إبرام عقد الزواج، خاصة هذه الأيام أين يقوم بعض المقبلين على الزواج أو أوليائهم على إخفاء بعض العيوب بطرق وأساليب شتى، جهلا منهم لما قد يخلفه هذا العيب من آثار مدمرة للعلاقة الزوجية<sup>1</sup> سواء للمدى القريب كطلاق، أو للمدى البعيد.

كما أن صور التدليس أضحت اليوم ظاهرة سلبية أمام التقدم العلمي في عدة مجالات كالطب والجراحة والتجميل، هذا لا ينفي وجود نصوص خاصة به في قانون الأسرة الجزائري، إلا أن التدليس الذي ذكره المشرع خاص بحالة التدليس للقيام بالتعدد، فلا يمكن الاستناد عليه لطلب الإبطال إذا كان هذا التدليس وجد من أجل إبرام عقد زواج. فالوقائع الجديدة، التي تحتاج إلى حكم شرعي، لا حصر لها؛ لأنها تتولد مع الزمن شيئاً فشيئاً، وتعدّد بعضها وتشابكها، والمجتمع الفقهي تقوم بدورها في ذلك، ولكن البحث الفقهي يبقى مادة ذلك وأساسه.

إذن، فإن أهمية البحث تكمن في البحث عن أحكام عيوب الإرادة، وتبسيط الضوء على ضرورة حماية الولي لمصلحتها من خلال الحرص على رضاها واختيار الكفاء لها، كما تظهر أهمية هذا الموضوع في وجود قضايا في هذا الشأن دون وجود نصوص قانونية تحكمها، لدى كان هذا الدافع لنا للبحث في أحكام هذا الموضوع وتبسيط الضوء على ظواهر الغش والتدليس والإكراه وحالات الغلط التي قد تشوب عقد الزواج.

وقد اهتم كذلك الفقه الحديث بموضوع الإرادة وعيوبها، وقد اعتمد كل فقيه طريقة مختلفة من أجل تحليل وتبسيط منهم الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري والذي له الفضل في أسبقية دراسة النظرية، بحيث وضع لها كيان مستقل ضمن بحوثه عن العقد وصحته، فلقد خصها بباب منفرد في

<sup>1</sup> بسام موسى النزلي، أحكام صور التدليس المعاصرة في عقود الزواج - دراسة فقهية مقارنة -، رسالة ماجستير، تخصص فقه مقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، ص 5.

مصادره الثلاثة<sup>1</sup>. ولقد حاول جاهدا إثبات أن هذه النظرية موجودة في الشريعة الإسلامية غير أن أحكامها متناثرة في أحكام الفقه الإسلامي، غير مجمعة في باب واحد كما هو الحال في القانون. وقد اعتمد في دراسته لمنهجاً أقرب لما جاء به الفقه الإسلامي من تفسير وتحليل، فإن أكثر ما يعتد به الفقه الإسلامي عيب الإكراه فقد خصص البعض من هؤلاء من خلال مؤلفاتهم باباً خاصاً بهذا العيب، كما اعتدوا بعيب التدليس (الخداع)، لأن هذا العيب له قوام في الفقه الإسلامي، وهو معروف بعدة تسميات منها التغيير عند الفقه إلا أن أبرز اسم عرف عندهم هو التدليس.

أما عيب الغلط هو في الفقه الإسلامي أقل عيوب الرضا بروزاً وأقلهم دراسة لأن قوامه ذا نزعة ذاتية. وقد اتبعت هذه الطريقة من قبل العديد من الفقهاء المحدثين ضمن بحوثهم التي تدرس موضوع عيوب الرضا وقد اتخذ كمنهج تقليدي أن يتم البحث عن الإكراه والخداع والغلط، ويعتبر الإكراه والغلط عيبان رئيسيان أما التغيير فيبحث منفرداً أو مقتزناً بالغبن أو يبحث التغيير بدل الخداع.

الأستاذ مصطفى الزرقا، من الفقه الحديث الذي هو الآخر نظم نظرية عيوب الإرادة من خلال مؤلفاته من بينها "الواقع الشرعي والتأثير فيه"، الإجماع والتضاد في الفقه الإسلامي"، عيوب الرضا وأثرها على الإرادة العقدية" وقد أولى من خلالها عناية خاصة بموضوع عيوب الإرادة وذلك انطلاقاً من مفهومه وكيفية تأثيره على العقود، لكنه خرج عن الطريقة السابقة ووضع بذلك منهجاً مغايراً لعيوب الرضا، قائماً على الإكراه والخلابة والغلط واختلال التنفيذ واعتبر بعض هذه الحالات أصلاً تتفرع منه فروع عديدة وقد صنف هذه العيوب إلى صنفين:

-الصنف الأول: العيوب المرافقة لتكوين العقد وهي: الإكراه، الخلابة، الغلط وفي الخلابة درس الفروع التالية الخيانة النجش والتدليس العيب، والغبن.

-الصنف الثاني: ما ينشأ بسبب طارئ بعد تكوين العقد ولكنه ذو تأثير في الرضا سابق وهو العيب الرابع "اختلال التنفيذ" ويضم مواضيع تفرق الصفقة، وظهور عيب غير مدلس في المبيع

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية العقد، مصادر الحق، دار الإحياء والثرات العربي، ج1، بيروت، د.س.ن، ص236.

وظهور البيع مرهونا أو مأجورا وامتناع المتعاقد عن الوفاء بشرط لا يمكن الإيجاب فيه على التنفيذ العيني<sup>1</sup>.

الأستاذ محمد بحر العلوم<sup>2</sup> والأستاذ علي القره داغي<sup>3</sup> يريان أن العيب الذي يتعلق بالرضا إما أن ينشأ من عدم حرية (الإكراه، نقص الأهلية كالإفلاس والسفه ومرض الموت)، أو عدم التنور (خلابة التدليس والتغريب والغلط). و لقد أثبتت نظرية عيوب الإرادة كأساس لتصحيح الخلل في التوازن الناتج عن إبرام العقد فبحسب النظرية الكلاسيكية كل المتعاقدون متساوون وأحرار في إبرام العقد بالنتيجة يقتضي أن يكون كل متعاقد قادرا على المدافعة عن مصالحه الشخصية وإذا كانت الإرادة حرة وسليمة فلا حاجة لأي إجراء لحماية التوازن في العقد .

كل الدراسات السابقة بينت أن أساس العقد وركنه الأول والقائم عليه هو الرضا، وفي حالة تخلفه أو حالة تعرضه لعيب فإننا لا نكون أمام عقد صحيح، وعليهفإن للرضا عيوب عند دراستها لا بد من الوقوف على إرادة المتعاقد. فالإرادة قد تكون معدومة كإرادة الصبي غير المميز، أو المجنون، ويترب عليها البطلان. وقد تكون موجودة إذا صدرت من كامل الأهلية لكنها معيبة بعيب من عيوب الإرادة. ففي هذه الحالات قد يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا إذا ما اعدم العيب الإرادة في حالات سيتم دراستها، وقد يكون العقد موقوفا كما قد يكون العقد صحيحا غير لازم يجوز للمتعاقد فسخه، وحالة أخرى هي البطلان النسبي للعقد<sup>4</sup>، كل هذه الحالات تحدث عنها القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي لكن أغفلت في قانون الأسرة بالنسبة لعقد الزواج.

وقد أحال الفقه عند تصديهم لموضوع عيوب الإرادة في عقد الزواج للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيل بدورها إلى أحكام الشريعة الإسلامية، هو قول صحيح وسهل عند

<sup>1</sup> مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، دار القلم، ط2، دمشق، 2004، ص473.

<sup>2</sup> محمد بحر العلوم، عيوب الإرادة في الشريعة الإسلامية، شركة مكتبة الألفين، ط1، 1984، ص141.

<sup>3</sup> علي محي الدين علي قرة الداغي، مبدأ الرضا في العقود-دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني (الروماني، و الفرنسيوالإنجليزي والمصري والعراقي)، مجلد1، دار البشائر الإسلامية، 2002، ص580.

<sup>4</sup> زعل الشريعة، الطوابط القانونية والشريعة للرضا بالعقود-دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ص

ذكره، لكن في الواقع العملي هو أمر صعب يثقل كاهل القاضي خاصة أمام تزايد قضايا في مجال شؤون الأسرة ثم إن البحث في أحكام الفقه الإسلامي في موضوع التدليس في الزواج أو موضوع عيوب الإرادة ككل هو أمر صعب وذلك بسبب اختلاف الأحكام وتشتتها في غالب الأحيان وهو الأمر الذي يصعب مهة البحث أيضا في هذا الموضوع ، فمن الصعوبات كتابة هذا الموضوع قلة ما كتب من المحدثين عنه وتناثر موضوعاته في كتب الفقه دون تنظيم إضافة إلى ذلك الدراسة التي كانت مقارنة.

ولكل ما سبق ذكره نطرح السؤال التالي: ما هي أحكام عيوب الإرادة وأثارها في القانون والفقه الإسلامي وما هو تأثيرها على عقد الزواج ؟

للإجابة على السؤال المطروح والكشف عن أحكام وأثار هذه العيوب على عقد الزواج، وتحديد ما هو الحكم المناسب لضبط كل حالة، أثرنا مجموعة من التساؤلات الفرعية والتي تستدعي الإجابة عليها على التوالي للوصول لحل لسد النقص القانوني وتمثل هذه الإشكالات بما يلي:

ما هي أحكام الإرادة وعبوبها شرعا وقانونا؟ ما هو حكم وأثر عيوب الإرادة على عقد الزواج شرعا وقانونا؟ ما هو موقف كل من المشرع الجزائري والمشرع المغربي حول موضوع إدراج مادة عيوب الإرادة في شكل نصوص قانونية ضمن كل من قانون الأسرة ومدونة الأسرة؟، مامدى تطبيق القواعد العامة لعيوب الإرادة في القانون المدني على عقد الزواج؟ وماهية المرجعية القانونية وحتى الفقهية للقاضي عند عرض لقضية تدور وقائعها حول قيام عقد زواج مشوبا بإحدى عيوب الإرادة؟

وبناء على ما تقدم، وللإجابة على هذه التساؤلات، فإن دراستنا لموضوع عيوب الإرادة بين القانون المدني وقانون الأسرة تستدعي إتباع عدة مناهج بحث أساسها المنهج المقارن أين ستكون

المقارنة بين قانونين الجزائري والمغربي<sup>1</sup> من جهة، ومقارنة بين ما نصت عليه الأحكام العامة من نصوص لعيوب الإرادة وأحكام الشريعة الإسلامية وما جاء به قانون الأسرة الجزائري بخصوص هذا الموضوع. وكذلك المنهج التحليلي؛ لتحليل النصوص القانونية واءاء فقهية، وذلك انطلاقاً من ذكر أحكام الإرادة وطرق التعبير عنها ذلك لأن نشأة عيوب الإرادة تكون عند التعبير عن الإرادة أو سابقة له، ثم ذكر مفهوم وأحكام عيوب الإرادة مع ذكر الإطار التاريخي الذي مرت به الإرادة إلى أن تحققت حريتها وقتنت نصوص حمايتها من خلال نظرية عيوب الإرادة. ثم دراسة أهم العيوب المؤثرة في عقد الزواج خاصة أمام ما يشهده العالم اليوم من مستجدات علمية واجتماعية وأمور دخيلة على المجتمع العربي بصفة عامة والإسلامي بصفة خاصة. لكل هذا ستكون خطة البحث قائمة علم مجموعة من الفصول وهي:

-فصل تمهيدي: التعبير عن الإرادة و شروط الإعتداد بها في العقود

-الفصل الأول: ماهية الإرادة و عيب الغلط.

-الفصل الثاني: عيب التدليس.

-الفصل الثالث: عيب الإكراه

<sup>1</sup> وتجدر الإشارة هنا إلى أن مدونة الأسرة المغربية قد نصت على موضوع عيوب الإرادة وقتنته بنصوص ردية استباقية لنشوء عقد زواج معيب بإحدى هذه العيوب ومقارنتنا هنا ستكون لتسليط الضوء على هذا الموضوع الحساس الذي وجب استدراك الأمر فيه وتقنينه وإيجاد نصوص قانونية تتناسب والمجتمع الجزائري وما استحدث فيه من أمور وعادات ناتجة عن التطور العلمي والغزو الثقافي خاصة أما ظهور ما يسمى بمواقع التواصل الاجتماعي.

فصل تمهيدي  
التعبير عن الإرادة  
و شروط الإعتداد بها في  
العقود

لقد أقر الفقه الإسلامي عدة قواعد من خلالها تبنى الأحكام من بينها القاعدة المشهورة في العقود وهي أن "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني" والتي تفيد أنه لا يشترط لفظ معين ولا عبارة بذاتها لإبرام العقود، وعليه فإن كل من لفظ يؤدي إل معنى التعاقد لدى المتعاقدين ينعقد به العقد، باستثناء عقد الزواج ولأهميته، فقد خصه بعض الفقه بمصطلحات لانعقاده.

وبما أن الإرادة الحقيقية أمر نفسي داخلي فلا يمكن التعرف عليها إلا بإظهارها والبوح بها وذلك لكي يعتد بها القانون إذا تطابقت مع إرادة أخرى. فالتعبير عن الإرادة هو مظهرها الخارجي<sup>1</sup>؛ والتعبير عن الإرادة يأتي على نحوين اثنين إما أن يكون صريحا أو أن يكون ضمنيا<sup>2</sup>. ولهذا فإن البحث في موضوع عيوب الإرادة، يستدعي بداية دراسة كفيات التعبير عن الإرادة في حد ذاتها، فمعرفة هذه القواعد تحدد لنا الحدود التي ينبغي اتباعها ومعرفة قواعدها لعدم الوقوع في عيب من عيوبها، فالرضا السليم ناتج عن التعبير الصحيح والسليم عن الإرادة، وذلك بعد التعرف على القواعد المقررة لطرق التعبير عنها، والقواعد الخاصة بسلامتها وصحتها.

## المبحث الأول

### التعبير عن الإرادة<sup>3</sup> وكيفياتها فقها وقانونا

إن الأصل في التعبير عن الإرادة هو التصريح بها، لتبقى الطرق الأخرى استثناء على الأصل وقد ذكرها القانون؛ ومثالها في عقد البيع أن يقول البائع "بعتك هذه القطعة الأرضية بألف فيقول المشتري رضيت، ومن ثمة ينعقد القول بيعا بلا خلاف. وذلك لأن هذه الألفاظ دلت على المعنى المقصود للمتعاقدين وهو بيع القطعة الأرضية من جانب البائع والرضاء التام للمشتري بشرائها. فالأصل في التعبير يكون باللفظ والإفصاح عما في النفس من معاني، وهناك وسائل أخرى تقوم

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، دار الهدى، ط4، الجزائر، 2007/2006، ص79

<sup>2</sup> علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6، الجزائر، 2005، ص28-29.

<sup>3</sup> التعبير عن الإرادة هو الإفصاح عن الإرادة بمظهر خارجي باللفظ والكتابة أو الإشارة أو باتخاذ موقف، وقد تكون هذه الإرادة صريحة كما قد تكون ضمنية، معجم القانون، الباب الثاني، القانون المدني، ص73.

مقامه في تحقيق الإيجاب والقبول وهي: الكتابة والإشارة وكل فعل يدل على الرضا وحتى السكوت في حالات هو وسيلة للتعبير عن الإرادة"<sup>1</sup>.

وبالرجوع للقانون المدني الجزائري تنص المادة 60 منه على أن "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان أن يكون صريحا". إذن فالقاعدة العامة للإرادة هي التصريح بها ويكون ذلك باللفظ والكتابة أو حتى الإشارة المعروفة عرفا، ويكون كذلك بمواقف لا تدخل أي شكل في الدلالة على تلك الإرادة. فالإرادة أمر خفي ولا يمكن التعرف عليها إلا باستعمال وسائل تدل عليها وعلى مراد صاحبها كاللفظ أو ما يقوم مقامه مما تم ذكره، مما يكون الإيجاب والقبول، وهو الذي سماه الفقهاء "الصيغة اللفظية" والتي يشترط فيها أن تكون واضحة الدلالة على إرادة المتعاقدين فالتعبير عن الإرادة لا بد أن يكون كاشفا لها<sup>2</sup>.

## المطلب الأول

### طرق التعبير عن الإرادة

بالنسبة لعقد الزواج، فلا يختلف كثيرا عن ما جاءت به القواعد العامة من تعبير عن الإرادة في العقود، فالتعبير عن الإرادة إذا لا يخرج عن طريقتين لا ثالث لهما كما سبق القول، فإما أن يكون التعبير صريحا (الفرع الأول) وإما ضمنيا (الفرع الثاني)، وسيتم دراسة هاتين الطريقتين مع التفرقة بينهما من خلال (الفرع الثالث). ومن خلال هذا المطلب سيتم الإجابة عن الإشكالات التالية: ما هو التعبير الصريح عن الإرادة وما هو التعبير الضمني عنها في الفقه الإسلامي والقانون؟ وما هي الوسائل التي يتم بها التعبير عن الإرادة في كل منهما؟.

<sup>1</sup> محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية - دراسة فقهية مقارنة، دار البازوري، الأردن، 2010، ص55.

<sup>2</sup> عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 2009، ص100.

## الفرع الأول

### الإرادة الصريحة ووسائل التعبير عنها

حتى يمكن أن تناط بها الأحكام وتترتب عليها أثارها، لا بد أن تكون الإرادة ظاهرة، فهي قبل إظهارها من عمل القلب وليس في مقدور البشر التعرف عليها، فربط الأحكام بها غير ممكن إلى أن تظهر<sup>1</sup> وطرق إظهارها تختلف بين الصريح والضمني وهي الآتي ذكرها:

#### أولاً: مفهوم التعبير الصريح

التعبير الصريح هو مركب وصفي يتكون من موصوف وصفة ومن المعلوم أن معرفة معنى المركب متوقفة على معرفة أجزائه وهي الآتي ذكرها :

التعبير ويعرف لغة: "مصدر عبر، وهو إظهار الأفكار والعواطف بالكلام أو قسماات الوجه"<sup>2</sup>، ولا يخرج التعريف الاصطلاحي إفصاح المرء عن أحاسيسه الداخلية وأفكاره بعبارات سليمة، عن طريق الكلام أو الكتابة أو فعل يدل على نية صاحبه<sup>3</sup>.

ويعرف التصريح في التعبير لغة: يقول ابن الفارس "الصاد والراء والحاء أصل منقاس، يدل على ظهور الشيء وبروزهم ذلك الشيء الصريح، وصرح بما في نفسه أظهره. والتصريح اصطلاحاً: هو التنصيص على الشيء والإفصاح بذكره.

\*وعليه يعرف التعبير الصريح: بأنه التعبير الذي يكون المظهر الذي اتخذ في التعبير موضوعاً في ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب مألوف الناس، ويشمل التعبير الصريح الكتابة والإشارة، ويتناول أيضاً الكناية والحقيقة والمجاز فكلها تعد تعبيراً تصريحياً؛ إذ أنها تظم كل منطوق صريحاً كان أم غير صريح فالتصريح هنا هو التعبير بالمنطوق، وهو يقابل ما ليس بمنطوق<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> فخري أبو صافية، الإكراه في الشريعة الإسلامية، دار الشهاب، الجزائر، د.س.ن.، ص 8.

<sup>2</sup> جبران مسعود الرائد، الموقع الإلكتروني، [almougem.com](http://almougem.com)، المعجم الكبير، 2023/11/12، 10:30.

<sup>3</sup> العابدي، محاضرات في تقنيات التعبير الشفوي، محاضرات في مادة تقنيات التعبير الشفوي سنة 1 ليسانس ل م د، جامعة وهران أحمد بن بلة، كلية الأدب والفنون، 2020-2021، ص 3.

<sup>4</sup> أحمد يسين قرالة وآخرون، وسائل التعبير عن الإرادة في قانون الأحوال الشخصية الأردني دراسة مقارنة بالقانون الإماراتي، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 43، ملحق 2016، 1، ص 473.

ويعد التعبير الصريح وسيلة معتبرة من وسائل التعبير عن الإرادة في القانون المدني الجزائري والعديد من التشريعات المقارنة، وبالرجوع للمادة 60 من القانون المدني (السابق ذكرها) نجد أنها تنص على أنه "ينعقد العقد أو يكون التعبير عن الإرادة باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، أو باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه"، وبالنسبة لمدونة الأسرة المغربية من خلال المادتين 10 و 11 نصت أن "عقد الزواج ينعقد بالألفاظ التي تفيد معنى الزواج لغة وعرفاً، كما يمكن أن يتم الإيجاب والقبول من العاجز بالكتابة إذا كان يكتب، أو بالإشارة مع ضرورة أن تكون هذه الإشارة في حال استعمالها مفهومة من قبل الطرف الآخر وحتى الشاهدين".

وهذا لا يختلف كثيراً عما جاء به المشرع الجزائري فيما يخص انعقاد الزواج إذ نصت المادة 10 من قانون الأسرة أن الإيجاب والقبول في عقد الزواج يكون باللفظ أساساً، وعن العاجز عنه بما يفيد معنى الزواج لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة، ومنه فإن الترتيب هو نفسه ما نص عليه في القواعد العامة، مضيفاً له أن اللفظ أو الكتابة أو الإشارة في الإيجاب والقبول لا بد أن تكون لتمام انعقاد عقد الزواج (أي أن الإيجاب يكون لطلب الزواج، والقبول للرضا به).

وبهذا يكون كل من المشرع الجزائري نظيره المغربي قد ضبطاً ونصاً من خلال مجموعة من المواد القانونية طريقة انعقاد العقد بالتعبير الصريح، ليكون الرضا سليماً ولتجنب وقوع عيب من عيوب الإرادة. وقد عددوا وسائله وهي الآتي شرحها تالياً.

### ثانياً: وسائل التعبير عن الإرادة الصريحة

تتعدد وسائل التعبير الصريح عن طريق المظهر الذي يتخذه صاحب الإرادة في العقد، فيكون التعبير صريحاً إذا أراد صاحبه إحاطة الغير به، ويكون ذلك باتخاذ مظهر يدل دلالة مباشرة على ما يريده. ومعنى آخر يجب أن يكون كلامه أو كتابة أو إشارة التي استعمالها أو نحو ذلك من الوسائل، معدة في موضوعها للكشف عن الإرادة ولا يكون ذلك إلا بما هو معروف عرفاً بين الناس.

فإذا قلنا أن أساس العقود هو الرضا، لكن يظل هذا المعنى نفسي لا بد له من أمر حسي يخبر عنه، ويدل عليه إما بالألفاظ (أ) عن طريق الكلام معبراً بذلك عنمكون إرادة الشخص، فالعبارات أو الألفاظ هي الأصل في الدلالات على الأشياء لذلك كان أساس العقود هو العبارات التي تفيد

معناها وتدل عليها. وعند العجز عن النطق<sup>1</sup> تحل محل هذه العبارات في هذه الحالة الإشارة الحسية التي تعارف المتصلون بالأخرس على دلالتها، ومع ذلك فإن من الفقهاء من لا يجيز الإشارة إذا كان الأخرس يجيد الكتابة لقوة دلالتها (ب)؛ وذلك لأن الكتابة تعبير بالقلم، فهي كالنطق في قوة الدلالة والإشارة أضعف منها، وبالتالي فلا يمكن الانتقال من الدلالة القوية إلى دلالة ضعيفة في التعبير عن الإرادة ما أمكنت الكتابة وكانت في الاستطاعة. في شق آخر هناك فقه آخر من يجيز العقد مع قدرة الأخرس على الكتابة بالإشارة (ج)، وعليه فإن الأصل اللفظ بالعبارة الواضحة، فإذا لم تكن متاحة رخص له في غيرها وقام كل ما يدل على العقد مقامها سواء أكان الإشارة أم كتابة إذهما سواء في كونهما لم تكونا أصلا في التعبير عن معاني العقود<sup>2</sup>.

### أ/- اللفظ<sup>3</sup>

ويقصد به تلك العبارات التي ينطق بها الشخص والتي تدل على ما يدور بداخله، وفي العقد أن يتلفظ كل من أطراف العقد بالعبارات التي تدل دلالة تامة عن الإيجاب والقبول.

وقد ذهب فريق من الفقهاء - وهم أهل الظاهر<sup>4</sup> وفي رواية عن الإمام أحمد<sup>5</sup> إلى أن ألفاظ العقود محصورة فيما ورد به الشرع فقط، وقد أطلق عليها فقهاء الشريعة الإسلامية تسمية "اللفظية"، والتي تعني الإفصاح عن التعبير عن الإرادة الباطنة. ويكون التعبير صريحا باللفظ إذا قصد صاحبه إحاطة الغير علما به باتخاذ مظهر يدل دلالة مباشرة على ما يريده، وذلك باستعمال الألفاظ الدالة على المعنى الذي تفيده هذه الإرادة .

أما عن الشكلية التي يتطلبها العقد والألفاظ التي يجب أن تكون لإبرام العقود، فالأصل أن لا شكلية في التشريع الإسلامي فالعقد ينعقد وتنشأ الالتزامات دون الحاجة إلى طقوس خاصة أو مراسيم، بالإضافة إلى أن الفقه لا يتقيد بألفاظ مخصوصة في إبرام العقود ويعتبر هذا من المميزات الأساسية في العقود عندهم، إلا في عقد النكاح الذي إشتراط فيه اللفظ لغرض تشريعي تمييزا للغاية

<sup>1</sup> العاجز عن النطق وهو الأخرس .

<sup>2</sup> أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص202.

<sup>3</sup> اللفظ هو الصوت المشتمل على بعض الحروف ويصدره الإنسان.

<sup>4</sup> ابن حزم الأندلسي، المحلى، دار الكتب العلمية، ج8، كتاب الوصايا، بيروت لبنان، ط1، 2003، ص350.

<sup>5</sup> بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج4، دار إحياء التراث العربي، ط2، د.س.ن، ص264.

المشروعة عن الممنوعة ولخصوصية هذا العقد<sup>1</sup>. كما يقر الفقه الإسلامي بالكتابة كوسيلة للتعبير عن الإرادة.

## 1/- الصيغة في عقد الزواج

قبل البدء بتعريف الصيغة في عقد الزواج سيتم بداية إعطاء مفهوم الزواج لغة، وشرعا وقانونا.

**1.1 تعريف الزواج لغة :** هو "ميثاق شرعي بين رجل وامرأة غايته إنشاء أسرة"<sup>2</sup> ومن ذلك لقوله تعالى: " وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ "<sup>3</sup>.

## 2.1 تعريف الزواج شرعا

**-تعريف الزواج شرعا:** هو تعاقد بين رجل وإمرأة يقصد به استمتاع كل منهما بالآخر وتكوين أسرة صالحة ومجتمع سليم<sup>4</sup>، لدى لا بد من وجود ركن الرضا مع ضرورة توافر شروط الزواج، فعن ركن الرضا لا بد أن يتم بتطابق الإيجاب مع القبول من الزوجين وهما عبارة عن لفظان يفيدان معنى إرادة الزواج، بحيث يعبر بهما عن الماضي أو يعبر بأحدهما عن الماضي والآخر عن المستقبل<sup>5</sup>، فهو عقد التزويج، وقد عرفه أبو زهرة بأنه: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنسانيوتعاونهما مدى الحياة ويحد ما لكليهما من حقوق، وما عليه من واجبات "<sup>6</sup>، وقد كشف أبو زهرة من خلال تعريفه هذا المقصود من عقد الزواج في نظر الشارع، ويعرف أيضا في نفس السياق بأنه عقد وضعه الشارع، أثره بالنسبة للرجل يفيد الإستمتاع والتملك فلا تحل لغيره، أما أثره بالنسبة للمرأة فيحل لها الإستمتاع دون التملك، وإنما يجوز تعدد الزوجات فيصبح الملك حقا مشتركا بينهما، وقد أخرج الشارع الكريم بكلمة "المرأة" من العلاقة الزوجية القائمة على العقد

<sup>1</sup> عصمت أبو بكر، المرجع السابق، ص 101.

<sup>2</sup> الموقع الإلكتروني،almougem.com، وثيقة الكويت للقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية،

<sup>3</sup> سورة التكوير، الآية 07.

<sup>4</sup> محمد بن عثمان، كتاب الزواج، مدار الوطن، 1425هـ، ص12.

<sup>5</sup> السمر قندي علاء الدين، كتاب تحفة الفقهاء، كتاب النكاح، باب مسألة التخلي، دار الكتب العلمية، ج2 بيروت، 1994 ص118.

<sup>6</sup> محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواجأثاره، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، 1971، ص44.

الصحيح الذكر والحنتى المشكل لجواز ويظهر ذلك من خلال قوله تعالى: "... فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ... " <sup>1</sup> .

أما ما ينعقد به الزواج من ألفاظ فما اتفق الفقهاء عليه هو، لفظ أنكحت، زوجت لورودهما في نص قرآني، لقوله تعالى: "... زَوَّجْنَاكُمَا... " <sup>2</sup>، وفي قوله تعالى " وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ... " <sup>3</sup>، أما بالنسبة للألفاظ التي اتفق الفقه على عدم انعقاد الزواج بها فهي ما دلت في معناها على عدم تمليك العين في الحال، ولا على بقاء الملك مدة الحياة وهي: الإباحة والإعارة والإجارة والمتعة والوصية والرهن والوديعة ونحوها، أما الألفاظ التي اختلفوا في انعقاد الزواج بها: فهي لفظ البيع والبيع ولفظ الصدقة أو العطية ونحوها مما يدل على تمليك العين في الحال وبقاء الملك مدة الحياة <sup>4</sup>.

### 3.1 تعريف الزواج قانونا

لقد خصت عدة تشريعات عقد الزواج بتعريفات خاصة وحددت أحكامه وأسسها الشرعية من بينها القانون الجزائري الذي عرفه من خلال قانون الأسرة في المادة 04 بقولها " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

كما عرفه المشرع المغربي من خلال المادة 04 من مدونة الأسرة المغربي الزواج بأنه " ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية زوجين طبقا لأحكام هذه المدونة". وعليه، فقد جعل كل من المشرع الجزائري والمغربي الزواج عقدا قائما بين رجل وامرأة وقد أخرجنا بهذا التنصيص، كل العلاقات الشاذة القائمة خارج هذا الإطار، كما جعلنا الرضا ركنا في كلا التشريعين بحيث لا يقوم الزواج إلا بتوافره.

### 2/- تعريف الصيغة في الزواج

الصيغة هي مصطلح فقهي إسلامي للدلالة على الإيجاب والقبول وفيما يلي يأتي تعريفها.

<sup>1</sup> سورة النساء، الآية 3.

<sup>2</sup> سورة الأحزاب، جزء من الآية 37.

<sup>3</sup> سورة النساء، الآية 22.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر المعاصر، ج 9، ط 4، بيروت، 1997، ص 6513 و 6523.

## 1.2 تعريف الصيغة لغة

تعرف الصيغة لغة بأنها: "ترتيب الكلام على نحو معين صالح لترتب الآثار المقصودة منه، ومنه قولهم صيغة البيع، صيغة النكاح"<sup>1</sup>.

## 2.2 تعريف الصيغة اصطلاحاً

يستعمل الفقه -الفقه الإسلامي خاصة- كلمة الصيغة في العقد للدلالة على العبارات المتقابلة التي ينتج عنها اتفاق الطرفين واتجاه ارادتهما الى تكوين العقد، وتسمى الصيغة عند الفقهاء قانونياً بالإيجاب والقبول والتي عرفها بعضهم بأنها "ما يكون به العقد من قول أو إشارة أو كتابة تبيننا لإرادة العقد وكاشفاً عن كلامه النفسي"<sup>2</sup>. وعرفها ابن عرفة بأنها ما دل على عقد النكاح"<sup>3</sup>.

وبالرجوع للتعريفات التي خصصت لمفرد الصيغة، نجد اتفاقاً بين كل من فقه الشريعة الإسلامية والفقه القانوني وصولاً إلى الاتفاقيات الدولية، على أن الرضاء في الزواج هو ركن لا بد منه لتمام صحة هذا العقد، وتخلفه يؤدي الى بطلانه، حتى أن أغلب التشريعات ضمنت في تشريعاتها الداخلية الرضاء كركن اساسي للعقود، وهو ركن يتوقف وجود العقد عليه، إلا أن تسمية الرضاء في الزواج كانت محل اختلاف بين هؤلاء فهناك من سماه "الإيجاب والقبول في عقد الزواج"، وهناك من أطلق عليه تسمية صيغة عقد الزواج فهناك من يسميه العنصر النفسي في عقد الزواج وهذا وأمام هذه الاختلافات يبقى المعنى واحداً. وعلى هذا الأساس فقد نصت المادة 16 من ميثاق حقوق الإنسان<sup>4</sup> في البند الثاني منها علناً " لا يعقد الزواج إلا برضاء الطرفين المزمع زواجهما زواجا كاملاً لا إكراه فيه " والمادة 10 من العهد الدولي لحقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على انه " لا ينعقد زواج إلا برضاء الطرفين المزمع زواجهما رضاً كاملاً لا إكراه فيه "، ونصت المادة 16 من اتفاقية إلغاء التمييز ضد المرأة لسنة 1979 على " للمرأة الحرية في اختيار الزوج وفي عدم

<sup>1</sup> الموقع الإلكتروني: al mougem.com، محمد رواس، معجم لغة الفقهاء، صدر 1405 هجري-1985 ميلادي

<sup>2</sup> نور الدين أبو لحية، عقد الزواج وشروطه، دار الكتاب الحديث، ط1، القاهرة، د.س.ن، ص 14.

<sup>3</sup> عبد الله محمد الأنصاري الرصاص، شرح حدود ابن عرفة - الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية -، دار الغرب الإسلامي،

القسم الأول، تحقيق محمد أبو الأجفان، الطاهر المعموري، ط1، بيروت لبنان، 1993، ص 241

<sup>4</sup> الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، باريس، 10 كانون الأول /ديسمبر 1948، بموجب القرار 217 ألف.

الزواج إلا برضاها الحر والكامل". ونجد أن معظم التشريعات العربية قد سارت في هذا النهج وكمثال عن ذلك المشروع العربي الموحد لقانون الأحوال الشخصية الذي نص في مادته 23 على أنه "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر صادرين عن رضا تام...".<sup>1</sup> وعليه يعرف كل من الإيجاب والقبول كالتالي:

### -تعريف الإيجاب

وهو ذلك الكلام الذي يصدرأولاً، ويسمى من يتولاه بالموجب بحيث يعرف لغة واصطلاحاً كالآتي:

**الإيجاب لغة:** وجب الشيء يجب وجوباً أي لزم وأوجبه، واستوجهه أي استحقه، يقال وجب الشيء يجب وجوباً إذا أثبت، ولزم ووجب البيع يجب جبة..<sup>2</sup>

### الإيجاب اصطلاحاً:

"الإيجاب تعبير بات عن الإرادة موجه إلى شخص أو أشخاص آخرين يعرض عليهم الدخول في رابطة عقدية وفقاً للشروط التي يحددها هذا الإيجاب"<sup>3</sup>

وعليه فالإيجاب هو ذلك العرض الذي يقوم به الموجب يدعو فيه الطرف الآخر للتعاقد لدى وجب أن يكون كل من إرادتيهما متطابقتين، بالإضافة إلى مجموعة من الشروط منصوص عليها من خلال القانون المدني الجزائري في المواد 54، 59، 60، 61، 63.<sup>4</sup>

فالإيجاب إذا هو تعبير عن الإرادة وهو أول خطوة إلى التعاقد، ويتم الإيجاب بمجموعة من الوسائل للتعبير عنه كاللفظ والكتابة وغيرها من الوسائل المعبرة عنه.

<sup>1</sup> بولعود زوبر، أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفها في الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة إجازة المعهد الوطني للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، مجلس قضاء المدية، الجزائر، 2004، ص 15.

<sup>2</sup> ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، ج1، بيروت، 793.

<sup>3</sup> فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام-العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق التعويض، الإثراء بلا سبب، القانون-، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 61.

<sup>4</sup> العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري (وفق آخر التعديلات التشريعية، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)-دراسة مقارنة-، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص 111.

في حالات لا يكون الإيجاب باتاً، كأن يمر بمجموعة من المراحل وهي العرض، والمفاوضة، ثم الإيجاب البات فإذا قام العرض، وتبعته مرحلة المفاوضات وجاء الإيجاب البات وجب أن يصدر القبول لانعقاد العقد<sup>1</sup>.

### -تعريف القبول

وهو الكلام الذي يصدر ثانياً وتالياً للإيجاب و ردّاً على الموجب، ويسمى من يتولاه بالقابل، ويعرف القبول لغة واصطلاحاً كالآتي:

**القبول لغة:** من قبل الشيء قبولا، يقال قبل الهدية ونحوها، والقبول الرضا بالشيء وميل النفس إليه، وقبلت بالعقد أقبه قبولا بالفتح، وحكي بالضم<sup>2</sup>.

### القبول اصطلاحاً

وهو الإرادة الصادرة ثانياً من قيل القابل وهو الشخص الذي وجه له الإيجاب من قبل الموجب<sup>3</sup>.

واختلف الفقه في استعمال القبول إلى قولين فعرفه الحنفية بأنه " لفظ صادر ثانياً من أحدهما الصالح لذلك مطلقاً و مثال القبول عند الجمهور في العقود هو ما يصدر ممن يمتلك المبيع أو القرض أو ممن ينتفع به كالمستأجر والمستعير أو ممن يلتزم بعمل كالمضارب والمودع ، أو ممن يملك الاستمتاع بالبضع كالزواج، وسواء صدر القبول أولاً أو آخراً ، وقد تم تعريفه في شرائع الإسلام بقوله: القبول هو اللفظ الدال على الرضا بذلك الإيجاب ، كقوله قبلت النكاح<sup>4</sup>.

إذا فالقبول هو تعبير عن الإرادة صادر ممن وجه إليه الإيجاب، بحيث يشترط أن يصدر القبول والإيجاب مازال قائماً، وأن يأتي مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة حتى ينتج أثره<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>فاضلي إدريس، المرجع نفسه، ص62.

<sup>2</sup>إبن منظور، ج11، المرجع السابق، ص540.

<sup>3</sup>العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص135.

<sup>4</sup>أنظر، نور الدين أبو لحية، المرجع السابق، ص15.

<sup>5</sup>عمر سالم مجّد، الالتزامات في القانون المدني على الوجه المبسط، د.س.ن ، ص4.

وقد اعتبر الإيجاب والقبول دليلين على الرضا بالزواج، وكذا على الرضا بالتعاقد في غيره من العقود؛ فالإيجاب هو تعبير عن الإرادة يصدر أولاً من أحد المتعاقدين بحيث يدل هذا الإيجاب على اردته ورضاه بالعقد، كذلك الأمر بالنسبة للقبول فهو تعبير أيضاً عن الإرادة بحيث يصدر ثانياً من المتعاقد الآخر ويدل على رضاه بما أوجبه الطرف الأول. وقد تكلم الفقهاء عن شروط الإيجاب والقبول التي تسمى بشروط الانعقاد فالإيجاب والقبول هما ركنان العقد فالشخص الذي صدر منه الإيجاب يسمى موجبا والقبول هو ما يصدر بعد الإيجاب ويسمى من عبر عنه قابلاً فهو دليل عن قبول الإيجاب. وعليه، يعتبر إيجاباً الكلام الذي صدر أولاً في الزواج سواء كان من جانب الزوج أو الزوجة<sup>1</sup>.

ولقد اعتبر الرضاء من خلال استقراء مواد قانون الأسرة الجزائري ركناً<sup>2</sup> في عقد الزواج وذلك من خلال المواد 9، 4، 10، والمادة 33 في حالة اختلال ركن الرضاء بحيث أكدت المادة 04 على أن الزواج عقد رضائي ولقد نصت المادة 9 منه على أنه "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين". وبذلك يكون المشرع الجزائري قد سائر ما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية، وهو أيضاً ما نص عليه المشرع المغربي، ولقد جعل المشرع الجزائري الرضا ركناً لعقد الزواج ثم جاء في المادة 10 من نفس القانون ليفصل في شروط الرضا وكيفية التعبير عنه. فباستقراء هذه المادة، نجد أن المشرع قد اشترط لانعقاد الزواج صحيحاً وواجباً تطابق إرادتين واتجاههما لإبرام عقد الزواج، وعليه لا يعتد إلا بإرادة الواضحة من حيث اللفظ وقد أعطى الأولوية للكلام في التعبير لتأتي طرق الأخرى على سبيل الاختيار في حالة العجز عن الكلام<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد الفتاح كبارة، الزواج المدني دراسة مقارنة، دار الندوة الجديدة، ط1، 1994، ص252.

<sup>2</sup> تعريف الركن لغة: ركن الشيء أجزاء ماهيته، وركن الشيء جانبه الأقوى يقال هو يأوي إلى ركن شديد أي إلى عز ومنعة مصداقاً لقوله تعالى "قَالَ لَوْ أَنَّ لِي بِكُمْ قُوَّةٌ أَوْ آوِي إِلَى رُكْنٍ شَدِيدٍ" الآية 80 من سورة هود.

تعريف الركن اصطلاحاً: هو ما يتوقف وجود الشيء على وجوده وهو جزء من حقيقة الشيء وماهيته، فما جعله الشارع ركناً لشيء يكون جزء من ذلك الشيء وينعدم وجوده شرعاً إذا انعدم الركن؛ ومثاله قراءة سورة الفاتحة في الصلاة فهي ركن وكذلك القبول والإيجاب ركن في عقد الزواج وجزء من حقيقته شرعاً لذا يتوقف وجوده عليه، أنظر، بلقاسم شنوان، الخطبة والزواج والطلاق في الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري، محاضرات في مقياس فقه الأسرة، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 2013-2014، ص 32.

<sup>3</sup> مهدي حسين، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وأثاره، مذكرة ماجستير، في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010، ص100.

وما يمكن ملاحظته بهذا الصدد أن المشرع الجزائري بالرغم من أنه قد اعتبر الرضاء ركنا في القانون المدني وعدد أحكامه وأثاره إلا أن هذا لم يمنعه من أنه يذكر بعض أحكامه في قانون الأسرة وبالتحديد عند إبرام عقد الزواج، وهذا يدل على الطرح الذي نسعى إلى توضيحه من خلال هذه الدراسة، أنه وإن كانت هناك أمور يجب الرجوع بشأنها إلى القانون المدني مثل الأمور المالية التي قد لا نجد لها حل في أحكام الشريعة الإسلامية أو أن فيها اختلافا صارخا بحيث لا يمكن تطبيقها، فإنه لا يمكن الرجوع لهذا القانون بوجود مادة تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية أولا يضاف إلى ذلك أنه وإن كانت متشعبة أحكام عيوب الإرادة فيها إلا أنها موجودة، والأحرى الرجوع بشأنها إلى المصدر وهو أحكام الشريعة الإسلامية.

### 3- الألفاظ التي ينعقد بها عقد الزواج

تعد ألفاظ صيغة الزواج من الإشكالات التي ناقشها الفقهاء والتي ترتبط بالصيغة في إبرام عقد الزواج، فألفاظ الصيغة في الزواج هي التي يصح التعبير بها عن عقد الزواج وقد بحث الفقه الإسلامي فيما يصح من هذه الألفاظ للتعبير وانقسموا في ذلك إلى قسمين ألفاظ اتفق الفقه عليها وألفاظ لم يتفقوا عليها<sup>1</sup>. لكن إجمالا ينعقد عقد الزواج بصح بالألفاظ الدالة عليه سواء كانت حقيقة لغوية في دلالتها، أو كانت مجازا مشهورا لدى لا بد من توافر النية والقصد في الزواج دون لبس أو إبهام. وقد قال في ذلك الشيخ ابن تيمية: "وينعقد النكاح بما عده الناس نكاحا أو بأي لفظ وفعل كان ومثله كل عقد" وهذا القول هو ما أخذت به مدونة الأسرة المغربية من خلال المادة 10 من المدونة<sup>2</sup>.

لا يشترط في البيع الإيجار والهبة والرهن ونحوها لفظ معين ومثاله في البيع أن يقول البائع بعتك أو ملكت لك المبيع بكذا أو أعطيته لك بمقابل كذا، أما عقد الزواج فاختلف الفقه الإسلامي بشأن الألفاظ المستعملة لخصوصيته كالتالي:

<sup>1</sup> نور الدين أبو لحية، المرجع السابق، ص 15.

<sup>2</sup> بالعربي خالدية، أثار عيوب الإرادة..، المرجع السابق، ص 22، مأخوذ عن ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، المجلد 3، دار الكتب العلمية، تحقيق محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا، ط 1، بيروت لبنان، 1987، ص 77.

فقال الحنفية والمالكية<sup>1</sup> انه يصح عقد الزواج بكل لفظ يدل على تمليك العين في الحال كالتزويج والنكاح، والتمليك والجعل، والهبة، والعطية، والصداق، بشرط إن تتوافر نية الدالة على الزواج وبان يفهمها الشهود، وهو ما ورد في قوله تعالى<sup>2</sup>: " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكَ وَبَنَاتِ عَمَّاتِكَ وَبَنَاتِ خَالَكَ وَبَنَاتِ خَالَاتِكَ اللَّاتِي هَاجَرْنَ مَعَكَ وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا".

ولا يصح الزواج بلفظ الإجارة والإعارة ووصية ورهن والوديعة ونحوها. أما الشافعية والحنابلة فيشترطون لصحة الزواج أن يكون بلفظي التزويج والنكاح لمن يجيد اللغة العربية أما من لا يجيدها فبالعبرة التي تؤدي الغرض المقصود<sup>3</sup>.

هذا عن ركنية الرضا، والألفاظ التي ينعقد بها عقد الزواج، ولتمام هذا العقد يجب أن تتوافر في الصيغة مجموعة من الشروط وهي الأتي ذكرها.

#### 4/- شروط الصيغة في عقد الزواج

أما عن شروط الصيغة فقد اشترط الفقه بالاتفاق على أربعة شروط في صيغة عقد الزواج في مجلس العقد وهي:

\* إتحاد مجلس الإيجاب والقبول.

\* موافقة الإيجاب للقبول ومطابقتها له.

\* بقاء الموجب على إيجابه.

\* التنجيز في الحال<sup>4</sup>.

وهناك شروط الأخرى يجب أن تتوافر في الصيغة فهي كالآتي ذكرها:

<sup>1</sup> محمد المحايالشافعي، الإفصاح...، المرجع السابق، ص32.

<sup>2</sup> سورة الأحزاب، الآية50.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، مرجع السابق، ص 2934.

<sup>4</sup> محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 147 وما بعدها.

4. 1 لا هزل<sup>1</sup> في الزواج

إن تكوين عقد الزواج لا بد أن يكون من خلال إرادتين متوافقتين متطابقتين، يشترط فيهما الحزم والجدية، فالإرادة الهازلة أو الصورية لا تصلح لإبرامه ولا تنسجم مع المقاصد الشرعية والقانونية للزواج؛ فالهازل في كلامه لا يريد الزواج حقيقة وذلك لانعدام إرادته الحقيقية، ولتأكيد هذا القول، جاء قوله ﷺ " ثلاث جدهن جد وهزلن جد النكاح، الطلاق، الرجعة"<sup>2</sup>، فالهزل بحسب هذا الحديث في الزواج والطلاق والرجعة تؤخذ مأخذ جد.

غير أنه وفي الوقت الحالي ومن الناحية العملية، فإن هذا الحكم يصطدم بشكالية الزواج، ذلك أن القانون يشترط أن يكون الإيجاب والقبول صادرين عن جد لا عن هزل، فالهازل هو الذي ينطق بالكلام راضياً مختاراً فاهما معناه ولكنه لا يريد حقيقته<sup>3</sup>. وقد انقسم في حكم زواج الهازل إلى قولين:

-**القول الأول:** فالأحناف واغلب فقهاء المالكية ومذهب الحنابلة لا يرتبون على مقصدها الهزل في العقد أي أثر واستثنوا العقود التي استثناها الرسول في الحدث السابق ذكره " ثلاث جدهن جد وهزلن جد النكاح والطلاق والرجعة". وعللوا إلغاء العبارة في غير ما استثنى، بأن الدليل قد قام بين المتعاقدين قبل العقد على عدم إرادة هذا الالتزام فالإرادة تكون قبل التلفظ بالعبارة فمادامت الإرادة منعدمة من قبل التعاقد فلا أثر للعقد لأن أساس التعاقد في الحقيقة هو الإرادة وما جعلت العبارة إلا للدلالة عليها<sup>4</sup>. و أدلتهم في هذا القول من الكتاب: قوله تعالى: "وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا"<sup>5</sup> وتدل هذه الآية على أن الأحكام التي شرعها الحق سبحانه لا بد من الجد فيها و لا يجوز الهزل فيها ، فإذا ما قام شخص بالإستهزاء بها لزمته. ومن السنة: قال أبو الدرداء: كان رجل يطلق في الجاهلية ويقول: إنما طلقت وأنا لاعب، وكان يعتق وينكح، ويقول كنت لاعبا، فنزلت

<sup>1</sup> تعريف الهزل لغة: ضد الجد، ونقيضه: الجاد فاعل من الجد، وهو نقيض الهزل ، وهو مأخوذ من "جد فلان" إذ عظم واستغنى وصار ذا حظ والهزل: من هزل إذا ضعف وضؤل.

تعريف الهزل شرعاً: هو الذي يتكلم بالكلام من غير قصد لموجبه وحقيقة، بل على وجه اللعب، أحمد أبو طه، عوارض الأهلية وأثرها على العلاقة الزوجية، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية، 2014، ص 60.

<sup>2</sup> رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه، عن أبي هريرة ، سنن أبي داود، رقم 2194، المستدرک للحاکم، ج 2، 1950، ص 198.

<sup>3</sup> العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 198

<sup>4</sup> محمد سلام مذكور ، المرجع السابق، ص 77.

<sup>5</sup> سورة البقرة، جزء من الآية 231.

هذه الآية فقال ﷺ: " من طلق أو حرر أو نكح فعزم أنه لاعب فهو جاد" ويدل الحديث أن من تلفظ هازلا بلفظ النكاح لزمه<sup>1</sup>.

-**القول الثاني:** وهو قول المالكية في إحدى الروايات والشافعية، وقد ذهب أصحابه إلى القول أن الهزل لا ينعقد به النكاح، وقد استدل أصحابه بأن هزل النكاح هزل، بقياس الهزل في النكاح على البيع، بجامع عدم الزوم في كل، حيث أن كل منهما عقد. ومن خلال استعراض القولين السابقين لا بد من ترجيح واحد على الآخر، فقد رجح الفقه الحديث قول الأول الذي يقضي بأن الهزل في النكاح جد، لأن الشارع رتب صحة النكاح على وجود الصيغة الصريحة وقد وجدت<sup>2</sup>.

#### 4. 2 بطلان الزواج المربوط بأجل أو المعلق على شرط

إذا صدرت صيغة العقد من العاقدين غير معلقة على شرط أو مقترنة به ولا مضافة إلى مستقبل سمي العقد مطلقا وهو ما سارت عليه المحكمة العليا من أن عقد الزواج يعتبر صحيحا متى تم برضا الزوجين، وحضور ولي الزوجة والشاهدين والصدقات، وأبرم أمام موثق أو ضابط الحالة المدنية،) المواد 4، 9، 18، من قانون الأسرة الجزائري<sup>3</sup> ومتى استوفى شروطه صح وترتبت عليه أحكامه في الحال، فالصيغة يجب أن تكون منجزة دالة على تحقيق معناها وترتيب أثارها في الحال لأن طبيعة عقد الزواج لا تتطلب أن يعلق على تحقق شرط معين الأمر الذي قد يعطل وجوده وإنتاج أثاره إلى حين تحقق الشرط ومثاله أن يقول الرجل العامل للمرأة تزوجتك بمجرد ترقية السنوية أو في شهر كذا.. فقالت قبلت، فلا ينعقد الزواج منهما في هذه الحالة لأن الشرط معلق عليه هو الترقية أو الزمن المحدد في المثال السابق ويستوي أن يكون الشرط محتمل الوقوع أو مستحيل الوقوع فالزواج هنا غير منعقد وباطل<sup>4</sup>.

بالنسبة لمدونة الأسرة المغربية اشترطت في المادة 11 منها بعض الشروط الخاصة بالإيجاب والقبول، وعلى خلاف قانون الأسرة الجزائري فقد كانت صريحة بأن اشترطت أن يكون كل من الإيجاب والقبول باتين غير مقيدتين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ.

<sup>1</sup> أحمد أبو طه، المرجع السابق، ص 66.

<sup>2</sup> أحمد أبو طه، المرجع نفسه، ص 67.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23/02/1993، ملف رقم 88856، مجلة قضائية، عدد 2، 1996، ص 276.

<sup>4</sup> محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، دار النشر المغربية، ط 3، الدار البيضاء، 2008 ص 83.

## 4. أن يكون الزواج مؤبد:

إن الغاية من الزواج اشتراك الرجل مع المرأة في حياة زوجية من أجل تكوين أسرة، فلا بد أن يكون مؤبداً غير مؤقت. وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن تأقيت عقد زواج يجعله باطلاً وقد تحدثوا عنه في مؤلفاتهم في صورتين، الصورة الأولى زواج المتعة والذي اختلف الفقه في حكمه إلى عدة أقوال لكن ما رجح هو ما جاء به جمهور الفقهاء بتحريم زواج المتعة، والصورة الثانية وهو الزواج المؤقت وهو عقد بصيغة الزواج إلى مدة معلومة وقد ذهب الفقهاء إلى بطلانه لأنه لا يختلف عن الصورة السابقة في الوصف إلا في اللفظ فالأول يكون بلفظ المتعة والثاني يكون بلفظ التأقيت<sup>1</sup>.

هناك صورة أخرى تكلم عنها الفقه، وهي الزواج بنية الطلاق والتي تختلف في المعنى والحكم والأثر عن الصورتين السابقتي الذكر، فالزواج بنية الطلاق هو زواج صحيح ويخلو من شرط المتعة أو التأقيت فهو زواج مستمر، لكن أحد أطرافه يخفي في نفسه نية الطلاق بعد مدة من إبرام الزواج، وقد إعتبر جمهور الفقهاء الزواج بنية الطلاق زواجا صحيحا مرتبا لجميع آثار الزواج الدائم والصحيح، وذلك باعتبار أن النية وحدها غير كافية لإبطال العقد، وعليه فإن الفرق الأساسي والجوهري بين كل من الزواج المؤقت والزواج بنية الطلاق تكمن في المدة المحددة منذ البداية في الزواج المؤقت على خلاف الزواج بنية طلاق الذي يعتبر زواجا دائما في الظاهر وهو زواج يجسد مثال حي لعيب التدليس والخداع ضد الطرف الحسن النية.

من بين شروط الزواج وبالتحديد شروط صيغة الزواج أن تكون مؤبدة، ويبطل الزواج في حال صدرت مقيدة بمدة محددة، كأن يكون بصيغة زواج المتعة والذي يقول فيه الزوج: تمتعت بك إلى شهر كذا، فتقول الزوجة: قبلت، وهو ما يصطلح عليه بزواج المتعة أو بتأقيت إلى مدة معلومة أو مجهولة، كأن يقول الزوج تزوجتك لمدة كذا، أو تزوجتك في المدة التي سأقيم بها في هذا البلد وهو ما يصطلح عليه بالزواج المؤقت، وبشأن هذه الزيجات فقد اتفق الصحابة والفقه الإسلامي على حرمتها وبطلانه، بل إن في الفقه المالكي اعتبارا فقد اعتبر يعاقب فيه الزوجان، سواء عين الأجل أم لا، ويفسخ بلا طلاق، والمضر في ذلك بيان ذلك في العقد للمرأة ووليها، فإذا تم بيانه فلا يضر،

<sup>1</sup> محمود علي السرتاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، ط3، عمان 2010، ص30.

أما الحنفية قالوا أن النية الزوج بطلاق زوجته إذا مضى سنة لا يكون متعة، أما الحنابلة خلافا لهم اعتبروا أن نية الطلاق بعدة مدة تبطل العقد كتصريح بذلك<sup>1</sup>.

## 5/- الصيغة وشروطها في عقد الزواج في القانون المغربي والقانون الجزائري:

أما بالنسبة للتشريعات العربية، فمعظمها يعتبر الرضاء ركنا لإبرام عقد الزواج، فالمشعر المغربي اعتبر تراضي الزوج والزوجة هما ركنا عقد الزواج وقد فصل في موضوع الرضا نوعا ما على خلاف المشعر الجزائري فقد نص من خلال المادة 10 من قانون الأسرة على أنه: "ينعقد الزواج بإيجاب أحد العاقدين وقبول من الآخر بواسطة ألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا.

يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبالإشارة المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين"، كما عدد المشعر المغربي الشروط التي يجب أن تتوفر عليها صيغة الزواج من خلال المادة 11 والتي تنص على أنه "يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا:

- شفويين عند الاستطاعة وإلا فبالكتابة أو الإشارة المفهومة.

- متطابقين وفي مجلس واحد.

باتين غير مقيدتين بأجل<sup>2</sup> أو شرط<sup>3</sup> واقف أو فاسخ<sup>4</sup>.

فالإيجاب والقبول في القانون المغربي هما ركنا الزواج، لدى يجب أن يكون التعبير بهما بألفاظ تدل على ابرام الزواج، دون غموض وبحسب ماهو متداول لغة أو عرفا، وتطبيق النصوص السابقة، فإنه لا يقبل التعبير عن الإيجاب والقبول بالإشارة من شخص قادر على النطق الشفوي أو بالكتابة في حالة الاضطرار<sup>5</sup>، أي في حالة عدم القدرة على النطق يمكن للمتعاقد الإبداء بالإيجاب أو القبول

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 6551.

<sup>2</sup> تعريف الأجل: وهو أمر أو واقعة مستقبلية محققة الوقوع سواء عرف وقت حدوثها كانتهاء شهر أو سنة أو لم يعرف كنزول المطر، ويكون الأجل واقفا أو فاسخا، أنضر عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسر، ج1- الزواج، إنحلال ميثاق الزوجية واثاره، الولادة ونتائجها-، مكتبة الرشاد، ط 1، المغرب، 2006، ص45.

<sup>3</sup> الشرط: واقعة مستقبلية غير محققة الوقوع يعلق على حدوثها إما وجود الإلتزام فيكون الشرط واقفا وإما زواله فيكون الشرط فاسخا مثل تعليق الزواج على عثور الزوج على عمل، والشرط والأجل الواقفان أو الفاسخان من الشروط المخالفة لأحكام العقد تبطل عند وجودها، ويصح العقد وهو ما أكدته م 62 المحيلة على المادة 47 من مدونة الأسرة المغربية أنضر عبد الكريم شهبون، المرجع نفسه، ص 45.

<sup>4</sup> محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 77.

<sup>5</sup> محمد كشبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، دار الأفاق المغربية، ط3، 2014، ص 234.

بالكتابة إن كان يجيدها، أو بالإشارة المفهومة من الطرف الآخر ومن العدلين المتلقين للإشهاد<sup>1</sup>. هذا عن ما جاءت به مدونة الأسرة المغربية بخصوص ركنية الرضا في الزواج وما يلاحظ من خلال النصوص السابقة أن كل من المشرع الجزائري والمغربي قد جعل من الرضا ركنا في عقد الزواج تماشيا مع ما جاء به الفقه الإسلامي. غير أن المشرع المغربي أعطى للرضا حفا أوفر من الأحكام بحيث فصل في الشروط الواجب توافرها في الصيغة مما يعود بالنفع على عمل القضاء ومما يساهم في تسهيل عمل القاضي في حال وجود نزاع.

هذا فيما يخص التعبير بالألفاظ والكلام في مجلس عقد الزواج، فإذا ما تعذر التعبير عن الإرادة بالكلام جاز التعبير عنها بالكتابة مع وجوب توافر شرطها وهو ما سيدرس تاليا.

### ب/- التعبير بالكتابة:

قد تقوم مقام اللفظ أو النطق وسائل أخرى كما سبق وتم ذكره اختيارية كانت أو اضطرارية مما يمكن أن يعبر عن الإرادة الجازمة تعبيرا كافيا ، وعليه فإن الأصل في التعبير يكون بالتلفظ وهو الأصل في بيان الإرادة ولهذا قد أقر الفقهاء عند تعذر أو العجز عن النطق أن تقوم الكتابة مقام اللفظ في التعبير عن الإرادة استثناءا.

والمقصود بالكتابة هنا، أن يكتب العاقد للعاقد الآخر إيجابه كتابيا ويكتب الطرف الآخر قبوله كذلك، ويصح أن يكون التعبير عن الإرادة بالكتابة من جهة واحدة من أطراف العقد إما بالإيجاب أو القبول، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن انعقاد الزواج بالكتابة صحيح وذلك في حال كانا المتعاقدين حاضرين في مجلس واحد مع وجود عجز عن الكلام كحالة الأخرس الذي لا يستطيع النطق، وذلك لأن من شروط صحة الزواج ضرورة وجود شاهدين يسمعون كلام العاقدين ورضاهما بهذا العقد وهذا لا يمكن في حالة الكتابة، أما بالنسبة للحالات التي لا تتوقف على الطرف الآخر ورضاه أي يعبر التصرف بالإرادة منفردة كالطلاق، فإذا كتبت كتابة واضحة ومرسومة بأن كتب أحد إلى زوجته كتابا يقول لها فيه أنت طالق فإنها تأخذ حكمها وقت الكتابة فيقع الطلاق حالا<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عبد الكريم شهبون ، المرجع السابق، ص 42.

<sup>2</sup> محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 60 و 61.

أما بالنسبة لـ قانون الأسرة الجزائري فقد ذكر المشرع موضوع انعقاد الزواج بالكتابة والحالات التي يجب فيها التعبير بالكتابة من خلال المادة 10 منه، فعند انعقاد العقد وفي مجلس العقد يجب على طرفي عقد الزواج التعبير عن إرادتهما صراحة بقبول الزواج ويجب على المكلف قانوناً كضابط الحالة المدنية أو الموثق التحقق من هذه الإرادة ، وإذا تعذر التعبير بالقول وفي حالة العجز عن الكلام جاز التعبير عنها بالكتابة ، وإذا تعذرت الكتابة فيلجئ إلى الإشارة.

وللإشارة فقد تم بموجب تعديل قانون الأسرة الجزائري بالأمر 05-02، إلغاء المادة 20<sup>1</sup> منه والتي كانت تسمح بالوكالة في الزواج، ولهذا الإلغاء ايجابيات وسلبيات، فمن ايجابيات إلغاء الوكالة في الزواج هو منع حدوث عيوب الإرادة والتي نحن بصدد دراستها فقد يرغم أحد أطراف العقد على الوكالة لتجنيبه حضور مجلس عقد الزواج فيكون الزواج في هذه الحالة بالإكراه ، كما يمكن أن يحدث أي غلط بحيث لو علمه الشخص الراغب في الزواج لما أقدم ولا قبل به، وكذلك الأمر ومثله بالنسبة لعيب التدليس فقد يحدث أن يتم التدليس والغش دون حضور الطرف المدلس عليه وبالتالي يكون العقد معيب بعيب التدليس.

أما عن المشرع المغربي، فعن التعبير بالكتابة في عقد الزواج، فقد نصت المادة 2/10 من مدونة الأسرة نفس ما جاء به المشرع الجزائري بأن تكون الكتابة استثناء للعاجز عن النطق.

وبالنسبة للقواعد العامة، فإن التعبير عن الإرادة يأخذ شكلين إما صريح ويكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً ، كما يمكن أن يكون ضمناً ، وهو ما عبرت عنه المادة 60 من القانون المدني الجزائري وهذا هو الأصل فلا يتغير هذا المبدأ إلا في حالتين، الحالة الأولى هو وجود اتفاق بين الطرفين على شكل أو وسيلة التعبير عن الإرادة في العقد، والحالة الثانية هو وجود نص قانوني يلزم الأطراف على وسيلة محددة للتعبير عن الإرادة.

### ج/- التعبير بالإشارة

إذا كان العاقدان حاضرين في مجلس العقد تكون الصيغة بالعبارة الواضح لأنها أقوى طرق الدلالة ولا يصح العقد بالكتابة لأنه لا يلجئ إليها إلا إذا تعذرت المشافهة بالعبارة، فإذا كان المتعاقدان أو أحدهما يعجز عن التعبير كالمريض أو الأخرس فإنه يصح الإيجاب والقبول بالكتابة أو الإشارة. وقد

<sup>1</sup> المادة 20 من قانون الأسرة القديم ...، يصح أن ينوب عن الزوج وكيله لإبرام عقد الزواج بوكالة خاصة".

اتفق الفقه الإسلامي على إشارة الأخرس؛ فقد جاء في المغني لابن قدامة<sup>1</sup> أن الأخرس إذا فهمت إشارته صح نكاحه بها<sup>2</sup> تقوم مقام النطق باللسان إذا كان العاقد لا يعرف الكتابة في جميع تصرفاته التعااملية القولية التي يكون له فيها إشارة مفهومة جرت عليها عادته سواء كان عقدا كالبيع والشراء والنكاح أو كان إنشاء منفردا كالطلاق والوصية والوقف.. أما إذا كان الأخرس كاتباً، فالرأي الراجح لدى الفقه أنه لا تصح تصرفاته إلا بالكتابة لأنها في الدلالة كالنطق من كل وجه أما الإشارة فهي دون الكتابة فلا تقبل مع إمكانية الكتابة. هذا إذا كان الأخرس أصلي بأن ولد به، أما إذا كان الأخرس غير أصلي أي طراً على الشخص بعد أن كان قادراً على الكلام بسبب مرض أو غيره، فإن كان يجيد الكتابة صحت عقودها بما مادامت كتابته واضحة بحيث تكون حجة كالنطق.

و إذا كان لا يجيد الكتابة فقد انقسم الفقه إلى قولين:

**1/- القول الأول:** للمذهب الحنفي،<sup>3</sup> والمذهب الحنبلي، والذين يرون أن عقد الأخرس الذي لا يجيد الكتابة غير صحيح إذا تم عن طريق الإشارة، وإذا كانت علة الأخرس عند غير دائمة، غير أنه قد يصح في حالة الأخرس الأصلي والذي يأس من كلامه ودام خرسه من وصارت الإشارة مفهومة عنده.

**2/- القول الثاني:** قول الشافعية ذهب إلى القول بان إيجابه وقبوله يصح بالإشارة المفهومة لأنه عاجز عن النطق وصار كالأخرس الأصلي إذا عقد في هذه الحالة بان عبر بإشارة رأسه بنعم صح عقده<sup>4</sup>.

وينقسم الفقه إلى قسمين أيضاً في حالة الشخص الناطق الذي ليس به آفة الأخرس والذي يستعمل الإشارة:

**- القول الأول: للحنفية والشافعية فهم لا يعتبرون الإشارة إلا في أتفه من الأشياء؛ إذ أنها مهما قويت دلالتها لا تصل إلى مستوى اليقين الذي يؤخذ من اللفظ.**

<sup>1</sup> أحمد بن محمود ابن قدامة، شمس الدين بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المغني ويليهِ الشرح الكبير، ج7، دار الكتاب العربي، د.س.ن، ص430.  
<sup>2</sup> مُجَد بن عبد الوهاب بن سليمان التميمي، كتاب مختصر الإنصاف والشرح الكبير، مطابع الرياض، ج2، تحقيق عبد العزيز بن زيد الرومي، الرياض ط1، د.س.ن، ص644.

<sup>3</sup> ابن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت لبنان، 1986، ص231.

<sup>4</sup> العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص191، مُجَد خضر قادر، المرجع السابق، ص 61 وما بعدها.

-**القول الثاني: للمالكية والحنابلة على عكس أصحاب القول الأول** تعتبر الإشارة أداة تعبير عن الإرادة فكل من الفقه المالكي والحنبلي يعتبرونها أداة من أدوات التعاقد مادامت مفهومة<sup>1</sup>.

وعليه فإن الأصل في التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالعبارة الواضحة الباتة التي تفيد معناها فإذا تعذر فيكون التعبير بالكتابة استثناءً بحيث يجب أن تكون واضحة ودالة على الإرادة الحقيقية فإذا تعذر المعبر عن إرادته بالكتابة تليها الوسيلة الأخرى وهي الإشارة وتكون في حالة العجز عن اللفظ والكتابة معا فإذا كان العاجز عن النطق جيد الكتابة وجب عليه التعبير بها.

أما عن القانون الجزائري، ففي قانون الأسرة الجزائري جاء في المادة 10 منه أن يكون التعبير عن الإرادة في حالة العجز عن الكلام بالكتابة والإشارة، وما يفهم من نص المادة أنه جعل هذا التعبير اختياري بين هاتين الوسيلتين وذلك بما يفيد معنى النكاح لغة وعرفا، وبالنسبة للمشرع المغربي فقد نص في المادة 10 من مدونة الأسرة فقد نصت عن هاتين الحالتين أي حالة العجز عن النطق والكتابة بقولها "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة وعرفا .

يصح الإيجاب والقبول منالعاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب، وإلا فبإشارته المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين"، وعليه فإن أصل بحسب هذه المادة أن التعبير عن الإرادة في الزواج يكون بالإيجاب والقبول أي باللفظ وهما ركنا عقد الزواج وهو ما سار عليه المشرع الجزائري، وعند العجز نصت هذه المادة أن يكون الإدلاء بالإيجاب والقبول بالكتابة، وإلا بالإشارة في حالة العجز عن الكتابة، أما في حالة العجز عن كلاهما فيكون بالإشارة التي اشترطت نفس المادة أن تكون هذه الإشارة مفهومة لدى كل من الشاهدين وكذا الطرف الآخر من عقد الزواج.

وقد أكدت هذا القول المادة 11 من نفس المدونة بأن فصلت في الشروط التي يجب ان تكون في كل من الإيجاب والقبول. وبهذا يكون المشرع المغربي نوعا ما فصل في شروط ركنية الصيغة في الزواج بأن أزال أي لبس في انعقاد الزواج قد تشكله عبارات النصوص والقواعد القانونية.

هذا إذا كان التعبير عن الإرادة بالتصريح بها عن طريق اللفظ، أو الكتابة أو الإشارة، ويجوز أن يكون التعبير طريقا آخر وهو التعبير الضمني.

<sup>1</sup> فخري ابو صفية، المرجع السابق، ص9.

## الفرع الثاني

### الإرادة الضمنية ووسائل التعبير عنها

التعبير الضمني عن الإرادة ، هو طريقة ووسيلة للتعبير عن الإرادة، وهي وسيلة معترف بها شرعا وقانونا لكن بوجود جملة من الشروط فلا يمكن التعبير الضمني إلا استثناء، أو باتفاق الأطراف إذا لم يوجد نص يقيد اتفاقهم، وقد اكتفى المشرع الجزائري بذكر هذه الطريقة من خلال فقرة الثانية من المادة 60 من القانون المدني الجزائري، وهو ما سيتم معالجته من خلال هذا الفرع.

#### أولا: تعريف التعبير الضمني

التعبير الضمني هو وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، وقد أقرته معظم التشريعات في تقنيناتها الداخلية إما بصفة مباشرة بحيث حصصت له مجموعة من النصوص لضبطه، وإما بذكر مثال عنه بصفة غير مباشرة، ويهتظ هذا الطريق في المعاملات التجارية بكثرة و بصفة واضحة نظرا لإستسهاله من قبل التجار، وقد ذكر التعبير الضمني في مؤلفات الفقه الإسلامي أيضا وقد ذكر في عدة محاضر كما تم ضبطه بأحكام كل بحسب تفعيله.

#### أ/- الضمني لغة

الضاد والميم والنون أصل صحيح وهو جعل الشيء في شيء يحتويه ومن ذلك قولهم ضمنت الشيء إذا جعلته في وعائه والكفالة تسمى ضمانا من هذا لأنه كأنه إذا ضمنتته فقد أستوعب ذمته والمضامين : ما في بطون الحوامل ومنه الحديث أنه نهي عن الملاقيح ومضامين ، وذلك أنهم كانوا يبيعون الحبل فنهى عن ذلك<sup>1</sup>.

#### ب/- الضمني اصطلاحا

هو الحالة التي تظهر وتبين إرادة الشخص، كأن يتخذ موقفا أو يقوم بعمل ما دون أن يتكلم أو أن يستعمل إحدى طرق التعبير عن الإرادة الصريحة، ففي التعبير الضمني المظهر الذي اتخذها الشخص ليس في ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون افتراض وجود هذه الإرادة فالتعبير الضمني هو طريق غير مباشر للتعبير عن الإرادة، وذلك لأن

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، ج9، المرجع السابق، ص65.

الإرادة تستنبط انطلاقاً من أفعال يقوم بها الشخص؛ وهذه الأفعال لا تعد بذاتها تعبيراً مباشراً عن الإرادة ولكنها مجرد إشارة للكشف عنها<sup>1</sup>.

والتعبير الضمني أخفض درجة من التعبير الصريح فإذا تعارضاً أو تزاخماً كانت الأولوية للتعبير الصريح وهو ما تنص عليه القاعدة الفقهية " لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح "، والعلة في ذلك أن الدلالة أضعف من التصريح وهو أقوى منها فلا تقدم عليه لأنها بدل عن اللفظ والتصريح، ولا يصار إلى البدل مع وجود الأصل<sup>2</sup>.

المادة 60 من القانون المدني الجزائري تنص تنص على أن " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

وبالتالي وبحسب هذه المادة القانونية يكون التعبير ضمناً إذا اتخذ صاحبه مظهراً يدل بطريقة غير مباشرة عن مقصوده، وهو ما عبر عنه الفقه الإسلامي وبعض القوانين العربية بالأفعال؛ فيكون ذلك باستنباط التعبير عن الإرادة من أفعال الشخص<sup>3</sup>. هل يجوز إبرام عقد الزواج بإرادة ضمنية؟.

### ثانياً: وسائل التعبير عن الإرادة الضمنية

للتعبير الضمني وسائل تعبر عنه يستخدمها الشخص دلالة على رده أو قبوله بإيجاب الطرف الآخر ويكون التعبير الضمني بالفعل، أو بدلالة الحال، أو حتى بالسكوت أيضاً ولكن في حالات حددها القانون.

<sup>1</sup> حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ج1، مصادر الإلتزام، الجزائر، ط2، 2005، ص35.

<sup>2</sup> أحمد ياسين قرالة. وسائل التعبير عن الإرادة، المرجع السابق، ص474.

<sup>3</sup> بالنسبة للزواج فالأمر مفروغ منه لا يمكن إبرام عقد الزواج بالأفعال، غير أنه يمكن أن يكون له دور في مادة الأحوال الشخصية مثال ما جاءت به المادة 92 من الأحوال الشخصية الإماراتي " مع مراعاة ما نصت عليه المادة 81 من هذا القانون فإن الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية في الحال، وللزوج حق مراجعة زوجته أثناء العدة عولاً أو فعلاً " حتى بالنسبة للشريعة الإسلامية فيجوز الرجوع عن الطلاق خلال العدة بالقول أو الفعل دون عقد ولا مهر جديدين.

## أ/- التعبير بالفعل

التعبير بالفعل هو سلوك يتخذه الشخص لتنفيذ أمر ما، وقد يكون في حالات، وسيلة للتعبير عن الإرادة وقد درسنا هذا سابقا حين تحدثنا عن مراحل الإرادة بالفعل يظهر في آخر مرحلة من مراحل الإرادة ألا وهو التنفيذ بعدما تنتقل الإرادة من داخل العقل إلى أن تتطور فتصبح في شكل فعل أو أفعال تعبر عنها. فالأصل أن الأفعال وهي سلوكيات مادية لم توضع للتعبير عن أمر ما كما وضعت الألفاظ للدلالة على معانيها، وحيث أنه ليس للأفعال صيغة معينة للدلالة على معانيها كما هو الحال في الألفاظ، إذ أن لكل لفظ مادة وهيئة تدل على معناه. ولكن من الممكن الاهتداء بهذه الأفعال والاستناد عليها في التعرف على إرادة الفاعل ومقصده من الفعل الذي قام به، كما يمكن الاستناد إلى الفعل والاستدلال به على وجود الفاعل، فوجود الفعل الذي هو أمر مادي لم يوضع للدلالة على شيء ولكن يتوصل به لدلالة على وجود الفاعل أو طبيعته كما يستدل على تصرف الإنسان بالبيع بالمال يباع أو هبة أو غيره بملكيته لذلك المال ما لم يثبت العكس وهكذا. وقد أجازت المادة 02/60 من القانون المدني الجزائري التعبير عن الإرادة عن طريق التعبير الضمني ، الذي يعتبر تعبيرا غير مباشر كأن يتم استنباطه من الأفعال التي يقوم بها الشخص والتي بين حقيقة إرادته<sup>1</sup>.

وبناء عليه كانت دلالة الفعل على الإرادة دلالة ضمنية غير صريحة، وقد استند إليه الفقهاء في الكثير من الأمور للوقوف على إرادة الفاعل ومقصده من الفعل الذي قام به وفي هذا يقول السرخسي "ومباشر الفعل الذي قام به هو دليل الرضا بمنزلة التصريح بالرضا"<sup>2</sup>.

وأمثلة ذلك مايلي:

-التعاقد بالتعاطي<sup>3</sup>

وقد اختلف الفقهاء فيه على أقوال:

<sup>1</sup>فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 59.

<sup>2</sup>شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، ج5، بيروت، لبنان، 1986، ص28.

<sup>3</sup> تعريف التعاقد بالتعاطي: التعاقد بالتعاطي أو العقد بالمعطاة أو المراوضة وهو التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي دون تلفظ بالإيجاب والقبول وفي الزواج اتفق الفقه الإسلامي على ان عقد الزواج لا ينعقد بالفعل كإعطاء المهر بل لابد من القول او اللفظ للقادر عليه فكان لابد لقدسية الزواج وخطورته بان يتم بأقوى الدلالات على الإرادة ، وهبة، الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، المرجع السابق، ص2940.

فأما المذهب الشافعي فقد منع التعاقد بالتعاطي مطلقا استنادا إلى أن الفعل لم يوضع للدلالة على معنى<sup>1</sup>.

بينما ذهب البعض الآخر منهم إلى جوازه على خلاف بينهم فيما يجوز به هل يجوز مطلقا أم أن جائز في أمور دون الأخرى؟ وذهب المالكية استنادا منهم إلى أن الأفعال وإن انتقلت منها الدلالة الوضعية ففيها دلالة عرفية، وهي كافية إذ المقصود من التجارة وإنما هو أخذ ما في يد الغير بدفع عوض عن طيب نفس، فتكفي دلالة العرف في ذلك على طيب النفس والرضا بقول أو فعل وهذا ما استحسسه ابن الصباغ من الشافعية ورجحه النووي وهو ما دافع عنه ابن تيمية<sup>2</sup>.

### ب/- التعبير بدلالة الحال

دلالة الحال مركب إضافي مكون من كلمتين هما دلالة وهي مضاف وحال وهي مضاف إليه، وقد عرفها الشيخ مصطفى الزرقا بأنها "الأمانة القائمة التي تدل على شيء"<sup>3</sup>. غير أن هذا التعريف يتسم بالعموم والاتساع وهو غير واضح لتبيان ماهية دلالة الحال، لأن كل الدلائل لفظية كانت أو غيرها هي أمارات التي تدل على شيء آخر فدلوك الشمس دلالة على وجوب الصلاة ودخول الشهر أمانة على وجوب الصيام، والعلة أمانة على وجود المعلول؛ وعليه تعتبر دلالة الحال وسيلة ضمنية من وسائل التعبير عن مقصود الشخص ومراده كما في التعبير الصريح ويعتبر التعبير بها من التعبير الضمني والعقد ينعقد بالدلالة كما ينعقد بالتصريح كما نص على ذلك الفقهاء، فقد نص الكثير من الفقهاء على اعتبار دلالة الحال وأثرها في العقود والتصرفات<sup>4</sup>.

غير أن دلالة الحال لا تصلح للتعبير عن الأمور كلها وهذا ما يميزها عن التعبير الصريح، وأمثلة ذلك الطلاق لا يقع بلا لفظ سواء كان اللفظ سواء كان اللفظ صريحا أم كناية.

### ج/- التعبير بالسكوت:

يعرف التعبير بالسكوت بأنه ترك التكلم مع القدرة عليه، وأنه عدم الكلام أو الكتابة، أو عدم إتيان الفعل أو القيام به وهو عدم التعبير عن الإرادة. فالسكوت وسيلة أو مظهر للتعبير عن الإرادة

<sup>1</sup> بدر الدين الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ج3، الكويت، 1985، ص16.

<sup>2</sup> سامي بن جاد الله، الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية لدى تلاميذه، دار ابن حزم، ج1، بيروت، ط1، د.س.ن، ص386.

<sup>3</sup> مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، دار القلم، دمشق، ط2، 2004، ص81.

<sup>4</sup> محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، ج2، دمشق، ط1، 2006، ص798.

يختلف عن جميع الطرق الأخرى التي تم التطرق إليها إذ يعتبر موقفا سلبيا ، فالساكت لم يعبر بطريق ايجابي عن أية إرادة<sup>1</sup>.

والسكوت نوعان:

**1/- السكوت المجرد:** وقد يكون ساكنا في ظاهره وباطنه ولا تسمح ظروفه باستشفاف أية إرادة منه.

**2/- السكوت الملابس:** وهو قد يكون ساكنا في ظاهره، متجها لإحداث الأثر الشرعي في باطنه<sup>2</sup>.

و إذا نظرنا إلى أحكام الفقه الإسلامي نجد أن فقهاءه قد اعتدوا بالنوع الثاني أي السكوت الملابس لذلك قيل في الفقه الإسلامي " لا ينسب لساكت قول". والأصل أن مجرد السكوت لا يتضمن أي دلالة على القبول لأن الرضا عمل إيجابي والسكوت شيء سلبي وفي هذا المعنى يقرر فقهاء الشريعة الإسلامية قاعدتهم المشهورة " لا ينسب لساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان" وعلى هذا الأساس فإن السنة النبوية قد اعتبرت استثناء سكوت البكر أثناء توجيه الإيجاب إليها بمثابة قبول ضمنى تبعا لقوله ﷺ " الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صممتها"<sup>3</sup>.

أي أن الأيم هي التي تعبر عن رضاها صراحة بالقول أو الفعل دون الحاجة إلى إذن الولي، أما البكر فيكفي سكوتها لشدة حيائها الذي قد تفرضه العادات والأعراف والتقاليد مع إظهار علامات الفرح والانشراح التي تفيد القبول والرضا بهذا الزواج.

وفي هذا يقول الشيخ خليل في مختصره "ورضاها البكر صمت، كتفويضها وندب إعلامها به ولا يقبل منها دعوى جهله في تأويل الأكثر وان امتنعت أو نفرت لم تزوج، لا إن ضحكت أو بكت"<sup>4</sup>؛ وعليه فإن الثيب لا يعتد بسكوتها عند استئذنها في الزواج بل لابد من نطقها وموافقتها

<sup>1</sup>فاضلي ادريس، المرجع السابق، ص 58، العربي بلحاج، نظرية العقد، المرجع السابق، ص99.

<sup>2</sup>محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص67.

<sup>3</sup>أبو الحسن مسلم بن حجاج القشيري، النيسابوري أبو الحسين، صحيح مسلم، ج2، دار الكتب العلمية، دار احياء الكتب العربية، ط1، بيروت لبنان، 1991، ص1036.

<sup>4</sup>مالك بن أنس الأصبحي، مختصر خليل، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1341هـ، ص100.

صراحة بالقول أو بالفعل. والبكر بخلاف ذلك لأن الإذن بالنسبة للبكر قد يكون بالكلام كما قد يكون بالسكوت على خلاف الثيب التي يجب عليها التصريح بالقول. وقد قال في ذلك مالك رحمه الله : إذا قال الولي للبكر أنه سيزوجها من شخص وذكر هذا الشخص بذاته وسكتت البكر كان هذا السكوت رضا منها به.

أما عن قانون الأسرة الجزائري المعدل فقد ألغى ولاية الإيجاب المقررة في المادة 12 من القانون 11/84 ، وبهذا فإن القانون الجديد اكتفى بالتغييرات الشكلية لتغيب دور الولي، وجعل الولاية حقا للمرأة وفرض الموافقة على الزواج في المادتين 11 و 13 بأن يكون رضاها شفويا وإذا عجزت عن ذلك بالكتابة وإذا عجزت عنها فبالإشارة المفهومة مع توافر شروط الصحة المقررة في المواد 9 و 9 مكرر، و 10 و 18 من قانون الأسرة الجزائري دون التركيز على توثيق أو الكتابة الرسمية للعقد<sup>1</sup>.

هذا عن مسألة قبول بالزواج بالسكوت، لكن قد يحدث أن يسكت أحد أطراف العقد بأن يكتفم صفة في أطراف العقد والتي تكون جوهرية لإبرامه بحيث تكون متعلقة بالرضا بحيث لو علمها الطرف الآخر لما أقدم على الزواج وهذه الحالة تدخل فيما يسمى بالتدليس بالكتمان وهو ما سندرسه لاحقا<sup>2</sup>.

وقد نص المشرع المغربي أيضا عن حالة السكوت من خلال الفصل 2/25 بقوله: "...و يكون السكوت عن الرد بمثابة القبول، إذا تعلق بالإيجاب بمعاملات سابقة بدأت فعلا بين الطرفين." مما يعني أن هناك التزام قانوني يقضي على الشخص بالتعبير عن إرادته إذا اختار الرفض وإلا اعتبر سكوته قبولا<sup>3</sup>.

أما بالنسبة لحالة السكوت في القانون المدني الجزائري، فالأصل انه لا يصح السكوت تعبيرا للإرادة فهو موقف سلمي لا يبين طبيعة إرادة صاحبه طبقا للقاعدة الفقهية القائلة لا ينسب لساكت قول، إلا أن القانون المدني الجزائري قد وضع استثناءات على هذه القاعدة في ثلاث

<sup>1</sup> العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص 192-193.

<sup>2</sup> أنظر لاحقا من هذه الدراسة، الفصل الثالث عيب التدليس، ص 142.

<sup>3</sup> مصطفى الخطيب، الموجز في النظرية العامة للالتزامات - مفهوم الالتزام - أنواعه، مصادره، نظرية العقد، أكادير، 2019، ص 62.

مواضع في القانون المدني وذلك من خلال المادة 68<sup>1</sup> منه والتي عدت حالات يجوز السكوت فيها للتعبير عن إجازة التعاقد والتعبير عن القبول وهي: إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري تدل على ذلك، حصول تعامل سابق بين المتعاقدين، إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث

#### الفرق بين التعبير الصريح والتعبير الضمني عن الإرادة

كل من التعبير الصريح والتعبير الضمني، هما وسيلتين للتعبير عن الإرادة إلا أن كل واحد منفرد بشروطه والحالات التي يمكن أن يتم التعبير بهم عنه، وعليه سيتم ذكر أهم الفروقات التي تتسم بها هاتين الوسيلتين.

- التعبير الصريح له وسائل ثابتة ومحددة للتعبير عنه ويعتبر الكلام خير وسيلة للتعبير عنه، كما يعبر عنه بالكتابة والإشارة أما التعبير الضمني فلم توضع له وسيلة للتعبير عنه وإنما يستخلص من الظروف وقرائن الأحوال التي تحيط بالتصرف.

- والتعبير الصريح أقوى من التعبير الضمني فعند التعارض يقدم التعبير الصريح، لأن دلالاته واضحة وهي الأساس بخلاف التعبير الضمني الذي دلالاته الاستنباطية ومستنتجة أي أنها تفهم وتستنتج من الظروف المحيطة بالتصرف. وقد نصت على ذلك القاعدة الفقهية "لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح". كما أن التعبير الصريح تأثيره أقوى من تأثير التعبير الضمني، ثم إن الدلالة في التعبير الصريح تكون دلالة وضعية أو استعمالية أما الدلالة في التعبير الضمني فهي دلالة عقلية أو عرفية، كما أن الدلالة في التعبير الصريح تكون مستقلة مكتملة بذاتها غالبا أما الدلالة بالتعبير الضمني فلا دلالة لها باستقلالها بل لا بد وان تحتف بها القرائن والظروف لتعطيها الدلالة والتعبير الصريح وسيلة أصلية للتعبير عن الإرادة وهو صالح للتعبير عن التصرفات كلها عقودا كانت أم إرادات

<sup>1</sup> تنص المادة 68 من القانون المدني الجزائري على أن: "إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

ويعتبر السكوت عن الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".  
<sup>2</sup>فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص58.

انفرادية إما التعبير الضمني فان صلاحيته للتعبير ضيقة ومحدودة إذ هناك الكثير من التصرفات التي لا يصح التعبير عنها بهذا النوع من التعبير كالزواج والطلاق مثلا<sup>1</sup>.

لقد عني كل من الفقه الإسلامي والقانوني، وحتى المجتمع الدولي بموضوع الرضا في جميع مجالاته، بإعتبار صحته وسلامته رمزا لحرية الفرد في إبداء رأيه، و لعل أهميته تكمن في التصريح به بالوسائل السابق ذكرها في شكل سليم وبات كفي لا يعاب بعيب من عيوب الإرادة، ومع ذلك قد تختلف إرادة الشخص وعباراته، ولا مجال لإبراز إرادته الحقيقية والمقصودة الا بتطبيق نظريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ثم تفعيل مبدأ حسن النية.

## المطلب الثاني

**الفرق بين التعبير الصريح والتعبير الضمني عند الفقه الإسلامي والقانون وأثر مبدأ حسن النية في التعبير عنها**

الاختلاف بين الإرادة والعبارة أو ما يسميه الفقه القانوني بالإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة فقد عرفت هاتين النظريتين تطورا وجدلا بين الفقه عبر الحقب الزمنية الماضية بين مؤيد ومعارض وبين وسطي في الاختيار بينها، ومن خلال هذا المطلب سيتم توضيح آراء الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، والفقه القانوني وموقف القانون الجزائري من هاتين النظريتين مع إبراز دور مبدأ حسن النية الذي يلعبه، والأثر الذي يخلفه في التعبير عنها.

## الفرع الأول

**الفرق بين التعبير الصريح والتعبير الضمني عند الفقه الإسلامي**

قال جمهور الفقهاء إن العقد ما يتم به الارتباط بين إرادتين ينتج التزاما بينهما كما قالوا إن الأساس في العقود هو إرادة المتعاقدين في الواقع وهي أمر خفي لا تعرف إلا بمظهرها الخارجي إنطلاقا من وسائل التعبير عنها كاللفظ أو الكتابة أو الوسائل التي تم ذكرها والتي تكونصيغة العقد من ايجاب وقبول ولذا لا تصلح الإرادة وحدها أن تكون مناطا للأحكام رغم أنها أساس العقد لأنها أمر خفي ولا مظهر له إلا الصيغة الدالة عليها والتي هي مظهر الحكم وإظهار الإرادة بالعبارة أو ما يقوم

<sup>1</sup>أحمد ياسين قرالة، التعبير الضمني عن الإرادة، المرجع السابق، ص343.

مقامها ليس مجرد دليل للإثبات وإنما هو عنصر مقوم وجزء جوهري لا ينفصم عن مجموع الظروف التي تتألف منها التصرفات القانونية فهو ليس إعلانا عن تصرف موجود وإنما هو ذوقيمة خاصة.

وعلى هذا لو اعتزم شخص في نفسه على الشراء أو الزواج أو الطلاق أو الوقف دون أن يظهر هذه الرغبة الخفية أو هذا العزم الباطني بصيغة تدل على مكنون النفس أو يظهرها بالكتابة أو الإشارة فلا يلتزم بشيء من ذلك قضاء إذلا يمكن معرفته إلا بما يظهره لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " إن الله تجاوز عن أمي ما وسوست به صدورها ما لم تعمل أو تتكلم"<sup>1</sup>.

ويقول السرخسي أن النية تكمن في القلب، فإذا وجدت دون العمل بها فإنه لا يثبت بها الفسخ ولا يتم بها انعقاد العقد<sup>2</sup> ويقول ابن القيم "لم يرتب الشارع أحكاما على مجرد ما في النفس من غير دلالة قول أو فعل ولو رتب عليها الأحكام لكان في ذلك أعظم حرج ومشقة على الأمة" وعلى هذا درجت عدة قوانين؛ على أن العبارة إنما تكون مناط الأحكام ما دامت تطابق الإرادة لأنها المظهرة لها والكاشفة عنها. وإذا ما اختلفت العبارة عن الإرادة كنا أمام نظريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة"<sup>3</sup>.

إذا اختلفت الصيغة عن الإرادة وقامت القرينة القاطعة على هذا. فهل يتبع الحكم الإرادة مع أنها أمر خفي أم ينبني على العبارة الظاهرة مع أن القرينة تفيد أن المجنون والصبي ومن في حكمهما وكعبارة من يردد كلام غيره من غير أن يقصد مجرد التظاهر أمام الناس دون إرادة العقد؟ أو لم يكن لا هذا ولا ذاك وإنما كانت شيئا آخر أو كانت العبارة تنبئ عن الإرادة ويفهمها وأصدرها من غير إكراه أو تفاخر وإنما قصد من وراء ذلك الوصول إلى شيء محظور شرعا وقصد بهذا التحايل الوصول إلى المحرم عن طريق عقد مشروع، والفقهاء في هذا الصدد انقسم إلى قسمين: الشافعي ويغلب على طابعه الأخذ بالإرادة الظاهرة وباقي الفقهاء يغلب على طابعهم الاتجاه نحو الإرادة الباطنة.

وبصفة عامة يمكن القول أن الفقه الإسلامي يتجه في موضوع الإرادة والعبارة أو كما يقول رجال القانون الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة إلى فريقين:

<sup>1</sup> أبو الحسن مسلم، صحيح مسلم، ج1 حديث127، ص116، كتاب الإيمان.

<sup>2</sup> شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج13، ص46.

<sup>3</sup> محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص59 و60.

## أولاً: الفقه الشافعي والحنفي

فالإمام الشافعي<sup>1</sup> نجد في أصوله وفروعه ما يجعلنا نقرر أنه أسس حكمه على ماتنتجه العبارة أي كان أساسه على الإرادة الظاهرة ويرى بالنسبة لعقد المخطئ انه لم يقصد العبارة فلم يتحقق عنده القصد مطلقاً ولذا لم يؤاخذ بالعبارة. والأحناف<sup>2</sup> في بعض فروعهم إنما يجنحون نحو هذا الاتجاه ودليل هذا المذهب في الفقه الإسلامي أن الأحكام الدنيوية كلها بنيت على الظاهر، والنيات أمور خفية علمها لله سبحانه فالعقود يكون حكمها عند الناس بما تنطق به الإرادة الظاهرة فإذا اكتمل للعقد أركانه وشروطه فهو صحيح ولا نبحت وراء ذلك عن النية فيه مادام لا يوجد في العبارة ما يدل على خلاف ما ينتجه ظاهر العبارة.

## ثانياً: الفقه الحنبلي والفقه المالكي

فكل من المذهب الحنبلي والمالكي<sup>3</sup> ينظران إلى الإرادة الباطنة ويجعلانها أساساً لارتباط الأحكام بها ما دام قد اظهر الدليل أما إن خفيت الإرادة الباطنة ولا دليل يظهرها فلا اعتبار لها وقد اشرنا إلى أن أحكام الأحناف في العقود غالباً ما تتماشى مع قاعدة الإرادة الباطنة أكثر من تمشيها مع الإرادة الظاهرة، ودليلهم أن العبارة الظاهرة لا يعتد بها في الالتزام والعقد إلا باعتبارها مظهر لمكون النفس، دالة على حقيقة القصد، فإذا انحرفت العبارة عن الإرادة الحقيقية كان الإخبار بها إخباراً كاذباً والإرادة الباطنة يبحث عنها بين القرائن والأدلة المنبثقة عنها فالعبرة عند هؤلاء جميعاً بما انعقد عليه العزم وتحقق به الرضا والقصد إلى السبب ولم تكن الأحكام مترتبة على الألفاظ إذ الأعمال بالنيات.

وأمام هذه الآراء يرى بعض الفقه منهم الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أن الفقه الإسلامي يغلب الإرادة الظاهرة، في حين يرى الأستاذ عبد الكريم زيدان أن العبرة بالإرادة الباطنة إذا ما ظهرت وانكشفت وعلى هذا دلت السنة النبوية، وفقه آخر يرى أن الفقه الإسلامي يصعب تحديد

<sup>1</sup> محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج3، دار الوفاء للطباعة والنشر، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، ط1، مصر، 2001، ص85.

<sup>2</sup> أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الحنفي، مختصر الطحاوي، تحقيق أبو الوفاء الأفغاني، لجنة احياء المعارف النعمانية، الهند، د.س.ن، ص280.

<sup>3</sup> محمد عرفة الدسوقي، أبي بركات سيدي أحمد الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، مطبعة علي صبيح وأولاده، مصر، 1934، ص91، موقالدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة، المغني، ج4، المرجع السابق، ص174.

موقفه وذلك لتشعب الآراء في هذا الصدد وتنوعها بين جمع من الفقهاء وعدد من المدارس والمذاهب الفقهية خاصة أن المسألة يغلب عليها طابع الاجتهاد والرأي أكثر مما يغلب عليها حكم النص. ومن ثم من الصواب القول أن الفقه الإسلامي لم يتجه إلى وضع ضابط أو معيار عام في هذا المجال فلكل مسألة ولكل موضوع حكمه ووضعه الخاص وهي في الغالب مسألة وقائع يرجع في حكمها إلى قاضي الموضوع حيث يمكن الاعتماد على الإرادة الباطنة في حالات، مثلما يمكن الاعتماد على الإرادة الظاهرة في حالات أخرى<sup>1</sup>.

لكن ما يمكن أن يقال بهذا الصدد وفي الوقت الحالي، أن الأقرب للتطبيق والذي يتماشى والواقع هو تطبيق نظرية الإرادة الظاهرة أساساً، اتباعاً لما جاء به أغلب الفقه الإسلامي، مع الإبقاء على الإرادة الباطنة في حالات محددة.

## الفرع الثاني

### اختلاف العبارة عن الإرادة في القانون

بالنسبة للمجال القانوني فهناك فرق بين القوانين اللاتينية وعلى رأسها القانون المدني الفرنسي وبين الجرمانية وعلى رأسها القانون المدني الألماني؛ فالقوانين اللاتينية تعدد بالإرادة الباطنة ( *volonté interne* ).

#### أولاً: المذهب الشخصي:

وطبقاً لهذا المذهب الشخصي تكون العبرة بالنية الخفية لا بما تأخذ من مظهر خارجي ويكون التعبير الخارجي عن الإرادة الباطنة مجرد قرينة عليها وعلى القاضي أن يجتهد لإيجاد النية الحقيقية للشخص الذي صدرت عنه العبارات الدالة عليها وهل كان صادقا في تعبيره أم لا. والعبرة في هذا المذهب هي بالإرادة الباطنة وتترتب على ذلك نتائج خطيرة من بينها ما يتعلق ببقاء التعبير عن الإرادة بعد موت صاحبها، وفيما يتعلق بالغلط وتسير القوانين اللاتينية أصلاً على هذا المذهب وقد سايرتها فيه القوانين العربية إلى حد كبير وأن كانت قد أخذت بنصيب من المذهب المادي

<sup>1</sup> عصمت عبد المجيد، المرجع السابق، ص 128.

الذي يأخذ في الاعتبار بالإرادة الظاهرة (volonté externe) وتسمى أيضا بنظرية الإرادة المعلنة أو إعلان الإرادة (déclaration de volonté)<sup>1</sup>.

ويستند أنصار هذه النظرية إلى الحجج نجلها فيما يلي:

**1/- حجة تاريخية:** وتقوم هذه الحجة على أساس الشكلية، فلا ينعقد العقد ولا ينشأ الإلتزام إلا مع وجود شكلية معينة وهذا في القوانين القديمة، فالشكلية كانت السائدة لإنشاء العقد والالتزامات، ثم تطورت الأمور وساد مبدأ الرضائية، وتم التخلص من الشكلية، وهكذا فان القوانين الحديثة تعتد بالرضاء نفسه لا بشكله أو مظهره لذا يجب الاعتراف بالإرادة دون مظهرها أو شكلها.

**2/- حجة منطقية:** وتفيد هذه الحجة أن الأساس في التعاقد هو ارادة المتعاقد، وأن العقد ينشأ من ارتباط إرادتين لذا فان الشخص يلتزم بما أراده حقيقة ولا يجوز التزامه نتيجة إعلان خاطئ عن إرادته.

**3/- حجة اقتصادية:** وتقوم هذه الحجة على أن العقد ينظم مصالح المتعاقدين لذا يجب أن يكون تنظيم العلاقات المستقبلية بينهما تنظيما يطمئن إليه كل منهما منذ إبرام العقد وهذه الطمأنينة تزول في حالة ما إذا وجد المتعاقد نفسه ملزم بأمر لم يقصده<sup>2</sup>.

### ثانيا: المذهب المادي

والمذهب المادي يعتد بالإرادة الظاهرة فإذا صدر التعبير عن الإرادة فانه يحدث أثره القانوني بصرف النظر عن نية من صدر منه فالعبرة في هذا المذهب هي بإعلان الإرادة حتى يكون هناك استقرار في التعامل بين الناس، و مضمون هذا المذهب يقوم على أن القوة الملزمة للعقد تستمد من التعبير عن الإرادة والإرادة الباطنة هي أمر كامن في الضمير أو النفس ليس له أي قوة أو سلطان ذاتي، إذ أن العقد ظاهرة اجتماعية تركز على ظاهرة اجتماعية كالتعبير فإذا اختلف التعبير عن الإرادة الباطنة فان العبرة بالتعبير لان المتعاقد تم طبقا له إذ أنه هو الذي انشأ العقد ويجب عدم البحث فيما وراء التعبير وقد اعتنق هذه النظرية الفقه في ألمانيا وأخذها القانون المدني الألماني الذي سرى منذ عام 1900م.

<sup>1</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص32.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص90.

ويستند فقه هذه النظرية أيضا إلى مجموعة من الحجج وهي:

**1/- "حجة تاريخية:** والتي تفيد أن الالتزام نشأ شكليا دائما وبغير هذه الشكلية فإنه لا يوجد، وإعلان الإرادة هو البقية الباقية من الشكلية فالتطور خفف فقط من الشكلية ولم يؤد إلى اختفائها وإعلان الإرادة هو الحد الأدنى من الشكلية الذي بقي ولا يمكن الاستغناء عنه.

**2/- حجة عقلية ومنطقية:** وتقوم على أن مقر الإرادة الباطنة يكمن في النفس ونية وضمير الشخص مما يصعب معرفتها ومن ثم الوصول إليها ، لدفع القانون لا يرتب أثرا إلى على الإرادة المعلنة أو الإرادة الظاهرة والتي يمكن التعرف عليها.

**3/- حجة اقتصادية واجتماعية:** اساس هذه الحجة الثقة التي تقوم بين الأشخاص انطلاقا من الإرادة الظاهرة، والتي يعلمونها والتي يمكنهم التعرف عليها، فإذا ما أهدرت هذه الإرادة فإن ذلك سيؤدي إلى ذهاب الثقة بينهم وخاصة إلى عدم استقرار المعاملات<sup>1</sup>.

**ثالثا: موقف المشرع الجزائري من الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة وأثر مبدأ حسن النية في التعبير عنها:**

إن لمبدأ حسن النية دور مهم في مجال القواعد العامة، وفي مجال التعبير عن الإرادة خاصة إذا تعلق الأمر بموضوع عيوب الإرادة فهو يساهم في استقرار المعاملات انطلاقا من الدور الحمائي الذي يلعبه أين يظهر الطابع الغير المشروع لهذه العيوب (الغلط والإكراه والتقرير) فضلا عن دوره في النيابة في التعاقد<sup>2</sup>، وتكمن أهمية مبدأ حسن النية في التعبير عن الإرادة في اظهار عدم تطابق التعبير عن الإرادة مع الإرادة في حد ذاتها، ولعل أهم حالات اختلاف التعبير عن الإرادة هي حينما يصدر هذا التعبير بصفة غير جدية لإحداث الأثر القانوني، أو عندما تكون الإرادة المعبر عنها مشوبة بعيب من العيوب، أين قد يقع أحد المتعاقدين في غلط التعبير. وأمام صعوبة هذه الحالات، وأمام تباين الحلول والأحكام، لنا أن نتساءل عن ما هي الإرادة التي يعتد بها القانون

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 193.

<sup>2</sup> وبهذا الصدد يمكن القول بأن أسباب اشتراط حسن النية في مرحلة تكوين القصد وأن لم ينص عليها القانون صراحة تتمثل كما يأتي :

- 1- أن احد الطرفين الراغب بالتعاقد يمتلك وسائل المعرفة والقدرة والخبرة بصورة أخرى من الطرف الآخر .
- 2- أن الطرفين يجمعهما علاقة خاصة من الثقة ومن ثم يجب احترام هذه الثقة في مرحلة تكوين العقد ولحين تنفيذه .
- 3- أن القول بعدم الحاجة باشتراط حسن النية في مرحلة تكوين العقد يقصي يحتل فائدة غير متحققة في مرحلة التنفيذ .

في هذه الحالات، هل يعتد بالإرادة الباطنة أو الحقيقية لمن صدر عنه التعبير من المتعاقدين، فيبطل العقد لعدم توافر القصد الإرادي الصحيح؟ أم يعتد بالإرادة الظاهرة أو المعلنة في التعبير، فيبقى على العقد صحيحاً، رعاية لمصلحة المتعاقد الآخر حسن النية، وضماناً لاستقرار المعاملات؟.

للإجابة عن هذه التساؤلات ومن أجل وجود الحلول القانونية في التشريعات المقارنة يجب معرفة الخطوات التي اتبعها المشرع عند قيامه بتنظيم أي حالة من الحالات اختلاف التعبير عن الإرادة إذ يقرر المشرع احترام الإرادة الظاهرة لمن صدر عنه التعبير من المتعاقدين فيبقى على العقد صحيحاً على الرغم من أنه لا يستند إلى إرادة حقيقية وذلك حماية للمتعاقد الآخر حسن النية الذي لم يكن يعلم ولا بمقدوره أن يعلم باختلاف التعبير الموجه إليه عن الإرادة الحقيقية (الباطنية) للمتعاقد صاحب التعبير فيبطل العقد تبعاً لذلك وهذا اتجاه القوانين اللاتينية على رأسها القانون الفرنسي، ويرى الدكتور عبد المجيد الحكيم أن الأثر المترتب على الأخذ بالنظريتين ضئيل جداً من الناحية العلمية، وهو ما يقودنا إلى دراسة نظريتي الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة.

من المسلم به أن دراسة الإرادة في القانون بصفة عامة ستقودنا حتماً إلى نظريتين شهيرتين ألا وهما نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة وأساس ظهور هاتين النظريتين يرتبط ارتباطاً وثيقاً بما يمكن تسميته "حالة الانحراف التي قد يقع بها المعبر عندما يعبر عن إرادته"، بمعنى أن الشخص حينما يعبر عن إرادته متخذاً لذلك إحدى وسائل التعبير عن الإرادة، فقد ينحرف في تعبيره عن مضمون الإرادة الحقيقي، وإذا صح القول أن هذا الأمر نادر الوقوع فلا يعفينا عامل الندرة في أمر معين من معالجته بل على العكس من ذلك يبحث القانون عن هذه الحالات ويحاول معالجتها لسد الثغرات القانونية الناشئة عنها. وإزاء احتمالية انحراف التعبير عن مضمون الإرادة فإننا في هذه الحالة نكون أمام إرادتين هما الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة وعليه لا بد من التوضيح بإحدى هاتين الإرادتين، فإما أن تأخذ بالتعبير كدليل على ما تهدف إليه الإرادة وإما أن تأخذ بالهدف القانوني الكامن في الإرادة لم يظهره التعبير<sup>1</sup>.

فأما الإرادة الظاهرة فتأخذ بالتعبير بينما تأخذ نظرية الإرادة الباطنة بالهدف القانوني الكامن في الإرادة. وعليه، فوفقاً للنظرية الإرادة الظاهرة لا قيمة قانونية للإرادة كظاهرة نفسية فالمظهر النفسي

<sup>1</sup> جميل محمد بني يونس، مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص، المرجع السابق، ص 27.

لا يكفي وحده للاعتداد بالإرادة بل لابد من ظهور الإرادة في العالم الخارجي وذلك من خلال التعبير وعند ذلك يكون لهذه الإرادة أثر في العلاقات القانونية ولا حاجة للبحث فيما انطوت عليه النفس في أعماقها. فالإرادة تظهر كشيء مادي محسوس من خلال التعبير وعندها يستطيع القانون أن يرتب ما يشاء من أحكام على هذه الإرادة فالتعبير هو الإرادة ذاتها وهو مظهرها الخارجي والقانون يعنى بالظواهر الخارجية دون الظواهر النفسية والتعبير عن الإرادة هو العنصر المادي الذي يقف عنده المتعاملون وهو ما يبعث الاطمئنان في نفوسهم عند إجراء تعاملهم القانوني ويرتب على ذلك أن عدم مطابقة الإرادة الظاهرة للإرادة الباطنة لا يؤثر في صحة العقد ولا يورثه البطلان لأن العقد يقوم بركنيه وهما التعبيران وأما الإرادتان المتواريتان خلفهما فلا عبرة لتغييرهما أو تطابقهما. أما نظرية الإرادة الباطنة فإنها تعدد بالتعبير الخارجي وذلك فقط إذا كان موقفا في الإفصاح عن تلك الإرادة الباطنة والكامنة في النفس أو ما انطوت نفس المتعاقد على تحقيقه وهدفت إليه ويبقى التعبير قرينة على الإرادة ولكن هذه القرينة غير قاطعة وقابلة للإثبات العكس والتعبير مظهر خارجي لا يعدو أن يكون وسيلة من خلالها يمكن الوصول إلى الإرادة الحقيقية وإلا فإن على القاضي معرفة هذه الإرادة وذلك عن طريق الافتراض ولكل نظرية من هاتين النظريتين مبرراتها وتناجها<sup>1</sup>.

بالنسبة للقانون المدني الجزائري فقد أخذ بالمذهبيين، وجعل من المذهب الشخصي الأصل، وجعل المذهب المادي هو الاستثناء<sup>2</sup>. فمن استقراء نصوص القانون المدني، يظهر بأن المشرع قد أخذ بالإرادة الباطنة أساسا ومع ذلك يأخذ أيضا بالإرادة الظاهرة بما يتماشى و استقرار المعاملات ويظهر ذلك جليا من خلال عدة نقاط نذكر منها:

\* أنه لا يعتد في قيام العقد بالتعبير عن الإرادة إلا في الحدود التي يأتي هذا التعبير مطابقا لحقيقة قصد صاحبه، ويدل على ذلك نص المادة 59 من القانون المدني الجزائري.

\* أنه في تكوين العقد لا يعتد إلا بالإرادة الحرة السليمة من العيوب فيجعل الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال عيوباً تجبر طلب إبطال العقد ويظهر ذلك من خلال المواد 81، 90، من القانون المدني الجزائري.

<sup>1</sup> جميل مُجَدّ بني يونس، المرجع السابق، ص 28 و 29.

<sup>2</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 32.

\*تقرير بطلا العقد إذا كان سببه غير موجود أو كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة مواد 93، 96، 97 من القانون المدني الجزائري.

ويأخذ القانون المدني الجزائري بالإرادة الظاهرة في حالات أخرى ضمنا لاستقرار المعاملات وذلك من خلال:

\*نص المادة 61 منه على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليها بإيجاب قبله ثم عدل عن القبول ولكن قبوله وصل إلى الموجب قبل أن يصل العدول فان العقد ينعقد على أساس الإرادة الظاهرة بالرغم من العدول وهو تعبير عن الإرادة الباطنة.

\*تنص المادة 62 أنه في حال موت أو حالة فقد أهلية من صدر منه التعبير عن الإرادة ولم ينتج هذا التعبير بعد أثره، فإن هذه الحالات (الموت أو فقد الأهلية) لا تمنع من ان يرتب هذا التعبير أثره في حال اتصل بعلم من وجه إليه ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل .

\*نص المادة 87 والتي تفيد انه في حالة صدور التدليس من غير المتعاقدين فلا يؤدي ذلك إلى طلب إبطال العقد إلا إذا ثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض فيه حتما أن يعلم بهذا التدليس. وهو نفس الحكم المقرر بالنسبة لعيب الإكراه الصادر من غير المتعاقدين فلا يكون سببا إلى طلب إبطال العقد إلا إذا ثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بالإكراه.

\*وكذلك فيما يخص تفسير العقد فقد أخذ المشرع الجزائري بالإرادة الظاهرة من خلال المادة 111 من ذات القانون إذ انه حرم على القاضي أن ينحرف عن العبارة الواضحة في العقد عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

\*وفي الصورية وهو الأمر الظاهر أجاز لدائي المتعاقدين وللخلف الخاص، ومتى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري مادة 198 من القانون المدني الجزائري<sup>1</sup>.

إن دراسة هذه التفاصيل المتعلقة بالإرادة والصيغة هي أمر مهم لأن الإرادة لو لم تكن واضحة قد تؤدي إلى الوقوع في إحدى عيوب الإرادة. و من المعلوم بالضرورة أن أي تصرف قانوني يقوم عل

<sup>1</sup>مُحَمَّد صَبْرِي السَّعْدِي، المرجع السابق، ص 95 و96.

أركان ثلاثة الرضا والمحل والسبب، ولا نبالغ إذا قلنا إن الرضا من أكثرها أهمية لأنه يشمل الركنين الآخرين حيث إن الرضا لا بد من أن يكون له محل وسبب ولذا فإن القانون أحاطه بحماية خاصة فعلاوة على اشتراط الأهلية اللازمة لإبرام التصرف القانوني فإنه لا بد من أن يأتي الرضا خاليا من العيوب. أي أن إرادة المتعاقدين لا تترتب عليها الآثار القانونية، إلا إذا جاءت حرة ومدركة وما هذا إلا نتيجة حتمية لمبدأ سلطان الإرادة والتي حددها القانون ب: الإكراه والغلط والتدليس والاستغلال<sup>1</sup>.

و لا يمكن الاعتداد بالإرادة إلا بتوافر شرطين أساسيين وهما الجدية والوعي وهو ما سيتم دراسته لتاليا.

## المبحث الثاني

### شرط الاعتداد بالإرادة في العقود

إن القانون يشترط أن تكون الإرادة سليمة من العيوب واعية ومدركة، فكل ما كانت الإرادة مجبرة وغير مختارة قامت المسؤولية القانونية تبعاً لها. وأمام كل المتغيرات التي نشهدها اليوم سواء اجتماعية أو حتى الاقتصادية ومع تطور العالم وظهور ما يسمى بالغزو الثقافي الأجنبي، فإن مسألة حماية الإرادة من خلال النظرية التقليدية لعيوب الإرادة أصبحت موضع نظر إذ أن الإرادة أصبحت تتعرض اليوم للكثير من المؤثرات وذلك بفعل عوامل مختلفة منها التكنولوجي والاقتصادي والاجتماعي وغير ذلك من المؤثرات. وإذا كان القانون قد حرص على سلامة الإرادة وحريتها من خلال تخطي القواعد الموضوعية الجامدة والانطلاق إلى القواعد المرنة في مجال عيوب الإرادة، فإن ذلك لم يعد كافياً في الوقت الحالي لحماية الإرادة القانونية<sup>2</sup>. لاسيما في مادة شؤون الأسرة، ومن الأمور التي تؤثر في الإرادة نقص أو انعدام الأهلية فإذا كان الشخص ناقص الأهلية أو عديهما فلا يعتد بإرادته.

<sup>1</sup> أنور أحمد، الغلط في القانون باعتباره عيباً في الرضا - دراسة في القانونين الكويتي والفرنسي -، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 4، السنة السابعة عشر، ديسمبر 1993، ص 99.

<sup>2</sup> أنظر، جميل مجيد بن يونس، المرجع السابق، ص 15.

## المطلب الأول

### الأهلية

ولكي يتوافر الرضا بالعقود لابد أن توجد إرادة في كل من طرفيه والتي يشترط فيها أن يكون الشخص مدركا لما هو مقدم عليه، ولذلك ربط القانون بين الإدراك والتميز، فالشخص عديم الإدراك أو فاقد، هو ذلك الشخص الفاقد للتمييز كالصغير الغير مميز، والمجنون وفاقد الوعي لسكر أو تخدير أو من انعدمت إرادته الذاتية تأثير التنويم المغناطيسي أو الإيحاء، كل ألك معدومي الإرادة<sup>1</sup>.

فلا يمكن الاعتداد بالإرادة إلا بتوافر شرطين أساسيين وهما الجدية والوعي<sup>2</sup>؛ فيجب أن يكون الشخص مدركا لما هو مقدم عليه وذلك بأن يكون متمتعاً بقواه الذهنية وأن يكون بالغاً لسن معينة وسليم من سائر الآفات العقلية ويدخل ذلك في مفهوم الأهلية كشرط لسلامة الإرادة (الفرع الأول)، وكذلك أن يصدر عن شخص متمتع بالأهلية المشروعة قانوناً غير متأثر بإحدى عوارضها (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### تعريف الأهلية

سيتم من خلال هذه الدراسة إدراج الأهلية وأحكامها أولاً لأهميتها في إبرام العقود ولعلاقتها الوطيدة بالإرادة، ثانياً لأن من الفقه الإسلامي اعتبر الإكراه عارضا من عوارض الأهلية كما أن البعض منهم وبعض التشريعات من اعتبر نقص الأهلية أو اختلالها عارض من عوارضها؛ و عيباً من عيوب الإرادة وبهذا الخصوص يرى الفقه والأستاذ بلحاج العربي أن "القانون قد أقام حالة نقص الأهلية قرينة قاطعة على أن إرادة ناقص الأهلية معيبة من خلال المواد 42، 40، 43، 44، 78، 79 من القانون المدني الجزائري"<sup>3</sup>، ويقصد بالأهلية بصفة عامة وفي نطاق سلامة وصحة الإرادة،

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 77.

<sup>2</sup> يقصد بالوعي أن يكون الشخص مدركاً وواعياً بالتصرف الذي يريد الإقدام عليه وذلك بتوافر القدرات العقلية والذهنية لديه، بلعربي خالدية دبلية، آثار عيوب الرضا على عقد الزواج، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01 سعيد حمدين، 2015/2014، ص 8.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 209.

هي أهلية الأداء وهي في الشريعة الإسلامية صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، بمعنى أن يكون الشخص صالحاً لأن تلزمه حقوق لغيره، وتثبت له حقوق قبل غيره، وصالحاً لأن يلتزم غيره بهذه الحقوق، وكذلك هي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيراً تترتب عليه آثار قانونية، وهي قدرة الشخص على الإدراك والتمييز بين النافع والضار بمصلحة من مصالح الشخص من العقود التي يبرمها ولهذا وجب تبيان ماهية الأهلية والتمييز بين حالاتها الثلاث: الأهلية الكاملة، والأهلية الناقصة والمنعدمة.

### أولاً: الأهلية المطلوبة للاعتداد بالإرادة في العقود

الأهلية عموماً هي يصيب الشخص من طوارئ، فإما أن تزيلاً وتنقص أهليته أو أن تغير بعض أحكامها ومنها الإكراه الذي اعتبره الفقه الإسلامي عارضاً مكتسباً، ومن خلال هذا الفرع سيتم دراسة تعريف الأهلية (أ) ثم ذكر مراحلها وأقسامها (ب).

#### أ/- تعريف الأهلية

أخذت الأهلية جزءاً لا يستهان به أيضاً من مؤلفات الفقه الإسلامي وحتى القانوني، فهي شرط من شروط صحة التعاملات، وفيما يلي سيتم تبيان مفهومها من تعاريف لغوية واصطلاحية، شرعية وقانونية

#### 1/- الأهلية لغة

هي الصلاحية فإذا كان الشخص أهلاً للعمل فيقال أنه أهل له<sup>1</sup>، وهي نسبة إلى الأهل؛ فيقال فلان أهل لكذا أي مستحق له أو خلق به أو صالح للقيام به أو للطلب منه.

#### 2/- الأهلية اصطلاحاً

تعرف الأهلية في الاصطلاح الشرعي بأنها صلاح الشخص، لكسب حقوق وتحمل التزامات ومباشرة التصرفات القانونية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 197.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 152.

ويعرفها الأصوليون في الفقه الإسلامي بأنها "صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه"<sup>1</sup>.

أما من الجانب القانوني، فلا وجود لتعريف للأهلية إلا أن المشرع الجزائري قد نظم أحكامها من خلال القانون المدني، وكذلك من خلال قانون الأسرة وذلك في المواد الخاصة بنبأية الشرعية من خلال المواد من 81 إلى 108، وقد نصت المادة 40 من القانون المدني، أن كاملي الأهلية والذين يعتبرون أهل لمباشرة حقوقهم المدنية هم الأشخاص الذين بلغوا سن الرشد القانوني، والذي حدده المشرع بـ 19 سنة، وقد اشترط مع شرط السن القانوني، يكون الشخص البالغ متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه. وفي نفس السياق نصت المادة 78 من القانون ذاته أن أي شخص بالغ له أن يبرم عقود، غير أنه لا يجوز له ذلك في حال فقد أو نقص أهليته، أو طراً على أهليته عارض من عوارض الأهلية.

كما أن المشرع المغربي لم يتعرض لتعريف الأهلية هو الآخر تاركاً هذا الأمر للفقه، وقد نظم قواعدها من خلال مدونة الأسرة في الكتاب الرابع منها تحت عنوان الأهلية والنيابة الشرعية، وقد خصص القسم الأول من هذا الكتاب للأهلية وذلك في المواد 206 إلى المادة 288 بحوالي 19 مادة، كما تطرق لها قانون الالتزامات والعقود من خلال قواعده وقد اعتبرها ركناً في العقد وقد خصص لها 10 فصول بداية من الفصل 03 إلى الفصل 13.

ويتبين من هذه التعاريف أن أهلية الوجوب هي الشخص ذاته من الناحية القانونية، فالشخص الطبيعي أو حتى الاعتباري ينظر إليه القانون من ناحية صلاحيته لاكتسابه حقوق وما عليه من واجبات فكل شخص قانوني له أهلية وجوب كاملة تثبت له منذ ميلاده إلى وقت وفاته<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 4، ص 116.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 153.

ثانيا: مراحل الأهلية<sup>1</sup> وأقسامها

قسم فقهاء الشريعة الإسلامية الأهلية إلى قسمين أهليه وجوب وأهلية أداء وهو ما أخذ به كل من المشرع الجزائري والمشرع المغربي من خلال مدونة الأسرة المغربية من خلال المادة 206.

## أ/- أهلية الوجوب

تنقسم الأهلية بحسب عمر الإنسان إلى عدة مراحل وتعتبر أول مرحلة في حياته هي مرحلة خروجه من بطن أمه حيا أين تجب له في تلك اللحظة الأهلية، وتسمى بأهلية الوجوب وفيما يلي سيتم التطرق لمفهومها.

## 1/- تعريف أهلية الوجوب

هي "صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه وهي وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له وما عليه"<sup>2</sup>.

"فالصلاحية لوجوب الحقوق المشروعة للشخص معناها صلاحية الشخص لإلزام غيره (برضاه)"<sup>3</sup> ، والصلاحية لوجوب الحقوق المشروعة على الشخص معناها صلاحيته للالتزام قبل

<sup>1</sup> تمر حياة الإنسان من حيث الأهلية بعدة مراحل فمن الفقه من قسمها إلى مراحل والتي يكون الشخص فيها إما فاقد الأهلية وإما ناقص الأهلية أو كامل الأهلية، ومنهم من قسمها إلى أطوار وهي طور قبل سن التمييز وطور التمييز وطور البلوغ ومنهم من جعلها خمسة أطوار أو مراحل بدءاً بطور الإجتان فالطفولة فالتمييز ثم البلوغ إلى غاية مرحلة الرشد، فالإنسان في نظر الشارع من لحظة انعقاده نطفة في بطن أمه إلى موته يمر بأربع أطوار يكون له في كل طور من الأهلية ما يناسب الأهلية بصفة عامة، ومن المعروف أن أهلية الأداء عند الإنسان تمر بمرحلتين، مرحلة التمييز وتبدأ ببلوغ الصبي سبع سنين ويتمتع فيها بأهلية أداء تناسب سنه وتبعاً لذلك اعتد الشارع بعبارة في مواضع وألغاه في مواضع أخرى، ومن الفقه من قسم الأهلية إلى أطوار بداية من طور الإجتان أي منذ تكوين الجنين في بطن أمه إلى غاية بلوغه سن الرشد وهي:

- **طور الإجتان** : تثبت له ذمة مستقلة عن ذمتها منذ أن يكون نطفة في بطن أمه باعتباره نفساً مستقلة عن نفسها وتستمر معه إلى أن يولد حياً أو بدت عليه علامات الحياة كالبكاء والصراخ ويثبت له النسب، الميراث، استحقاق الوصية.. الخ

- **طور الطفولة**: وفيه يكون صغيراً غير مميز وتثبت له في هذه السن أهلية وجوب كاملة التي تجعله أهلاً للالتزام مثلاً إذا وهب له شيء صحة الهبة له واستحقها. أما العبادات البدنية والعقوبات المالية والبدنية فلا يكون الطفل أهلاً للالتزام بما فهو في هذا الطور غير مكلف بالصلاة ولا بالصوم ولا تجب عليه الدية والقصاص.

- **طور التمييز**: ويبدأ هذا الطور من يوم بلوغ الطفل سن السابعة من عمره ويمتد إلى البلوغ وتثبت للولد في طور التمييز أهلية وجوب كاملة التي تمتع بها من قبل وهنا تثبت له أهلية أداء ناقصة حيث أن أهلية الأداء الكاملة لا تتحقق إلا بالعقل والإدراك. بختي العربي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي قانون الأسرة الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 157-158.

<sup>2</sup> علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البيزوي، ج4، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت لبنان، 1997، ص335 وما بعدها.

<sup>3</sup> أو برضا وليه إن كان صغيراً أو بموجب النص الشرعي كالإرث مثلاً.

غيره وأهلية الوجوب تثبت للشخص كاملة بشقيها (الإلزام والالتزام) إذا انفصل عن أمه حياً. وأما الجنين في بطن أمه فله أهلية وجوب ناقصة تقتصر على شق الإلزام وحده فهو قابل لأن تثبت له الحقوق دون أن تثبت عليه، وأهلية الوجوب تتعلق بذمه الإنسان، والذمة اصطلاح فقهي يتعلق بكل إنسان يولد حياً في وصف يصير به الإنسان أخلاً لماله وما عليه أي هي وصف يجعل كل إنسان يتمتع بأهلية وجوب كاملة<sup>1</sup>.

وهي من الناحية القانونية "صلاحية تكسب الشخص حقوقاً وتحملها التزامات"<sup>2</sup>. تثبت أهلية الوجوب قانوناً لكل شخص ولد حياً إلى غاية وفاته، ولا يميز القانون في هذه المرحلة بين كون الشخص عاقلاً أو غير عاقل، صغيراً أو كبيراً. ومن خلال المادة 206 من مدونة الأسرة قام المشرع المغربي بتقسيم الأهلية إلى أهلية وجوب وأهلية أداء وقد أتت المادة 207 من مدونة الأسرة المغربية بنفس التعريف الخاص بأهلية الوجوب أين ذكرت أنها صلاحية تمنح للشخص تكسبه حقوق وتحمله واجبات تثبت له طول حياته مع عدم القدرة على حرمة منها.

## 2/- أقسام أهلية الوجوب

بتحليل التعريفات السابق لأهلية الوجوب يتضح جلياً أنها تنقسم إلى نوعين نوع يمكنه من الإلزام والالتزام، وهنا تكون أهلية وجوبه كاملة، ونوع يكون صالحاً فيه للإلزام، وهنا تكون أهلية وجوبه ناقصة، وقد قسم فقهاء الشريعة الإسلامية أهلية الوجوب إلى قسمين، أهلية وجوب ناقصة وأهلية وجوب كاملة وهو ما سار عليه الفقه القانوني.

**1.2 أهلية الوجوب الناقصة:** تثبت أهلية الوجوب الناقصة للجنين في بطن أمه، وهي الصلاحية التي يتبث بها له حقوق دون تحمل الواجبات ودن مطالبته بحقوق الغير<sup>3</sup>.

إذن فهي تثبت للإنسان قبل ولادته، وسميت بأهلية الوجوب الناقصة لأنها تشمل الحقوق دون الواجبات ونخص بالذكر التبرعات كالوصية والميراث منه فلا تجب عليه أية النفقات ولا يتحمل الزكاة فيما

<sup>1</sup> عباس حسني مُجَد، العقد في الفقه الإسلامي، ج1، دون دار نشر، دون بلد نشر، ط1، 1993، ص133.

<sup>2</sup> مُجَد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 152.

<sup>3</sup> بنجتي العربي، المرجع السابق، ص156.

يحتجز له من أموال<sup>1</sup>، ولا خلاف بين القانون والشريعة الإسلامية حول مفهوم أهلية الوجوب الناقصة.

**2.2 أهلية الوجوب الكاملة:** على عكس أهلية الوجوب الناقصة ، فبمقتضى أهلية الوجوب الكاملة فإن الشخص تمنح له الحقوق ويتحمل الواجبات متى كانت أهليته كاملة، وتثبت له بمجرد ولادته حياً<sup>2</sup>. ويتم التفريق فيها بينما يتبث له من حقوق وواجبات قبل البلوغ وما يتبث له كذلك بعد أهلية الوجوب الكاملة قبل البلوغ يتبث بها:

- الواجبات التي تصح نيابة وليه في أداءه، وعليه فإن كل ما يتلفه وجبت قيمته على وليه، أي أن وليه مطالب بأداء قيمة كل ما يتلفه موليه ، والواجبات أو الالتزامات التي تصح فيها نيابة الولي هي الواجبات المالية وتجب الزكاة في ماله عند الجمهور لصحة نيابة الولي عنه في أداءها خلافاً للأحناف الذين يرجحون جانب العبادة في الزكاة ولا يرونه مكلفاً بها لهذا.

- عدم تكليف السعي بالعبادات التي لا تجرى فيها النيابة عنه كالصلاة والصوم.

- عدم وجوب العقوبات في حقه لأنه لا تجرى فيها النيابة أيضاً ويجوز تأديب الصبي وإيداعهما في يد أمين لقصد الإصلاح والتأديب، ولكن لا يجوز عقابهما لأنهما ليسا أهلاً للتكليف بالخطاب الجنائي.

وبهذا، فإن أهلية الوجوب التي يتمتع بها الصبي قاصر ولا تثبت له في مجالات التكليف المختلفة، إذا رأينا أن الخطاب الجنائي لا يثبت في حقه أما بعد البلوغ وثبوت العقل فتتصف أهلية الوجوب الكاملة بأنها مطلقة غير قاصرة وتشمل جميع مجالات التكليف التي تقبل نيابة الولي في الأداء التي لا تقبل مثل هذه النيابة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> سراج مُجَد، أصول الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، 1998، ص 78.

<sup>2</sup> بختي العربي، مرجع نفسه، ص 157.

<sup>3</sup> مُجَد سراج، المرجع السابق، ص 79.

الوقف في اللغة هو: الحبس والمنع، وقد عرف الوقف (اصطلاحاً) بعض الشافعية بقولهم: "هو حبس مال يمكن الإنتفاع به، مع بقاء عينه، على مصرف مباح". والوقف نوعان: "وقف خيرى" يتعلق بالجانب الخيري لصالح الناس عموماً، وهو ما ورد فيه حديث للرسول مُجَد عن "الصدقة الجارية" التي يستمر ثوابها حتى بعد ممات صاحب الصدقة. أما النوع الآخر فهو "الوقف الأهلي (الذري)" الذي يوقفه المرء لصالح ذريته من بعده للإنتفاع به.

## ب/- أهلية الأداء

بعد مرور مرحلة وجوب الأهلية، تأتي مرحلة أهلية الأداء التي يكتسب بها الشخص حقوقاً وتقع على عاتقه التزامات، وتتخلل هذه الأهلية كذلك مراحل سيتطرق لها بعد الكشف عن تعريفها.

### 1/- تعريف أهلية الأداء:

تمنح أهلية الأداء للشخص صلاحية التمتع بحقوقه وممارستها وتحمل واجباته على وجه يعتد به شرعاً، بنفسه دون تدخل أي شخص كما هو الحال بالنسبة للولاية للشخص القاصر، وتعرف أيضاً بأنها قابلية الشخص لأن يقوم بمباشرة الحقوق والالتزامات التي ترتبت على تمتعه بأهلية الوجوب<sup>1</sup>.

وقد عرفها الفقه القانوني بأنها "صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرا يرتب عليه آثار قانونية"<sup>2</sup>.

عرفتها المادة 208 من مدونة الأسرة المغربية بأنها "صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها" وقد عرفها الفقيه مأمون الكزبري بأنها: "صلاحية الشخص لممارسة التصرفات والحقوق على وجه يعتد به قانوناً"<sup>3</sup>.

وتقسم أهلية الأداء إلى قسمين أهلية أداء كاملة ، وأهلية أداء ناقصة: ويفرق فيها بين حقوق الله وحقوق الناس، أما حقوق الله فتصح من الصبي المميز أو الفتاة المميزة كالإيمان ، والصلاة، أما حقوق العباد فالإمام الشافعي والإمام أحمد يرون أن تصرفات الصبي باطلة، أما الحنفية فيقسمونها

= المضاربة في اللغة هي مشتقة من الفعل "ضرب" فالضرب بمعنى الكسب وهي أيضاً مشتقة من الضرب في الأرض يضرب ضرباً بمعنى سار في ابتغاء الرزق، ابتغاء الخير

بيت مال المسلمين أو بيت مال الله هو المبنى والمكان الذي تحفظ فيه الأموال العامة للدولة الإسلامية من المنقولات، كالفيء والخمس والغنائم ونحوها، إلى أن تصرف في وجوهها .

<sup>1</sup> عباس حسني مجّد، المرجع السابق، ص134.

<sup>2</sup> الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، ط1، 2005، ص194.

<sup>3</sup> مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، جزء 1 مصادر الالتزام، د.س.ن، ص136.

إلى 3 أقسام تصرفات نافعة نفعا محضا تصرفات ضارة ضررا محضا وتصرفات دائرة بين النفع والضرر وكل هذا سيتم التفصيل فيه تاليا.

## 2- أقسام أهلية الأداء

قسم المشرع المغربي أهلية الأداء من خلال المادة 210 من مدونة الأسرة والتي تنص على أنه: "كل شخص بلغ سن الرشد ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته" وعليه فإن المشرع المغربي يرى أن أهلية الأداء هي ثلاثة أنواع؛ أهلية أداء كاملة، وأهلية أداء ناقصة، وأهلية أداء معدومة، وقد نص على انعدام الأهلية من خلال المادة 217 من مدونة الأسرة التي اعتبرت أن عديم الأهلية هو الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز وهو 12 سنة ويعتبر تصرفه باطلا بطلانا مطلقا طبقا للمادة 214 منها، والمجنون وفاقد العقل.

### 1.2 أهلية الأداء الكاملة

نصت المادة 3 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أنه "كل شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية غير ذلك، فبحسب القانون المغربي يعتبر الشخص كامل الأهلية وعديمها بمقتضى القانون وكل من يدعي نقصان الأهلية عليه إثبات ما يدعيه<sup>1</sup>.

### 2.2 أهلية الأداء الناقصة

عموما فإن أهلية الأداء الناقصة تبدأ ببلوغ الشخص سن التمييز، أين تنتهي مرحلة الطفولة، بالنسبة للقانون المغربي فالقاعدة العامة أنه يعتبر الشخص ناقص الأهلية بسبب صغر سنه إذا أتم 12 سنة ولم يبلغ سن الرشد القانوني، وقد حدده المشرع المغربي من خلال مدونة الأسرة المغربية في المادة 214 منها ب 12 سنة فإذا كان الشخص، فاقد التمييز تماما تكون أهليته معدومة وإذا كان غير مستكمل للتمييز يكون ناقص الأهلية ولا يكون كامل الأهلية إلا إذا استكمل جميع عناصر التمييز والتقدير<sup>2</sup>. ذلك على خلاف فقهاء الشريعة الإسلامية الذين اختلفوا في تحديد سن التمييز، وعليه فإن مناط أهلية الأداء هو التمييز بينما مناط أهلية الوجوب هو الحياة وذلك باتفاق

<sup>1</sup> مأمون الكزبري، المرجع السابق، ص 137.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 153.

الفقه القانوني والإسلامي والقانون إلا أنه يمكن وضع استثناء على هذه القاعدة ، إذ أن المشرع المغربي قد أذن من خلال المادة 218 من مدونة الأسرة بترشيد هذا الصغير إذا بلغ من العمر 16 سنة كاملة بطلب يقدمه إلى المحكمة لترشيده. ولا يقبل طلبه هذا إلا إذا تبث للقاضي أنه رشيد في إدارة أمواله أي له القدرة في إدارتها، كما أعطت المادة المذكورة الحق في هذا الطلب لنائبه الشرعي، أبا كان أو أما أو مقدا أو وصيا. إن أهلية الأداء الناقصة التي تثبت له في هذا الطور تجعله أهلا لصدور بعض الأفعال والأقوال يعتد بها شرعا.

وقد قسم الفقهاء التصرفات المالية المعتد بها إلى الأقسام التالية:

**التصرفات المالية الضارة ضررا محضا:** وهي التي تعود على الولد بالضرر الأكيد دون أن تكسبه نفعا مثلا تبرعه لغيره بهبة أو صدقة من المال الخاص به فهذا النوع لا يستطيع الولد إجرائها وإذا قام بها تعتبر باطلة.

**التصرفات المالية النافعة نفعا محضا:** وهي التي تعود عليه بنفع أكيد دون أن يخسر مقابلها شيئا مثلا يقبل الولد هبة أو صدقة يتبرع له بها إنسان يستطيع إجرائها وتعتبر صحيحة ونافذة.

**التصرفات الشرعية الدائرة بين النفع والضرر:** أو المحتملة للنفع والضرر أي تحتمل أن تجلب له الربح كما تحتمل أن تجلب له الخسارة مثلا البيع والإجازة. حيث يعتبر صحيحا<sup>1</sup> مبدئيا لكنها تبقى موقوفة وقد تكون قابلة للإبطال إلا إذا أذن وليه فالولد المميز يستطيع إعادة النظر فيها التصرفات بعد بلوغه سن الرشد له أن يبطلها أو يجيزها.

### ثالثا: الأهلية المطلوبة لإبرام عقد الزواج

من خلال هذا الفرع سيتم تسليط الضوء على أهلية الزواج في الفقه الإسلامي، وتلك المطلوبة من خلال قانون الأسرة الجزائري (أ)، ثم الأهلية المطلوبة في الزواج في القانون المغربي (ب).

#### أ- الأهلية المطلوبة لإبرام عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

كشروط من شروط إبرام عقد الزواج، يجب أن يكون كل من الزوج والزوجة ذا أهلية مباشرة هذا العقد، وكما سبق ذكره فإن الأهلية عموما تبدأ من كون الشخص جنينا في بطن أمه إلى الولادة

<sup>1</sup>بختي العربي، المرجع السابق، ص 158-159.

فتثبت له في هذه المرحلة بعض الحقوق كحقه في الميراث الذي يتهيأ له وهو ما يزال جنينا، لتأتي بعدها مرحلة ما بعد الولادة فتجب له حقوقه كلها و التي كانت معلقة على شرط ولادته حيا، كما تجبر عليه بعض الحقوق و تصح منه بعض التصرفات، فإذا اكتمل نموه الجسمي والعقلي اكتملت أهليته. وبالعودة لإبرام عقد الزواج؛ وبشأن سن الواجب توافره لصحة هذا العقد نجد أن الفقه القديم قد وضع معيار البلوغ لصحته إلا أنهم لم يحددوا سن البلوغ بصفة قطعية و الذي تتم به أهلية كل من الفتى والفتاة للزواج، وإنما قالوا بأن مرحلة البلوغ وهي تلك المرحلة الزمنية التي تأتي بعد مرحلة الطفولة والتميز. و يمكن تمييزها من خلال وجود علامات لدى كل من الفتى والفتاة كالاحتلام عند الفتى والحيض عن الفتاة ورغم هذا فقد حدد الشافعية سن البلوغ بـ 15 سنة للذكور والإناث، وحدده الحنفية<sup>1</sup> بالنسبة للذكور 18 سنة وبالنسبة للإناث 17 سنة فيما حدده الفقه المالكي<sup>2</sup> بـ 18 سنة كأقصى حد بالنسبة لكلا الجنسين، فقد حدد الفقه المالكي السن الأقصى للبلوغ وذلك في حال تأخر أو انعدام أمرات البلوغ<sup>3</sup>.

وبالرجوع للقران والسنة النبوية، فلم نجد اي تحديد لسن الزواج سواء الحد الأدنى ولا السن المعتبر وكما سبق ذكره فإن آراء الفقه بهذا الشأن قد تباينت كما تباينت آراءهم في عدة مسائل خاصة بأهلية الزواج فمنها ما تم الإتفاق عليه كعدم انعقاد زواج الصغير غير المميز، وكذا اعتبارهم للشخص البالغ العاقل أهلا لإبرام عقد الزواج ومنها ما اختلفوا فيه كزواج الصبي المميز أين اعتبره الفقه الحنفي موقوفا على إجازة وليه أما الجمهور فقد اعتبروه باطلا<sup>4</sup> وقد شمل الإختلاف أيضا السن الأقصى للبلوغ، فبينما اعتبره جمهور الفقهاء بـ 15 سنة، فقد اعتبره المالكية بـ 18 لكل من الفتى والفتاة<sup>5</sup>. أما فيما يخص العقل فلقد كان الإتفاق بين الفقهاء الإسلامي أن العقل ليس شرط من شروط صحة الزواج فيمكن لغير العاقل أن يتزوج، إلا أن الإختلاف بينهم كان حول من له صلاحية تزويج الشخص الفاقده عقله سواء كان مجنونا أو معتوها وما الي ذلك من الحالات التي تؤثر على العقل ومن ثم الاهلية، فالفقه الحنفي والفقه الحنبلي قلوا بأن الولي باختلاف صفتة أبا

<sup>1</sup> عبد الرحمان السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت لبنان، 1983، ص219.

<sup>2</sup> خليل بن اسحاق المالكي، مختصر العلامة خليل، دار الفكر، ط الأخيرة، لبنان، 1981، ص204.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، أحكام الأسرة في قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص156.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص175-176.

<sup>5</sup> لعربي بلحاج، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص60.

كان أو غيره من الأولياء له تزويج الشخص الفاقد عقله، أما الفقه المالكي فقد اقتصر على الأب في تزويجه بينما يرى الفقه الشافعي أن الأولوية في تزويجه للأب ويلييه في ذلك الجد ثم السلطان مع اشتراطهم أن يكون للفقد عقله زوجة واحدة فقط<sup>1</sup>.

أما بالنسبة لعقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري فحتى يرتب هذا العقد آثاره من حيث الحقوق والواجبات أن يكون العاقدان كاملَي الأهلية، فالأهلية شرط لازم في عقد الزواج وهو ما نصت عليه المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02 بقولها "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: الأهلية....". وفيما يخص الأهلية المطلوبة لإبرام عقد الزواج فقد فرضت عدة دول سناً قانونية بحيث لا يمكن دونه الإقدام على الزواج وروعي في تحديد هذه السن عدة اعتبارات منها ما يخص النمو الطبيعي والأدبي وقدرة الطرفين الجسدية والعقلية لتحمل مسؤوليات الزواج باختلافها حقوقاً وواجبات، واختلاف الأعراف في كل بلد واختلافات البيئة الاجتماعية في البلد الواحد. وبهذا الصدد فقد حدد المشرع الجزائري السن القانونية للزواج بـ 19 سنة مساويافي ذلك بين الرجل والمرأة وبين ماتم النص عليه في القانون المدني الجزائري من خلال المادة 40. وقد نصت المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري بهذا الخصوص على ما يلي "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات". ونظراً لأهمية الترخيص للقصر والممنوح من قبل القاضي؛ قد جعل المشرع الجزائري مخالفة المادة 7 سالفة الذكر من قبل الموظف المكلف بتحرير عقد الزواج بدون رخصة الأشخاص لحضور عقد الزواج، يتعرض للعقوبة التي جاءت بها المادة 1/441 من قانون العقوبات الجزائري<sup>2</sup> حيث نصت على أنه "يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8000 إلى 16000 دج....."<sup>3</sup>

<sup>1</sup> بولعودا زويير، المرجع السابق، ص38.

<sup>2</sup> عدلت بالقانون رقم 82-04 المؤرخ في 13 فبراير 1982 المتعلق بقانون العقوبات. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو لسنة 1966 الذي يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> بوزيان عبد الباقي، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص العلوم الجنائية وعلم الإجرام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2009، ص 18.

وقد ساوى هنا المشرع الجزائري، في سن الرشد القانوني والمالي، لاعتبارات الحياة المادية والمعنوية، ومسؤوليات الزواج وكذا العوامل البيولوجية والنفسية والأعراف<sup>1</sup> ليفتح كذلك باب السلطة التقديرية للقاضي في تحديد من يحق له الزواج دون السن القانوني بناء على شروط المادة 7 السابق ذكرها.

المقصود بالأهلية محل الدراسة هنا هي أهلية انعقاد -الزواج- وليس أهلية الزواج -أي صلاحية كل من الزوجين- أن يكون زوجا لأن هذه الصلاحية تكون بالبلوغ، إذ نصت المادة 40 من القانون المدني الجزائري على أن: ((كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وقد حدد المشرع الجزائري هذه السن بـ19 سنة كاملة وهو نفس السن بالنسبة للزواج ففي المادة السابعة 07 من قانون الأسرة جعل أهلية عقد الزواج نفسها أهلية سن الرشد في القانون المدني، أين وحد سن الزواج بالنسبة للجنسين بعدما كان 18 للمرأة و21 سنة بالنسبة للرجل فحقق بذلك مبدأ المساواة بين الجنسين من هذه الناحية من خلال قانون الأسرة المعدل وبالتحديد في مادته 7.

لكن الإشكال المطروح هو في حالة ترخيص القاضي بالزواج دون السن القانونية، إذ يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات. "إذ نلاحظ أن في هذه المادة أن المشرع منح للقاضي السلطة التقديرية في أن يرخصبالزواج قبل بلوغ هذا السن متى كان ذلك لمصلحة أو ضرورة؛ لأنه لم يحدد السن الأدنى الذي لا يجوز للقاضي النزول عنه، ونعتقد أنه لا يمكنه في جميع الأحوال النزول عن سن التمييز والمحدد بـ: 13 سنة.

وفي الأخير نقول أن المشرع راع مصلحة الزوجين بهذا التحديد إذ أن زوج الصغار فيه من مفسد أكثر من مصالح إذ أن الدراسات الحديثة قد أثبت أن زواج الصغيرات بالتحديد ينجم عنه كثير من التعقيدات البيولوجية والنفسية خاصة في حالة حدوث حمل، وهناك حالات أذن فيها المشرع الجزائري بزواج القصر، وأخضعها للسلطة التقديرية للقاضي، فإذا كان في تقديره مصلحة في هذا الزواج منح للزوجين القاصرين رخصة لإتمامه، كما أعطى المشرع للقاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق

<sup>1</sup>العربي بلحاج، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 158.

بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات<sup>1</sup> وقد أخذت معظم التشريعات العربية بمنطق عدم جواز زواج الصغار<sup>2</sup>.

### ب/- الأهلية المطلوبة لإبرام عقد الزواج في مدونة الأسرة المغربية:

نص الفصل 19 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية على السن القانوني للزواج أين حدده ب18 سنة شمسية بالنسبة لكالال الجنسين، كما أضاف شرط أن يكونا متمتعين بقواهما العقلية وباستقراء المادة 1 نجد أنها قد حددت شرطين أساسيين لكمال الأهلية؛ هما أن يتمتع الشخص بقواه العقلية، وان يكون متمتعاً بأهلية الزواج والتي حددت ب18 سنة. فقد اعتبر المشرع العقل والإدراك من الشروط الأساسية التي يبني عليها عقد الزواج، وقد رخص هو أيضاً استثناءاً من خلال الفصل 20 من المدونة بإذن الزواج لكلا الجنسين دون سن الأهلية بمقتضى سلطة التقديرية للقاضي بحيث نص على أنه "لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه.." واشترط من خلال هذه المادة أن يتم تعليل الأسباب ويتم تبيان المصلحة من الزواج دون السن القانوني المحدد من خلال المادة 19 بموجب مقرر وذلك بعد الاستعانة بخبرة طبية، و أن يتم الإستماع لأبوي القاصر وأو نائبه الشرعي. وعليه، فقد راع فيها هذا الأخير المصلحة والأسباب المبررة لهذا الزواج، وقد جعل للقاصر شرط موافقة نائبه الشرعي من خلال المادة 21 إذ لا يجوز للعدل أن يشهدا على إبرام الزواج إلا بموافقتهم، مع إمكانية تدخل القاضي إذا ما رفع القاصر أمره إليه، كما أعطى المشرع المغربي الحق بموجب المادة 23 من نفس المدونة للمصاب بإعاقة ذهنية في الزواج بإذن من القاضي بعد معاينة تقرير الخبير الذي يتيح له ذلك وكذلك اخذ موافقة صريحة مع تعهد رسمي برضا الطرف الآخر في الزواج<sup>3</sup>، وقد نصت المادة 23 على أنه "يأذن القاضي المكلف بالزواج بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية ذكراً كان أم أنثى، بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر.

<sup>1</sup> غير أن هذا قد يتعارض مع المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري إذ لا يعقل أن يرشد الزوج بالنسبة للزواج وأثاره وليست له السلطة في التصرف في أمواله ذلكوأنه ناقص الأهلية.

<sup>2</sup> سعادي لعلی، الزواج والحلاله في قانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014-2015، ص 58.

<sup>3</sup> سعادي لعلی، المرجع نفسه، ص 54.

يطلع القاضي الطرف الاخر على التقرير وينص على ذلك في محضر.

أن يكون الطرف الآخر راشدا ويرضى صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع المصاب بإعاقة."

## المطلب الثاني

### أثر تخلف شرط الأهلية

لقد اتفق الفقه الإسلامي على أن الزواج لا يصح إلا لمن جاز له التصرف وبالتالي لا يصح من الصبي الذي لا يعقل وذلك لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: "رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل أو يفهم"<sup>1</sup>. وقد يتسم كلا الجنسين بالعقل كما قد يكونان مجنونين فما أثر زواج دون السن القانوني في الزواج في هذه الحالات؟.

## الفرع الأول

### أثر تخلف السن القانوني لإبرام العقود

لقد اختلف الفقه في جواز زواج صغار السن عن طريق موليهم إلى قولين:

أولاً: القول الأول: وهو قول جمهور الفقهاء إذ قالوا بجواز تزويج الأب والجد للصغار وقد استدلوا على قولهم بما يلي: قوله تعالى "وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ..."<sup>2</sup> وهذه الآية تبين صحة زواج الصغار إذا زوجهم الولي، فأثبت هذا للصغيرة العدة وهو فرع تصور نكاحها شرعا وهو بالتالي يثبت حتى للصغير بالتبعية وما روي عن ابن بريدة عن أبيه قال خطب أبو بكر وعمر رضي الله عنهما فقال رسول الله ﷺ: "إنما هي صغيرة وخطبها علي رضي الله عنه" <sup>3</sup> وهذا الحديث أيضا يدل على جواز تزويج الصغار .

<sup>1</sup> محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه حديث رقم 2041، ج1، دار الفكر، بيروت، د.س.ن، ص658.

<sup>2</sup> سورة الطلاق، جزء من الآية 4.

<sup>3</sup> علي بن أبي بكر الهيثمي، أبو الحسن، سنن النسائي، كتاب النكاح، باب: تزويج المرأة مثلها في السن 6/62، المتوفى سنة 807 هـ مورد الضمان، دار الكتب العلمية بيروت، د.سن، ص549.

ثانياً: القول الثاني: وهو قول الشافعية في قول، ابن شبرمة، والظاهرية وأبو بكر بن الأصم، وأدلتهم من الكتاب قوله تعالى "وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ"<sup>1</sup> وهذه الآية تدل على عدم جواز تزويج الصغار من قبل أوليائهم قبل البلوغ لأن هذا الزواج بحسب أصحاب هذا الرأي ليس منه أية فائدة لأن مقصود النكاح هو قضاء الشهوة وتناسل، والصغير ينافيه هذا الأمر ذكراً كان أو أنثى، ثم قالوا عقد الزواج هو عقد مؤبد، أين يلتزم طرفاه بأحكامه بعد البلوغ، في حال زواجهما قبل ذلك فلا يكون لأحد أن يلزمهما ذلك بعد بلوغهم سن الزواج، وذلك لعله أن الولاية تنقضي بعد هذا السن، البلوغ وقد انتقد هذا الدليل ذلك أن النكاح من جملة المصالح وضع في حق الذكور والإناث وهو يشمل على أغراض ومقاصد لا يتوفر ذلك إلا بين الأكفاء والكفاء لا يتفق في كل وقت، فكانت الحاجة ماسة إلى إثبات الولاية للولي في صغرها؛ ولأنه لو انتظر بلوغها لفات ذلك الكفاء ولا يوجد مثله.

وقوله تعالى: " قُلْ أَعْيَبَ اللَّهُ رِبًّا وَهُوَ رَبُّ كُلِّ شَيْءٍ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّكُم مَّرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ " <sup>2</sup> وفي هذه الآية دلالة بحسبهم على عدم جواز عقد أحد على أحد ومن ثم عدم جواز إنكاح الأب لابنه الصغير، وقد انتقد أيضاً هذا الدليل <sup>3</sup>.

وقد رجح القول الأول القائل بجواز زواج الصغار بولاية الأب أو الجد، وذلك لقوة أدلته وعدم سلامة أدلة القول الثاني، إلا أنه وبحسب رأينا في الوقت الحالي، وبحسب الواقع المعاش فإن تطبيق هذا القول قد ينجر عنه زيجات فاشلة خاصة مع انعدام مسؤولية لدى صغار هذا الجيل، يضاف إلى ذلك حالات عيب الإرادة التي قد يقع فيها دون درايتها بمدى نتائجها السلبية مستقبلاً، فالصغير قد تمارس عليه السلطة الأبوية أين قد يرضخ لإختيار وليه أبا كان أو غيره، والذي يعتبر نوعاً من أنواع الإكراه على الزواج، الذي قد ينتج عنه علاقة زوجية فاشلة، إما تنتهي بالطلاق، أو ينتج عنها أطفال ينشؤون في بيئة أقل ما يقال عنها أنها مريضة.

<sup>1</sup> سورة النساء، الآية 6.

<sup>2</sup> جزء من الآية 164، سورة الأنعام.

<sup>3</sup> أحمد محمد أبوطه، المرجع السابق، ص 23.

كما أن الغزو الثقافي الغربي الذي أصبح يعطي صورة خيالية للزواج انطلاقاً من مواقع التواصل الاجتماعي التي تبين الجانب الإيجابي في الزواج مع المبالغة في إظهار كل ماهو جميل في الزواج دون التطرق للمعنى الحقيقي له، كل هذا قد ينجر عنه الدخول في متاهة عيوب الإرادة من تدليس، وغلط واكراه في حالات أخرى، خاصة فئة الصغار وناقصي الأهلية، وذلك بالنظر إلى نقص نضجهم ووعيهم تجاه الزواج ومسؤولياته.

نقطة أخرى قد يمكن فتحها بهذا الصدد ونحن نتكلم عن تأثير مواقع التواصل الاجتماعي، فبينما قد تتأثر فئة بالزواج المزين الخالي من المسؤوليات المعروض من قبلها، فإن فئة أخرى أصبحت تتأثر بجانب آخر من المؤثرين الذين أصبحوا يهاجمون الزواج، ويحثون على عدم الإقدام عليه وقد يرجع ذلك لتجارهم الفاشلة وما قد عايشه هؤلاء من تجارب سلبية في زيجاتهم، وهو ما أردنا التطرق إليه ونحن بصدد دراسة موضوع الأهلية ونقصها، وتأثر هذه الفئات بما يروج له من مفهوم مغاير لمعنى الزواج القائم عليه المجتمع السليم الفطري بكل أركانه وأخلاقياته، ومنه ضبط كل ما فيه نقص قانوني، أو إختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية بقواعد قانونية لكي لا يمس هذا الغزو للثقافات الغربية النظام القائم عليه القواعد القانونية التي تنظم الأركان الأساسية التي يبنى عليها المجتمع ومن بينها الأسرة والزواج بصفته العقد الذي ينشأها.

## الفرع الثاني

### بالنسبة لوجود عارض من عوارض الأهلية

قد يبلغ الإنسان سن الرشد ولكن أهليته تتأثر بعد ذلك بعارض يرجع إلى التمييز<sup>1</sup>، وهي الأمور التي تقع وتؤدي إلى إختلاف في القوى العقلية أو في التمييز ومن تم تؤثر على أهلية الشخص فينقصها أو يعدمها حسب الأحوال وهذه العوارض قد تجعل العقد باطلاً أو غير نافذ فتتقسم هذه العوارض بحسب طبيعتها إلى عوارض تصيب عقل الإنسان فتعدم إدراكه وتمييزه كالجنون والعتة الذي يعدم الإدراك وعوارض تلحق الإنسان في تدبيره فتتقصه وهي السفه والعتة المنقص للإدراك.

### أولاً: حكم تصرفات وزواج المصاب بعارض من عوارض الأهلية

لقد انقسم الفقه الإسلامي بشأن عوارض الأهلية إلى قسمين :

<sup>1</sup>عبد الرزاق أحمد سنهوري ، المرجع السابق، ص 289

**القسم الأول:** خاص بالعوارض سماوية وقد حددها ب11 عارضا وهي الجنون، الصغر، العته، النسيان، النوم، الإغماء، الرق، المرض، الحيض، النفاس، الموت.

**القسم الثاني:** خاص بالعوارض مكتسبة وحددت ب7 عوارض وهي الجهل، السكر، الهزل، السفه، الخطأ، الإكراه،<sup>1</sup> وفيما يلي سيتم عرض أهم العوارض وحكمها في إبرام عقد الزواج.

## أ/- العوارض السماوية

### 1/- الجنون:

وهو الشخص الفاقد لعقله ومن ثم فهو عديم التمييز و محجوز لذاته<sup>2</sup>، والجنون في الفقه الإسلامي إما جنون مستمر (مطبق) وهو الذي يستوعب جميع أوقات المريض ولا تتخلله فترات إفاقة، والجنون المطبق يؤدي إلى انعدام التمييز وبالتالي انعدام أهلية الأداء وإما جنون غير مطبق وهو إما أن تكون أوقات إفاقته متفاوتة فيكون المصاب به كالمعتوه وقت إفاقته. ويعتبر كل من الجنون والصغير غير المميز والمعتوه في الفقه الإسلامي عند جمهور الفقهاء محجورين لدوائهم دون حاجة إلى صدور حكم من القاضي بالحجر عليهم بخلاف المذهب المالكي الذي يتطلب للحجر على هؤلاء الأشخاص صدور حكم من القاضي<sup>3</sup>. و عليه هل يجوز تزويج المجنون أو المجنونة؟.

بالنسبة لزواج المجنون البالغ فقد اتفق الفقه الإسلامي على أنه لا يجوز زواجه ، وعلى هذا فالجنون لا يصح منه هذا العقد لما روى عن رسول ﷺ أنه قال: " رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل، أو يفيق"<sup>4</sup>. ولأنه عقد معاوضة فلم يصح من المجنون كالبيع والعقل من شرائط أهلية التصرف.

<sup>1</sup> زبير مصطفى حسين، المرجع السابق، ص141.

<sup>2</sup> عمر سالم محمد، المرجع السابق، ص8.

<sup>3</sup> زبير مصطفى حسين، المرجع السابق، ص142.

<sup>4</sup> رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حبان والحاكم في المستدرک، ج2، ص59، مأخوذ عن العربي بلحاج، المرجع السابق، ص

## 2-/-المعتوه:

وهو الشخص الذي تكون قواه العقلية ضعيفة (مميز) محجوز لذاته<sup>1</sup>. والمعتوه محجوز لذاته في الفقه الإسلامي لكنه يتمتع بأهلية أداء ناقصة فيكون حكم تصرفاته كحكم تصرفات الصبي المميز ومعنى ذلك أنه يصح تصرفاته النافعة نفعاً محضاً ولا يصح تصرفاته الضارة ضرراً محضاً وتكون تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على إجازة وليه أو وصيه<sup>2</sup>.

## 3-/- ذو الغفلة:

وهو الشخص الساذج، و الذي يغبن في المعاملات المالية وحكمه حكم السفیه<sup>3</sup>. إن المصاب بالخلل العقلي كالمجنون والمعتوه يعتبر عديم التمييز ، ولا يستطيع التعبير عن الإرادة لأنه يفقد حرية الإختيار ولذلك فإن كل تصرف قانوني يجريه المجنون أو المعتوه يقع منه باطلاً بطلاناً مطلقاً، ولو تعلق الأمر بعقد الزواج المواد 81 و 85 من قانون الأسرة الجزائري المادة 42 من القانون المدني لأنه غير مكلف. وروى الإمام مالك والدارقطني والبيهقي، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "أيما امرأة نكحت وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن ، فزوجها بالخيار ما لم يمسه إن شاء أمسك وإن شاء طلق، وإن مسها فلها المهر بما استحلت من فرجها"<sup>4</sup>.

فإن العيب يعطي للزوج الحق في رد الزوجة وكذلك إذا طلعت الزوجة على عيب فيه فإنه يعطيها الحق أن ترده واختيارات الطلاق. لكن يجوز استثناء تزويج المجنون والمجنونة أو المعتوه والمعتوهة إذا كان الزواج أمراً مفيداً في علاجه لدى ولجواز زواج هذه الفئة لا بد من توافر ثلاثة شروط والذي اعتبرها مهمة وهي:

\* وجود تقرير طبي من طب الأمراض العقلية يؤكد أن زواج المجنون أو المعتوه يساعد في علاجه.  
\* قبول الطرف الآخر بعد العلم بالإعاقة الذهنية، والذي يجب أن يكون صريحاً وواضحاً وأن يتوفر فيه شرط السن القانوني.

<sup>1</sup> عمر سالم مجّد، المرجع السابق، ص 8.

<sup>2</sup> زبير مصطفى حسين ، المرجع نفسه، ص 143.

<sup>3</sup> عمر سالم مجّد، ، نفس المرجع ونفس الموضوع..

<sup>4</sup> ابن عبد البر، الإستدكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، مجلد 16، دار قتيبة، دار الوعي، دمشق بيروت، حلب القاهرة، ط 1، 1993، ص 92.

\*أن يتم الزواج بإذن من القاضي بناء على طلب الولي طبقاً للمواد: 81، 84، 87 من قانون الأسرة الجزائري.

وعليه، فإن المشرع الجزائري لزواج المصاب بالجنون أو العته مما يستوجب الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية وفقاً للمادة 222 ولقد اتفق الفقه الإسلامي فبهذا الصدد على جواز تزويجه بشروط شرعية.

#### 4/- مرض الموت

مرض الموت هو ذلك العجز الذي يصيب الشخص، أين تنعدم قدرته فلا يستطيع ممارسة عمله معه، إلى غاية وفاته<sup>1</sup>، ولقد اختلف الفقهاء حول الآثار المترتبة عن زواج المريض مرض الموت إلى قولين:

**القول الأول:** وهو قول جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية، وقالوا بأن زواج المريض مرض الموت هو زواج صحيح، و المالكية في رواية والذين أجازوه في حال الحاجة، ولم يميزوه في عدم الحاجة إليه، وقد استدلوا على قولهم هذا بعدة أدلة قوية من بينها قوله تعالى: " فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ "<sup>2</sup>، أما **القول الثاني:** فقد ذهب إليه المالكية في المشهور وقد قالوا بعدم جواز نكاح مريض مرض الموت، حتى في حالة الحاة إلى المرأة لخدمته، وبجسبهم فإن الزواج يفسخ وجوباً ولو حدث دخول، وفي هذه الحالة لها جميع الصداق المسمى أما في حال عدم الدخول فليس لها صداق من الأصل، وإذا مات قبل فسخ الزواج فلا ميراث لها<sup>3</sup>، وقد كانت أدلة أصحاب هذا القول ضعيفة، فقد قاسوا عقد زواج مريض مرض الموت على الهبة التي لا تجوز إلا من الثلث، لذلك رجح الرأي الأول الذي يقضي بصحة زواج المريض مرض الموت، وذلك لقوة أدلتهم بأن الزواج جاء على العموم فلم يفرق بين صحيح أو مريض، ليبقى العموم على عمومته ما لم يرد ما يخصه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> سارة خضر أرشيدات، البيع في مرض الموت، رسالة ماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، 2014، ص 14.

<sup>2</sup> سورة النساء، الآية 3.

<sup>3</sup> أبو الحسن، كفاية الطالب الرباني مع حاشية العدوي، ج 2، مطبعة المدني، مصر، 1987، ص 69، 70.

<sup>4</sup> أحمد محمد أحمد أبو طه، المرجع السابق، ص 12.

## ب/- العوارض المكتسبة

## 1/- اعتبار الإكراه كعارض مكتسب من عوارض الأهلية

كما سبق وتم ذكره، أن السبب وراء دراسة الأهلية هو أن في الفقه الإسلامي الأهلية مناط التكليف والمكره الذي وقع عليه الإكراه والذي لا يقدر على دفعه تتأثر أهليته لانعدام الرضا والاختيار لديه وقد اعتبر الفقه عيب الإكراه عارضا من عوارض الأهلية المكتسبة كما خصص له فصول كاملة في مؤلفات الفقه الإسلامي.

## 2/- السفية:

وهو الشخص المبذر لماله، وبعد الحجر عليه يأخذ حكم الصبي المميز<sup>1</sup>، والمصاب بالسفه هو شخص يقوم بأعمال مخالفة لما يوجبه العقل والشرع. وبعد السفه من العوارض التي يكتسبها الإنسان بنفسه وهو لا يخل بالعقل فالسفيه كامل العقل سليم الإدراك ولكنه تعثره خفة أي مزحا أو غضبا فيتابع مقتضاها من غير النظر ولا التأمل في عواقبها<sup>2</sup>.

## 3/- الهزل:

وهو ضد الجد ونقيضه، والهزل في الشرع هو الذي يتكلم بالكلام من غير قصد، أي على وجه اللعب<sup>3</sup>، وقد اختلف الفقه الإسلامي في شأن زواج الهازل إلى قولين القول الأول كان لجمهور الفقهاء الحنفية والحنابلة والذين قالوا بأن الهزل في الزواج جد، أي أن زواج الهازل هو زواج صحيح، أما الشافعية والمالكية فقد اختلفوا في آرائهم إلى قسمين القسم الأول وافق أصحاب القول الأول من حنفية وحنابلة وأكدوا صحة زواج الهازل أما القسم الثاني، فقد خالفوا هذا القول بأن قالوا بأن الهزل لا ينعقد به الزواج، والراجع في هذه الأقوال هم أصحاب القول الأول أي أن زواج الهازل يقع وذلك بإعتبار أن صيغة عقد الزواج وشروطه قد قامت ولو مع الهزل، وذلك تبعا للمنطق ثانيا،

<sup>1</sup> عمر سالم محمد، المرجع السابق، ص 8.

<sup>2</sup> زبير مصطفى حسين، المرجع السابق، ص 144.

<sup>3</sup> ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، مجلد 3، دارعالم الفوائد، ط 1، مكة المكرمة، 1437هـ، ص 617.

إذ لو قلنا بعدم صحة زواج الهازل فإن هنا عدة مشكلات ستطرح من بينها الهزل في الزواج ثم إنكاره لسبب أنه كان من باب اللعب والهزل فقط<sup>1</sup>.

### ج/- نظام المساعدة القضائية للأبكم والأعمى وحكهما الخاص في القانون المدني

يكون الشخص كامل الأهلية إذا ما بلغ سن الرشد مع عدم تعرضه لإحدى عوارضها التي قد تذهب عقله أو تنقص من ادراكه، إلا أنه ومع ذلك قد يكون بهذا الشخص عاهة جسمانية، والتي لا تنقص من ادراكه كأن تمس بعقلها أو أن تنقص تديره فيبقى بذلك كامل الأهلية؛ غير أن هذه العاهة قد لا يستطيع معها التعبير عن إرادته بصفة صحيحة أين قد يقع ضحية عيب من عيوب الإرادة كالغلط عند إبرامه التصرفات ولذلك أوجد القانون نظام المساعدة القضائية والذي نصت عليه المادة 80 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته . ويكون قابلا للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة"<sup>2</sup> ويتضح مما سبق، أن المساعدة القضائية ، تنقرر للإنسان بشرط أن يجمع بين عاهتين على الأقل من ثلاث، وهي الصمم والعمى والبكم ، وكذلك يلزم أن يتفهم ظروف التصرف ، الذي يجريه ، وأن يعبر عما يريد به بشأنه ، فلا يحق إخضاعه لنظام المساعدة القضائية ، وقاضي الموضوع هو الذي يقرر ذلك.

وعليه إذا توافرت في شخص أهلية التعاقد كاملة، دون أن يخلها عارض من عوارض الأهلية فيؤدي بها إلى الزوال أو ينقصها، فإن هذا الشخص يصبح أهلا للتعاقد<sup>3</sup>. طبقا لنص المادة 78 من القانون المدني الجزائري<sup>4</sup>. بعد تحليل لموضوع الأهلية وباستقراء المواد الخاصة بالرضا بالزواج يظهر جليا أن هذا العقد يجب أن يقوم على الرضا التام والبات لطرفيه، ولكي يتم ذلك يجب أن يكون كل من طرفي العقد قادرا على إعطاء رأيه، وبالتالي فإن الشخص لا يعتبر قادرا على إبداء رأيه إلا

<sup>1</sup> أحمد مجّد أحمد أبو طه، المرجع السابق، ص 60.

<sup>2</sup> مجّد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 158-159 .

<sup>3</sup> خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 49.

<sup>4</sup> تنص المادة 78 من القانون المدني الجزائري على أنه: " كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون".

عند قدرته على التمييز وذلك بعد بلوغه هذا السن، والذي حدده المشرع الجزائري بـ 13 سنة كاملة، بحيث يتحمل مسؤولية الوقوع في إحدى عيوب الإرادة بالنسبة لفاقد الأهلية المولى عليه أو الموصى عليه، كما للقاضي قبل اعطاء الترخيص للزواج دون السن القانوني أن يتحقق من قدرة الطرفين على إبداء الرأي بالإيجاب و بالقبول، قبل التحقق من القدرة على الزواج وذلك لمعرفة مدى تحمل كل طرف على مسؤوليات الحياة وابداء الرأي فيها وحسن تدبير أمور الزواج. ولا تكفي الأهلية الكاملة كشرط لصحة الإرادة، بل يجب أن تكون هذه الإرادة سليمة من كل عيب قد يشوبها، لكي يعتد بها في مجال العقود لاسيما عقد الزواج وهو ما سيدرس تالياً من خلال فصول الدراسة.

# الفصل الأول

## ماهية الإرادة وعيب الغلط

الإرادة هي أمر خفي في النفس وضمير الإنسان؛ وعليه فمن الصعب التعرف عليها، إلا عن طريق التلطف بها، ومنه ينفرد كل شخص بإرادته من حيث المعرفة والوجود والغاية منها. وللإرادة صلة قوية والقانون فالإرادة هي أساس المعاملات والتي بدورها تقام عليها المسؤوليات. وعليه، فإن تاريخ البشرية كله سجل لأعمال الإرادة، "وإذا كانت الإرادة تصميماً واعياً في النفس لأداء معين وبالطبع فلا بد من أن يكون هناك هدف لهذا الأداء ووسائل لتحقيقه، وقرار ذهني سابق وإذا كانت الإرادة كذلك؛ فإنها عندما تخرج إلى العالم الخارجي وتنفصل عن كوامن النفس قد تتصادم وتتعارض مع إرادات أخرى، ومن هنا تكمن الصلة بين القانون والإرادة على درجة كبيرة من الأهمية والتقارب، فالقانون وجد لحماية الإرادة حيناً وللوقوف في وجهها حيناً آخر، وذلك بهدف تنظيم الإرادة ضمن إطار قانوني شامل يحقق غاية القانون وفلسفته سواء بالنسبة إلى الفرد أو المجتمع"<sup>1</sup>.

ونظراً لأهمية الإرادة كان لزاماً علينا أن تنصب دراستنا أولاً بدءاً بماهية الإرادة وذلك من خلال هذا الفصل وعليه سيتم تسليط الضوء على أهمية الإرادة وذلك من خلال إبراز مفهومها وكذا تمييزها عن ما يشابهها من مصطلحات، مع ذكر أهميتها في إبرام العقود لاسيما عقود الزواج، وشرح كل المراحل التي تمر بها الإرادة حتى تصبح في العالم الخارجي (المبحث الأول)، ثم ذكر عيب الغلط مع تبيان أحكامه ومدى تأثيره على عقد الزواج (المبحث الثاني)، وذلك من خلال هذين المبحثين بمنهجية مقارنة بين مختلف الآراء الفقهية والنصوص القانونية في القانون المدني وقانون الأسرة وكذلك وستكون الدراسة مقارنة مع مدونة الأسرة المغربية.

<sup>1</sup> جميل محمد بني يونس، المرجع السابق، ص 15.

## المبحث الأول

### الإطار المفاهيمي و التاريخي للإرادة وتمييزها عن بعض المصطلحات المشابهة لها

إرادة الشخص وحرية في الاختيار والتعاقد من أعز الأمور وأرقاها والتي منحها الحق سبحانه وتعالى للإنسان وعليه "لا يوجد شيء أثير حوله الجدل والنقاش بقدر ما أثير حول الرضا والإرادة سواء على صعيد الفلسفة والأخلاق أو على صعيد غيرها من الأنظمة الاجتماعية والقانونية ومبدأ الرضا في العقود بقي ظل العقود وظليلها طوال جميع المراحل التي مرت بها سلبا أو إيجابا، إعداماً أو ازدهاراً، تقييداً أو طغياناً، بل قد أحدث وجوده أو عدمه تبايناً تشريعياً عبر القرون، وأسند إليه من المزايا الكثير حتى أرجع إليه الفضل في تقدم أوروبا وازدهارها حينما احتضنته وقدمته كما أعيد تأخرها وظلامها إلى اضطهاد الرضا وإذلال الإرادة وكبت الحرية وتكبيها"<sup>1</sup>.

ويعتبر التعاقد مصدراً للالتزام أين يتم الاتفاق بين شخص أو عدة أشخاص؛ بحيث يتم بصور ألفاظ من كليهما، وعليه يجب أن تكون هذه الألفاظ متجهة إلى إبرام العقد والغاية المرجوة منه، مع توافر تراض بين أطرافه إذ يعتبر التراض من أهم أركان العقد فلا ينشئ العقد إذا لم تتجه إرادة طرفيه إلى إبرامه، فللإرادة دور مهم في جميع أنواع العقود منها عقد الزواج لما له من قيمة كبرى في حياة الإنسان ووجود الأسرة والمجتمع. ولأهمية موضوع الإرادة كان لابد قبل الولوج إلى عيوب الإرادة التطرق لمفهوم الإرادة (المطلب الأول)، وتمييزها عما يشابهها (المطلب الثاني)، وذكر المراحل التي تمر بها الإرادة من مكنون النفسي إلى العالم الخارجي (المطلب الثالث).

### المطلب الأول

#### مفهوم الإرادة

إن أهمية العقد تكمن أساساً في الاتفاق السليم لطرفيه، فلا يمكن الحديث عن عيوب الإرادة دون التطرق لمفهوم الإرادة من تعريف لغوي واصطلاحي وذكر أحكامها، كما لا يمكن الاعتداد بالإرادة إذا كانت غير حرة عند إنشاء العقد. فلا يخفى أن الإرادة على شكلها الحالي عرفت عدة تطورات عبر الأزمنة التاريخية كي تحقق حريتها واستقلاليتها. وعليه، سيتم من خلال هذا المطلب التعرف

<sup>1</sup> أحمد محمد ديب حجال، القواسم المشتركة لعيوب الرضى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2015، ص 12.

على مفهوم الإرادة ماهيتها وتحديد معناها لغة واصطلاحاً من خلال (الفرع الأول)، ثم ذكر التطور التاريخي لحرية الإرادة في الأنظمة الفلسفية والقانونية (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### تعريف الإرادة لغة واصطلاحاً

للإرادة عدة معاني لغوية واصطلاحية ما يجعلها تتشابه وعدة ألفاظ أخرى ومن خلال هذا الفرع سيتم تفسير المعنى اللغوي (أولاً)، والاصطلاحية لها (ثانياً)، من أجل تمييز معناها عن باقي الألفاظ المشابهة لها.

#### أولاً: تعريف الإرادة لغة:

الإرادة: "من يريد ورود، لقوله عز وجل في سورة الكهف "فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَنْ يَنْقُضَ فَاقَامَهُ"<sup>1</sup>، وقال يريد، ... وهنا مجاز عن إرادة الجدار لأن يسقط، وإرادة هنا غير حقيقته وإنما التعبير بللفظ الإرادة كان لتبيان أن الجدار سيسقط وقد أظهرته الآية هنا بالعبارات التي تظهر أفعال المرید<sup>2</sup>.

والإرادة "لتعيين ما فيه غرض وهي في الأصل طلب الشيء، أو شوق الفاعل إلى الفعل، إذا فعله كف الشوق وحصل المراد، ويشترط في هذا الفعل إلى الفعل أن يشعر الفاعل بالغرض الذي يريد بلوغه وأن يتوقف عند النزوع إليه توقفاً مؤقتاً وأن يتصور الأسباب الداعية إليه والأسباب الصادرة عنه وأن يدرك قيمة هذه الأسباب ويعتمد عليها في عزمه وأن ينفذ الفعل في النهاية أو يكف عنه فالإرادة بهذا المعنى العام هي صورة الفاعلية الشخصية"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> سورة الكهف، الآية 77.

<sup>2</sup> ابن منظور، لسان العرب، ج3، المرجع السابق، ص188.

<sup>3</sup> جميل أحمد بني يونس، المرجع السابق، ص22.

ثانيا: تعريف الإرادة اصطلاحاً *la volonté*

يعرف الفقهاء الإرادة "القدرة في التصميم على بعض الأعمال والتصرفات"، كما تعرف "في الفلسفة" قوة يقصد بها شيء دون شيء آخر"<sup>1</sup>.

وهي ما يريد المرء من الأمور في سلوكه أو تصرفاته ويستعمل هذا اللفظ في الصيغ التالية:

1/- سلطان الإرادة *autonomie de la volonté* هو مبدأ يسمو بإرادة الإنسان باعتبارها الأساس في كل تصرف قانوني.

2/- الإرادة المعرب عنها أو المقررة *volonté déclarée* هي الإرادة التي تخرج إلى العالم الخارجي عن طريق اللفظ أو الفعل وذلك بالتصريح بها في التعاقد القانوني، فإذا كانت مخالفة لإرادة صاحبة الحقيقية *Volonté réelle* رجحت عليها قانوناً أخذاً بنظرية الإعراب عن الإرادة<sup>2</sup>.

وما يمكن الإشارة إليه هنا أن الإرادة محلها القلب والضمير الإنساني فلا يمكن لأحد التنبؤ بها ولا معرفتها إلا صاحب القرار فيها، فلكي تنتج أثارها لابد من التصريح بها والتعبير عنها وهذا ما تم ذكره وهو ما سمي بالإرادة المعرب عنها، وهو ما تبنى عليه العلاقات الاجتماعية فإذا ما بقيت الإرادة داخل النفس البشرية فلا قيمة لها حتى من الجانب الشرعي لا يعتد بالإرادة ما لم يتم التصريح بها.

حتى بالنسبة للقانون؛ فلا يعتد بالإرادة إلا إذا عبر عنها الإنسان وظهرت إلى العالم الخارجي المحسوس ومن المعلوم أن هذه الإرادة يجب أن تتجه إلى إحداث أثر قانوني، لذلك لا يلتفت القانون إلى الإرادة غير الجادة كالإرادة الصادرة على سبيل المزاح والهزل<sup>3</sup>.

وما يمكن ملاحظته من خلال التعريفين اللغوي والاصطلاحي أن الإرادة لا بد أن تكون معلنة حتى يمكن الاعتداد بها، على أن تكون واضحة سليمة وباتة حتى لا يفهم عكسها أو عكس ما اتجهت إليه الألفاظ الدالة عليها، كما أن مفهوم الإرادة يتشابه وعدة مصطلحات كالاختيار والرضا وعدة مصطلحات أخرى، إذ أن التعريف وحده لا يكفي لتمييزها لدى كان لزاماً علينا

<sup>1</sup> الموقع الإلكتروني: [almougem.com](http://almougem.com)، معجم الرائد، جبران مسعود، 1384 هجري، 1965 ميلادي.

<sup>2</sup> عبد الفتاح مراد، المعجم القانوني رباعي اللغة، دار الكتب القانونية، مصر 2003، ص 577.

<sup>3</sup> عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 99-100.

ضبطها لاحقاً من خلال هذه الدراسة<sup>1</sup> وذلك بعد ذكر التطور التاريخي الذي مرت به الإرادة حتى تحقيق حريتها.

## الفرع الثاني

### التطور التاريخي لحرية الإرادة في الأنظمة الفلسفية والقانونية

لقد ظهرت منذ فجر التاريخ عدة مدارس فلسفية حول مسألة حرية الإرادة، يقابلها الفلسفات القدريّة والتي تؤمن بالقدريّة والضرورة، فهذه المدارس تصورت الضرورة في العهد اليوناني على نحوين : إذ قالوا بوجود ضرورة عمياء يخضع لها الجميع على حد سواء، حتى الآلهة تخضع لهذه الضرورة، وقالوا أيضاً بوجود ضرورة أخرى يقتضيها القانون الأخلاقي الكلي العام والذي يجب أن تسيّر الإنسانية وفقاً له.

يرتب القانون على التعبير آثار قانونية ومعنى ذلك أن التعبير عن الإرادة ليس مجرد واقعة مادية يتجاهلها بل يأخذها بعين الاعتبار.

فمتى صدر التعبير عن صاحبه فإنه ينفصل عنه ويأخذ وجوداً قانونياً يترتب عليه آثار. ونلمس هنا أنه تم تقييد الإرادة من وجهة نظر أنصار الإرادة المعلنة أو الظاهرة ذلك أن اتجاهها إلى إحداث آثار قانونية أمر غير كاف لأنه عمل باطني كامن في النفس. ومن ثم فلا بد من وجود ما يدل عليه، أي ضرورة التعبير عنها، هذا من جهة ومن جهة أخرى فهي تنقيد بالوسيلة التي استعملت لإخراجها، ذلك أن المسار الذي كانت تدور الإرادة في مجراه في ظل مذهب الفردية ومبدأ سلطان الإرادة لم يعد يتفق والأوضاع الجديدة.

ويرجع مبدأ الحرية إلى مقتضيات ومعطيات كانت سائدة في فترة زمنية سابقة، تشبعت فيها الأفكار بما كان سائداً من مبادئ تنادي بحرية الإرادة ومن ثم فلا يتصور تحديد وسيلة خاصة للتعبير عنها.

وهذا على عكس ما كان مطبقاً عند الرومان، فقد كان التعاقد في القوانين الرومانية مرتبطاً بالتفكير الذهني للرومان وللطبيعة الإجتماعية التي كانوا يعيشونها، فقد كان ينظر إلى العلاقة بين المتعاقدين

<sup>1</sup> أنظر لاحقاً، من هذه الدراسة الفصل الأول، المبحث الأول، المطلب الثاني، ص 82.

بوصفها علاقة دينية وليست قانونية فما كان سائدا هو الطابع الشكلي في المعاملات ولم تكن الإرادة وحدها كافية لإبرام العقود، بحيث كان ينظر في العقود إلى الشكل واللفظ دون النية والقصد هذا ما كان سائدا في المرحلة الأولى من العهد الروماني وفي العهد الجاهلي قبل الإسلام<sup>1</sup>.

لقد كان العقد إذ السائد عندهم "أن مجرد الاتفاق لا يولد التزاما ويظهر مبدئيا أن المشرع لم يقيد الإرادة في مفهومها بل أكثر من ذلك كرس تمتعها بكامل الحرية في ذلك (لاسيما من زاوية التعبير عليها).

فالأصل أنه لا يشترط في التعبير عن الإرادة شكل أو صورة خاصة، كما أنه لا يؤثر التعبير بأي حال من الأحوال على الإرادة فهو مجرد ثوب ترتديه أو غطاء خارجي لا قيمة له خصوصا إذا ما كان يخالف الإرادة الحقيقية.

وبالرجوع للقانون المدني الجزائري نجد أن المشرع أعطى للإرادة الحرية في اختيار وسيلة التعبير وهذا ما يستشف من خلال عدة مواد في القانون المدني منها المادة 60 منه<sup>2</sup>، وكذلك المواد 04، 09 من قانون الأسرة.

وقد نص المشرع المغربي من خلال نصوصه التشريعية سواء في مدونة الأسرة المغربية، أو في قانون الالتزامات والعقود المغربي، على مبدأ سلطان الإرادة وحريتها وهو ما يستشف من عدة نصوص قانونية أيضا منها الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود المغربي<sup>3</sup>، كتلك التي تنص على حرية التعاقد، والذي يجعل فيها الإرادة شريعة المتعاقدين حين التعاقد بحيث يكون الاتفاق بين أطراف العقد بمثابة قانون يحدد التزامات كل طرف، وكذلك النصوص التي تنص على مبدأ الرضائية في العقود وطرق التعبير عنها بشكل يردع كل تسلط قد يطالها.

إن الحرية التي يمنحها القانون للأفراد في اختيار الوسيلة التي من خلالها تتم عملية التعبير عن إرادتهم واعتبارها مجرد وسيلة مادية؛ لا تؤثر بشكل من الأشكال على مضمون الإرادة، وتتصدم مع مبادئ

<sup>1</sup> حليس لحضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، رسالة دكتوراه، في القانون لخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، ص 23.  
<sup>2</sup> تنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري على أنه "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا أما يكون بالتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".  
<sup>3</sup> نص الفصل 230 على أن "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

العدالة العقدية ذلك أنه لا يسمح في كل الأحوال لصاحب التعبير التحجج في كل مرة بأن ما صدر عنه من تعبير لا يترجم حقيقة ما أراد.

فالتشريع يقر حقيقة بصلاحيته التعبير بأي وسيلة، وحتى بالإشارة المتداولة والمتعارف عليها كإشارة الأخرس أو إشارة التي جرى العرف عليها بين الناس، ولكنه بالتوازي يقيد الإرادة بالتعبير الذي دل عليها، أي أنه يرتب عليها آثار قانونية<sup>1</sup>.

كما أن مبدأ سلطان الإرادة حيز مهم في أحكام الشريعة الإسلامية، ويستشف ذلك من خلال القوة الملزمة للعقد التي تستند على الوفاء بالعهد الذي أوجبه القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ويظهر ذلك جليا في عدة نصوص قرآنية من بينها قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"<sup>2</sup> وكذلك في قوله ﷺ " لا إيمان لمن لا أمانة له ولا دين لمن لا عهد له"<sup>3</sup>، وعليه لا يمكن إنكار ما وصل إليه التشريع الحديث فهذه القواعد هي مبادئ استقر عليها الفقه الإسلامي الذي استنبط أحكامها من مصادر القرآن الكريم والسنة النبوية وحتى القياس.

"غير أن هذا المبدأ (سلطان الإرادة) لم يكن له وجود في القوانين المستمدة من القانون الروماني باعتباره من أقدم القوانين إلا بعد تطور طويل خاصة فيما يتعلق باقتصار التصرف على الإرادة فحسب، حيث كانت العقود في ذلك الوقت تخضع إلى إجراءات ومراسيم وألفاظ يجب أن تتم وفقا لها في تكوينها، فالعقد كان شكليا يستمد صحته من شكله لا من موضوعه، ومن النتائج التي كان يفرضها القانون الروماني أنه لا مجال لإعمال نظرية عيوب الإرادة، فالقانون الروماني لم يكن في بادئ الأمر معنيا باعتبارات العدالة حيث يكون التصرف مشوبا بغلط أو إكراه أو تدليس أو كانت الإرادة معدومة أو كان الهدف أو الغرض الذي اتجهت إليه الإرادة قد تخلف أو كان في المشروع، ولكنه طبق فكرة الإثراء للتخلص من آثار التصرف الصحيح شكلا والذي يخفي الإرادة المعيبة وأصبحت هي الدعوى التي يرد بها المدين مادفع وتسمى **indibiti condictio** وله دعوى يتحررها من التزامها إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه وهي **conditio**

<sup>1</sup> حليس لخضر، المرجع السابق، ص11.

<sup>2</sup> سورة المائدة، الآية 01.

<sup>3</sup> أخرجه الإمام أحمد بن حنبل في مسنده حديث نبوي شريف، ورواه محمد ابن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن معبد التميمي، صحيح ابن حبان، دار المعارف، 1952/1372 (حديث1498).

**sinecause** وتدخل قانون الشعوب لصالح المدين بوسيلة أخرى وهي الدفع بالغش وسرعان ما أصبحت الشكلية عقبة أمام ازدهار الحياة المادية وعائقا لسير المعاملات وتبادل الأموال والمنافع حينها بدأ التمييز بين الشكل والإرادة في بعض العقود، فظهرت إلى جانب العقود الشكلية عقود عينية وأخرى رضائية وعقود غير مسماة واقتصر حينها مبدأ سلطان الإرادة على العقود أربعة وهي البيع الإجارة الشركة الوكالة<sup>1</sup>.

وتتصل نظرية عيوب الإرادة بنظرية سلطان الإرادة اتصالا وثيقا، فإرادة الفرد لها المقام الأول في توليد الروابط القانونية وفي ترتيب أثارها، وإلا فالإرادة المشوبة بعيب من عيوب الإرادة ليست إرادة صحيحة فلا يكون لها سلطان كامل، وعلى هذا الأساس لا بد من التمييز بين الإرادة المعيبة والإرادة الغير موجودة أو المنعدمة؛ فالإرادة المعيبة هي إرادة موجودة في الأساس غير أنها صدرت من شخص غير حر في إرادته أو عل غير بينة من أمره فإرادته تعلقت بمحلها تعلقا حقيقيا ومن ثم فهي موجودة ولكنها ما كانت تتعلق به لو أنها كانت على هدى أو كانت مختارة ومن ثم فهي معيبة.

أما الإرادة غير الموجودة أو المنعدمة فهي مجرد مظهر خارجي يوهم أنها موجودة ، لكنه في واقع الأمر لا ينطوي على إرادة تعلقت بمحلها، وما يصدر عن المجنون أو السكران أو الصبي غير المميز لا يعتبر إرادة إذ أن أحدا من هؤلاء لا يميز ما يفعل وكذلك الإشارة الطائشة تصدر عن غير قصد لا تكون إرادة ولو صدرت من شخص عاقل، ويترتب على هذا التمييز الجوهري أن العقد الذي يقوم على إرادة غير موجودة لا يكون له وجود أو هو عقد باطل. أما العقد الذي يقوم على إرادة معيبة، فهو موجود لأن الإرادة موجودة ولكن يجوز للمتعاقد الذي شاب إرادته عيب أن يبطله، فهو عقد قابل للإبطال<sup>2</sup> وهذا التمييز سيتم التفصيل فيه تاليا.

<sup>1</sup> حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطويع العقد، مذكرة ماجستير، تخصص قانون المهنيين، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013/2012، ص 11 و 12.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق، ص 228-229.

## المطلب الثاني

### تميز الإرادة عن بعض المصطلحات المشابهة لها

الرضا والاختيار النية، والقصد هي مصطلحات جد متشابهة في المعنى، فهي أمور نفسية داخلية وبإمعان النظر في تفسيرات الفقهاء لهذه المصطلحات نجد أن وجه الشبه بينها هو مجرد " اتجاه الإرادة إلى الشيء"<sup>1</sup>. ولما للإرادة من صلة بهذه المصطلحات كان لزاما علينا أن نقف عند معاني هذه المفردات وتمييزها عن الإرادة، وعليه ومن خلال هذا المطلب سيتم تمييز مصطلح الإرادة موضوع الدراسة والمصطلحات المشابهة لها بدءا بالنية والتمني في (الفرع الأول)، الاختيار والإرادة في (الفرع الثاني) الإرادة والرضا والتراضي في (الفرع الثالث) القصد والإرادة في (الفرع الرابع).

### الفرع الأول

#### تمييز بين الإرادة والنية والتمني

الإرادة النية، والتمني مصطلحات مكانها النفس والعقل، فالنية والتمني مصطلحات قد تستعمل للدلالة على الإرادة، كما قد يستعمل مصطلح الإرادة للدلالة على النية أو على الأمنية، إلا أن هناك فرق ما بين ما يريد الشخص وما ينوي، كمان هناك فرق أيضا ما بين ما يريد وما يتمنى لدى سيتم من خلال هذا الفرع التعريف بمعنى النية وتمييزها عن الإرادة (أولاً)، ثم تعريف التمني وتمييزه عن الإرادة (ثانياً).

#### أولاً: تعريف النية وتمييزها عن الإرادة:

النية والقصد مصطلحان متقاربان وفي الكثير من الأحيان يستعمل مصطلح النية للدلالة على القصد لاعتبار بعض الفقهاء والعلماء أن القصد والنية دلالة على معنى واحد كما يتداخلان ويشتركان في المعنى والإرادة كما سبق ذكره لذا سيتم توضيح هذه النقطة من خلال تعريف النية (أ)، ثم تمييزها عن الإرادة (ب).

<sup>1</sup> عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 95.

## أ/- تعريف النية:

"النية مصدر نوى الشيء ينويه نية ونواه، وأصلها نويه بكسر النون وسكون الواو، ووزنها فعله اجتمعت الواو والياء وسبقت إحداهما بالسكون فغلبت الواو ياء وأدغمت في الياء فالنية على ذلك واوية العين يائية الألف"<sup>1</sup>.

## ب/- الفرق بين النية والإرادة:

"يستخدم الفقهاء النية والإرادة بمعنى واحد وكثيراً ما يقرنون بينهما؛ فهما مصطلحان يردان على تفسير واحد بحيث يصفان ما في القلب والضمير، والنية مكانها القلب تقوم علما العلم والعمل، و لأن الاختيار هو أساس الحركة والسكون، فإنه لا يتم إلا بعلم وإرادة وقدرة؛ لأنه أي أن إرادة الإنسان لا تقوم على ما لا يعلمه، كما أن عمله لا يرد إلا على ما يريد وفي معنى الإرادة ما يشير إلى ذلك، الإرادة انبعاث القلب إلى ما يراه موافقا للغرض إما في الحال أو في المال، ويفرق البعض بين النية والإرادة بأن النية تتعلق بالمقدور عليه وبالمعجوز عنه بخلاف الإرادة فإنها تتعلق بالمعجوز عنه، لا من فعله ولا من فعل غيره"<sup>2</sup>.

وفي سياق آخر، يرى كل من الشافعية والمالكية إلى أن النية مرادفة للقصد بمعنى أن النية ليست الإرادة، وإنما هي جزء منها ففي العبادات اعتبرت ركنا من أركان الصلاة والوضوء وحتى في حلف اليمين اعتدوا بالنية وذلك بقولهم: "أن القاصد لليمين لا بد أن تكون له نية"<sup>3</sup>، واختلف الحنفية في ذلك: "أن النية شرط لا فرض وقالوا أنها سنة"<sup>4</sup>. إلا أن الإمام الغزالي من الشافعية ذهب إلى القول، على أن كلا من النية والقصد هي عبارات متواردة على معنى واحد، ويبدو أن هذا القول صائب فباب العبادات أما في باب المعاملات فلا يمكن التعويل عليه، وذلك لان النية والقصد هما مسألتان مترادفتان إلا أنهما جزء من الإرادة والجزء لا يمثل الكل<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> عبود بن علي بن درع، القصد والنية في الشريعة الإسلامية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، ع 48، ص 194.

<sup>2</sup> أحمد ياسين قرالة، التعبير عن إرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بين القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية الأردني، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 44، العدد 3، 2017، ص 340.

<sup>3</sup> عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 190.

<sup>4</sup> عبد الرحمان الجزيري، المرجع نفسه، ص 191.

<sup>5</sup> محمد خضر قادر المرجع السابق، ص 28، مقتبس عن، أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار ابن حزم، ط 1، بيروت لبنان، 2005، ص

## ثانياً: تعريف التمني وتمييزه عن الإرادة

التمني هو أن يحب شخص أمراً فيريد أن يتحقق، وهو أيضاً مصطلح يتشابه والإرادة في المعنى لدى سيتم تعريفه (أ)، ثم تمييزه عن الإرادة (ب).

## أ/- تعريف التمني

التمني هو أن يطلب الشخص كسب أو الحصول على شيء بحبه ويريده، وكثيراً ما يستعمل مصطلح التمني في طلب الحصول على شيء إلا أن الشيء المطلوب إذا كان بصيغة التمني فإنها تدخل فيهما سبيل إلى تحقيقه، وعلى خلافه فإذا كان الشيء المطلوب يمكن وقوعه والحصول عليه، جاء الكلام في صيغة الترجي، واللفظ الموضوع له -ليت- أو أرجو، فلا يشترط إمكان التحقق والحصول، لأن الطالب في التمني كثيراً ما يحب المحال، فيكون طلبه مستحيلًا أو بعيد الوقوع<sup>1</sup>.

## ب/- الفرق بين التمني والإرادة

على خلاف الإرادة، فالتمني غير مقيد لا بمحدود ولا بضوابط، والأمنية قد تكون قابلة للتحقق في حالات نادرة، كما قد لا تكون كذلك، أما الإرادة فهي محددة بمحدود والواقع والمنطق وبالتالي فهي غير مقيدة على إطلاقها بالميلولات والرغبات التي يستحيل تصورها أو وقوعها، إذن فهي فعل واع، غير أن الاختلاف بين هذين اللفظين لا يمنع من وجود علاقة بينهما بل العكس فقد يكون التمني حافزاً ودافعاً للإرادة، فكل ما كان التمني ملحا كلما ازدادت إرادة الإنسان قوة<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني

## التمييز بين الإرادة والاختيار

الاختيار من المفردات التي عني بها الفقه الإسلامي من خلال مؤلفاتهم وقد ذكر هذا المصطلح بمناسبة نظم المعاملات المالية، والاختيار يتشابه والإرادة في المعنى لدى وجب تعريف الاختيار (أولاً)، ثم تفرقة عن الإرادة (ثانياً).

<sup>1</sup> محمد باجس، التمني في القرآن الكريم -دراسة أسلوية، مجلة جامعة فلسطين للأبحاث والدراسات، المجلد الثامن، العدد 1، 2018، ص 18.

<sup>2</sup> الفيلسفة، درس العادة والإرادة، www.bacdzteam.com

## أولاً: تعريف الاختيار

## أ/- الاختيار لغة:

"الاصطفاء والإيثار والانتقاء والتفصيل". وهو "ترجيح شيء وتقديمه واصطفاءه، وطلب ما هو خير وفعله". فالاختيار هو إرادة أمر ما بين خيارين وترجيحه على الآخر<sup>1</sup>.

ومعناه القصد إلى الفعل الذي يستطيعه الشخص، سواء أكان ذلك الفعل قولاً أم غير قول فالاختيار في العقود القصد إلى النطق بالعبارات التي تنشأ بها ويشمل ذلك القصد لثلاثة أقوال:

- حال القصد إلى معاني العقود والرضا بأحكامها والرغبة في أثارها.

- وحال قصد النطق بالعبارات المنشئة للعقود غير قاصد لأحكامها بأن كان هازلاً لأنه قد توفر القصد إلى النطق، وبذلك يتحقق القصد.

- وحال النطق بعبارات العقد تحت تأثير إكراه أو إرغام لأن القصد إلى فعل مستطاع ثابت مع الإرغام متحقق فيه وإن كان الرضا غير متحقق ولا ثابت.

والاختيار محل خلاف بين الفقهاء فالحنفية يعرفونه بأنه القصد إلى الشيء وإرادته وهو إما صحيح يستقل الفاعل به دون تأثير من احد.

## ب/- تعريف الاختيار اصطلاحاً:

"هو ترجيح بين أمرين، أو بين فعل أو ترك شيء وبذلك فالإرادة أعم في المعنى من الإختيار<sup>2</sup>. وقد عرفه الكفوي في مؤلفه "الكليات" بأنه "الإرادة مع ملاحظة ما للطرف الآخر كأن المختار ينظر إلى الطرفين ويميل إلى أحدهما"، "والمختار في عرف المتكلمين يقال لكل فعل يفعله الإنسان لا على سبيل الإكراه<sup>3</sup>".

وقد ذكر مصطلح الاختيار أيضاً في القرآن الكريم بمعنى الانتقاء في عدة مواضع<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> لسان العرب، ج4، المرجع السابق، ص265 و266.

<sup>2</sup> سليمان الجروشي، نظرية العقد والخيارات في الفقه الإسلامي المقارن، جامعة قار يونس، ط1، بنغازي ليبيا، 2003، ص 146.

<sup>3</sup> أبي البقاء أيوب، الكليات - معجم في المصطلحات والفروق اللغوية -، مؤسسة الرسالة ط2 بيروت، لبنان، 1998، ص62.

<sup>4</sup> سورة طه، الآية 11-13.

## ثانيا: الفرق بين الاختيار والإرادة

الإرادة عند الفقه الإسلامي تتكون من عنصري الاختيار والرضا؛ أما الاختيار فهو القصد إلى التلفظ بالعبارة حتى ينعقد العقد، وأما الرضا فهو الرغبة في آثار العقد عند تمام الاختيار والتلفظ بالعبارة المنشئة للعقد، إذن فوجود الرضا يستلزم وجود الاختيار. وبمفهوم المخالفة فإن انعدام العنصران - الرضا والاختيار - يعني انعدام الإرادة، وفي فساد الإرادة انعدم الرضا مع بقاء عنصر الاختيار فاسدا في الإكراه الملجئ، وصحيحا في الإكراه الغير الملجئ<sup>1</sup>.

وإذا كان الاختيار هو ترجيح أحد الجانبين على الآخر أو الترجيح بين أمرين، فإن الرضا هو الانسراح النفسي ولا تلازم بينهما بوجه عام. فقد يختار المرء أمرا لا يرضاه ويظهر جليا هذا التفريق عند الحنفية في مسائل الإكراه، فالإكراه الغير ملجئ كالضرب المحتمل والقيود ونحوهما يفسد الرضا ولكنه لا يفسد الاختيار، أما الإكراه الملجئ، فإنه يعد الرضا ويفسد الاختيار. وتترتب على هذه التفرقة أيضا عند الأحناف وجود قسم للعقد لم يوجد عند غيرهم من الفقهاء وهو العقد الفاسد، فإذا تحقق الاختيار دون الرضا انعقد العقد عندهم فاسد، وينقلب صحيحا إذا تحقق الرضا في الوقت المناسب. لكن إذا لم يتحقق الرضا والاختيار كان العقد باطلا لا اعتبار له، وفي حالة تحقق الرضا فان الاختيار يستتبعه حتما ويكون العقد بذلك صحيحا وبذلك يكون للمذهب الحنفي تقسيم ثلاثي للعقد وهو العقد الصحيح، والعقد الباطل، والعقد الفاسد<sup>2</sup>.

كما يختلف الاختيار عن الإرادة في أن الاختيار هو ميل مع تفضيل، بينما الإرادة هي نزوع النفس وميلها إلى الفعل ومعنى ذلك أن هناك فرقا بين المصطلحين فالاختيار هو إرادة الشيء بدلا من غيره، وأصل الاختيار هو أن يختار المختار أحب الأمور عنده، على أن لا يكون مرغما، فلو اضطر الإنسان إلى إرادة شيء لم يسم مختارا له لان الاختيار خلاف الاضطرار<sup>3</sup>.

ويتم التفريق بين مصطلح الإرادة ومصطلح الاختيار عادة في أنه إذا كانت الإرادة تسبق الرضاء فإنها لا تكون إلا بعد أن يختار المتعاقد ولا يمكنه له ذلك أي أن يختار إلا بتوافر عدة بدائل، فيختار

<sup>1</sup> لموشي عادل، الرضائية في عقد الزواج في القوانين الوضعية والفقه الإسلامي رسالة دكتوراه، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018/2019، ص 279.

<sup>2</sup> محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص 92.

<sup>3</sup> محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 23.

منها ما يشاء كما يريد أما إذا لم تتوفر هذه الخيارات أو أجبر على التعاقد تحت أي سلطان، تحضر الإرادة ويغيب الاختيار لأنه أخص منها ولذلك لا تكون الإرادة معتبرة إلا إذا أقبلت على التعاقد حرة مختارة تعكس رضا المتعاقد القاصد لعبارة العقد والمميز لأثاره<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث

#### التمييز بين الإرادة والرضا والتراضي

يبدووا للوهلة الأولى عند ذكر كل من مصطلح الرضا والتراضي أنهما مصطلحين يؤديان نفس الدور ولهما نفس المعنى، إلا أن ذلك غير صحيح إذ أن لكل مصطلح خصوصيته وتكمن في معنى والأثر الذي يترتب عليه كل مصطلح منهما ومن خلال هذا الفرع سيتم التمييز بينهما وبين مصطلح الإرادة وذلك انطلاقاً من ، تعريف الرضا وتمييزه عن الإرادة (أولاً)، تعريف التراضي وتمييزه عن الإرادة (ثانياً).

#### أولاً: مفهوم الرضا وتمييزه عن الإرادة:

إن لفظة الرضا باعتباره من الكيفيات النفسانية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالإرادة ، والاختيار والنية كما أن لها جذوراً فلسفية تناولها علماء اللغة والكلام بالبحث والتعليق عند كلامهم عن صفة الإرادة وقد تطرق لها علماء الأصول عند البحث عن المحكوم عليه وأهليته بالإضافة إلى آثار ذلك في الفقه وبالتحديد في مسائل الإكراه<sup>2</sup>.

حتى وإن تشابهت الإرادة مع المصطلحات السابقة ذكرها إلى حد كبير فإن فيها من المفاهيم ولو الجزئية التي تميزها عنها، وعليه فلا بد من ضبط المصطلحات حتى يتم إسقاط الأحكام على الوقائع بشكل سليم.

#### أ/- تعريف الرضا

يعرف الفقه مصطلح الرضا بعدة تعريفات لغوية واصطلاحية، أما لغة فيعرف هذا المصطلح بأنه " (الرضوان) بكسر الراء وضمها الرضا والمرضاة مثله، ورضيت الشيء وارتضيته فهو مرضي ويقال

<sup>1</sup> دحمون حفيظ، التوازن في العقد، مذكرة ماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الجزائر، جامعة الجزائر، 2012/2011، ص 12.

<sup>2</sup> لموشي عادل، المرجع السابق، ص 17.

رضي به صاحبا وربما قالوا رضي عليه في معنى رضي به وعنه والرضا سرور القلب بمر القضاء. لذا ففي بعض الأحيان قد يريد الإنسان شيئا قد لا يحبه أولا يرتاح إليه وبهذا فإن الرضا غير مرادف للإرادة وغنما هو جزء منها"<sup>1</sup>.

وعليه وبجسب التعريف اللغوي يتضح أن الرضا هو جزء من الإرادة ، وكذلك هنا من يعتبر مصطلح الرضا هو مصطلح مرادف لمصطلح القبول في العلاقة التعاقدية أي أن القبول بالتعاقد من الشخص الذي يوجه له الإيجاب هو بمثابة رضا منه على هذا التعاقد؛ أي أن مصطلح الرضا ينفرد به فقط الشخص القابل في العلاقة التعاقدية.

وعليه فإن الإيجاب والقبول في العقد التام والبات ينشئ ما يسمى بالتراضي في القانون ،ونكون أمام التراضي المقصود من قبل المشرع الجزائري، إذا كان التعبير عن الإرادة الصادر من طرفي العقد يعكس الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وهو مانصت عليه المادة 59 من القانون المدني الجزائري أن بمجرد تلاقي ارادتي المتعاقدان وتطابقهما يتم العقد"<sup>2</sup>.

يعرف الفقه القانوني الرضا بأنه: "اتجاه الإرادة المشتركة للأطراف المتعاقدة إلى إحداث أثر قانوني وهو ما يعبر عنه في العقد بتوافق الإرادتين وتطابقهما بحيث تكون الإرادة نهائية ويقصد بها صاحبها إحداث أثر قانوني"<sup>3</sup>.

## ب/- الفرق بين الإرادة والرضا

الإرادة هي حجر الزاوية في العقد، فإذا سلمت سلم الرضاء وعليه يمكننا بداية التفريق بين الإرادة والرضا وذلك بالإشارة إلى أنها تسبقه، توجهه ومن ثم تقوده. فالرضا يختلف عن الإرادة أن إرادة الطاعة تكون قبلها والرضا به تكون بعدها أو معها فليس الرضا من الإرادة في شيء.

فالمتعاقد يستطيع بعد التعبير عن إرادته أن يتراجع، أن يغير أو يعدل من إرادته إلى حين حصول تطابق إرادته في التعاقد من الطرف الآخر في العقد، واتفاقهما على كل المسائل الجوهرية، فالعقد

<sup>1</sup> محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 22.

<sup>2</sup> دحمون حفيظ، المرجع السابق، ص 15.

<sup>3</sup> بلعربي خالدية دليلة، المرجع السابق، ص 6.

هو تطابق الرضائين وليس تلاقي الإرادتين لأن الرضا يتوسط التعبير عن الإرادة والالتزام بمضمون العقد<sup>1</sup>.

### ثانياً: تعريف التراضي وتمييزه عن الإرادة

مصطلح التراضي، بمفهومه العام هو أيضا يختلف والإرادة، فإذا كانت الإرادة صادرة عن طرف واحد في التعاقد مثلاً فحتى يتم التراضي يجب أن يكون هناك إرادتين متطابقتين وهما الإيجاب والقبول وهو ما سيتم تبيانه تالياً من خلال التعريف لهذا المصطلح وتمييزه عن الإرادة.

#### أ/- تعريف التراضي

1- تعريف التراضي لغة بمعنى اتفق شخصان أي تراضوا بينهم، وهو في اللغة: تفاعل من الرضا ضد السخط، والرضا: هو الرغبة في الفعل أو القول والارتياح إليه، والتفاعل يدل على الاشتراك ويستعمله الفقهاء في نفس المعنى، حينما يتفق العاقدان على إنشاء العقد دون إكراه أو نحوه فيقولون مثلاً: البيع مبادلة المال بالمال بالتراضي<sup>2</sup> وفي الآية: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ"<sup>3</sup>.

2- تعريف التراضي اصطلاحاً بأنه اتجاه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني مثل القول بأن البائع قد ارتضى البيع والمشتري قد ارتضى الشراء، وبالنسبة للعقد يعني توافق إرادتي طرفيه على إحداث الأثر القانوني المقصود منه. ولكي يقوم الرضا بالعقد، فلا بد من وجود إرادة لشخص محدد يتجه إحداث أثر قانوني معين وأن يخرج هذه الإرادة إلى العالم الخارجي بالتعبير عنها وأن تتطابق مع إرادة أخرى لكي يكتمل التراضي بينهما<sup>4</sup>.

ويصح أن يكون التراضي بين الطرفين قولاً بالإيجاب والقبول، أو أن يكون قولاً من أحدهما فعلاً من الآخر، أو فعلاً من الطرفين<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> دحمون حفيظ، المرجع السابق، ص13.

<sup>2</sup> [www.islam.gov.kw](http://www.islam.gov.kw)، كتاب الموسوعة الفقهية، ص155.

<sup>3</sup> سورة النساء، الآية 29.

<sup>4</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص76.

<sup>5</sup> موسوعة الفقه الكويتية، مجلد1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1404هـ/1984، ص31.

وللإشارة فقد جعل المشرع الرضا أول ركن في العقد وأساسه في القواعد العامة في القانون المدني، وجعله الركن الوحيد لإبرام عقد الزواج، غير أنه وبحسب الفقه فإنه أخطأ في استعمال المصطلح المناسب فالرضاء يعني إرادة شخص واحد في العقد دون الآخر بينما ما يجب في العقد هو استعمال لفظ التراضي وهو الأصح الذي يعني بأنه انعقاد إرادتين على إحداث أثر قانوني أما عند الفقه الإسلامي هو ارتباط الإيجاب بالقبول<sup>1</sup>، وهو ما يتوافق مع ما ورد في المادة 59 من المديني الجزائري<sup>2</sup>.

### ب/- تمييز بين التراضي والإرادة

الرضا هو الرغبة في آثار التي تنتج عن ما يصدر عن الإنسان من أقوال و أفعال مع العمل على تحقيقها، وبهذا المعنى يكون في كل شخص بمفرده على سبيل المثال: البائع له رغبته المستقلة عن رغبة المشتري كما لو رغب شخص في بيع منزله بمبلغ معين ثم اتجه إلى إنشاء هذا العقد ثم قصد إلى التنفيذ فخطب شخصا آخر بمكنون نفسه ولكن الطرف الآخر لم يوافق على عرضه، فالرضا وجد هنا منفردا من البائع، إلا أنه تترتب عليه آثار لعدم وجود الرضا الذي يقابله ويتفاعل معه من جانب المشتري ولو وجد لتلاقت الرغبتان وامتزج القصدان وهذا ما يسمى بالتراضي. وعليه، فإن الرضا يصدر عن الشخص بمفرده في أقواله وأفعاله، والتراضي لا بد فيه من وجود رضا الشخصين حتى يتم العقد بين الطرفين ويقاس على ذلك كل أنواع العقود التي لا بد لتمامها من رضا الطرفين، ومن ذلك أيضا اتفاق المرأة والرجل على الطلاق برضا من الطرفين<sup>3</sup>.

إذن لا يصح القول بالتراضي في عقد ما إلا إذا كانت إرادة كل من أطرافه باثة وصحيحة، كما أنه يجب ضبط المصطلحات لأن كل من مصطلح الرضا، والإرادة، والتراضي، معنا خاص به وكل مصطلح من هذه المصطلحات تترتب عليه آثار ينفرد بها عن المصطلح الأخر.

<sup>1</sup> زبير مصطفى حسين، الطبيعة القانونية لعقد الزواج-، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، 2012، ص 117.

<sup>2</sup> بسمة عثمان، التغير وأثره في عقد النكاح بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2020، ص 21.

<sup>3</sup> فخري أبو صفية، المرجع السابق، ص 6.

## الفرع الرابع

### التمييز بين الإرادة والقصد

القصد والإرادة أيضا من المصطلحات الجد متقاربة في المعنى إلا انه لا يمكن اعتبارهما مترادفين حتى ولو كان هذا الاختلاف بينهما بسيطا، ومن خلال هذا الفرع سيتم التطرق إلى معنى القصد (أولا) ثم إلى تمييزه عن مصطلح الإرادة (ثانيا).

#### أولا: تعريف القصد

يتشابه مفهوم القصد والإرادة في عدة نقاط يظهر هذا المصطلح كثيرا عند البحث عن مقصود أفعال الشخص والتي تنطوي تحتها إرادته الحقيقية وللتمييز بينهما بداية يجب تعريف مفرد القصد.

**يعرف القصد لغة:** بأنه "الاعتماد، ويقال: قصده وقصد له، واليه بمعنى يقصده بالكسر". ويقول ابن منظور "القصد هو استقامة الطريق يقصد يقصد قصدا فهو قاصد"<sup>1</sup>. والقصد هو إتيان الشيء<sup>2</sup>.

**وفي معناها لاصطلاحيا:** هو طلب المعنى في الذهن، والمقاصد لها موقع كبير في الفقه الإسلامي منها القاعدة الكلية الكبرى: "الأمور بمقاصدها: المأخوذة من قول الرسول ﷺ: "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى"<sup>3</sup>.

#### ثانيا: تمييز بين الإرادة والقصد

لقد تعددت تعريفات ومعاني القصد في كتب الفقه، وفيما يخص القصد والإرادة، فالقصد "نوع من الإرادة تبلغ في قوتها درجة الاعتزام، والإرادة لا تكون عزيمة ما لم تكن جازمة. والمتأمل في كلام العلماء يلحظ أنهم يذهبون إلى أن القصد أعلى درجة من العزم فالعزم عندهم قد يكون على فعل في المستقبل وهذا العزم قد يضعف أو يحول. أما القصد عندهم، فلا يكون إلا إذا كانت الإرادة جازمة مقارنة للفعل أو قريبة من المقارنة ولهذا فأنهم يقولون: لا فرق بين النية وقال بعضهم

<sup>1</sup> عيود بن علي بن درع، المرجع السابق، ص190.

<sup>2</sup> محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص23.

<sup>3</sup> رواه مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم بن ورد بن كوشاذ القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دار طيبة، الرياض، ط1، 2006/1427 حديث رقم 1907.

بان القصد والنية بمعنى واحد<sup>1</sup>. والقصد هو إتيان الشيء وأيضا هناك فرق بين الإرادة والقصد، فقصد القاصد مختص بفعله دون فعل غيره أما الإرادة غير مختصة بأحد الفعلين دون الآخر، والقصد أيضا إرادة الفعل في حال إيجاده فقط، وإذا تقدمته بأوقات لم يسم قصدا ويظهر ذلك في أن لا يصح قول " قصدت أن أزورك غدا"<sup>2</sup>.

مما تقدم، فإن التمييز بين هذه المصطلحات والإرادة وان كانت تتشابه في المعنى عموما إلا أنها تختلف في جزئيات تغير الفعل باختلافها فإن متغيرا واحد في معنى هذه المصطلحات قد يأخذنا إلى تفسير آخر أو قد ينتقل بنا إلى معنى مصطلح آخر لذا فان الباحث في المجال القانوني أول ما يعنى به هو ضبط المصطلحات القانونية ومعانيها، وهو ما يقودنا إلى البحث أكثر في أهمية الإرادة ومرحلها لإعطاء التمييز الكافي لها وضبطها لمعرفة تأثير عيوب الإرادة عليها الآثار التي تنجر عنها.

### المطلب الثالث

#### أهمية الإرادة ومراحلها في إبرام العقود

تكمن أهمية الإرادة في أنها محور التعاملات سواء كانت مالية أو شخصية، فإذا كانت تعبر عن الرضا التام لصاحبها كان التعامل صحيحا ملزما لمن أراده مرتبا بذلك كل آثاره. أما إذا قامت بجبر أو تحت ضغط أو شابها أي عيب ولا يمكن القول بها ويطل التعامل هنا ويترتب عن هذا البطلان آثار أخرى، ولا يمكن الحديث عن الإرادة إلا بعد خروجها للعالم عن طريق اللفظ أو العمل بها ولا يكون ذلك إلا بعد مرورها بعدة مراحل. وعليه، ومن خلال هذا المطلب سيتم دراسة أهمية الإرادة في إبرام العقود (الفرع الأول)، ومراحل الإرادة (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول

##### أهمية الإرادة في إبرام العقود

إن أهمية الإرادة في العقود يكون في وجودها وفي صحتها وسلامتها، فلا ينعقد العقد إلا بتوافق إرادتي أطرفه ولا ينتج هذا العقد آثاره إلا بصحة هاتين الإرادتين مع ضرورة أن تكون كل إرادة

<sup>1</sup> عبود بن علي بن درع، المرجع السابق، ص 190.

<sup>2</sup> محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 23.

صادرة عن ذي أهلية. ولأهمية الإرادة فقد عني كل من القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي بها (أولاً)، حتى بالنسبة للتشريعات العربية منها التشريع المغربي الذي أعطى لها حصة كبيرة من القواعد التي تنظم أحكامها من خلال تشريعاته الداخلية (ثانياً).

### أولاً: أهمية الإرادة في إبرام العقود في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

في القانون عموماً وفي القانون الجزائري خاصة نجد أن القاعدة العامة في العقود هي الرضائية، وبالتالي فإن العقد قد ينشأ بمجرد تراضي طرفيه مالم يقضي نص خاص بغير ذلك. فتتضمن المادة 59 من القانون المدني على أنه " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين... " وتتضمن المادة 60 منتهتطبيقاً لمبدأ الرضائية على وسائل التعبير عن هذه الإرادة<sup>1</sup>. حتى بالنسبة لقانون الأسرة ينص على أن الإرادة هي أساس عقد الزواج في المادة 04 منه تفيد أن عقد الزواج هو عقد رضائي.

وبالرجوع لأحكام الفقه الإسلامي، نجد أن مبدأ الرضائية كذلك يسود جميع العقود، فالعقد ينشأ بمجرد ارتباط إرادتين بغض النظر عن وسيلة التعبير عن الإرادة، كما لا حاجة إلى إفراغ إرادة المتعاقدين في شكل معين فإذا تبادل طرفان تعبيرهما عن إرادتهما المتطابقتين انعقد العقد. والتعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي بالنسبة لعقد الزواج يشترط فيه شروط أخرى لخصوصية هذا العقد، بأن تكون الصيغة فيه مشتقة من لفظي الزواج أو النكاح لمن يعرف اللغة العربية غير أن الأحناف يعتبرون ذلك من الشكلية التي تخالف مبدأ الرضائية السائد في الفقه الإسلامي، لذلك فإنهم يجيزون انعقاد الزواج بأي لفظ يدل على التمليك في الحال، كالهبة والبيع والشراء والعطية بشرط أن يقترن اللفظ بما يفيد أن المقصود هو الزواج.

كما تظهر أهمية الإرادة في الفقه الإسلامي الذي لا يعتد بالفعل في إبرام عقد الزواج وإنما بالقول أو التعبير إذ أنه يبيح ما كان محرماً على طرفيه بل العقد فلا بد من التعبير عن الإرادة فيه بأقوى الدلالات عليها وهو القول.

إذن فأهمية الإرادة في العقود تكمن في وجودها وعدمها والتعبير عنها؛ فمن العقود ما يكون الرضا هو الركن الأساسي والوحيد وانعدامه يعد العقد واختلاله يعيب العقد، ولأهمية الإرادة فقد

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 57.

تم النص عليها في غالبية التشريعات إذ تبنت كل الدول تظمينها وشملها بمجموعة مهمة من النصوص لضبط أحكامها وضبط أثارها.

### ثانيا: موقف المشرع المغربي من الإرادة وحريتها في إبرام العقود

لقد أخذت التشريعات بمبدأ أسلمطان الإرادة ومما يؤكد هذا القول هو تضمينها لنصوص متعلقة بالرضاء وحرية الأفراد من ناحية العقود والمعاملات بحيث تم ضبط هذه المواد بقواعد تضمن احترام الإرادة وحريتها. فمن جانب المشرع المغربي، فقد نص على هذا المبدأ وهو ما أكدته الفصول 2 و19 و21 من قانون الالتزامات والعقود والتي تتعلق بمبدأ الرضائية وحرية التعاقد. وقد حدد نطاق هذا المبدأ بشكل واضح من خلال الفصل 230 بحيث جعل هذا النص الإرادة شريعة المتعاقدين والذي يرتبط بمبدأين آخرين هما مبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ نسبية آثار العقد. وبذلك نكون أمام المبادئ الثلاثة التي تشكل الأساسات التي تقوم عليها نظرية سلطان الإرادة<sup>1</sup>.

لا يمكن القول بالإرادة وأهميتها إلا بعد خروجها إلى الواقع والعمل بها، ويكون ذلك بعد أن تمر بمجموعة من المراحل تضبطها قواعد وأحكام وتترتب عنها آثار.

## الفرع الثاني

### مراحل الإرادة

إن الإرادة إلى حين خروجها إلى العالم المحسوس وإحداث أثر ما؛ تمر بمراحل ومن خلال هذه المراحل يظهر جوهر الرضا، وبما أن الإرادة مسألة نفسية يجب الكشف عنها ليتمكن الغير من الإطلاع عليها فقد يحدث أن يصدر خطأ من الشخص المعبر فبأي إرادة نأخذ؟

تمر الإرادة قبل الإعلان والكشف عنها بعدة مراحل فعلماء النفس في تحليلهم للإرادة يرون أنها تمر كظاهرة نفسية بمراحل داخل النفس وهذه المراحل في العمل القانوني كالاتي:

"أولا: الإدراك (conception): إذ يستحضر الشخص العمل القانوني الذي يريد إبرامه.

ثانيا: التدبر (délibération): حيث يوازن الشخص بين كافة الاحتمالات والنتائج.

<sup>1</sup> قانون الالتزامات والعقود مبدأ سلطان الإرادة وأثره في تكوين العقد، آخر المستجدات، [elmostajadat.com](http://elmostajadat.com)، 2023، 18:30/18/19.

ثالثاً: التصميم أو الإرادة: إذ يثبت الشخص في الأمر وهذا هو جوهر الإرادة المعبر عنه بالقصد فإذا انعقدت لم يبقى بد ذلك إلا المرحلة الرابعة وهي التنفيذ.

رابعاً: التنفيذ: (exécution) وهنا ينتقل الشخص إلى حالة إحداث أثر قانوني معين في الخارج<sup>1</sup>.

"يميز علماء النفس هذه المراحل عن بعضها البعض حتى لا تختلط الإرادة بالرغبة وهذا الشيء سابقولاً تلتبس بالتنفيذ وهو شيء لاحق وإلا فإن النظريات الحديثة في علم النفس لا تسلم بالتمييز فيما بين المراحل المختلفة هذا التمييز الدقيق فإنه يصعب القول بأن العمل النفسي وهو بطبيعته عمل معقد يمر على مراحل متميزة بعضها عن بعض تمييزاً فيه كل هذا الوضوح، ومن الصعب الجزم بأن الإنسان لا يدخل في مرحلة التدبر إلا بعد أن يتم مرحلة الإدراك. فإن الإدراك والتدبر ينفعل أحدهما مع الآخر فيتفاعلان. ثم إن مرحلة التدبر لا يزن فيها الإنسان الأمر على هذا النحو المادي فيستخلص أسباباً للإقدام على العمل وأخرى للإحجام عنه فإن العمل النفسي أكثر تعقيداً وأقل وضوحاً فإذا ما انتهينا إلى مرحلة الإرادة خيل لمن يتبع التحليل المتقدم أن هناك قوة نفسية مستقلة غير قوة الإدراك وقوة التدبر هي التي تتولى البت في الأمر وتكون حكماً لا تعيب على حكمه مع أن الإرادة ليست إلا ما ينتهي إليه الإدراك والتدبر فهي ليست مستقلة عنهما وما هي إلا امتداد طبيعي لما أودع في الإنسان من تفكير وتمييز وتبصر"<sup>2</sup>.

فالمراحل الثلاثة الأولى من إدراك وتدبر وتصميم، تدخل تحت نطاق الإرادة الباطنة لأن الإرادة الباطنة تمر بهذه المراحل قبل التعبير عنها، وبانتهاء هذه المراحل، تنتقل الإرادة إلى التنفيذ ومن ثمة إلى العالم الخارجي وهذا ما نطلق عليه الإرادة الظاهرة التي تتخذ وسائل وطرقاً عديدة للتعبير عنها كاللفظ والكتابة والإشارة وغيرها من الوسائل التي سيتم التفصيل فيه<sup>3</sup>.

بعد تحليل لمفهوم الإرادة وتمييزها عن ما يشبهها من مصطلحات، وذكر أهميتها وأهمية أن تكون حرة مستقلة عند إبرام العقد، وذكر طرق التعبير عنها، في القواعد العامة خصوصيتها في عقد الزواج

<sup>1</sup> بلعربي خالدية، المرجع السابق، ص7.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 175.

<sup>3</sup> محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص30

و كذا شروط الاعتداد بها، سننتقل إلى العيوب التي تشوب هذه الإرادة وكيف نظمها القانون الوضعي والمقارن، وما هو تأثيرها على عقد الزواج؟.

## المبحث الثاني

### عيب الغلط

قبل الخوض في مفهوم عيب الغلط وذكر أحكامه وتأثيره على عقد الزواج، كان لا بد من إعطاء تعريف لمصطلحات التي يتكون منها موضوع عيوب الإرادة مع تعريجه على الحقب الزمنية التي كان لها الفضل في تأسيس هذه النظرية التي أعطت للأشخاص حق الاعتراض على كل عيب قد يشوب رضاهم، ثم نذكر بعدها كيف نظم كل من المشرع الجزائري وكذا نظيره المغربي هذه العيوب في قوانينهم الداخلية، لئتم في آخر هذا المبحث التطرق لعيب الغلط.

### المطلب الأول

#### سلامة الإرادة من العيوب

عيوب الإرادة تلحق الإرادة التعاقدية هذا هو الشائع، غير أن ذلك غير صحيح إذ يمكن أن تلحق حتى التصرفات الناشئة عن الإرادة المنفردة كالوصية والوعد بجائزة وغيرها. فعيوب الإرادة هي عبارة تشير وبوضوح إلى أن هذه العيوب إنما تعترى التصرف الإرادي بصرف النظر عن مصدره (عقدا كان أو إرادة منفردة) وذلك بخلاف ما تدل عليه عبارة عيوب الرضا. ويمكن أن يقع المتعاقد من تلقاء نفسه في إحدى عيوب الإرادة دون أن يكون للطرف الآخر أي تدخل أو تأثير في ذلك مثل عيب الغلط، كما يمكن أن تكون من فعل غيره كالعيوب الثلاثة الأخرى كالتدليس والإكراه والاستغلال<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار هوم، الجزائر، 2002، ص 8 و 9.

## الفرع الأول

### تعريف عيوب الإرادة

عيوب الإرادة هي ذلك الاختلال الذي يشوب إرادة المتعاقد، والتي تكون عادة ناشئة عن بعض العوامل المرافقة لانعقاد العقد فتأثر في خياراته، بحيث لولا وجودها لما أقدم على التعاقد وهي بحسب القانون والفقهاء عموماً: الإكراه والغلط والتدليس والغبن الاستغلالي ومن خلال هذا المطلب سيتم التفصيل في مفهومها انطلاقاً من تعريف عيوب الإرادة (أولاً) ثم ذكر كيف نظم كل من المشرع الجزائري والمغربي هذا الموضوع ضمن قوانينهم الداخلية وتسلط الضوء على تأثير هذه العيوب على عقد الزواج قانوناً (ثانياً) مع ذكر موقف الفقه الإسلامي من تقسيمات عقد الزواج من حيث الصحة (ثالثاً).

### أولاً: تعريف عيوب الإرادة

يطلق على عيوب الإرادة (عيوب الرضا) على اعتبار أن الرضا اصطلاحاً على الإرادة التي تتجه نحو أثر قانوني معين، إلا أن هذا الأمر بعيد عن الدقة العلمية ذلك أن الرضا هو حصيلة اندماج إرادتين متطابقتين بمعنى أنه واقعة مركبة، بينما عيب الإرادة لا يعدو أن يكون واقعة فردية، فيكون من الأفضل أن يقال أن الرضا معيب بعيب الغلط أو التدليس أو الإكراه. فكل عيب من هذه العيوب كالغلط مثلاً ذو طبيعة شخصية لا يؤثر إلا في تكوين إرادة أحد المتعاقدين، وحتى إذا كانت إرادة كل من المتعاقدين معيبة في تكوينها فلا يتمسك بهذا العيب إلا أحد المتعاقدين فقط، فالعبرة في عيوب الإرادة هي إرادة أحد المتعاقدين فقط، ومن ثم فالأصح أن يقال (عيوب الإرادة) لا (عيوب الرضا)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> هند فالج محمود صالح العلاف، نظرية البطلان في ق. المدني، الدر الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، 2015، ص

و قبل تعريف عيوب الإرادة لا بد من تعريف العيب والذي يعتبر حالة نفسية ناتجة عن عارض متصل بالإرادة ويؤثر فيها فيجعلها تنحرف عن الغرض المقصود وتضل سبيل الحقيقة أو تفقد حرية التقرير والتقدير<sup>1</sup> ويعرف:

### أ/- تعريف العيب لغة

هو الوصمة والنقص، وجمعه أعياب، وعيوب<sup>2</sup>

### ب/- تعريف العيب اصطلاحاً:

العيب هو العوار الذي يلحق التصرف القانوني أو الشيء لوجود شيء مخالف لما يجب أن يكون<sup>3</sup>.

### ج/- تعريف عيوب الإرادة: vice de consentement

يعرف الشيخ مصطفى الزرقا عيوب الرضا بأنها "حالات لا يحكم معها بانتفاء الإرادة العقدية الحقيقية، كما لا يحكم معها بسلامة هذه الإرادة من كل شائبة بل يوجد آفة أصابت إرادة العاقد ولا يستطاع معها اعتبار رضاه صحيحاً كاملاً ملزماً"<sup>4</sup>.

كما تعرف بأنها الأمور التي تحدث خلافاً في الرضا فتجعله معيباً وهذه العيوب هي الإكراه، والغلط والتدليس وهو التغيرير مطلقاً، والغبن مع التغيرير أي الغبن الذي يترتب عليه تغيرير. أو هي العيوب التي تشوب الإرادة وتجعلها غير صحيحة لإنتاج التصرف القانوني<sup>5</sup>.

وهي أن يكون الرضا مشوباً في العمل القانوني فيكون ذلك سبباً لطلب الطرف المتضرر إبطاله وشوائب الرضا هي: الغلط، الإكراه، التدليس، والغبن<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص 20، مأخوذ عن، خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، ج 2، مصادر الموجبات المتصلة بالإرادة، طبعة جديدة ومنقحة أشرف عليها المحامي رمزي جريج، المنشورات الحقوقية، الصادر، د.س.ن، ص 120.

<sup>2</sup> أحمد محمد ديب حجال، نفس المرجع نفس الموضوع، مأخوذ عن، الجوهرى، الصحاح: 290/1.

<sup>3</sup> عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص 570.

<sup>4</sup> مازن مصباح صباح، سامي عدنان العجوري، عيوب الرضا وأثرها على الإرادة العقدية عند الشيخ مصطفى الزرقا، مجلة جامعة الأقصى، المجلد الثامن عشر، العدد الأول، ص 107.

<sup>5</sup> عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص 578.

<sup>6</sup> عبد الفتاح مراد، المرجع نفسه، ص 571.

## د/- تطور نظرية عيوب الإرادة

لقد كانت بدايات ظهور مبدأ عيوب الإرادة نتيجة للأخذ بمبدأ سلطان الإرادة الذي كان يقوم على الرضائية ويتعد كل البعد عن الشكلية فقد كانت الإرادة الحرة شرط أساسي في الرضا فتكون سلامة الإرادة التي ينشأ بها التصرف القانوني الفكرة الأساسية التي تستمد منها المبادئ التي تنظم مادة عيوب الإرادة والتي تقوم على أساس حماية المتعاقد والمحافظة على استقرار المعاملات، و بالرجوع للأصل التاريخي للعيوب الرضا نجد أن القانون البابلي كان يعتد بسلامة الرضا من العيوب ولكن بعد ذلك ظهرت في العقود عبارة تتردد على ألسنة المتعاقدين وهي " منشرح الصدر " أي أن العاقد قد نطق بالعقد دون إكراه أو استغلال وبعبارة أخرى خلو الرضا من العيوب، وبالنسبة للإرادة فقد مرت هذه الأخيرة فيما يخص الحرية في انشاء العقود بعدة مراحل تاريخية، فقد سادت الفلسفة الفردية خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، وكان من البديهي أن تنعكس هذه الفلسفة على النظم القانونية فازدهر مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الرضائية بالنسبة للعقد، وأصبح كثير من المبادئ القانون يعكس الفلسفة السياسية والاقتصادية السائدة آنذاك، إن مبدأ سلطان الإرادة يعني أن القانون هو مجموعة قواعد تلزم الفرد بإرادته فإذا ما التزم الفرد بالعقد الذي يبرمه مع طرف آخر فما ذلك إلا لأنه أراد هذا الأمر فالإرادة على ها الأساس عدت مصدرا ليس فقط للنظام القانوني السائد في الدولة باعتبار أن إرادة المشرع هي إرادة مجموع الأفراد بل هي أيضا مصدر للحقوق الشخصية والتزامات الأفراد. "ثم إن مبدأ سلطان الإرادة كمفهوم يضرب بجذوره إلى حقب زمنية غابرة، تمتد مبادئه إلى قرون عديدة يؤرخ له الشرقيون من فقهاء القانون إلى آلاف السنين قبل الميلاد ويرده فقهاء الشريعة ابتداء من القرن السابع للميلاد بينما يؤرخ له الغربيون ابتداء من القرون الوسطى بعد تشبع القانون الروماني وتأثره بالفكر الكنسي، فقد عرفت الحضارة الشرقية المتمثلة في العراق القديم القانون ومن تم تدوينه في مدونات عديدة قبل أكثر من خمسة وعشرين قرنا من تدوين القانون الروماني، لعل أهمها قانون حمورابي الذي أشار في مقدمته إلى العدل ونشر الحق بين أفراد المجتمع وتوحيد القوانين كأسباب رئيسية لإصدار التقنين وقد خصص قانون حمورابي للعقود وأثارها أكثر من سبعين مادة رغم أنهم لم يعرفوا العقد كفكرة مجردة وصياغته كنظرية عامة. بالمقابل نجد قوانينهم قد شملت أنواع عدة للعقود مثل البيع و الإيجار والوديعة والعارية والشركة وغيرها. فلا ينكر أحد ما للرومان من بالغ أثر في ميدان القانون الخاص، إذ تعتبر القوانين

الإمبراطورية الرومانية مرجع جل القوانين المدنية الحديثة، بالرغم من أنها لم تعترف بمبدأ سلطان الإرادة فالقانون الروماني ينعت بالقانون الشكلي استنادا إلى القاعدة القانونية القائلة بأن "الاتفاق المجرد من الشكل لا ينشئ حقا ولا يولد دعوى" وانتعش المبدأ في ظل القانون الكنسي وذلك بعد انتشار الدين المسيحي والذي كان من مبادئه احترام العقود والنذور ونبذ الكذب وخيانة الأمانة، وفي عصر النهضة العلمية في أوروبا وبفضل أبحاث الفقيهان الفرنسيان، Pothier و Domat ، وكذا فلاسفة العقد الاجتماعي، أثمرت هذه الجهود وغيرها في صدور تقنين نابليون سنة 1804 والمشعب بروح الحرية والفردية والذي أخذ بفكرة دوما القائل: "إذا تمت الاتفاقات فكل ما اتفق عليه فيها يقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقيه و نادي بالمبدأ في ألمانيا كل من سافيني وند شايد وقد تبنته كل القوانين المدنية الحديثة"<sup>1</sup>.

"ومع نهاية القرن التاسع عشر بدأ سلطان الإرادة يتعرض لكثير من الانتقادات فمصدر التزامات الأفراد وحقوقهم ليس هو الإرادة ولكن النظام القانوني نفسه فالأفراد يستطيعون أن يحدثوا تغييرا على مراكزهم القانونية عن طريق التعاقد لأن القانون نفسه يرى في مثل هذه الاتفاقيات أمرا يستحق التنفيذ والمؤازرة ما لم تكن مخالفة للنظام العام كانت النتيجة المنطقية لذلك هي أنه إذا كان أساس الالتزام في العقد هو القانون نفسه وليس الإرادة فإن القانون له أن يلزم الأفراد حتى في غياب إرادتهم الحقيقية بالتعاقد"<sup>2</sup>. "وتراجع مبدأ سلطان الإرادة راجع للانتقادات الموجهة له ولانتشار المذاهب الاجتماعية بحيث وصل الأمر إلى نفي المبدأ إطلاقا حتى من دائرة العقد ثم ظهر اتجاه معتدل بين الاتجاهين يرى ضرورة الرجوع إلى مبدأ سلطان الإرادة كأصل ولكن في حدود معينة ففي ميدان القانون العام لا سلطان للإرادة ، أما في نطاق القانون الخاص ففي المعاملات المالية نجد أن دور الإرادة في الحقوق العينية أضعف منه في الحقوق الشخصية (الالتزامات) التي يبرز دور الإرادة فيها ومع ذلك فالإرادة تبقى مقيدة بحدود النظام العام والآداب العامة، فالأصل في القانون المعاصر هو حرية التعاقد فيصح أن يكون محل العقد عقار أو منقول، كما يمكن أن يكون محله ماديا أو معنويا وعلى منافع وعلى عمل معين أو خدمة معينة وعلى أي شيء آخر بشرط أن

<sup>1</sup> دحمون حفيظ، المرجع السابق، ص 10.

<sup>2</sup> يزيد أنيس ، الإرتباط بين الإيجاب والقبول في ق الأردن المقارن، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، العدد 3، السنة السابعة والعشرون، جامعة الكويت، سبتمبر 2003، ص 125.

لا يكون ممنوعاً قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام والآداب العامة<sup>1</sup> و من جهة الفقه الإسلامي فإنه يقر مبدأ سلطان الإرادة في مجال المعاملات المالية مستندا إلى قواعد جلييلة منها: "الأصل في العقود والشروط الإباحة حتى يعلم الحضر".

لكن أمام هذا كله إرادة المتعاقدين يمكن أن تكون إرادة معيبة، وقد وضع التقنين المدني أيضا سبلا لحماية هذه الإرادة المعيبة بشكل أساسي بهدف حماية التوازن العقدي بشكل تبعي، بمعنى أنه بحسب النظرية الكلاسيكية إذا أصاب العقد خللا في التوازن فهذا الأمر راجع لعيب في رضا أحد المتعاقدين فيكون العقد مصابا بخلل في التوازن بما أن أحد المتعاقدين استفاد من واقعة أن شريكه أصابه عيب في إرادته التي لم تكن حرة<sup>2</sup>.

ولقد نظم المشرع الجزائري مادة عيوب الإرادة من خلال المواد من 81 إلى المادة 90 من القانون المدني بحيث خصصت المادة 81، لعيب الغلط، والمادة 86 لعيب التدليس والماد 88 لعيب الإكراه والمادة 90 للاستغلال والغبن.

كما اشار المشرع الجزائري إلى عيب التدليس من خلال قانون الأسرة الجزائري وذلك حين نظم المواد الخاصة بالتعدد وذلك حماية المرأة من أي تحايل قد يقدم عليه الزوج دون أخذ موافقتها، كما أن المشرع المغربي قد تناول من خلال قانون الإلتزامات والعقود المغربي هو الآخر موضوع عيوب الإرادة، وحتى من خلال مدونة الأسرة المغربية أين تطرق لكل من عيب التدليس والإكراه في الزواج ورتب على العيبين أثارا وجزاءات مهمة وردعية وكل هذا سيتم معالجته من خلال ما تبقى من هذه الدراسة وحين التطرق لكل عيب على حدى فيما سيتم التطرق تاليا لتنظيم موضوع عيوب الإرادة في القانون الوضعي والقانون المغربي.

### ثانيا: تنظيم موضوع عيوب الإرادة في القانون الجزائري والقانون المغربي وأثرها على العقود

لا تخلو التشريعات العربية من موضوع عيوب الإرادة ذلك لأهميته ولضرورة وجود قواعد تنظمه حفاظا على حرية الأفراد وإرادتهم، بل منهم من جعل الأمر دستوريا فأقر نصوص تحمي رضا المواطن ولتكون مرجعية لكل القوانين الداخلية الأخرى من حيث التنظيم والتطبيق. ومن خلال

<sup>1</sup> عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 57.

<sup>2</sup> ربما فرج مكي، تصحيح العقد، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط 1، لبنان، 2011، ص 270.

هذا الفرع سيتم دراسة تنظيم موضوع عيوب الإرادة في القانون الجزائري (أ) ثم ذكر كيف نظم المشرع المغربي هذا الموضوع من خلال كل من قانون الالتزامات والعقود المغربي ومدونة الأسرة المغربية (ب).

### أ/- تنظيم موضوع عيوب الإرادة في القانون الجزائري

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على موضوع عيوب الإرادة كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية كان ذكرهم لهذه العيوب متشتتا مما استصعب علينا أمر البحث في مؤلفاتهم، وعليه سيتم دراسة هذه العيوب في القواعد العامة في القانون المدني والذي نضمها من خلال المادة 2/82 والمواد من 86 إلى 188<sup>1</sup>. وعموما العيوب التي تشوب الإرادة في عقد الزواج هي الإكراه والتدليس أما الغلط فيكون بدرجة أقل (وهو ما سيتم توضيحه عند دراسة عيب الغلط).

### 1/- تنظيم عيوب الإرادة في القواعد العامة وجزءها

لقد حددت معظم القوانين والتشريعات الجزاء المترتب على كل عيوب الإرادة، وجعلت هذا الجزاء إما قابلية العقد لإبطال كما هو الأمر في القانون المدني الجزائري والمصري والفرنسي، وإما الوقف كما هو الأمر في القانون المدني العراقي والأردني. وهذا ما يجعل أمر تطبيق هذا الجزاء سهلا وميسورا إذ ما على القاضي إلا التحقق من توفر شروط أعمال أحد هذه العيوب ليقضي بهذا الجزاء. وذلك على خلاف فقهاء الشريعة الإسلامية إذ لم يتفقوا على جزاء موحد يترتب على هذه العيوب، بل إن هذا الجزاء قد يختلف عند فقهاء المذهب الواحد. ثم إن أمر الوقوف على اختلاف جزاء عيوب الإرادة في الفقه الإسلام لأمر صعب، ذلك أن القاضي كلما عرضت عليه حالة معينة خاصة بعيب من عيوب الإرادة وجب عليه الرجوع إلى آراء مختلف المذاهب للترجيح بينها واختيار أحدها، مع ما في ذلك من مشقة عليه لاسيما مع احتمال اختلاف الأحكام بالنسبة إلى القضايا المتماثلة نظرا لاختلاف الوقائع بالنسبة لكل قضية على حدا، وذلك تبعا لاختلاف وجهات النظر الفقهية والاعتبارات التي يوليها أهميته من يستند إلى هذا الاختلاف الفقهي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>Ghaouti Ben Melha .le droit Algérien de la familles .p 58-59

<sup>2</sup>محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 205.

ولقد خول القانون المدني الجزائري للمتعاقد المعيب إرادته، الحق في إبطال العقد وهو جزاء يسمح للمتعاقد أن يتخلص من الالتزامات التي لم تتجه لها إرادته بسبب العيب الذي شابها فيرتب آثاره وينعدم العقد تماما. ولكن ولأن ممارسة الشخص المعيب إرادته لهذا الحق قد تؤدي لنتائج خطيرة تمس استقرار المعاملات في المجتمع وتزعزع المراكز القانونية التي قد تكون قد قامت على أساس حسن النية، فقد أعطى القانون مجموعة من الحلول بديلة للإبطال وتحقق استقرار هذه المعاملات فجعل الحق في الإبطال يسقط بالتقادم<sup>1</sup> والإجازة<sup>2</sup> كما جعل جزاءات أخرى تحول دون إبطال العقد<sup>3</sup>.

ويرى غالبية الفقه أن هناك نوعين من البطلان بطلان نسبي<sup>4</sup> وبطلان مطلق، وهو تقسيم أخذت به معظم التشريعات، وقد اختلف الفقه بشأن أساس التمييز بينهما فمنهم من يجعل أساس التفرقة في طبيعة المصلحة المقررة<sup>5</sup>، إلا أن هذا الرأي صعب التحقيق لما فيه من صعوبة في التفرقة بين المصالح المقررة (المصلحة الخاصة، والمصلحة العامة). وذهب موقف آخر ومنهم المشرع الجزائري إلى القول بأن أساس التفرقة بين البطلان النسبي والبطلان المطلق هو طبيعة الشرط محل المخالفة<sup>6</sup>. كما جعل المشرع بعض حالات الإبطال تكون بنص قانوني من بينها حالة العقد الذي يبرمه معيب الإرادة والمنصوص عليها من خلال المواد من 81 إلى 90 من القانون المدني.

وعليه، إذا تقرر إبطال العقد، فإن العقد يزول كلياً وينعدم تماماً ويصبح كأنه لم يكن ولأن العقد قد انعقد قانوناً واكتسب أطرافه حقوقاً وتحملوا بموجبه التزامات فعندما يتقرر إبطاله تزول

<sup>1</sup> نص مادة 101 من القانون المدني الجزائري على أنه "يسقط حق إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات ..، غير انه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت 10 سنوات من وقت تمام العقد".

<sup>2</sup> نص المادة 10 من القانون المدني الجزائري على أنه "يزول حق إبطال العقد بالإجازة....".

<sup>3</sup> دراح سعاد نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي والمصري واللبناني، دار الأمل تيزي وزوو الجزائر، ص 89.

<sup>4</sup> هو جزاء لعقد توافرت أركانه وإنما لم يستوف احد شرطي الصحة وهي أن يكون صادر من ذي أهلية وغير مشوب بأحد عيوب الإرادة، فهو عقد موجود ومرتب لآثاره القانونية مثل العقد الصحيح إلا انه يبقى مهدد بالإبطال من طرف المعيب إرادته ما لم يسقط بالتقادم أو الإجازة<sup>5</sup> وهذا الفقه يرى أن أساس التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي يتم بناء على الهدف من القاعدة القانونية التي تم الإخلال بها فإذا كانت الغاية من تقرير البطلان هي حماية المصلحة الخاصة أي مصلحة المتعاقد الخاصة كان البطلان نسبياً، كحالة معيب الإرادة وناقصها أما إذا كانت الغاية من تقرير البطلان هي حماية المجتمع والمصلحة العامة فالبطلان يكون مطلقاً كحالة عدم مشروعية المحل وعدم مشروعية السبب.

<sup>6</sup> ويرون أن أساس التفرقة يكون كالتالي إذا تخلف ركن من أركان العقد وشرط من شروط المحل والسبب فالبطلان يكون مطلقاً لان العقد لم ينعقد أصلاً، أما إذا تخلف شرط من شروط الصحة كحالة معيب الإرادة وناقص الأهلية كان البطلان نسبياً، أنظر، دراح سعاد، المرجع السابق، ص 91-92.

هذه الآثار بصفة كليه فينقضي العقد يرجع كل متعاقد إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، ولا يقتصر ذلك على أطراف العقد وإنما يتعدى إلى الغير وبهذا تتجسد الحماية القانونية للمعيب إرادته بأن تبرأ ذمته اتجاه أي التزام رتبه العقد ولضمان استقرار المعاملات جعل المشرع الإبطال عرضة للتقادم من جهة ، بحيث حدده بموجب القانون من خلال المادة 101 من القانون المدني، أما بالنسبة للاستغلال فحدده المادة 90 من نفس القانون، فيسقط حق الإبطال في دعوى الاستغلال بسقوط الدعوى، ومن جهة أخرى جعل للمعيب إرادته حق الإجازة بموجب المادة 100 من القانون المدني فإذا أجاز العقد فإنه يكون قد تنازل عن حقه في الإبطال وبهذا لا يستطيع إبطاله بعد ذلك، ويكون العقد منتجا لجميع آثاره<sup>1</sup>.

## 2/- الأثر المترتب على عيوب الإرادة في قانون الأسرة الجزائري

فكما سبق ذكره أن المشرع لم ينص على عيوب الإرادة صراحة ضمن قانون الأسرة ، ولم ينظم أحكامها، فقد تبني أحكاما لعقد الزواج الذي تخلف ركنه أو شرطه، فرتب على الأول البطلان، وعلى الثاني الفساد. وبهذا فقد تبني المشرع مفهوم النكاح الفاسد، والذي يشكل أكبر الاختلافات في مباحث الفقه في مجال عقد الزواج، فالعقد الباطل غير منعقد بإجماع المذاهب الفقهية ولا تترتب عليه آثار التصحيح أما العقد الفاسد فقد انفرد به المذهب الحنفي الذي أسس نظريته في العقود المالية من بيع ونحوه، وجعل مرتبته تتوسط البطلان والصحة في العقود.

ويتجسد موقف المشرع الجزائري من النكاح الباطل والنكاح الفاسد فيما يلي:

### 1.2 الزواج الفاسد وحالاته:

#### -تعريف العقد الفاسد:

وهو عقد أوجده الحنفية ولا يوجد ما يقابله في الفقه القانوني ويقولون به في المعاملات دون العبادات، ويجعله بعض القانونيين موازيا أو مشابها للبطلان النسبي غير إن هذا غير صحيح

<sup>1</sup>دراج سعاد، المرجع نفسه، ص 107، 111 و 121.

فالبطلان النسبي فسخه وتصحيحه جوازي يستند إلى إرادة العاقد بينما الفاسد فسخه وتصحيحه وجوبي بقوة الشرع حسب حالة الفساد ويتفقان في قابلية التصحيح<sup>1</sup>.

### - ويعرف الفساد لغة:

"الفساد نقيض الصلاح والمفسدة خلاف المصلحة والاستفساد خلاف الاستصلاح، وقالوا هذا الأمر مفسدة لكذا أي فيه فساد"<sup>2</sup>، وقوله تعالى: "... وَيَسْعُونَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا ..." <sup>3</sup>

### - تعريف الفساد اصطلاحا

الفسخ في عقد الزواج هو طلب أحد الزوجين فسخ النكاح للحقوق ضرر به من جراء الاستمرار بالزواج كأن تطلب الزوجة الفسخ لعيب أو مرض لم تعلم به قبل الزواج، أو لحق به بعد الزواج عيب من العيوب التي يثبت بها حق الزوجة في الخيار بين الاستمرار في الزواج أو إنهاؤها، وفي حالة إعسار الزوج وعجزه عن النفقة، أو لغيابه مدة طويلة. كما للزوجة حق فسخ الزواج إذا رفض الزوج تنفيذ شروطها في عقد.

### - حالاتفسخ عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

بحسب قانون الأسرة الجزائري، فإن حالات فسخ الزواج تتلخص فيما يلي:

#### إذا تم بدون شرط من شروط الصحة

لقد عدد المشرع الجزائري شروط الصحة من خلال المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري فإذا تخلف شرط كالولي في حالة وجوبه، أو الشاهدين، أو كان بدون صداق فقد فرق بين حالتين: **الحالة الأولى:** في حالة عدم الدخول بالزوجة يفسخ العقد ويرد الصداق في حال تسلمه. **الحالة الثانية:** يثبت الزواج أو يصحح بصداق المثل إذا تم الدخول طبقا للمادة 33 من قانون الأسرة الجزائري<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أبو القاسم بن زين، عقد الزواج المقترن بالشرط الفاسد بين الفسخ والتصحيح-دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2014/2015، ص112.

<sup>2</sup> ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج3، ص363.

<sup>3</sup> سورة المائدة، جزء من الآية33.

<sup>4</sup> لحسن بن شيخ أث ملويا، قانون الأسرة الجزائري نصا وشرحا، دار الهدى ، الجزائر، 2014، ص 45.

- إذا كان الزواج دون ولي في حالة وجوبه طبقاً للمادتين 11 و33 من قانون الأسرة

لقد رتب المشرع الجزائري على عقد الزواج الفسخ، وذلك في حالة الزواج دون وجوبه، وهو أمر مستجد بعد تعديله لطبيعة الولاية التي كانت ركن من أركان الزواج، وقد ذكر عبارة - في حالة وجوبه - مشيراً بذلك لأن الفسخ يطل الزواج دون ولي في حالة القصر بعدما أصبحت الرشدة لها حرية إختيار الولي.

## 2.2 الزواج الباطل وحالاته

يعتبر الرضا هو الركن الأساسي والوحيد في عقد الزواج، لدى لا يترتب البطلان إلا في حال تخلفه وهو ما سيتم التفصيل فيه.

### - تعريف العقد الباطل

- الباطل لغة: "بطل الشيء يبطل بطلا وبطولا وبطلانا بضم الأوائل فسد أو سقط حكمه فهو باطل وجمعه بواطل"<sup>1</sup>.

### - الباطل اصطلاحاً:

جمهور الفقهاء من الملكية والشافعية والحنابلة يرون أن الباطل والفساد لفظان مترادفان ومعناهما واحد وعليه يعرف جمهور الفقهاء الباطل بأنه عدم طلب العقد لغايته لكونه فقد ركناً من أركانه، أو شرطاً من شروطه، فتخلف الشرط أو الركن عندهم يجعل العقد فاسداً أو باطلاً لا فرق بينهما<sup>2</sup>.

### - حالات الزواج الباطل في قانون الأسرة الجزائري

عدد المشرع الجزائري حالات البطلان من خلال قانون الأسرة الجزائري، فكانت أسباب البطلان انعدام الرضا، أو وجود مانع من موانع الزواج، وذلك بحسب المادة 32 منه. كما تباين موقفه بشأن وجود شرط يتنافى ومقتضيات العقد، فجعل الزواج يبطل من خلال المادة 32 تارة، ثم جعله

<sup>1</sup> أحمد بن محمد، المصباح المنير - معجم عربي عربي -، مكتبة لبنان، بيروت، 1978، ص 30.

<sup>2</sup> حنان بنت محمد، أقسام العقود في الفقه الإسلامي. ج 1، مذكرة ماجستير، تخصص الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1998، ص 176.

صحيحاً والشرط باطلا تارة أخرى من خلال المادة 35 وهو ما أدخله في تناقض والنقد من قبل الفقه.

### فقدان عقد الزواج لركن الرضا

بحسب رأي الفقه الإسلامي فإن تخلف ركن الرضا، يؤدي إلى بطلان عقد الزواج وانعدامه، وبالتالي لا تترتب عليه أية آثار، ولا يحل به الدخول. وإذا تم الدخول مع تخلف هذا الركن وجب التفريق بين الرجل والمرأة لأن الفقه في هذه الحالة اعتبره زني، وقد اختلفوا حول إقامة الحد من عدمها للملكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف من الأحناف يقولون بإقامته، في حين يرى الفقه الحنفي بأن الزواج الباطل في حد ذاته شبهة، ولكن هذا لا يمنع من إنزال عقوبة التعزير عليهما<sup>1</sup>. ومن المتفق عليه أيضاً أنه لا يثبت المهر ولا النفقة ولا الطاعة كما أنه لا يرد الطلاق، أما النسب فقد اختلف فيه؛ فالجمهور يرى بعدم ثبوته على عكس الحنفية الذين قالوا بثبوته.

وفي هذا السياق نصت المادة 32 من قانون الأسرة القديم على أنه "يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، أو تبنت ردة الزوج". بحسب نص المادة فإنه إذا ما تخلف ركن الرضا فإن ذلك يترتب عليه الفسخ، ولم يفرق المشرع الجزائري في هذه الحالة بينما إذا تم الدخول أو بعده وقد رتب على هذا الزواج الآثار التالية: ثبوت النسب، حرمة المصاهرة، وجوب العدة، نفقة العدة.

كذلك الأمر بالنسبة إذا اشتمل على مانع أو الشرط يتنافى ومقتضيات العقد في هذه الحالة كانت المادة ذاتها تستوجب الفسخ قبل تعديل نص المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري وذلك باستبدال لفظ "يفسخ" بلفظ "يبطل" كما تم حذف عبارة حالة ثبوت ردة الزوج. أما بالنسبة للمانع فيمكن أن يكون مؤبداً (الزواج بالمحارم) أو مؤقتاً (الزواج بغير مسلم) ولهذا فمن المفروض استبدال لفظ "يفسخ" في نص المادة 34 من قانون الأسرة بلفظ "يبطل" حتى يتوافق ونص المادة 32 من نفس القانون. وبخصوص الشرط فمثاله الزواج لمدة محددة ولو طال، أو زواج المتعة وهو باطل لانقائه مع شرط الأبدية الذي هو من مقتضيات عقد الزواج.

<sup>1</sup> أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط2، د.س.ن، ص 151.

ونلاحظ تناقض كذلك بخصوص الشرط إذ ترتب المادة 32 البطلان بينما تنص المادة 35 على اعتبار العقد صحيحا والشرط باطلا. كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري حذف حالة اختلال أكثر من ركن واحد من حالات البطلان والتي كان منصوص عليها ضمن نص المادة 33 من قانون الأسرة مما يثير التساؤل بشأن تخلف أكثر من شرط الشاهدين والولي فهل يفسخ الزواج أم يبطل؟<sup>1</sup>.

### ب/-تنظيم موضوع عيوب الإرادة في القانون المغربي

كان لموضوع عيوب الإرادة حظ أوفر في مدونة الأسرة المغربية، إذ تم التنصيص على عدة مواد تخص عيبي الإكراه والتدليس للزواج، وقد شمل هذا التنظيم عدة جزاءات تصل إلى الغرامة المالية وإلى عقوبات سالبة للحرية في أحيان أخرى، ولم يقتصر المشرع المغربي على ايقاع الجزاء على أطراف العقد فقد واما تجاوز ذلك في حالات التواطء والجهات المعنية بإبرام عقد الزواج وعليه سيتم تاليا دراسة تنظيم مادة عيوب الإرادة في القانون المغربي.

### 1/-عيوب الإرادة في القانون المغربي

تناول المشرع المغربي عيب الغلط من الفصل 40 إلى الفصل 45 من قانون الإلتزامات والعقود عرض من خلالها حالات الغلط في القانون والغلط في الشيء محل العقد، وحالة الغلط في شخص المتعاقد وكذا حالة الغلط في الحساب ثم الغلط الواقع من الوسيط، وخصص فصلين للتدليس هما الفصل 52 و53 من قانون الإلتزامات والعقود، ومن خلالهما ذكر شروط قيام التدليس، أما بالنسبة لعيب الإكراه فقد عرفه من خلال الفصل 46 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي وذكر أحكامه الأخرى من خلال فصول متفرقة وهي الفصل 39، والفصلين 47 و50 الذي ذكر فيهما أنواع الإكراه، ثم الفصل 49 والخاص بالإبطال في حال وجود عيب الإكراه. أما عن عيب الغبن فقد ذكره من خلال الفصلين 55 و56، إلا أنه لم يذكر الغبن الاستغلالي إلا أن بعض الفقه عند تحليلهم للمواد المتعلقة بالغبن يستشف منها أن المشرع المغربي قد ذكر الاستغلال بطريقة غير مباشرة وهذا انطلاقا من تحليل الفصل 54 الذي يجيز طلب إبطال العقد في حالة المرض

<sup>1</sup>سكيل رقية، التطور التشريعي لأحكام قانون الأسرة الجزائري بين القانون رقم 84-11 والأمر رقم 05-02 ملتقى حول التطور التشريعي لأحكام الأسرة في الدول العربية-بين الثابت والمتغير - يومي 25 و26 نوفمبر.

والحالات المشابهة لها. وبالنسبة لمدونة الأسرة المغربية هي أيضا لم تخلو من هذا الموضوع، فقد ذكر المشرع المغربي من خلالها عيبي الإكراه والتدليس بمناسبة إبرام عقد الزواج وعدد أحكاما ردية بهذا الخصوص. وذكر من خلالها تأثير هذه العيوب على عقد الزواج، إلا أن عقد الزواج بحسب التشريعين الجزائري والمغربي إما أن يكون صحيحا، أو غير صحيحا كان يكون باطلا، أو فاسدا، وسنعرض تاليا حالات التي يكون بسببها عقد الزواج غير صحيح في مدونة الأسرة المغربية.

## 2- الزواج الغير صحيح في القانون المغربي

يتخذ الزواج الغير صحيح صورتين طبقا لمدونة الأسرة المغربية فإما أن يكون زواج باطلا أو أن يكون زواجا فاسدا. فالزواج الباطل طبقا للمادة 57 من مدونة الأسرة المغربية يكون في حالات عددها هذه المادة وهي:

- إذا اختل فيه ركن من أركانه.

- إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد من 35 إلى 39 من مدونة الأسرة. أما عن آثار الزواج الباطل تكون بالفسخ قبل الدخول ولا أثر له أما بعد الدخول فنميز بين أمرين إذا كان الدخول بحسن نية فللزوجة الحق في الصداق المؤخر إن وجد وتستبرئ ويثبت النسب لأبيهم، بالإضافة لحرمة المصاهرة، أما إذا كان الدخول بسوء نية، فللزوجة الحق في الصداق المؤخر إن وجد وتستبرئ. وعن الزواج الفاسد فقد عرفته مدونة الأسرة طبقا لنصي المادتين 60 و61 بأنه الزواج الذي اختل فيه شرط من شروط صحته ويقسم الزواج الفاسد بحسبهم إلى قسمين زواج فاسد لعقده وزواج فاسد لصداقه، فالزواج الفاسد لعقده طبقا لنص المادة 61 يكون في عدة حالات وهي:

- إذا تم الزواج وكان أحد الزوجين مصاب بمرض مخوف، فإذا تم يكون فاسد إلا إذا تم بعد أن يشفى المريض بعد الزواج، والمقصود بمصطلح المخوف هنا هو الخوف من الموت أو ما يعرف بمرض الموت.

- إذا قصد الزوج تحليل المبتوتة، والمقصود بالمبتوتة هي المطلقة طلاقا بائن بينونة كبرى وهو ما يسمى بزواج التحليل إذ يلجئ إليه بعض الأزواج لتحليل المرأة المطلقة لرفع الحرمة المؤقتة، بحيث لا يكون فيه الدخول حقيقيا ومن تم يمكنها الرجوع لزوجها.

- إذا كان الزواج بغير ولي إذا كانت الولاية ضرورية.

و يضيف الفقه للزواج الفاسد حالتين وهما:

- اقتران الإيجاب والقبول بأجل أو شرط واقف أو فاسد فإذا لم يتحقق الشرط أصبح فاسدا وتطبق عليه أحكام المادة 47 من المدونة.

- حالة الإكراه والتدليس، فيمكن للمكروه أو المدلس عليه طلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده. وأثار الزواج الفاسد عموما هو الفسخ قبل الدخول ولا أثر له وينتج جميع آثار الزواج الصحيح بعد الدخول إلى حين صدور حكم قضائي بفسخه.

فإذا كان الأمر تنظيم عيوب الإرادة كذلك بالنسبة لكل من المشرع الجزائري والمغربي وذلك بالنظر للأثر المترتب عنها في العقد، فإلى أي مدى وفقا في تطبيق ما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية وفقهها؟.

## الفرع الثاني

### موقف الفقه الإسلامي من الزواج غير الصحيح

لقد اختلف الحنفية مع جمهور الفقهاء في أنواع العقد غير الصحيح إلى قولين فالحنفية يرون أن العقد الغير صحيح ينقسم إلى قسمين عقد باطل وعقد فاسد، أما جمهور الفقهاء فيرون أن العقد الغير الصحيح هو عقد باطل وفاسد فهما عندهم لفظان مترادفان ومعناها واحد<sup>1</sup>. وبالتالي، فقد اعتمد الفقه الحنفي على التقسيم الثنائي للعقد الغير الصحيح فجعلوا العقد الباطل، وانشئوا نظرية الفساد التي هي منزلة بين البطلان والصحة حيث فرقوا بين الانعقاد والمشروعية. فالعقد الفاسد عند الحنفية هو عقد منعقد وغير مشروع وأساس التمييز عندهم هو في آثار التي يمكن أن تترتب على كل من الباطل والفاسد وقابلية هذا الأخير للتصحيح بشروط مخصوصة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>حنان بنت محمد ، المرجع السابق، ص 173.

<sup>2</sup>أبو القاسم بن زين، المرجع السابق، ص 108

بالنسبة لعقد الزواج، فعند جميع الفقهاء لا فرق بين الباطل والفساد ومنهم بعض الحنفية حيث لم يفرقوا بينهما فقد جاء في الأشباه والنظائر<sup>1</sup> "الباطل والفساد عندنا - أي الحنفية - في العبادات مترادفان وفي النكاح كذلك"<sup>2</sup>.

يقسم الفقهاء العقد الغير صحيح أو غير المشروع بالعقد الباطل أو العقد الفاسد، وقد اتفق الفقهاء أن الباطل والفساد مترادفان في فقه العبادات، غير أنهم اختلفوا بشأنهم في المعاملات ويتحقق البطلان أو الفساد على حد سواء في العبادات بفوات ركن أو شرط. فالعبادة الفاسدة والباطلة بما فات فيها ركن أو شرط<sup>3</sup> والعقد أو التصرف غير الصحيح واحد سواء سمي باطلاً أو فاسداً، لأن اختلال العقد في أركانه أو شروط صحته سواء من حيث الأثر حيث لا ينعقد ومن ثم لا يوجد في الاعتبار الشرعي ولا تثبت له مشروعية.

وبهذا يختلف جمهور الفقهاء الحنفية فيما يسميه الحنفية بالفساد حيث يعتبره الجمهور من قبيل الباطل ويعتبره الحنفية مرتبة بين الباطل والصحيح<sup>4</sup>. وفيما يلي سيتم التفصيل في مختلف آراء الفقه.

### أولاً: موقف المالكية:

لقد ميز الفقه المالكي نوعين من عقود الزواج بالنظر إلى صحتها، وهي عقود زواج صحيحة وهي عقود لا جدال في صحتها وأخرى غير صحيحة، فالعقود الغير صحيحة قسموها إلى قسمين وهما:

### 1/- عقد زواج مجمع على فساده بين الفقهاء:

ومثاله الزواج بإحدى المحرمات بالنسب أو الرضاع أو الزواج بالمرأة الخامسة، أو الجمع بين النساء مما لا يجوز الجمع بينهما محل الجمع بينهما، فإذا قامت إحدى هذه الموانع اعتبر الزواج في هذه الحالة فاسداً يترتب عليه الفسخ قبل الدخول وبعده بلا طلاق، فإذا كان قبل الدخول فلا شيء فيه من الصداق ويفسخ بعد الدخول ويثبت به الصداق وتجب العدة.

<sup>1</sup> زين الدين ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية ط1، بيروت لبنان 1999، ص291.

<sup>2</sup> جميلة عبد القادر الرفاعي، نظرة فقهية لمسائل طرحت في قانون الأحوال الشخصية، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، 2015، مجلد 42، العدد3، ص 941-942.

<sup>3</sup> حنان بنت محمد، المرجع السابق، ص173.

<sup>4</sup> حنان بنت محمد، المرجع نفسه، ص 176.

## 12- عقد زواج غير مجمع على فساد:

لقد اختلف الفقه بالنسبة للزواج الغير المجمع على فساد، فزواج الشغار مثلا يعتبر زواجا صحيحا عند الحنفية بعد وقوعه مع وجوب الصداق المثل لكل من المرأتين أما المالكية يقولون بفساده وذلك لكون الخلاف قويا لقوة الدليل الذي استندوا إليه فان لم يكن قويا لم يلتفت إليه واعتبر العقد من قبيل الزواج المتفق على فساد وقد عيب على المذهب المالكي هذا الرأي لما فيه من اضطراب وقد ارجع ابن رشد تفرقة المذهب المالكي في فسخ الزواج الفاسد المتفق على فساد مع المختلف في فساد إلى ضعف علة الفساد وقوته فقال متى كان الدليل عنده قويا فسخ قبله أو بعده ومتى كان ضعيفا فسخ قبل ولم يفسخ بعد، سواء كان الدليل القوي متفقا عليه أو مختلف فيه.

## ثانيا: رأي الحنفية:

بالنسبة للتمييز السابق عند الحنفية للعقود، فقد قسموا العقود من حيث عدم صحتها، لعقد باطل وعقد فاسد في العقود المالية، غير أن هذا التقسيم قد اختلف فيه بشأن عقد الزواج فالرأي الأول<sup>1</sup>: قال بعدم وجود فرق بين الباطل والفاسد في عقد الزواج ويكون الخلل الذي يقع في العقد سواء كان متعلقا بالأركان كأن تكون الزوجة محرمة تحريما مؤبدا على الرجل أو بشروطه كالشهادة عندما يتعلق الأمر بأصل العقد فيجعل العقد باطلا وما يتعلق بوصفه يجعله فاسدا ويكون الحكم عندهم واحدا وكل منهما يجعل العقد غير منعقد أو باطل. ويستخلص أنه إذا نهي الشارع عن أمر في الزواج تعلق بأصل العقد أو بوصفه كان باطلا ولا يرتب أي أثر، وكذلك باعتبار أن الزواج من العبادات أين يكون كل من الباطل والفاسد على حد سواء وبالتالي هو سبب آخر يجعل أصحاب هذا الرأي من الحنفية لا يفرقون بين الباطل والفاسد.

<sup>1</sup> ابن نجيم، المرجع السابق، ص 290 و 291.

**والرأي الثاني:** يضعون فرقا بين الباطل والفساد في عقد الزواج، وجعلوا لكل سبب وراء البطلان والفساد أحكاما فمثلا زواج المسلمة من غير المسلم هو زواج باطل، والجمع بين الأختين هو زواج فاسد<sup>1</sup>.

والنكاح الفاسد يكون على ثمانية أوجه إذا كان بين المحرمات المؤبدة، إذا كان بين المحرمات المؤقتة، إذا تم بدون وجود الشاهدين، إذا أبرم العقد من قبل الصغير أو المجنون أو العبد أو صغيرة أو مجنونة أو أمة لأنهم يحتاجون هم لأولياء لإبرام تصرفاتهم، إذا كان تحت وطأة الإكراه إلا أن بعض الحنفية منهم أبو حنيفة أجازوا زواج عن كره، إذا كان مقترنا بأجل في معنى المتعة، ففي قول أبو حنيفة فاسد وفي قول زفر النكاح جائز والشرط فاسد، إذا كان بغير ولي، ولا يترتب على النكاح الفاسد عندهم شيء قبل الدخول، وتترتب عليه خمسة حقوق بالدخول وهي حرمة المصاهرة، الصداق المسمى من صداق المثل، ثبوت النسب لزوم العدة، حرمة الجمع مادامت العدة قائمة<sup>2</sup>.

#### -الفرق بين النكاح الصحيح والفساد عند الحنفية

إذا تمالفت بين الزوجين في الزواج الفاسد قبل الدخول، فلا تستحق المرأة في هذه الحالة الصداق إلا أن يكون مسمى، أما في الزواج الصحيح فيجب لها نصف الصداق إذا كان مسمي في الخلوة في النكاح الفاسد لا يلزم شيء بدون دخول وفي النكاح الصحيح يلزم الصداق كاملا في قول أبي حنيفة، بخلاف قول الشافعي الذي لا يلزمه. إذا فرق بين الزوجين في النكاح الفاسد بعد الدخول يكون للمرأة صداق المثل، دون تسمية أما إذا كانت تسميته فيكون أقل من المثل، أما في الزواج الصحيح يكون لها الصداق المسمى.

في الزواج الفاسد لا يلتزم الزوج بنفقة العدة ولا بالسكن، أما في الزواج الصحيح فيلتزم بالأميرين

<sup>1</sup> -بوكان أبوبكر كريم، نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية-دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، ط1، القاهرة، 2012، ص 77.

<sup>2</sup> أبو الحسن علي بن الحسينين محمد السغدني حنفي، كتاب النتنف في الفتاوى، ج1، دار الفرقان، تحقيق المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، عمان، الأردن، بيروت، لبنان، 1984-1404، ص267-266.

في النكاح الفاسد إذا مات الزوج قبل الدخول فلا تجب العدة على الزوجة، أما في الزواج الصحيح فتجب العدة كما أن بعض الفقه أوجبها في كلتا الحالتين، فإذا تم التفريق بين الزوجين في الزواج الفاسد قبل الدخول فلا تجب حرمة المصاهرة، أما في الزواج الصحيح فتجب حرمة المصاهرة<sup>1</sup>.

### ثالثا: الشافعية

الشافعية لم يفرقوا بين الفاسد والباطل عموما، إلا أنهم استثنوا بعض الأمور فرقوا فيها بين هذين المصطلحين مثل الزواج بلا شهود عندهم زواج فاسد لأن في تعريفهم للفاسد يقولون أنه هو الذي لم يتفق على بطلانه فإذا اتفقوا على بطلان كان النكاح باطلا، أما في حالة الاختلاف بين الصحة والفساد والبطلان عدوه فاسدا<sup>2</sup>.

### رابعا: الحنابلة

والحنابلة أيضا لم يفرقوا بين الباطل والفاسد وجعلوهم مترادفين، غير أنهم فرقوا بين نوعين من الزيجات، الأول زواج اتفقوا على بطلانه؛ وهو زواج باطل اتفقوا فيه على البطلان والثاني زواج اختلفوا في بطلانه، وسموه بالزواج الفاسد واختلفوا في فساده. ولهذا الأخير آثار مختلفة عن النوع الأول أي الزواج المجمع على بطلانه فيعتبر الزواج الفاسد المختلف فيه كالزواج الصحيح من حيث آثاره، فيترتب عليه أحكام الصحيح من وقوع الطلاق ووجوب عدتي الطلاق والوفاة ووجوب الصداق المسمى. أما إذا لم يسمى فيحدد لها صداق المثل. ويختلفون في جزئية مع الحنفية الذين يقولون بأن الخلوة لا توجب الصداق في الزواج الفاسد، وخالفهم في قولهم هذا الشافعية والمالكية بأن قالوا أن الخلوة لا توجب الصداق لا في زواج فاسد ولا في زواج صحيح، والمعيار الذي يفرقون به بين العقد الفاسد والعقد الباطل هو أن الزواج الفاسد وما اختلف فيه الفقه ويسوغ فيه الاجتهاد ويثبت فيه أحكام الصحيح، أما الباطل فهو ما اجتمعوا على بطلانه ولا يترتب عليه أحكام الصحيح<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد السغدري، التنف في الفتاوى، المرجع السابق، ص 273.

<sup>2</sup> بوكان أبو بكر كريم، المرجع السابق، ص 75.

<sup>3</sup> بوكان أبو بكر كريم، المرجع نفسه، ص 76.

و عليه، يختلف مفهوم البطلان في العقود في القانون عن مفهومه في الفقه الإسلامي وكذلك تقسيماته وأنواعه في الفقه الإسلامي لا نجد ما يقابلها في فقه القانوني<sup>1</sup>. فإذا كان القانون قد وضع أحكاما عامة لعيوب الإرادة ووحيد جزاءها، والفقه الإسلامي جعل لكل حالة جزاءها، فما هو أثر عقد الزواج المشوب بإحدى عيوب الإرادة أمام هذا الاختلاف؟.

### المطلب الثالث

#### مدى تأثير عيب الغلط على عقد الزواج

بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد تكلم عيب واحد من عيوب الإرادة وهو عيب التدليس للقيام بحق التعدد وعليه فإنه لا توجد نصوص كافية تنظم هذا الموضوع، بخلاف مدونة الأسرة المغربية فقد نص المشرع المغربي على عيب الإكراه والتدليس أين خصص لهم عدة نصوص قانونية تحكم موضوع هذه العيوب في الزواج.

بالنسبة للغلط فهو عيب مؤثر في عقد الزواج، لكن يمكن استبعاده عند دراسة العيوب المؤثرة في عقد الزواج ذلك أن طبيعة عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، تتطلب إبرامه لدى الضابط المكلف بإبرام عقود الزواج، وعليه فإمكانية وقوع الزوجين أو أحدهما في غلط أثناء إبرام عقد الزواج وفي مجلس واحد مستبعدة.

غير انه قد نقول بوجود حالات الغلط عند إبرام عقد الزواج طالما أن باب الزواج الشرعي لا يزال مفتوحا ومشروعا بنصوص القانون، ومعنى هذا القول أن المشرع الجزائري لا يزال يعترف بالزواج العرفي أو بالأحرى الشرعي الذي يقوم بأركانه وشروطه ولكن دون اللجوء للإجراءات الشكلية بداية من الفحوصات الطبية إلى حين إبرامه لدى الضابط المخول له قانونا، ففي هذه الحالة قد يتصور عيب الغلط إذ قد يقع أحد أطراف عقد الزواج في عيب الغلط بشتى حالاته، بخلاف عقد الزواج المبرم أمام ضابط الحالة المدنية أين يتم التحقق من جميع الأمور التي قد تجعل أطراف العقد يقعون في عيب الغلط.

<sup>1</sup> أبو القاسم بن زين، المرجع السابق، ص 103.

## الفرع الأول

## مفهوم عيب الغلط في عقد الزواج

إذا كان الفقه الإسلامي قد فصل في أحكام الإكراه والتدليس -أو التغيرير- ولو في نصوص متفرقة إلا أننا وجدنا في المقابل أن عيب الغلط لم يحض بالعناية ودراسة المتعمقة، وذلك راجع لأن أحكام الشريعة الإسلامية ذات نزعة موضوعية تهدف إلى استقرار المعاملات في حين أن فكرة الغلط ذات طابع نفسي وشخصي، فبينما أن عيبي الإكراه والتدليس لهما وجود مادي بحيث يمكن التحقق منهما ومن ثم معرفة إذا كانا مؤثرين على إرادة المتعاقد أم لا. فإن الغلط كعيب لا يمكن تحسسه ماديا فهو مجرد تصور خاطئ يولد في ذهن المتعاقد، لكن ما يمكن الإشارة إليه أنه وبالرغم من عدم وجود نظرية كاملة وشاملة لعيب الغلط في الفقه الإسلامي، فهذا لا يعتبر نقصا فيه، فيمكن أن نلمس حماية الإرادة من عيب الغلط يمكن أن نستشفها من دراسة خيار الرؤية وخيار الوصف وخيار العيب في الفقه الإسلامي والتي تقوم مقام فكرة الغلط في القانون الوضعي<sup>1</sup>. ومن خلال هذا الفرع سيتم دراسة أحكام عيب الغلط من تعريف وأنواع وشروط فقها وقانونا .

## أ/- تعريف الغلط

هو " أمر نفسي تلقائي، يقوم على توهم يخالف الحقيقة، لا يتماشى مع ما يسود في الشريعة الإسلامية من نزعة مادية موضوعية، فالشريعة تغلب ما يظهر للناس على ما يخفى عنهم استقرارا للمعاملات، ذلك لأنه وهم يخالف الحقيقة"<sup>2</sup>. وبمعنى آخر هو "توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعا فيحمله ذلك على إبرام عقد لولا هذا التوهم لما أقدم عليه"<sup>3</sup>.

نظم المشرع الجزائري عيب الغلط من خلال المادة 3/2/82، كما تناول المشرع المغربي الغلط كعيب من عيوب الإرادة من خلال الفصل من 40 إلى 45 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، ولم يحدد تعريفا له وإنما اكتفى بتحديد حالاته.

<sup>1</sup> أنور أحمد، المرجع السابق، ص 107.

<sup>2</sup> سليمان الجروشي، المرجع السابق، ص 138.

<sup>3</sup> محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 182.

## ب/- شروط الغلط

لا يكفي لأن يقع الشخص في غلط لكي يطالب بإبطال العقد، إنما لابد من توافر شروط وهي في القواعد العامة تتمثل في اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر، وأن يكون المتعاقد الذي وقع في الغلط حسن النية.

أما الفقه الإسلامي فقد فرق بين ثلاثة أنواع للغلط: الغلط الذي يمنع انعقاد العقد مؤدياً إلى بطلانه بطلاناً مطلقاً؛ لأن هذا الغلط يعدم الرضاء أصلاً، والغلط الذي لا يؤثر في صحة العقد فلا يعدمه ولا يعرضه لقابلية الإبطال، أما النوع الثالث فهو الذي يؤثر في الرضاء فيعيبه دون أن يعدمه ومن ثم يجعل العقد قابلاً للأبطال.

ومن أمثلة الغلط أن يقوم الرجل بالزواج من امرأة ظنا منه أنها بكر، فتظهر بعد ذلك أنها ثيب، أو أن يشترط فيها صفة فيجدها عكس ذلك كأن يشترط أن تكون طويلة فيجدها قصيرة أو أن يشترطها بيضاء، فيتم زواجه من سوداء، وقد اختلف العلماء في أمثال هذه المسائل على قولين:

**القول الأول:** لا خيار للزوج لأنه لا يرد فيه بعيب، فلا يرد منه بمخالفة الشرط، وممن أُلزم الزوج من هذه صفتها الثوري، والشافعي، والحنفية وأكثر المالكية<sup>1</sup>.

**القول الثاني:** وهو قول الشافعية<sup>2</sup>، له الخيار لأنه شرط صفة مقصودة، فبان خلافها فيثبت له الخيار.

**القول الثالث:** وهو قول أبي ثورأن له الرد إن كان فيه اختلاف وما رجحه الفقه هو القول الأول وهو مذهب إليه المالكية كما نقل عنهم في التاج والإكليل وهذه المسألة مهمة وواقعية والتي كثيراً ما تحدث بسببها خلافات<sup>3</sup>.

## ج/- أنواع الغلط

ينقسم الغلط بالنظر إلى معيار تأثيره في القانون وفقاً لنظريتين تقليدية وحديثة، أما النظرية التقليدية فتعود للقانون الروماني، والتي حصرت أنواع الغلط في ثلاثة أنواع:

<sup>1</sup> محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، مطبعة الأزهرية، مصر، 1934، ص277.

<sup>2</sup> شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج4، دار الكتب العلمية، لبنان، 1993، ص25.

<sup>3</sup> نور الدين أبولحية، عقد الزواج وشروطه، المرجع السابق، ص93.

**النوع 1:** غلط مانع من الرضا هو الذي يعدم الإرادة ويبطل العقد. طبقا للنظرية التقليدية في الفقه الفرنسي، يقع الغلط المانع في ماهية العقد كما إذا قام شخص بإقراض شخص آخر نقود، ويظن هذا الأخير أنه قد أعطاه هبة، كما قد يقع الغلط المانع في ذاتية المحل ومثاله أن يقوم الشخص ببيع أحد المنزلين الذان يمتلكهما فيختلط الأمر على المشتري فيعتقد أنه يشتري المنزل الأخر كما قد يقع الغلط المانع في السبب ومثاله أن يتفق الورثة مع الموصي لهم على قسمة العين الشائعة بينهم ثم يتضح أن الوصية باطلة، من الأمثلة السابقة يظهر أن هذا النوع من الغلط لا يعيب الإرادة وإنما يعدمها ففي ما سبق من الأمثلة لم نلاحظ توافق إرادتين، (وهذا يحيلنا إلى ما قلناه سابق في عنصر اختلاف بين العبارة والإرادة<sup>1</sup> على عنصر من العناصر الأساسية للعقد (ماهية العقد، المحل، السبب)، فالتراضي من الأساس غير موجود والعقد منعدم وباطل، وهذا العيب مستبعد من الدراسة إذ أنه غير معيب للإرادة<sup>2</sup>. فهو غلط يمنع انعقاد العقد فقد يقع في ماهيته أو طبيعته أو محله، ومثاله في الزواج أن تنصرف إرادة احد الأطراف إلى إبرام عقد الزواج فيما تنصرف إرادة الآخر إلى إقامة علاقة حرة.

**النوع 2:** غلط غير مؤثر في الرضا وهو غلط لا يتعلق بالإرادة ومن ثمة لا يعيب الإرادة بحيث لا يقع على أمر جوهري ذا اعتبار عند طرفي العقد.

**النوع 3:** غلط يؤثر في الرضا وهو الغلط الذي يعيب الإرادة ولا يعدمها، أما النظرية الحديثة فيعود فضل ظهورها للقضاء الفرنسي الذي رأى أن النظرية التقليدية هي نظرية جامدة لا تتماشى والتطور الدائم للمعاملات المالية ووفقا لهذه النظرية تم تقسيم الغلط لـ 05 أنواع مختلفة:

**النوع 1:** الغلط في صفة الشيء إذا كانت جوهريّة في اعتبار المتعاقدين.

**النوع 2:** الغلط في الشخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار.

**النوع 3:** الغلط في المحل.

**النوع 4:** الغلط في الباعث للتعاقد أو الدافع له.

<sup>1</sup> أنظر سابقا من هذه الدراسة، ص 39.

<sup>2</sup> أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 290.

النوع 5: الغلط في القانون<sup>1</sup>.

ساير القانون الجزائري النظرية الحديثة في الغلط فأهمل الغلط المانع للرضا، واقتصر على الغلط الذي يعيب الإرادة ويؤدي إلى قابلية العقد للإبطال وهدم الحاجز ما بين الغلط المؤثر والغير مؤثر إذ لم يعتمد بصدد هذا إلى أن يحدد سلفا وبطريقة مادية حسابية الحالات التي يكون الغلط فيها مؤثرا وتلك التي يقع فيها غير مؤثر بل اكتفى بوضع معيار عام ذاتي مرن يمكن تطبيقه على الحالات المتنوعة أساسه جسامة الغلط ومدى تأثيره على المتعاقد. فإذا كان الغلط جسيما بحيث لو علمه المتعاقد لإمتنع معه على إبرام العقد معه عن إبرام العقد اعتبر الغلط جوهريا وعاب الإرادة وإلا فلا وذلك في جميع الحالات تبعا لملازمات كل حالة وظروفها الخاصة<sup>2</sup>.

وعليه فإن الغلط المعيب للإرادة في القانون الجزائري هو ذلك الغلط الذي يقع في تكوين الإرادة لا في نقلها ولا في تفسيرها<sup>3</sup>، ولا يعدم الإرادة وإنما يعيبها. وتجدر الإشارة قد تعدم الإرادة إذا وقع الغلط على ركن من أركان العقد، فإذا وقع عيب الغلط في ركن من أركان العقد كالمحل أو السبب بصفة مباشرة انعدم معه التراضي.

كما أنه لا بد أن يكون جوهريا حتى يعيب الإرادة<sup>4</sup>. ويكون كذلك في القواعد العامة، إذا كان هو السبب الذي دفع الشخص إلى إبرام العقد وقد نصت المادة 81 من القانون المدني على أنه يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله". وقد عرفت المادة 82 من نفس القانون الغلط الجوهرى بقولها " يكون الغلط جوهرى إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط". وعليه، فإن معيار تحديد ما يعد غلطا جوهريا هو معيار ذاتي يتعلق بالمتعاقد الذي وقع في الغلط، فإذا كان هذا الغلط هو من دفعه إلى التعاقد كان الغلط جوهريا وللغلط الجوهرى عدة حالات عددها المشرع من خلال المادة 82 ويكون الغلط جوهريا في عقد الزواج إذا وقع في صفة جوهرية في المتعاقد.

<sup>1</sup> حافظ مجّد، عيب الغلط في القانون دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى، المجلة الدولية لنشر البحوث والدراسات، مجلد3، ع 34، 20 أوت 2022، ص11.

<sup>2</sup> مجّد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 24.

<sup>3</sup> أما الغلط الذي يقع في نقل الإرادة وهو ما يجعلها على غير وجهها، وقد سماه الفقيه السنهورى بأنه الغلط في النقل، أما الغلط في التفسير فهو هو غلط يقع فيه من توجهت إليه بغير حقيقتها الأصلية، أحمد السنهورى، المرجع السابق، ص 291.

<sup>4</sup> أحمد السنهورى، المرجع نفسه، ص 293.

ومثاله في عقد الزواج كمثل من قال زوجتك ابنتي واكتفى ، وله عدة بنات ولم يميز من أراد تزويجها<sup>1</sup>.

## د/- حالات عيب الغلط في الفقه الإسلامي:

عيب الغلط قد يكون نفسياً داخلياً في ضمير العاقد، وهو ما يسمى بالغلط الباطني، وقد يكون ظاهراً واضحاً لأن في صيغة التراضي ما يدل عليه وهو ما يسمى بالغلط الظاهري ويقسم لمجموع أقسام.

### 1/- الغلط الباطني:

هو "الغلط الذي يستتر في نفس العاقد دون أن يفصح عن قصده دلالة أو صراحة، بمعنى أن العاقد توهم محل العقد على غير صفته وعلى غير ماهيته ولا يوجد ما يدل على توهمه"<sup>2</sup>، ومثاله: كأن يشتري خاتماً معتقداً أنه من الذهب فيظهر أنه من الفضة المموهة بالذهب أو من النحاس. وهو ينطبق على القاعدة الفقهية القائلة: "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني" فلا يمكن للعبارة الارتكاز على النوايا. بالنسبة للغلط الباطني؛ لم يلتفت فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذا النوع من الغلط فهو لا حكم له عندهم ولا أثر يترتب عليه وذلك لسببين:

**السبب الأول:** أن الإرادة مادامت حبيسة نفس صاحبها؛ بحيث لم يصاحبها من الدلائل والقرائن ما يكشف عنها فلا يضاف إليها حكم، **والسبب الثاني:** وهو نتيجة للسبب الأول فالعبرة عند فقهاء الشريعة الإسلامية في العقود بوجه عام هي بما يدل على النية من الألفاظ وما في معناها أي العبرة بالإرادة الظاهرة، وما دام لم يوجد في الصيغة لفظ يختلف معناه مع الواقع.

ولا خلاف بين الفقهاء في أن الغلط الباطني لا يؤثر في انعقاد العقد وصحته؛ لأن العبرة بالعبارة أو ما يقوم مقامها دون نوايا المستتر الخفية التي لا يدل عليها دليل.

<sup>1</sup> عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، ص 109.  
<sup>2</sup> ياسين محمد الجبوري، الصواب الموضوعية للكشف عن الغلط الجوهرية في العقد ومدى اتصاله بعلم الآخر في القانون المدني الأردني، مجلة الحقوق، عدد 1، 2012، ص 346.

## 2- عيب الغلط الظاهري

## 1.2 تعريف عيب الغلط الظاهري

وهو توهم يقوم في النفس ويرد في صيغة العقد ما يدل على ذلك كما سبق ذكره، كمن يقول اشتريت منك هذه القطع من الذهب بثمن كذا فيرد المتعاقد الآخر بعبارة قبلت، ثم يظهر أنها قطع من النحاس، وليتبين لنا حكم الغلط في هذا المثال، لا بد من الرجوع لنوع الغلط الظاهري أو لأقسام الغلط الظاهري<sup>1</sup>.

## 2.2 أقسام عيب الغلط الظاهري

**الغلط في ذات أو جنس المعقود عليه:** هو أن يظن العاقدان أن المعقود عليه من جنس معين فإذا به من جنس آخر كأن يشتري شخص حليا على أنه ذهب فيتبين انه نحاس، وحكمه أنه باطل من أساسه لفوات محل العقد الذي يريده المشتري فيكون عقدا على معدوم والعقد على معدوم باطل وهو نفس الحكم الذي يأخذه المثال السابق الخاص بالقطع الذهبية الذي تبين أنها نحاسية.

**الغلط في وصف مرغوب فيه:** وهو أن يظهر المعقود عليه كالوصف الذي أراده العاقد، ثم يتبين أنه مخالف للوصف المشروط صراحة أو دلالة كأن يشتري شيئا بلون أسود فإذا هو رمادي أو شاة على أنها حلوب وإذا هي غير حلوب وحكم الغلط المشتمل على غلط في الوصف، هو أنه غير لازم بالنسبة لمن وقع الغلط في جانبه أي أن له خيار بين إمضاء العقد وفسخه لفوات الوصف المرغوب فيه المؤدي لاختلال الإرادة إذا كان العقد قابلا للفسخ أما العقود التي لا تقبل الفسخ كالزواج فإنه يقه العقد منها عند الحنفية لازما أي لا يجوز نقضه بسبب فوات الوصف المرغوب وقال الإمام أحمد: يثبت خيار الفسخ بفوات الوصف المرغوب في عقد الزواج أيضا كمن يتزوج امرأة جميلة فإذا هي دميمة أو متعلمة فإذا هي جاهلة فيثبت حق الفسخ ولا مهر للمرأة إن حدث فسخ قبل الدخول أو بعد الدخول. وكان التغرير من المرأة نفسها فان كان التغرير من غيرها رجع الزوج على ذلك بما دفعه للمرأة. وبالنسبة لحكم الغلط الظاهري، فيكون بحسب أقسامه فإن كان في الجنس أبطل العقد وإن كان في الوصف جعل العقد موقوفا قابلا للفسخ ممن قام فيه الغلط<sup>2</sup> وهو

<sup>1</sup> ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 346.

<sup>2</sup> [www.alukah.net/sharia](http://www.alukah.net/sharia)، مقال أركان العقد، 2023/01/19، 20:22.

المعتبر عند الفقه الإسلامي ويثبت عليه خيار للعاقدة الذي وقع في الغلط، وذلك بعد أن يتبين الغلط فهذا العاقدة بعد ذلك بالخيار بين فسخ العقد أو إمضائه أي إجازته فالعقد مع هذا الغلط صحيح لكنه غير لازم من جانبه: فإن شاء أجازته وإن أبي الإجازة عمل على فسخه.

### هـ- أثر عيب الغلط على عقد الزواج

لقد سبقت الإشارة لأن الغلط هو عيب مؤثر في عقد الزواج قد يؤدي إلى اختلال الرضا فيه إلا أنه قليل الوقوع في حالات التي يتم فيها احترام الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج للأسباب السالف ذكرها لهذا سيتم دراسته تحت هذا الفرع في الحالات التي قد يتصور وقوع أطراف عقد الزواج فيه.

## الفرع الثاني

### العيوب غير المؤثرة في إبرام عقد الزواج

لا يؤثر كل من عيب الاستغلال والغبن لطابعهما المادي، أو لأنهما لا يتصوران إلا في العقود المادية، ولشرح وفير كان لزاما علينا ذكر مفهومهما وبعض أحكامهما لتبيان عدم تأثيرهما على عقد الزواج.

### أولاً: مفهوم عيب الغبن والاستغلال:

إن كل من عيب الغبن والاستغلال ينفرد الأول عن الآخر في تعريفهم في أن الاستغلال يقع على جميع التصرفات في حين أن الغبن لا يكون إلا في المعاوضات دون التبرعات ومن خلال مايلي سيتم دراسة مفهومهما بشيء من التفصيل.

### أ/- تعريف الغبن والاستغلال:

1/- الغبن: "هو عدم تعادل في الإلتزامات، فهو بذلك المظهر الخارجي للاستغلال وهو عيب في محل العقد لا في الإرادة"<sup>1</sup>.

2/- الاستغلال "هو أن يتعمد شخص إلى أن يفيد من ناحية من النواحي الضعف الإنساني يتلمسها في آخر فيجعله يرم تصرفا معيناً للحصول على مزايا لا تقبلها منفعة لهذا الأخير أتفاوت

<sup>1</sup>فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص96.

مع هذه المنفعة تفاوتاً غير مألوف<sup>1</sup>، إذن فهو استغلال أحد أطراف العقد، حالة ضعف الطرف الآخر والذي يسمى المغبون في هذه الحالة، والذي يعتبر ضحية تلك الحالة التي وجد فيها واستغلها الطرف الآخر، كحالة الطيش البين، أو الهوى الجامح.

وقد تناول المشرع الجزائري عيب الغبن والاستغلال من خلال المادة 90 من القانون المدني والتي نصت في فقرتها الأولى على أنه يجوز للشخص الذي تبين أنه غبن من خلال تعاقدته وأن الشخص الغابن إستغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً لدفعه إلى إبرام العقد والتي لولاها لما أبرم المغبون هذا العقد فله إبطاله أو أن يطالب بإنقاص إلتزامات العقد وعليه، ومن خلال التعريفات السابقة، فإن الغبن والاستغلال يختلفان من خلال عدة نقاط وهي أن الاستغلال يقع في جميع التصرفات على خلاف الغبن الذي يكون في المعاوضات دون التبرعات. والعبرة في الغبن بالمعيار المادي على خلاف الاستغلال الذي يقوم على المعيار النفسي. كما أن دعوى الاستغلال تقوم هي الأخرى على الأساس النفسي أين يقوم المدعي فيها بأنه كان ضحية طيش بين أو هوى جامح وغيرها من الأمور التي تدخل في مفهومهما، على خلاف دعوى الغبن التي يتحتم فيها على المدعي إثبات عدم التعادل بين المبيع والتمن أي أنه قائمة على الأساس المادي<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة هنا وتأكيداً أن المشرع المغربي قد ذكر الغبن من خلال الفصلين 55 و56 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي كما سبق ذكره، وقد وضع من خلالها قاعدة عامة أن " الغبن المجرد لا يبطل العقد" ومعنى ذلك أن الغبن لا بد أن يكون مقروناً بعيب التدليس لكي يحق للمغبون طلب إبطال العقد، وقد جاء في الفصل 56 منه على الاستثناء الذي يقضى بأن الغبن المجرد يخول إبطال العقد. وذلك في حالة كان القصر أو ناقص الأهلية هو ضحية الغبن. ومن هنا يتضح أن المشرع المغربي لم يجعل الغبن عيباً مستقلاً وقعا في العقد مثل سائر العيوب الأخرى كالغلط والتدليس والإكراه وإنما اعتد به فقط لأن إرادة المغبون جاءت معيبة للتدليس. وقد خالف بذلك ما جاءت به التشريعات العربية من بينها المشرع الجزائري وكذلك بالنسبة للغبن الاستغلالي لم ينص عليه صراحة وإنما جاء بصفة غير مباشرة وفي حالات عددها من خلال الفصل 54 أين خول للقاضي إمكانية إبطال العقد إذا طلب منه، وإذا أبرم العقد في حالة مرضية بحيث لم يكن في

<sup>1</sup> محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 90.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، نظرية العقد...، المرجع السابق، ص 255.

استطاعته تقدير أموره تقديرا صحيحا ، كما له أن يبطل العقد في الحالات المشابهة هذه الحالة أين يكون فيها المتعاقد ضحية استغلال نتيجة ضعف تفكيره وسوء تقديره للأمر<sup>1</sup>.

## ب/- أنواع الغبن وعناصر الاستغلال

### 1/- أنواع الغبن وحالاته في القانون المدني الجزائري

بالنسبة لأنواع الغبن فتمثل في:

-**الغبن اليسير:** هو ما يدخل تحت تقويم المقومين وذلك في حدود 10 بالمائة.

-**الغبن الفاحش:** وهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، وقد حددته المادة 165 من مجلة الأحكام العدلية بنصف العشر في العروض، والعشر في الحيوانات، والخمس في العقارات<sup>2</sup>.

أما عن حالاته، فقد نص المشرع الجزائري عن عدة حالات منها ما نصت عليه المادة 415 من القانون المدني الجزائري الخاصة بالمقايضة، والمادة 732 الخاصة بالقسمة حيث أطي المشرع من خلال هذه المواد حق التقاضي بدعوى الغبن للمغبون لرفع الغبن عنه سواء بانقاص الالتزامات أو الإبطال.

### 2/- عناصر الاستغلال

يشترط لقيام عيب الاستغلال شرطين أساسيين وهما: **العنصر المادي** وهو ما تحدثت عنه المادة 01/90 من القانون المدني الجزائري، عن تفاوت الالتزامات و**العنصر النفسي** هو ذلك الضعف الذي يستغله أحد أطراف العقد ويستفيد منه، ويتمثل هذا الضعف طبقا لنص المادة 90 بالطيش البين أو الهوى الجامح.

### ثانيا: حكم وجزاء الغبن والإستغلال:

بمقتضى المادة 90 من القانون المدني الجزائري يمكن للمتعاقد الذي وقع فيه المطالبة بإبطال العقد أو انقاص إلتزاماته ، وذلك خلال سنة من تاريخ العقد وهي مدة سقوط حقه في ذلك لا مدة التقادم، وعليه فإن للمغبون حقين الأول يتمثل في دعوى الإبطال والثاني دعوى الإنقاص،

<sup>1</sup>مصطفى الخطيب ، المرجع السابق، ص 109 إلى 113.

<sup>2</sup>سليمان الجروشي، المرجع السابق، ص 143.

وفيها ينقص القاضي الإلتزامات عن المغبون، لتبقى السلطة التقديرية للقاضي في رفع الغبن بما يراه مناسباً.

وبهذا يكون عيب الغبن بعيد كل البعد عن إبرام عقد الزواج فلا يتصور وجوده في مثل هذا العقد باعتبار أن هذا العيب لا يقع إلا على عقود المعاوضة والتي تتسم بالطابع المادي الغالب عليه.

وعليه؛ فإن عيب الغبن والاستغلال لا يؤثر لا في الزواج ولا في الطلاق، لذا نجد أن المشرع الجزائري ولا حتى المغربي لم يتم النص عليهما ولا حتى بصفة غير مباشرة ، وبهذا يتفقان والفقهاء الإسلامي الذي هو أيضا أخرج هذين العيبين من دائرة الزواج والطلاق.

# الفصل الثاني

## عيب التدليس

يؤثر عيب الإرادة إذا وجد في العقود عامة وفي عقد الزواج بصفة خاصة باعتباره الميثاق الغليظ، وباعتباره أيضا الوسيلة الأساسية لبناء المجتمع وتكوين الأسر، فصلاحه من صلاح المجتمع فأى تأثير بهذا العقد بشكل أو بآخر يؤثر في الأسرة والمجتمع مستقبلا، ولأجل هذه الأسباب فإن النظام القانوني والتشريعي يقوم على ضبط السلوك الإنساني من خلال وضع قواعد قانونية تنظم هذا السلوك، وبشأن التراضي وسلامته من العيوب في عقد الزواج فقد عمدت عدة تشريعات إلى وضع نصوص خاصة على غرار المشرع المغربي الذي بالرغم من أنه ذكر مادة عيوب الإرادة في قانون الالتزامات والعقود المغربي، إلا أن هذا لم يمنع من تخصيص نصوص تحمي الأزواج عند إبرامهم لعقد الزواج لاسيما فيما يتعلق بعيب الإكراه والتدليس، وذلك على خلاف المشرع الجزائري الذي لم يذكر عيوب الإرادة في قانون الأسرة الجزائري التي يمكن أن تقوم أثناء إبرام عقد الزواج، ولهذا الأسباب تم تخصيص هذا الفصل أحكام عيب التدليس في عقد الزواج وبالرجوع لأحكامه في القواعد العامة في القانون المدني، ليطمئنه دراسة أحكام عيب الإكراه في الفصل الذي يليه. و سيتم ذلك على ضوء ما جاءت به مدونة الأسرة المغربية ومقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري.

## المبحث الأول

### الأحكام العامة للتدليس في عقد الزواج

وبالرجوع لعيب التدليس فإنه " في مقولة للفقهاء الفرنسيين لوازيل Loisel المشهورة في الفقه الفرنسي القديم، والتي مفادها أن الحيل من مقتضيات الزواج؛ لا تنسجم أصلا مع طبيعة عقد الزواج الذي يقوم على الصدق والصراحة والأمانة والتعاون والمواصلة، سواء عند تنفيذه، أو حتى خلال مرحلة السابقة على إبرام العقد أي فترة الخطبة أو الوعد بالزواج والتي يلعب مبدأ حسن النية دورا بارزا في مجاله"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 214.

فالتدليس عيب من عيوب الإرادة، والذي يجيز للمتعاقد الذي شاب إرادته أن يبطله، وكغيره من العيوب للتدليس وجهان وجه عدم الإرادة ويبطل العقد بطلانا مطلقا والوجه الآخر يعيب الإرادة ويجعل العقد قابلا للإبطال.

## المطلب الأول

### مفهوم التدليس: le dol

قبل الخوض في موضوع التدليس لا بد من الإشارة إلى أن التدليس هو مصطلح مستعمل لدى الفقه المالكي والشافعي وعند الحنابلة بينما يستعمل الفقه الحنفي مصطلح التغيرير، وبالرغم من وجود اختلاف بين المصطلحين.

وهذا ما سيتم دراسته لاحقا- إلا أنهما يؤديان نفس الغرض، فمن خلال دراستنا سيتم استعمال المصطلحين لمعنى التدليس والغش في الزواج (الفرع الأول)، ثم الشروط الواجب توافرها لقيامه والعناصر التي يقوم عليها (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### مفهوم التدليس وعلاقته بعيب الغلط في عقد الزواج

في التعاقد قد يقوم أحد المتعاقدين باستعمال حيل وأمور احتيالية لدفع الطرف الآخر للتعاقد وهو ما سمي بالتدليس قانونا وهو كذلك ما أطلق عليه بعض الفقه الإسلامي بالتغيرير (أولا). كما قد يقوم أيضا في التعاقد طرف بتغليب الطرف الآخر لدفعه كذلك للتعاقد وهو ما يدخل أيضا في مفهوم التدليس، ومن هنا يظهر أن مفهوم التدليس قد يتداخل ومعنى الغلط إلا أنهما عيبان مستقلان عن بعضهما وهو ما سيتم تبيانه في النقطة الموالية (ثانيا).

### أولا: تعريف التدليس لغة

تدليس: كلمة " أصلها الاسم (تدليس) في صورة مفرد، وتدليس مصدر دلس<sup>1</sup>، والتدليس من "دلس: الدَّلسُ، بالتحريك: الظلمة. وفلان لا يُدالسُ ولا يُوالسُ أي لا يخادع ولا يغدر والمُدالسة:

<sup>1</sup> معجم العاني الجامع، [www.almaany.com](http://www.almaany.com)، 2003/12/15، 23:10.

المخادعة . وفلان لا يدالسك لا يخادعك ولا يخفي عليك الشيء فكأنه يأتيك به في الظلام وقد دالس مُدالسَة ودلاساً ودلّس في البيع وفي كل شيء إذ لم يبين عيبه، وهو من الظلمة. والتدليس في البيع : كتمان العيب" <sup>1</sup>.

### ثانيا: تعريف التدليس اصطلاحا

يعرف التدليس اصطلاحا بأنه "استعمال أحد طرفي العقد طرقا احتيالية بصورة تؤدي إلى إيهاام الطرف الآخر مما يدفعه إلى التعاقد<sup>2</sup> ومثاله أن يقوم البائع بتدليس وإخفاء العيب لبيع سلعته للمشتري.

أما بالنسبة للفقهاء الإسلامي فقد ميز التدليس بتعريف خاص إذا شاب عقد الزواج وذلك لخصوصية هذا العقد عن باقي العقود الأخرى، كما عمل الفقهاء على إضافة أحكام وقيود لجعل أحكام عيب التدليس تتفق معه، وعليه، يمكن تعريف التدليس في عقد النكاح بأنه "استعمال وسائل احتيالية قوليه كانت أو فعلية من قبل أحد الزوجين أو أوليائهم أو من الغير لخداع الطرف الآخر وحمله على إبرام عقد النكاح، بما لم يكن يرضى به لولا هذه الوسائل الاحتيالية"<sup>3</sup>.

### أ/-تعريف التدليس في القانون الجزائري

بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يعرف عيب التدليس حيث ترك هذا الأمر للفقهاء، ويعرف التدليس عند رجال القانون بأنه: "استعمال طرق احتيالية من شأنها إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- فيصل بن عبد الله، التدليس في الزواج وعقوبته، مذكرة ماجستير، تخصص سياسة جنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2012، ص 7.

<sup>2</sup>إبن منظور، لسان العرب، ج6، المرجع السابق، ص86.

<sup>3</sup>عزة خديجة، حكم التفرير في عقد النكاح- دراسة فقهية مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي الإندونيسي، بحث للحصول على الدرجة الجامعية الأولى، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة شريف هداية الله الإسلامية الحكومية جاكارتا، 2020، ص25.

<sup>4</sup> معجم القانون، باب الثاني، القانون المدني، ص 69.

وقد عرفه بعض الفقه الآخر بأنه "استعمال طرق احتيالية خارجية يقوم بها أحد المتعاقدين ضد الآخر للتأثير عليه وحمله على التعاقد نتيجة وهم ولد في ذهنه وذلك بتصوير الأمر له على غير وجهه الحقيقي"<sup>1</sup>.

وبالرجوع لقانون الأسرة المعدل، نجد أن المشرع أيضا لم يتعرض لعيب التدليس صراحة وبالتفصيل، إلا أنه تكلم عنه في الحالة التي يقدم فيه الزوج على الزواج مرة ثانية بأن يخفي هذا الزواج تدليسا منه على الطرف الآخر، فبموجب نص المادة 8 مكرر أعطى للمرأة حق طلب التتطبيق إذا كانت ضحية تدليس من قبل الزوج، الذي تزوج دون علمها وموافقته. من خلال هذه المادة، يظهر جليا تأثير المشرع بالفقه المالكي حينما إستعمل مصطلح التدليس بدل التغيير كما أنه اقتصر على بيان أثر التدليس المتمثل في حق الزوجة في طلب التتطبيق، دون أن يعرفه أو يحدد عناصره على خلاف القواعد العامة في القانون المدني الجزائري، التي وإن لم تذكر تعريفا صريحا للتدليس إنما بينت حكم العقد المشوب بهذا العيب بالضبط في المادتين 86 و 87، فنجد المادة 86 تنص على أنه "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملبسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابس"، وتنص المادة 87 منه على أنه "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس".

مما سبق يتبين أن كل من قانون الأسرة والقانون المدني، استعمالا مصطلح التدليس لا التغيير، إلا أن ذكر موضوع عيب التدليس لا يزال قاصرا في مجال قانون الأسرة فبالرغم من وجود مواد في القانون المدني الجزائري قد تكمل هذا القصور التشريعي إلا أنه لا يمكن الرجوع إليه مباشرة أمام وجود نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل لأحكام الشريعة الإسلامية؛ والتي وإن كانت شاملة لكل الأحكام إلا أن موضوع التدليس فيها فيه اختلافات كثيرة بين الفقه هذا إذا لم نذكر صعوبة البحث عن أحكامه المتناثرة في كتب الفقه.

<sup>1</sup> زبير مصطفى حسين، المرجع السابق، ص 186.

## ب/-تعريف التدليس في القانون المغربي

أما في القانون المغربي، فقد خصص المشرع من خلال قانون الالتزامات والعقود فصلين 52 و53 ومن خلال هذين الفصلين ذكر شروط التدليس وعناصره وأثاره، أما بالنسبة لمدونة الأسرة المغربية فقد نصت هي الأخرى من خلال المادتين 63 و66 على عيب التدليس في الزواج.

أما الفقه الإسلامي فقد فصل في أحكامه في البيوعات أما في عقد الزواج فلم يعتمد كسبب مستقل لفسخ الزواج وإنما كمجرد ظرف يرافق عيب في أحد الزوجين بأن يكون اختفاء العيب بسبب تدليس الزوج المعيب أوليه، ويرتبون عليه حق الزوج في الرجوع بالصدّاق على المدلس عند وقوع الفسخ، ومن الفقه منهم ابن جزّي<sup>1</sup> من اعتبر التدليس سبباً مستقلاً للفسخ متميزاً عن الغلط وعليه فإن الفقه الإسلامي اعتبر العقد المشوب بعيب التدليس من جانب الزوج أو من الزوجة عقداً غير لازم، لكل من وقع فيه له أن ينقض العقد ويطلب فسخه متى علم بهذا العيب<sup>2</sup>.

ومن خلال ما سبق وباستقراء التعريفات يتضح أن التدليس في مفهومه أنه ليس هو كعيب في الإرادة الذي يؤثر فيها، وإنما الغلط الذي يقع فيه الشخص من قبل الطرف الآخر في التعاقد لإيهامه عن طريق الحيل لدفعه للتعاقد وهوّ ن بهذا المفهوم بعيد عن مفهوم الغلط إلا أن البعض قد وضع علاقة بين هذين العيبين، فما هو الفرق بينهما؟.

## ثالثاً: العلاقة بين عيب التدليس وعيب الغلط

بالرجوع لعيوب الإرادة، نجد أن عيب الغلط قد يتشابه في بعض الأمور وعيب التدليس لذا وجب التمييز بينهما. فإذا كان الوهم هو وجه الاتفاق والأثر الدافع للتعاقد في كل من التدليس والغلط، فإنهما يختلفان في عدة نقاط من بينها أن الغلط وهم تلقائي يتولد في ذهن العاقد من غير أن يدفعه إليه أحد، أما التدليس هو وهم مستثار أو مقصود أي غير تلقائي أو هو غلط مدبر

<sup>1</sup> محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص115

<sup>2</sup> عزيز أعبوش، عبد الرحمان الرياح، التدليس والإكراه في الزواج وأثاره، بحث تحاية التدريب، المعهد العالي للقضاء، مديرية التكوين الملحقين القضائيين والقضاة، وزارة العدل، للمملكة المغربية، 2009-2011، ص9.

لإيقاع المتعاقد ودفعه إلى التعاقد بوسائل الحيلة والخديعة والتضليل. وعليه، فإذا قلنا أن في كلتا الحالتين هناك غلط، فهل تغني نظرية الغلط عن نظرية التدليس في هذه الحالة؟. أو بعبارة أخرى هل يمكن إقامة نظرية مستقلة للتدليس مادام أثره يرجع إلى الغلط؟، وهل يمكن للمتعاقد الذي وقع في الغلط نتيجة حيلة وتضليل أن يتمسك بإبطال العقد على أساس الغلط دون التدليس؟. يمكن الاستغناء عن نظرية التدليس، إذا أخذنا بالنظرية الحديثة للتدليس والتي توسعت في نظرية الغلط فجعلته سببا لإبطال كلما كان الغلط دافعا للتعاقد دون تحديد لموضوعه، بحيث يشمل الغلط في الشيء أو في الشخص أو في القيمة أو في الباعث بشرط أن يكون جوهريا، وعلى هذا النحو فإن الغلط يغني عن التدليس، إذ يستوي أن يكون الغلط تلقائيا أو ناشئا عن التدليس<sup>1</sup>.

غير أنه وبالرغم من تجاوب بعض القوانين المدنية مع هذا الطرح والتي أغفلت فكرة استقلالية التدليس كعيب مستقل عن عيوب الإرادة، إلا أن عدة قوانين أخذت بفكرة استقلالية التدليس مثل القانون المصري والقانون الفرنسي وحتى القانون المدني الجزائري الذي اعتبر التدليس عيبا من عيوب الإرادة مستقلا عن الغلط. ويرجع ذلك لوجود عدة فروق بين عيب الغلط وعيب التدليس وهي:

1/- الشخص الواقع في الغلط يقع فيه من تلقاء نفسه **Spontanément** ودون أي تأثير، بينما المدلس عليه يقع في غلط مستثار **Provoquée**.

2/- من السهل إثبات التدليس الذي يقوم على خدع واحتيالات التي تكون خارجية والتي يجوز إثباتها بكل وسائل الإثبات حتى الشهود، بينما يصعب أمر إثبات الغلط إذ أنه حالة نفسية تقع في ذهن ونفسية المتعاقد<sup>2</sup>.

3/- لا يمكن إبطال العقد إلا إن اذا كانت الحيل التي قام بها المتعاقد من شأنها إيقاع الطرف الآخر في الغلط لدفعه للتعاقد، فمجرد الغلط وحده لا يكفي لطلب إبطاله.

4/- النظرية حديثة ترى أن ليس من اللازم أن يؤدي إلى الغلط، وقد ظهرت هذه النظرية في القضاء الفرنسي بصدد قضية قامت فيها سيدة تبلغ من العمر 75 سنة بمنح هبات إلى ابنتها

<sup>1</sup> مُجّد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 42 و 43.

<sup>2</sup> مُجّد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 182.

وزوج ابنتها تحت تأثير وتسليط منهما وإلحاح مما أدى إلى ضيق ذرع السيدة المسنة ومللها ، فأبرمت لهما تلك الهبات ثم رفعت دعوى طالبة إبطالها لعيب التدليس فقضت لها بذلك محكمة Colmar الابتدائية فاستأنفت الابنة وزوجها الحكم. فأيدته محكمة استئناف Colmar بتاريخ 1970 وقالت في قرارها أن النظرية التقليدية التي تشترط أن يؤدي التدليس إلى الغلط لا أساس لها ولم يرد الغلط في نص المادة 1116 ولقد قامت الواهبة لإبرام التصرف تحت تأثير المثل وهي عالمة بما تفعل ولم تقع في أي غلط ويكفي أن تستعمل حيل تحمل المتعاقد على إبرام التصرف ليكون له الحق في طلب الإبطال ولو لم يقع في غلط.

5/- استقر القانون الفرنسي<sup>1</sup> على أن للمدلس عليه، إلى جانب الحق في طلب إبطال العقد، وله الحق كذلك في طلب التعويض من خلال المادة 1132 من القانون المدني الفرنسي عما أصابه من ضرر بسبب الوسائل الاحتمالية لو أبرم العقد على أثر التدليس وسقط حقه في طلب الإبطال بالتقادم ويظل حقه في طلب التعويض مستمرا لمدة 30 سنة طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية<sup>2</sup>.

ولكي يقوم عيب التدليس، يجب أتتوافر فيه مجموعة من الشروط والعناصر، والتي تطرق لها المشرع الجزائري من خلال المادتين 86 و 87 من القانون المدني، والتي أغفل أمرها بالنسبة لحالة التدليس في الزواج.

## الفرع الثاني

### عناصر وشروط التدليس في العقود

للتدليس في القواعد العامة ثلاثة شروط وتتمثل في استعمال طرق احتيالية بقصد إيقاع الطرف الآخر في غلط، ويتخلل هذا الشرط عنصرا التدليس وهما العنصر المادي ، والعنصر النفسي، ثم الشرط الثاني وهو أن يكون هذا الاحتيال هو الدافع لإبرام التصرف، والشرط الثالث، أن يتصل هذا الاحتيال بالطرف الآخر وان يكون على علم به.

<sup>1</sup> يوسف الشندي، دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود-المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالاعلام، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع- القانون اداة للإصلاح والتطوير، ملحق خاص، ع2، ج2، نوفمبر 2017، ص472.

<sup>2</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 63.

**أولاً: عناصر التدليس في القواعد العامة**

وهي شروط لازمة عبر عنها الفقيه علي بن علي سليمان بعناصر التدليس فقد قسمه إلى عنصرين عنصر مادي ويشمل استعمال الحيل، وعنصر شخصي أن تكون هذه الحيل هي الدافع للتعاقد<sup>1</sup>.

**أ/- الشرط الأول وجود تحايل غير مشروع:**

ويتخلل هذا الشرط عنصران:

**1/-العنصر المادي:** يتحقق هذا العنصر باتخاذ مظاهر خارجية الأصل في القيام بها يعد خطأ وتقصيراً؛ فقد تكون بالكذب كلما كان هذا الكذب دافعا للتعاقد كان تدليسا كما قد يتحقق بالكتمان فالسكوت هو امتناع غير مشروع: والكتمان لا بد له من توافر جملة من الشروط للاعتداد به وهي:

- أن الأمر المكتوم على درجة من الخطورة؛

- أن يكون العاقد المدلس على علم ويعتزم كتمانها؛

- أن يجهله المدلس عليه ولم يستطع تبينه عن طريق الأخر.

**2/-العنصر النفسي:** ويتمثل في نية التضليل، واستظهار وقائع الاحتيال المكونة للتدليس التي يستقل بالفصل فيها قاضي الموضوع<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> علي بن علي سليمان، المرجع السابق، ص 63.

<sup>2</sup> علي فيلاي، الإلتزامات-النظرية العامة للعقد-، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2008، ص 77 وما بعدها.

ب/- الشرط الثاني: أن يكون التدليس هو الدافع للتعاقد<sup>1</sup>

فيكون التدليس مفسدا للإرادة إذا كان هو الدافع للتعاقد فلا تكفي الطرق الاحتمالية بل يجب أن يؤدي هذا التحايل أيضا إلى إيقاع المتعاقد في غلط ليؤثر في إرادته فيفسدها وهذا الشرط أيضا يخضع للسلطة التقديرية للقاضي<sup>2</sup>. و بالتالي فإن عنصرا التدليس سواء تعلق الأمر بالعنصر المادي أو المعنوي يخضعان للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وحكمه غير معرض للنقض لدى المحكمة العدليا في هذا الصدد، إذ أن الأسباب التي يقيم عليها قاضي الموضوع تقديره هي أسباب مقنعة ومقبولة<sup>3</sup>.

## ج/- الشرط الثالث: أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد الآخر أو من الغير

إن عيب التدليس كأصل عام هو ما قد يصدر عن المتعاقدان في العقد بإعتبار انهما طرفا العقد، غير أنه قد يصدر هذا العيب من الغير، فبحسب ماتم نص عليه من خلال هذه المادة فإنه إذا كان التدليس صادرا من شخص خلاف أطراف العقد وإذا كان له تأثير على العقد وكان المتعاقد عالما به أو من المفترض حتما أن يعلم به قام عيب التدليس<sup>4</sup> وهو ما نصت عليه المادة 87 من القانون المدني الجزائري.

<sup>1</sup> هناك جانب من الفقه يميز بين نوعين من التدليس : التدليس الرئيسي أو الدافع *dol principal* والتدليس العرضي *dol incident* فالأول هو الذي يحمل على التعاقد بحيث لولاه ما كان الشخص يقدم على التعاقد، وهو لذلك يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال. أما التدليس العرضي فهو لا يحمل على التعاقد وإنما يقتصر أثره على حمل المتعاقد على قبول شروط في التعاقد أشد مما كان ليرضاه لو لم يضلل وعليه فإنه لا يؤدي إلى قابلية الإبطال بل أن أثره يقتصر على إزام من تعاقد معه على دفع تعويض لجبر الضرر الذي أصابه من جراء ذلك طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، إلا أن الفقه الحديث وهو الراجح قد انتقد هذا التمييز من ناحيتين: الأولى أن التدليس يرمي دائما إلى التأثير على إرادة العاقد وإلى إقناعه بضرورة القبول بشروط في العقد ما كان ليقبلها لولا التدليس. الثانية أن القاضي يتعذر عليه التمييز بين ما هو تدليس عرضي وتدليس دافع وذلك لأنه يجب عليه النظر إلى اثر التدليس في الإرادة المتعاقد لا إلى نوع التدليس وعليه فمن الصعب إثبات ما إذا كانت الحيل قد دفعت الشخص إلى التعاقد أم أن أثرها كان قاصرا فقط على قبوله التعاقد بشروط أشد ولهذا الأسباب نبذ القانون المدني الجزائري على غرار القانون فرنسي والمصري هذه التفرقة، أنظر محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 54 و55.

<sup>2</sup> نشوان محمد سليمان، رنا سعد شاكرا، التفرقة في العيوب دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 5، العدد 19، جامعة كركوك، 2012، ص73.

<sup>3</sup> محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص51-52.

<sup>4</sup> فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص89.

## ثانيا: شروط عيب التدليس في عقد الزواج:

ففي عقد الزواج قال بعض الفقه أن للمدلس عليه حق في فسخ الزواج وطلب التعويض العادل، والخيار يثبت للمتضرر بشرطين مهمين هما: أن يكون العيب موجودا قبل الزواج، وإلا يكون الطرف الآخر على علم به<sup>1</sup>.

أما من الناحية القانونية، فلم ينص المشرع عن شروط عيب التدليس في عقد الزواج، وإنما ذكر شروطا لإستعمال حق التعدد، والتي إذا لم يلتزم بها الزوج كان للزوجة اللجوء للقضاء لطلب التطبيق للتدليس وهو ما نصت عليه المادة 8 وأكدت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

وبالرجوع لإجتهادات القضاء بهذا الخصوص، فإن غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا قد قضت في قرار لها بأن "إستعمال الحيل والخداع والغش للتضليل أو التمويه أو الإخفاء للوصول إلى غرض غير مشروع، هي من العيوب التي يمكن أن تشوب الرضا في مجال عقد الزواج فتؤدي إلى فسخه، كإخفاء السن الحقيقي، والتصريح الكاذب حول الوضعية الإجتماعية وقت إبرام الزواج، وكذا كتمان الزوج الراغب في التعدد عن زواجه السابق قصد الحصول عن قبول الزوجة الجديدة"<sup>2</sup> فبحسب هذا القرار وبحسب الواقع المعاش فإن الأساليب الإحتيالية قد نفشت في المجتمع مما وجب التصدي لها بوضع نصوص قانونية ردية.

من جهة أخرى بديها فإن القانون المغربي قد نظم عيب التدليس في عقد الزواج وبالتالي فقد نص من خلال المادة 63 على شروط طلب فسخ الزواج للتدليس وهي أن يكون التدليس أو الوقائع التدليسية هي من دفعت الطرف الآخر لقبول بهذا الزواج، أو كانت هذه الوقائع من بين شروط التي تم التنصيص عليها في العقد، فللطرف المدلس عليه إذا قام هذا الشرط أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده، بشرط آخر وهو أن لا يتعدى 2 شهرين من تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في التعويض.

<sup>1</sup> العربي بلحاج، أحكام الاسرة في القانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 2014.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 19/01/2005، ملف رقم 334060، مجلة قضائية، عدد 1، 2005، ص 328.

## المطلب الثاني

## تمييز التدليس عما يشابهه وأنواعه ودوافعه

يتشابه مصطلح التدليس وعدة مصطلحات أخرى في المعنى، وقد يتداخل بعضها اعتقاداً من المتحدث أنها تؤدي لنفس المعنى، ومن باب ضبط المصطلحات القانونية وجب الفصل والتمييز بينها (الفرع الأول)، مع ذكر أنواعه والدوافع التي قد تؤدي بالمقبل على الزواج للتدليس من أجل دفع الطرف الآخر للقبول بهذا الزواج (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## تمييز التدليس عما يشابهه من مصطلحات

من خلال هذا الفرع سيتم تمييز التدليس عن بعض المصطلحات المشابهة له كالحلابة (أولاً)، والتلبيس (ثانياً)، والتغير (ثالثاً)، والذي يعتبر مفهومه ومفهوم التدليس متقاربين، حتى أن الفقه يعتبرهما مترادفان فيستعملهما للدلالة على معنى واحد، ثم الغش (رابعاً).

## أولاً: تمييز التدليس عن الحلابة

الحلابة مصطلح فقهي يدل في معناه على التدليس وقد ساواه الفقهاء بمصطلح الخديعة وعليه يعرف مصطلح الحلابة:

تعريف الحلابة: "هي المخادعة وقيل هي: الخديعة باللسان. والحلابة أعم من التدليس لأنها تكون بستر العيب وقد تكون بالكذب وغيره"<sup>1</sup>.

وقد عرفها الشيخ مصطفى الزرقا بأنها خداع أحد العاقدين الآخر بوسيلة موهمة قولية أو فعلية فتحمله إلى الرضا بالعقد، بحيث لولاها لما رضي به، وللحلابة عدة صور منها الخيانة التناجش

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج 5، ص 120.

التغريب والتدليس، وبهذا المعنى وفي تمييزنا للتدليس عن الخلافة يتضح أن التدليس هو إحدى صور الخلافة<sup>1</sup>.

### ثانيا: تمييز التدليس عن التلبيس

يتشابه كل من التلبيس وتدليس من حيث النطق وقد يختلط مفهومهما عند البعض فإذا كان البعض يراهما أنهما مترادفان ، فإن بعضا من الفقه قد وضع فروقا لهذين المصطلحين ليعرف مصطلح التلبيس بانه:

**تعريف التلبيس:** التلبيس هو إدخال الاشياء المتباعدة في بعضها جهلا بالحقيقة الكبرى وإن أدرك الملبس بعض تفاصيلها لقوله تعالى في بني إسرائيل " ولا تلبسو الحق بالباطل وتكتموا الحق وأنتم تعلمون"<sup>2</sup>، وفي هه الآية جدال بني اسرائيل حول ذبح البقرة وتكرار الأسئلة حولها إلى أن عادوا بالتلبيس، وعليه يعرف التلبيس إنطلاقا من الآية الكريمة هو استعمال الحق مع الباطل معا لتشويه لتشويه الحقيقة، وبهذا يختلف التدليس عن التدليس في أن التدليس هو العلم بالحقائق الكبرى وتعتمد قلب الحق باطلا باستعمال الطرق التدليسية<sup>3</sup>.

### ثالثا: تمييز التدليس عن التغريب

**تعريف التغريب:** يقال غرر بنفسه وماله وهو من الغرر تقول غرر به تغريبا وتغرة عرضه للهلكة، وغره يغره غرا وغرورا وغرة فهو مغرور وغرير أي خدعه وأطعمه بالباطل<sup>4</sup>.

وعليه، فالتدليس أخص من التغريب في المعنى ، فالتغريب قد يكون بإخفاء عيب كما قد يكون بغير ذلك مما تجهل عاقبته<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا-دراسة فقهية مقارنة-، رسالة ماجستير، تخصص فقه مقارن، جامعة الأزهر، كلية التربية قسم الدراسات الإسلامية، غزة، 2013، ص 59 وما بعدها.

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 42.

<sup>3</sup> صلاح الدين سلطان، بين التلبيس والتدليس، جريدة الشرق، 9 أفريل 2014.

<sup>4</sup> محمد الدين الفيروز ابادي، القاموس المحيط، تحقيق أنس مجد الشامي، زكريا جابر أحمد، دار الحديث، القاهرة، 2008، ص 1180.

<sup>5</sup> نشوان مجد سليمان، رنا سعد ، المرجع السابق، ص 84.

## رابعاً: تمييز التدليس عن الغش

وهو اسم من الغش، مصدر غشه، إذا لم يحضه النصح، وزين له غير المصلحة، أو أظهر له خلاف ما أضمره وهو أعم من التدليس، إذ التدليس خاص بكتمان العيب<sup>1</sup>.  
وعليه، ولأن المصطلحات السابقة الذكر لها علاقة لغوية بينها وبين مصطلح التدليس، فإن هذه الألفاظ وبالرغم من عموم معناها عن معنى هذا الأخير إلا أنه يمكن استعمالها للدلالة عليه أحياناً.  
وبعد معرفة مفهوم عيب التدليس، ترى ماهي انواعه، وماهي الدوافع التي قد تدفع بالأشخاص للإقدام عليه بالرغم من آثاره السلبية للمدى القريب والبعيد؟.

## الفرع الثاني

## دوافع وانواع التدليس في إبرام عقد الزواج

تتعدد الدوافع التي قد يستعملها الشخص للإقدام على الزواج بنية التحايل، وذلك لنقص يظنه سيحرمه من الزواج ممن يرغب. ومن خلال هذا الفرع سيتم تبيان بعض هذه الدوافع (أولاً)، ثم ذكر أنواع التدليس (ثانياً).

## أولاً: دوافع التدليس في عقد الزواج

توجد عدة دوافع لتدليس الأزواج من أجل دفع الطرف الآخر للزواج، قد تكون هذه الدوافع إرادية كما قد تكون خارجة عن الإرادة، ومن بين دوافع التدليس ما سيلبي ذكره:

## أ/- قلة الجمال:

عند أحد طرفي الزواج أو كلاهما بحيث يقدم الزوج أو الزوجة على تغير من شكله إما بالتزيين كالوصل والنمص ووضع مساحيق التجميل وما إلى ذلك أو بالعمليات التجميلية، فبالرغم من أن التزين أمر مشروع إلا انه مشروع في حدود ما شرع الله دون المبالغة أو تدليس<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بسام موسى النزلي، المرجع السابق، ص27.

<sup>2</sup> مصطفى رحيم ظاهر، أحكام التدليس في ضوء عمليات التجميل وزين النساء، مجلة العلوم الإسلامية، الجامعة العراقية كلية العلوم الإسلامية، مجلد2020، ع25، 2020/09/30، ص55 وما بعدها.

**ب/- الأمراض بأنواعها المختلفة**

هي من الدوافع المهمة التي قد تدفع للتدليس، فقد يقوم بعض الأزواج بتناول بعض الأدوية خفية لتهدئة من حدة المرض أو إخاءه طول مدة الخطوبة لكن سرعان ما يتم الزواج ينكشف المستور، ولقد قسم العلماء الأمراض إلى عدة أنواع فمنها ما اعتبر مزمنًا أو غير مزمن منها كذلك ما اعتبره مخوفًا كالحمى والسل وما إلى ذلك من الأمراض التي سيتم ذكرها مع حكم التدليس بإخفائها<sup>1</sup>.

**ج/- عدم القدرة على الممارسة الجنسية**

وهو ما يسمى عند الرجال بالضعف الجنسي ، أو ما يطلق عليه بالبرود الجنسي عند المرأة وهو دافع خطير يمنع من تحقيق حياة زوجية سليمة، فالممارسة الجنسية هي من المقاصد الكبرى التي يتسم بها الزواج لما فيها من تحصيل للأزواج وتحقيق جو أسري صحي، فبدونها لا تستقيم الحياة الزوجية لأن النكاح في اصطلاح الفقهاء هو إباحة الوطاء وملك المتعة بين الزوجين، ولقد تكلم الفقه في مؤلفاتهم عن هذا الدافع بما يعرف بالعنة<sup>2</sup>.

**د/- إخفاء الديانة**

الديانة هي أهم أمر لا بد على الأزواج التحقق منه فإذا فقد هذا الشرط في الزواج عد باطلا خاصة بالنسبة للزوج الغير مسلم، باعتبار أن الله عز وجل قد أباح للزوج الرجل أن يتزوج بالكتابية، قد يكون التدليس في الديانة من الأمور النادر وقوعها إلى أنه قد يتصور وقوعها في حالات فقد كأن يقوم أحد الزوجين بإخفاء عقيدته كالشيوعية مثلا ، أو أن يكون تابعا لجماعات لجماعة تحارب الإسلام كالماسونية، وغيرها من الحالات الضالة، فإن ثبتت بطل الزواج، وقد تكلم الفقه عن هذه الحالة بما يعرف بالردة.

<sup>1</sup> أحمد بن عي بن مُجد، تعريف أهل التقديس بمراتب الموصوفين بالتدليس، مكتبة المنار، ط1، عمان الأردن، 1983، ص66.

<sup>2</sup> سميرة عبديو، التأصيل الفقهي للأمراض المعاصرة وأثرها في الفرقة بين الزوجين-دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري-، مجلة الإحياء، مجلد20، ع25، جوان 2020، ص57.

## هـ- العادات الذميمة

ومن العادات الذميمة أو السيئة التي قد يكتسبها الشخص، الإدمان سواء على التدخين أو المخدرات وما إلى ذلك من الأفات التي قد لا يتقبلها الطرف الآخر فيقوم هذا الشخص بإخفائها ليظهر للطرف الأخر بأنه شخص متزن وسوي لدفعه لإبرام عقد الزواج معه بحيث لو علم بها لما أقدم على الزواج منه<sup>1</sup>.

## ثانيا: أنواع التدليس في القواعد العامة وفي إبرام عقد الزواج

لقد عدد المشرع أنواع التدليس بصفة غير مباشرة في القواعد العامة من خلال القانون المدني، كما تم ذكرها عند الفقه الإسلامي وذلك بحسب صور التدليس والحالات التي كانت دافعا لإقدامه على هذا العيب.

## أ- أنواع التدليس في القانون المدني

لخص القانون المدني الجزائري أنواع التدليس من خلال المادة 86 إلى نوعين وهما الحيل والكتمان وقد نصت المادة على أنه "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد..".

أما الحيل فتتمثل في شتى الأعمال والأفعال والطرق المختلفة التي يستعين بها المدلس لإخفاء الحقيقة على المدلس عليه وإيقاعه في غلط يحمله على إبرام العقد. فالعبرة في الحيل هي بتظليل المتعاقد بغض النظر عن الوسيلة المستعملة والتي لا يمكن حصرها فقد اكتفت المادة 86 سالف الذكر باشتراط أن تكون هذه الوسائل كافية لتظليل المتعاقد دون ذكرها ليتولى القاضي تقدير خطورة ومدى كفاية هذه الوسائل في دفع المتعاقد الآخر للتعاقد.

أما عن الكتمان فهو السكوت عمدا وهو الامتناع المتعاقد عمدا عن الإفصاح ببيانات أو بمعلومات تهم المتعاقد الآخر، غير أن مجرد السكوت أو الكتمان لا يعتبر طريقة احتيالية لأن التدليس يفترض أن يقوم المدلس بعمل إيجابي، كما لا يكون المتعاقد ملزما بأن يذكر لمن يتعاقد معه جميع البيانات المحيطة بالعقد ومحله، غير أن السكوت العمدي يعتبر تدليسا.

<sup>1</sup> بسام موسى النزلي، المرجع السابق، ص 32 وما بعدها.

في ظروف معينة المادة 86 تنص على أنه "ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة"<sup>1</sup>. قد تتشابه هذه الأحكام الواردة في القانون المدني الجزائري مع ما جاء به الفقه الإسلامي من أحكام وتعريفات لعيوب الإرادة إلا أنه لا يمكن الأخذ بالآثار والأحكام برمتها في الزواج لخصوصية هذا العقد.

## ب/- أنواع التدليس في عقد الزواج

بالنظر إلى صور التدليس في عقد الزواج فإن أنواع التدليس تنحصر في ثلاثة أنواع وهي:

### 1/- التدليس بالفعل

وهو أن يقوم أحد الزوجين بتغيير في شكل جسمه ليظهره بصورة بخلاف الواقع وتكون إما للزينة كصبغ الشعر ووصله أو نمص الحواجب وما إلى ذلك من تغييرات ، أو بسبب عيب خلقي باللجوء لعمليات تحميلية، فعن أسماء بنت أبي بكر قلت جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إن لي ابنة عروسا أصابتها حصبة فتمزق شعرها أفاصله فقال: لعن الله الواصلة والمستوصلة"<sup>2</sup>، فذلك يدل على التدليس الفعلي ويستوي أن يكون التدليس بالفعل بأن يقوم أحد الزوجين بتزوير وثائق رسمية كتزوير شهادة الميلاد للفتاة لتكبير سنها لتصبح مؤهلة لإبرام عقد الزواج، كما يمكن تصوره في الخطبة. ومثاله تغيير الخاطب بمخطوبته بأن يغير لون شعره كي يخفي كبر سنه، وفي ذلك ورد عن عائشة ؓ قالت: قال رسول الله ﷺ : :أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد اضربوا عليه بالدفوف، وليوم احد ولو بشاه فإذا خطب أحدكم امرأة وقد خضب بالسواد فليعلمها ولا يغرنها"<sup>3</sup>. وبالمقابل فقد تضرر المخطوبة بالخاطب فتوهمه غير

<sup>1</sup> دراج سعاد، المرجع السابق، ص 38 وما بعدها.

<sup>2</sup> أخرجه : أحمد بن الحسين علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج 2، أنظر نشوان مُجد سليمان ، التغرير في العيوب..، المرجع السابق، ص 94.

<sup>3</sup> أخرجه: جلال الدين السيوطي.

الواقع وتظهر على غير حقيقتها<sup>1</sup>، ويقابله في المعاملات ما يقوم به التجار عند توجيههم لبضاعة للبيع بوضع الجيد والطازج في الأعلى وطلاء أثاث أو مفروشات قديمة لتظهر أنها جديدة.

## 2/- التدليس بالقول

ويكون بكذب أحد الزوجين على الآخر بإدعاء أمور غير موجودة فيه أساساً، أو بإدعاء أحدهما العزوبية وهو متزوج من قبل، أو ادعاء الزوج مكانة اجتماعية سامية أو أخلاق عالية لينال نسب زوجة ذات مكانة علمية راقية والتغريب في بدل الخلع<sup>2</sup>.

## 3/- التدليس بكتمان الحقيقة

ويكون بإخفاء أحد الزوجين عيباً فيه تغريباً وخداعاً للوصول إلى إبرام عقد الزواج ويعتبر أخطر أنواع التدليس في الزواج وأشدّها ضرراً لأن فيه تعمد في كتمان العيب ولأنه يدخل في هذا النوع النوعين السابقين من التدليس ومن صورته قيام أحد الزوجين بإخفاء عيب فيه كالعجز والبرود الجنسي أو كتمان نتيجة الفحص الطبي الذي يظهر أمراض أو عقم، ويقابله في عقود المعاملات كتمان عيب السلعة عن المشتري وهو ما يعتبر غشاً<sup>3</sup>.

وقد تحدثنا سابقاً من خلال هذه الدراسة عن طرق التعبير عن الإرادة، ومن بين هذه الطرق تحدثنا عن حالة السكوت، وقلنا أنه يمكن في حالات اعتبار السكوت قبول بالزواج. غير أنه لقيام حسن النية لدى المتعاقدين في التعبير عن إرادتهما التعاقدية بالالتزام بالوضوح حتى لا يفهم خلاف الحقيقة، كالوضوح في اللغة وفي الشروط وما إلى ذلك من الأمور التي يتطلبها العقد. فهل يجب الالتزام بالوضوح في حالة السكوت عند التعبير عن الإرادة التعاقدية للقول بتوافر مبدأ حسن النية؟ لا يتصور هذا الأمر بالنسبة للإيجاب، لأنه ينطوي على أمر موجه إلى شخص أعدته أشخاص آخريين فلا يتصور أن نستخلص الإيجاب في حالة السكوت، غير أنه إذا سكت من وجه له الإيجاب فلم يصدر منه أي تعبير صريح عن موقفه من هذا الإيجاب ولم يحم بأي عمل إيجابي يستخلص منه القبول أو الرفض فإن حسن النية يقتضي أن المتعاقد إذا لم يشأ القبول بالإيجاب أن

<sup>1</sup> نشوان مُجّد، رنا سعد، المرجع السابق، ص 94.

<sup>2</sup> نشوان مُجّد، رنا سعد، المرجع نفسه، ص 94، 95.

<sup>3</sup> بسام موسى النزلي، المرجع السابق، ص 31.

يصرح برفضه فإذا استمر في سكوته. قد يولد هذا السكوت لدى الموجب ثقة مشروعة في قبول إيجابه وبالتالي يعد القانون السكوت في هذه الحالة قبولاً تطبيقاً لمبدأ حسن النية في إبرام العقود. وهو ما يقودنا إلى طرح التساؤل التالي هل يكون السكوت في كل الحالات دليل على حسن نية المتعاقد؟.

السكوت العمدي عن أي أمر يتعلق بالتعاقد و يهيم المتعاقد الآخر، يعتبر إخلالاً بمبدأ حسن النية وهو قرينة كافة لقيام عيب التدليس، خاصة إذا تبين أن المتعاقد المدلس عليه لم يكن ليبرم العقد لو علم بالأمر الذي سكت عنه المتعاقد الآخر، وتجدر الإشارة إلى أن في القضاء الفرنسي يتحقق التدليس بالسكوت العمدي في كل حالة يكون فيها السكوت إخلالاً بحسن النية والثقة التي يكون من حق المتعاقد الآخر أن يعتمد عليها. وقد اعتبر المشرع الجزائري أن كتمان واقعة معينة ومؤثرة في التعاقد تدليسا يميز للمدلس عليه إبطال العقد وهو ما نصت عليه المادة 86 من القانون المدني، وهو ما سارت عليه المحكمة العليا<sup>1</sup> باعتبار السكوت العمدي في واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا<sup>2</sup>.

بعد عرض لمفهوم التدليس وبالمقارنة بين ما جاءت به مدونة الأسرة المغربية من نصوص سواء ما تعلق منها بمدونة الأسرة أو ما جاء به قانون الالتزامات والعقود، نجد أن مدونة الأسرة حاولت من خلال قوانينها الجمع بين أحكام الفقه وقواعد القانون المدني، فأخذت بنظرية عيوب الإرادة جزئياً من خلال ذكر عيب التدليس والإكراه، وذكر مصطلح التعويض، واعتمدت في ترتيب آثارهما على الفقه الإسلامي بإستعماله لمصطلح الفسخ، لخصوصية عقد الزواج واستحالة تطبيق الإبطال في هذه الحالة لما فيها من تناقض وأثار الفسخ.

إذا قام التدليس بمفهومه السابق الذكر بإحدى أنواعه، وتوافرت عناصره واكتملت شروطه قام العيب في الإرادة، فما هو حكمه وأثره في هذه الحالة بخصوص عقد الزواج؟.

<sup>1</sup> قرار محكمة العليا، رقم 942994، الصادر في 2015/11/12.

<sup>2</sup> بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة ماجستير، تخصص في العقود المدنية، جكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2013/2012، ص 103.

## المبحث الثاني

### صور التدليس وأثرها في عقد الزواج وانحلاله

إن التطور الحاصل والوقوع المعاش قد ولد لنا في أمورنا دخيلة على مجتمعنا، الذي يتسم بالطابع الديني والإسلامي، فإن المؤثرات العلمية والإغواءات الحاصلة تجاه كل ماهو مادي أصبح اليوم يستدرج الأشخاص ويزين لهم كل ماهو مادي بغض النظر عن ما إذا كان يستوي وشريعتنا السمحاء أم يخالفها، ففي الزواج مثلاً أصبح المقبولون على الزواج يزينون وتمادى الأمر إلى استعمال الحيل والخداع للظفر بالطرف الآخر، ومن الأمور التي قد يتغافل عنها هؤلاء أيضاً أن هذه الحيل قد حاربها الإسلام وقد ورد بشأنها إجهادات عند الفقه الإسلامي إنطلاقاً من القرآن والسنة وصولاً إلى القياس والمعقول لترتيب آثار حولها وحول الزواج المنعقد والمشوب بها ومن خلال هذا المبحث سيتم دراسة صور التدليسية في عقد الزواج، وأثارها.

### المطلب الأول

#### صور التدليس في عقد الزواج وأثرها

على عكس القانون المغربي، لم يضع المشرع الجزائري حكماً للتدليس في الزواج عاماً لمختلف صورته لدى سيتم معالجته انطلاقاً من تقسيم هذا المطلب إلى التدليس في أركان عقد الزواج (الفرع الأول) ثم التدليس في شروط عقد الزواج (الفرع الثاني)، ثم التطرق لصور أخرى للتدليس في عقد الزواج (الفرع الثالث).

### الفرع الأول

#### التعريف في أركان عقد الزواج

بالرغم من اختلاف الفقه في تحديد أركان عقد الزواج أين إقتصر بعضهم على مجرد الصيغة، بينما فصل البعض الآخر في هذه الأركان، إلا أنهم اتفقوا على أن الرضا هو ركن في عقد الزواج، حتى بالنسبة للمشرع الجزائري جعله ركن في العقد عموماً سواء بالنسبة للمعاملات المالية أو عقد الزواج، لا وبل جعله الركن الوحيد فيه وجعل باقي مكوناته شروطاً لصحته (كما سبق ذكره).

ومن صور التدليس في ركن الرضا في الزواج أن يقوم الخاطب بخطبة امرأة معينة ويتم تزويجه من أخرى بعد أن تم الإيجاب والقبول على المرأة التي أَرادها الخاطب فلا ينعقد الزواج لأن صيغة العقد قد انصرفت إلى غير موضعها فالإيجاب انصرف إلى محل والقبول إلى محل آخر<sup>1</sup>.

وقد يكون من أسباب هذه الصورة أو من دوافع هذا التدليس وجود عيب في المرأة الثانية التي يفر منها الخطاب فيتم إيهام الخاطب بأن المرأة التي يعقد عليها هي ذاتها المرأة التي رآها ورضي بها زوجة ويلاحظ هنا أن ركن الرضا قد انعدم من الأساس حيث أن محل العقد ليس هو ذاته الذي ورد الإيجاب فيه، فالإيجاب قد انصرف إلى محل والقبول انصرف إلى محل آخر، وعليه يعتبر عقد الزواج في حالة وجود عيب التدليس في ركنية العقد بالذات فاسداً، حتى وإن وافق أطرافه به لاحقاً فلا سبيل لقيام هذا الزواج إلا بإبرام عقد جديد، فإن لم يرد الأطراف إبرامه فإنه يفسخ في هذه الحالة وليس للزوجة صداق قبل الدخول، وتستحقه إذا تم الدخول بها ويبقى على الزوج الرجوع على من غره. غير أنه في حالة علم الزوجة بالتغيير وقبولها به يسقط حقها في المهر وهذا رأى الفقه الإسلامي<sup>2</sup>.

وفي ذلك قال المشرع الجزائري في المادة 33 أن الزواج يبطل إذا اختل ركن الرضا، في حين أنه إذا تم دون صداق أو شاهدين أو ولي في حالة وجوبه فإن العقد يفسخ قبل الدخول ولا صداق للزوجة، وإذا تم الدخول بها فلها مهرها. وعليه، فقد ذهب المشرع إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء رغم أنه لم ينص صراحة على أثر التغيير في الأركان لكن يمكن إسقاط هذا الحكم بأن تأخذ الزوجة صداقها كاملاً في حالة التغيير بها إذا دخل بها الزوج أما إذا لم يدخل بها فلا صداق لها.

## الفرع الثاني

### التدليس في شروط عقد الزواج

شروط الصحة في عقد الزواج وبحسب قانون الأسرة الجزائري هي أهلية الزواج، والصداق، والولي والشاهدان، وانعدام الموانع الشرعية وهي نفسها الشروط المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة.

<sup>1</sup> ابن قدامة، المغني، ج7، المرجع السابق، ص 444

<sup>2</sup> عزة خديجة، المرجع السابق، ص 37.

و شروط الصحة في عقد الزواج هي المقومات التي يقوم عليها فإذا تخلفت فسد عقد الزواج ، وإن توافرت شروط الانعقاد دون شروط الصحة انعقد الزواج غير صحيح. فما حكمها وأثرها إذا لم تتوافر بفعل عيب التدليس؟ ، من خلال هذا الفرع ت يتم عرض شروط صحة عقد الزواج على النحو الذي عدده المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة الجزائري وكذا الشروط المتفق عليها بالعقد وذكر حكم التدليس فيها

### أولاً: التدليس في شروط صحة الزواج والشروط المتفق عليها في عقد الزواج

بالنسبة لشروط الولاية، فسنتكفي فيما يلي بذكر حكم وأثر التدليس في عليها لأنه سيتم ذكر معناها وأحكامها لاحقاً من خلال فصل الثالث الخاص بالإكراه.و كذلك الأمر بالنسبة للأهلية الواجبة للزواج أيضاً فقد سبق دراسة الأهلية كشرط صحة في الزواج، وقلنا أن المقبلين على الزواج من ذكور أو إناث يجب أن تتوافر فيهم أهلية التي حددها المشرع الجزائري ب 19 سنة لكلاهما عموماً ويجوز الترخيص لهم بالزواج استثناءاً دون هذا السن للمصلحة أو الضرورة التي يقع تقديرها لسلطة القاضي المكلف بتقديم التراخيص دون السن القانوني، لنكتفي بذكر الحكم العام في التدليس فيها.

### أ- التدليس في شروط صحة عقد الزواج

بالرجوع للمادة 33 من قانون الأسرة الجزائري نجد ان المشرع الجزائري قد جعل جزاء تخلف شرط من شروط صحة عقد الزواج ولا نجد حكماً لحالة التدليس فيها فما أثر وحكم التدليس في شروط صحة عقد الزواج؟

### 1-الصدّاق

أما الصدّاق فيعرف لغةً "بفتح الصاد وكسرهما، من الصدق ضد الكذب ، لأن الدليل على صدقهما في موافقة الشرع، أو لإشعاره بصدق الرغبة بالنكاح الذي هو الأصل في إيجاب المهر، وله عدة تسميات ومنها النحلة ، الفريضة، الأجر ، العقر، علائق، والمهر"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية، في الأحوال الشخصية، دار النفائس، ط1، 1998، الأردن، ص65.

ويعرف اصطلاحاً: "ما وجب بنكاح الوطاء، أو بتفويت بضع قهراً كرضاع ورجوع شهود، أو هو ما يجعل للزوجة نظير الاستمتاع بها، والحقيقة أن المهر ليس فقط في مقابلة الاستمتاع لأنه مشتركين الزوجين<sup>1</sup> لقوله تعالى: " وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا"<sup>2</sup>. ولقد عرفه قانون الأسرة الجزائري من خلال المادة 14 على انه "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

وعرف القانون المغربي أيضاً الصداق في المواد من 26 إلى 34 من مدونة الأسرة بأنه ما يدفعه الزوج إلى زوجته أشعاراً بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة، وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين، وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية والرمزية وليس قيمته المادية، وله أسماء عديدة منها: المهر والنحلة والفريضة والحباء والطول والأجر والعقر والعلائق<sup>3</sup>.

## 2/- الشهادة

والشهادة أيضاً شرط من شروط صحة الزواج وتعرف لغة: الشهادة مصدر أصله شهد: كعلم، ومعناها يدور على حضور وعلم وإعلام. وتطلق الشهادة في لغة العرب على عدة معان منها:

- الحضور الإدراك: ويشترط في الشهود أن يكونا حاضرين في مجلس العقد، كما يشترط فيها أن يكونا أهلين للشهادة.

- العلم: وهو شرط المعرفة بما سيشهدان به من أمور تم عقد الزواج كشهادتهم لرضا الزوجين وشهادتهم بالصداق الذي سيمنح، وكذا شهادتهم بانتفاء الموانع الشرعية لكلا الزوجين، فلا يمكنهم الشهادة بهذه الأمور إلا إذا علموا بها، وفي تعريف الشهادة ذكر للعلم، فيقال شهد فلان على أمر أي أقر بما علم.

<sup>1</sup> علي الطباطبائي الحائري، الشرح الصغير ج2، مكتبة آية الله العظمى المرعشي العامة، تحقيق السيد مهدي الرجائي، ط1، 1409هـ، ص381.

<sup>2</sup> سورة النساء، الآية04.

<sup>3</sup> Universitylifestyle.net

- **الحلف أو اليمين:** فيقال شهد بالله، أي حلف، فالشهادة في كثير من الأحيان تستوجب اليمين أو الحلفان، بما علمه الشاهد أو شاهده

- **المعاينة:** فيقال شهد الحادث، أي عاينه.

ومن خلال ما تقدم من تعاريف للشهادة يتبين ما يلي: أن الشاهد هو حامل الشهادة ومؤديها لأنه مشاهد لما غاب عن غيره، والشاهد دليل، والشهادة، هي أن يخبر الشاهد بما رأى وأن يقر بما علم وتأتي الشهادة أيضا بمفهوم كل ما يدرك بالحس، والشهادة أيضا هي البيئة في القضاء، وهي أقوال الشهود أمام الجهات القضائية<sup>1</sup>.

وتعرف اصطلاحاً بأنها "الإخبار بما قد شوهد أو الإخبار بحق الغير بلفظ خاص"<sup>2</sup>. عرفها علماء اللغة فقالوا: الشهادة: هي أن يخبر الشاهد بما رأى وأن يقر بما علم، وتأتي الشهادة أيضا بمعنى مجموع ما يدرك بالحس، والشهادة هي البيئة في القضاء وهي مجموع أقوال الشهود أمام الجهة القضائية<sup>3</sup>.

كما عرفها الفقه الإسلامي بعدة تعاريف منها:

\***تعريف الحنفية للشهادة:** عرف فقهاء الحنفية الشهادة بعدة تعاريف ومن أبرزها عرفها الشيخ الباتري في مؤلف العناية بأنها " إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة "<sup>4</sup>.

\***تعريف المالكية للشهادة:** عرفها الدردير بأنها " إخبار الشاهد للحاكم بما علم، ولو بأمر عام، ليحكم بمقتضاه "<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> علي محمد، دور الشهادة في إثبات الطلاق في الفقه الإسلامي.-دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، 2014، ص 7 وما بعدها.

<sup>2</sup> أبو القاسم بن زين، المرجع السابق، ص 86.

<sup>3</sup> علي محمد، دور الشهادة في إثبات الطلاق، المرجع السابق، ص 9.

<sup>4</sup> كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام، شرح فتح القدير على الهدية، ومعه شرح العناية على الهدية، كال الدين الباتري، وحاشية سعد الله بن عيسى سعدي الحلبي، ص 364.

<sup>5</sup> أحمد بن محمد الدرديري، حاشية الشرح على الصغيرعلى أقرب المسالك للدردير ،ج2، شركة مصطفى الباني الحلبي ، ط الأخيرة، 1952، ص 348.

\*تعريف الشافعية للشهادة: عرفها الرملي، بأنها "إخبار شخص بحق على غيره بلفظ خاص"<sup>1</sup>.

ويبدو من التعاريف السابقة للفقهاء أن المعاني التي خصها الفقه الإسلامي للشهادة متقاربة، غير أن الفقه الحنفي والمالكي ربطوا الشهادة بوجود الصدق فيها للاعتداد بها بخلاف الفقه الآخر وبهذا يخرجان الأخبار الكاذبة من دائرة مفهوم الشهادة .

### 3/- خلو الزوجين من الموانع الشرعية

والموانع الشرعية في الزوجين هي أيضا من شروط صحة الزواج، وتصدر الإشارة أنها قبل أن تكون شرطا من شروط صحة الزواج، هي شرط من شروط صحة الخطبة، فالخطبة من مقدمات الزواج ولا يحل خطبة من المحرمات مؤبدة كانت أو مؤقتة، لكن استثناءا يمكن خطبة المعتدة من وفاة أو البائن بينونة كبرى تعريضا لا تصريحاً لأن التصريح فيه إثم، ولقد حث الإسلام على إعطاء مرحلة الاختيار أهمية من قبل المقبلين على إبرام عقد الزواج باعتبارها مرحلة انتقالية من حياتهم ومصيرية وحتى يكون الاختيار ضمن القيم والمواصفات السليمة، منه فيحرم التدليس الذي يكون دافعا للزواج بإحدى المحرمات شرعا ويمنع قانونا لأن ذلك يؤدي إلى حل الرابطة الزوجية<sup>2</sup>.

ومن ثم فإن من شروط صحة الزواج المنصوص عليها شرعا وقانونا والمتفق عليها من قبل معظم تشريعات الدول العربية أن لا يتم إبرام عقد الزواج بإحدى المحرمات وقد نص عليها قانون الأسرة في الفصل الثاني بعنوان موانع الزواج من المادة 23 إلى المادة 31 وقد نصت المادة 23 على أنه: "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة" ويشمل هذا الحكم كل المحرمات التي تم ذكرها من خلال المواد التي تليها وعليه فيجب ألا تكون المرأة محرمة عليه تحريما قطعيا سواء كان التحريم مؤبدا كالأم والبنت والأخت وباقي المحرمات، أو مؤقتا كزوجة الغير، والمسلمة بغير المسلم، والوثنية بالنسبة للمسلم، فإن العقد على واحدة هؤلاء يجعل العقد باطلا، لأن هذه المرأة ليست محلا أصلا للزواج فيكون العقد خاليا من المحل والعقد لا يوجد بدون محله، فقد يحدث أن الأشخاص قد يتساهلون خاصة في الحرمة الناشئة عن الرضاع، ولذلك ذكر

<sup>1</sup>شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، تحاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج8، المرجع السابق، ص 292.

<sup>2</sup>فيصل بن عبد الله، المرجع السابق، ص102.

الفقهاء ، أنه "لو اشتبهت أخته بعدد محصور من الأجنيبات ، منع من التزوج بكل واحدة منهن حتى يعلم أخته من غيرها"<sup>1</sup>.

تنص المادة 24 من قانون الأسرة على الموانع المؤبدة وهي القرابة والمصاهرة والرضاع، وقد عدت المادة 25 منه المحرمات بالقرابة وهن الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات والبنات الأخ وبنات الأخت، كما بينت المادة 26 من ذات القانون، المحرمات بالمصاهرة ، وشرحت كل من المواد 27 و28 و29 كل ما يحرم بسبب الرضاع لتأتي المواد 30 و31 لتذكر المحرمات من النساء مؤقتا.

#### 4/- موقف القانون الجزائري من التدليس في الشروط صحة عقد الزواج

لم يتعرض المشرع الجزائري لحالة التدليس في شرط من شروط صحة عقد الزواج، واكتفى بذكر الزواج الفاقد لشرط واحد من شروط صحته كما لو كان العقد دون شهود، أو بدون ولي، أو دون صداق فإنه زواج في هذه الحالة فاسد يفسخ قبل البناء، ولا صداق فيه، ويصح بعده بصداق المثل طبقا للمادة 2/33 من القانون الأسرة الجزائري، وقد حكمت المحكمة العليا، في قرار مؤرخ في 23/01/2001 بأنه يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل، إذا اختل ركن واحد طبقا لأحكام المادة 2/33 من قانون الأسرة الجزائري، وفي قرار آخر صادر بتاريخ 1998/11/17 قضت بأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج، لأنه عند النزاع، يحكم للزوجة بصداق المثل، المادة 17 والمادة 2/33 من القانون الأسرة الجزائري.

كما لم يتعرض المشرع الجزائري صراحة إلى مسألة التعبير في الصداق، إلا أنه جاء في المادة 17 من قانون الأسرة الجزائري على أنه، في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول؛ فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين وأخذ هذا الحكم من المذهب المالكي، كما أن المشرع جاء في المادة 33 من نفس القانون بحكم فسخ الزواج إذا تم بدون صداق أو ولي في حالة وجوبه أو شاهدين قبل

<sup>1</sup> نور الدين أبو لحية ، المرجع السابق، ص 54.

الدخول، وفي حالة الدخول بصدّاق المثل، كما يمكن الأخذ بما جاء به الفقه الإسلامي لعدم وجود نص خاص بالتغيير في الصّدّاق.

كل هذه الأحكام قد يأخذ بها القاضي بحسب كل حالة معروضة أمامه ففي حالة تغيير الزوج وتهربه من دفع الصّدّاق يمكن للزوجة طلب فسخ الزواج طبقاً للمادة 33، أو المادة 17، وفي حالة الدخول بها يمكن للقاضي إجباره لأنه يعتبر حينئذ عوضاً لاستمتاعه بها<sup>1</sup>. وبالرجوع لاجتهادات المحكمة العليا قضت في قرار لها الصادر بتاريخ 1987/03/09 على أنه: "من المقرر شرعاً أن الزوجة تستحق كامل الصّدّاق إذا توفي زوجها قبل الدخول بها و لم يكن قد وقع حكم بفسخ العقد أو الطلاق"<sup>2</sup>. وبالنسبة لحالة تخلف الصّدّاق فقد جاء في قرار لها أيضاً الصادر بتاريخ 1998/11/17 قضت بأنه: "عدم تحديد الصّدّاق لا يبطل الزواج العرفي ما عدا الصّدّاق بقي مؤجلاً حسب عادة المنطقة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد الحكم القاضي برفض الدعوى الرامية إلى إثبات الزواج رغم توافر أركانها، فإنهم عرضوا قرارهم للتناقض والقصور في التسبب لأن عدم تحديد الصّدّاق لا يبطل الزواج"<sup>3</sup>.

وعليه، فإن المحكمة العليا قد سارت في قراراتها بما جاءت به المواد الخاصة بالصّدّاق من التعريف إلى حالة النزاع، وبالنسبة للأثر وحالة تخلفه، فقد فرقت بين حالة الدخول وبعده، إلا أنه لا يوجد نص يضبط حالة الغش فيه إلا المادة 17 التي تتكلم عن حالة النزاع.

وبالنسبة للتغيير في موانع الزواج، فتعد حالة علم أحد أطراف الزواج بوجود مانع في الطرف الآخر تدليسا وجب المعاقبة عليه، لم يضع المشرع الجزائري عقوبة على التدليس من أجل الزواج بإحدى المحرمات وإنما جاء في المادة 34 بحكم الفسخ في حالة الزواج بإحدهن قبل الدخول وبعده ورتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الإستبراء، ولعل الحكمة من تحريم الزواج من المحرمات تكمن في القرابة وصلّة الرحم والحرص على الروابط التي تربط أفراد الأسرة ببعضها وحمائتها من الخصومات والنزاعات التي قد تفضي إلى قطع الأرحام، وهناك حكمة أخرى أن الأمهات تختص

<sup>1</sup> بسمة عثمان، التغيير وأثره في عقد النكاحين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة - مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016/2015، ص 104.

<sup>2</sup> ملف رقم 45301، المجلة القضائية، ع 3، 1992

<sup>3</sup> ملف رقم 210422، المجلة القضائية، ع خاص، ص 53.

بمعنى آخر وهو أن احترام الأم واجب لهذا أمر الولد بمصاحبة الوالدين بالمعروف وخفض جناح لهما كما نهى عن التأفف لهما وطاعتهما وخدمتهما<sup>1</sup>، يضاف إلى ذلك ما اكتشفه الطب الحديث من أمراض تنجم عن زواج الأرحام.

فلا بد على الزوجين أن يتصارحا ويتكاشفا بالدرجة الكافية، ففي حالة مخالفة تلك الصراحة اعتبر ذلك غشا وتدليسا، ويكون هذا التدليس خطيرا عندما يتعلق بالدين، فزواج المسلمة من غير المسلم حرام في الدين الإسلامي حتى ولو كان كتابيا<sup>2</sup>، أما عن زواج المسلم بالكتابية فقد اختلفت آراء الفقه بشأن حكم هذه المسألة إلى ثلاثة أقوال: أما الرأي الأول فيري أصحابه بجواز زواج المسلم بالكتابية وهو قول جماهير أهل العلم، وقد قال ابن قدامة في ذلك: "ليس بين أهل العلم بمحمد الله اختلاف في حل حرائر نساء أهل الكتاب، وممن روي عنه ذلك: عمر وعثمان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر من الصحابة رضوان الله عليهم وغيرهم". أما عن موقف المشرع الجزائري، يأخذ الزواج المعيب بإحدى عيوب الإرادة عموما حكم المادة 33 من قانون الأسرة إذ يبطل في الحالة التي يختل فيها رضاء أحد أطرافه أو كلاهما، كما يبطل في حالة عدم توافر شروط صحته ويتصور هذا الأمر في الحالة التي يقوم فيها العقد إذا قام أحد أطرافه أو الغير ممن له مصلحة بهذا الزواج بالتدليس، كما يمكن الأخذ بما ورد بالمادة 34 من قانون الأسرة في حالة لزواج بإحدى المحرمات تدليسا لتبقى السلطة التقديرية للقاضي إلى حين النص على قوانين تضبط هذا الموضوع.

## 5/- موقف المشرع المغربي من التدليس في صحة عقد الزواج

نص المشرع المغربي في الفصل 52 من قانون الالتزامات والعقود، على عيب التدليس بأنه إذا استعمل أحد المتعاقدان، أو نائبه أو شخص آخر يتواطؤ معه حيلة لدفع الطرف الآخر للتعاقد، أو كتم أمرا، بحيث لو علم بها المدلس عليه لما أقدم على التعاقد وقع العقد باطلا، وهو بهذا المعنى وافق أصحاب الرأي الثاني من أقوال الفقهاء، وذلك باعتبار التدليس عيبا كافيا لتقرير الإبطال. لم

<sup>1</sup> فيصل بن عبد الله، المرجع السابق، ص 101

<sup>2</sup> الكتابيون هم: فقد ذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن أهل الكتاب هم أهل التوراة والإنجيل لقوله تعالى " أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا" فاليهود والسامرة من أهل التوراة، أما النصارى فهم أهل الإنجيل ومن وافقهم في أصل دينهم.

يكتف المشرع المغربي بالنص على التدليس بالنسبة للمعاملات المالية فقط، وإنما وضع نصا خاصا للتدليس في عقد الزواج.

### ب/- التدليس في تراخيص المطلوبة لعقد الزواج

وهي تلك التراخيص التي يجب تقديمها لإتمام عقد الزواج؛ كالتراخيص للإذن بالزواج في حالة الزواج دون السن القانوني، والتراخيص للزواج في حالة التعدد مع موافقة الزوجتين. وللإشارة فلقد سمح المشرع الجزائري بمقتضى المادة 19 من قانون الأسرة للمقبلين على الزواج أن يشترطوا بعض الشروط المتعلقة بتنظيم حياتهم الأسرية ومن بينها تعدد الزوجات وعمل المرأة كما اشترط أن تكون هذه الشروط لا تتنافى مع أحكام قانون الأسرة الجزائري وعليه فقد أخذ المشرع بما جاء به الفقه المالكي الذي أباح الاضطرار في عقد الزواج بما يحقق مصالح الزوجين<sup>1</sup> على أن يتم التعدد بتراخيص قضائي يشترط فيه قبول كلا الزوجتين وجملة من الإجراءات الشكلية الأخرى، وهي ما سيتم دراسته تاليا.

### 1/- بالنسبة للإذن القضائي للزواج دون السن القانوني

بالنسبة للقانون الجزائري فإن الأصل وكقاعدة عامة أنه لا بد أن يبلغ كل من الرجل والمرأة السن القانوني للزواج وهو ما حددته المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري ب19 سنة لكلا الطرفين، وكاستثناء وفي نفس المادة أجاز المشرع للقاضي المخول قانونا بالسماح لأطراف العقد بالزواج دون هذا السن على أن تتوفر فيهما أو في الشخص الناقص الأهلية شرطي المصلحة والضرورة مع قدرتهما على الزواج وفقا لسلطة القاضي التقديرية ويكون إبرام الزواج بمقتضى ترخيص يقدمه القاضي بعد التأكد من هذه الشروط. لكن قد يحمل هذا الزواج في طياته مجموعة من الإشكالات عرضها الفقه بعد تحليلهم لمواد قانون الأسرة الجزائري ونراه نحن منطقيا، وتمثل في أن الزواج المبكر خاصة إذا تعلق بالبنات القاصر قد يكون دون استشارتها وفي حالات يتم دون موافقتها بإكراهها فقد يتحايل الولي الشرعي بأن يزوج البنات القاصر التي قد لا تفقه شيئا عن الزواج، عن طريق إبرام عقد عرفي والذي يتم تثبيته بمجرد بلوغها السن القانوني هذا الفراغ القانوني الذي أسال حبر الفقه

<sup>1</sup> تشوار جيلالي، محاضرات في مقياس قانون الأسرة الجزائري، سنة ثالثة القانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2015، ص38.

لازال يشكل ضرا كبيرا ويفتح مجالا واسعا للتحايل خاصة بما يتعلق بموضوع عيوب الإرادة الذي أغفله أيضا المشرع الجزائري<sup>1</sup>.

## 2/- بالنسبة لترخيص التعدد

طبقا للمادة 8 من قانون الأسرة يجب على من يرغب بالتعدد الحصول على ترخيص قضائي أي من المحكمة ، ولا يمكنه ذلك إلا بعد موافقة الزوجة الأولى ولثانية، فهو قيد استحدث بموجب قانون الأسرة المعدل 05-02 جاء للتخفيف من ظاهرة التعدد ليفتح الباب أمام عدة ظواهر من بينها الزواج العرفي، ففي حالة رفض الزوج التوقيع على الترخيص لا يوجد أمام الزوج في هذه الحالة إلا حلين، الأول أن يقدم ملف طبي أمام المحكمة يثبت فيه إما مرض الزوجة أو عدم قدرتها على الإنجاب وبالتالي يثبت هنا ضرورة الزواج الثاني وهو أمر قد يحدث فيه التحايل والغش بتقديم أوراق مزورة، أما الحل الثاني خاصبالزواج الشرعي أو ما يطلق عليه بالزواج بالفاتحة أين يقوم الزوج بالزواج دون توثيق وبعدها يذهب للمحكمة من اجل تسيته وهو ما أكدته المادة 22 من قانون الأسرة. كما أجازت المادة 19 من قانون الأسرة للمرأة أن تشتترط على الزوج بعض الشروط من بينها عدم الزواج عليها ، وذلك عند إبرامهما لعقد الزواج وإذا أخل بهذا الشرط أعطى القانون الحق للمرأة لطلب التطليق بموجب المادة 9/53 فبالرغم من أن المشرع الجزائري قد أجاز التعدد ألا أنه قد قيده بجملة من الشروط فقد اشترط المشرع الجزائري من أجل التعدد استصدار ترخيص الزواج الثاني من طرف رئيس المحكمة كما أضاف من خلال المادة 8 مكرر والمادة 8 مكرر 1 أن للمرأتين الحق في طلب التطليق في حالة التدليس وكذا فسخ الزواج عند عدم استصدار الزوج للتريخ، و قدسأهم هذا التعديل بصفة أساسية في انتشار ظاهرة الزواج العرفي يضاف إلى ذلك نسب الطلاق المنجزة عنه بالتبعية وكذلك ارتفاع نسب العنوسة لدى النساء الخليلات كلها ظواهر سلبية كانت في وقت قريب غريبة على مجتمعنا<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>العربي بلحاج، أحكام الأسرة في ظل قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص162.

<sup>2</sup>دليلة حمريش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري-دراسة سوسيوقانونية لقانون الأسرة المعدل والمتمم، 2005، مذكرة ماجستير، تخصص علم اجتماع القانوني، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013/2014، ص 125.

## 3/- التدليس من أجل الحصول على التراخيص من أجل الزواج في القانون المغربي

قد يعتمد أحد المتعاقدين التدليس من أجل الحصول على إذن في الزواج كالتدليس في الخبرة قصد الزواج دون السن القانوني أو تزويج شخص مصاب بإعاقة ذهنية، أو إعطاء بيانات خاطئة قصد الحصول على إذن بتعدد الزوجات وغيره مما هو محدد في المادة 65 من مدونة الأسرة المغربية في القسم السادس منها والخاص بالإجراءات الإدارية والشكلية لإبرام عقد الزواج والتي نصت في البند 5 على أنه يجب أن يشمل ملف عقد الزواج بعض الوثائق من بينها الإذن بالزواج بقولها: "أولا يحدث ملف لعقد الزواج يحفظ بكتابة الضبط لدى قسم قضاء الأسرة محل إبرام العقد ويضم الوثائق التالية: ... لإذن بالزواج في الحالات الآتية وهي -الزواج دون سن الأهلية- .التعدد في حالة توفر شروطه المنصوص عليها في هذه المدونة. -زواج شخص مصاب بإعاقة ذهنية.... ثانيا يؤشر قاضي الأسرة المكلف بالزواج قبل الإذن على الملف المستندات المشار إليه أعلاه ويحفظ برقمه الترتيبي في كتابة الضبط. ثالثا يأذن هذا الأخير للعدلين بتوثيق عقد الزواج. رابعا يضمن العدلان في عقد الزواج تصريح كل واحد من الخطيبين هل سبق أن تزوج أم لا وفي حالة وجود زواج سابق يرفق التصريح بما يثبت الوضعية القانونية إزاء المزمع إبرامه".

وتبين من الوثائق التي تنص عليها هذه المادة أنها تعمل على تحصين العقد وتوثيق المعلومات بوثائق إثباتية حيث يشير العدلان في رسم الزواج، إلى إذن القاضي الذي لا يؤشر عليه إلا بعد التحقق من الوثائق نظرا لأهمية هذا العقد ولخطورة الأمر في بعض الأحيان كما هو الحال بالنسبة لزواج المجنون. فتوكل للعدول مهمة الإشهاد على الزواج وتوثيقه حيث يحرصان على توفر الخطيبين على جميع الوثائق بما في ذلك ملف عقد الزواج، الذي يحفظ بكتابة الضبط لدى قسم قضاء الأسرة محل إبرام العقد وهي وسيلة قوية لإثبات الزواج في حالة الخلاف والوثائق التي يتضمنها تحدد وضعية الزوجين قبل العقد وتفيد في درء أي تحايل أو تزوير.

وقد منع المشرع المغربي التعدد وجعل من المنع قاعدة أساسية للتعدد وجعل السماح به استثناء وذلك إذا توفرت شروطه وهي العدل بين الزوجات وعدم وجود شرط من الزوجة الأولى يمنعه من التعدد وهو ما أشارت إليها المادة 40 من مدونة الأسرة المغربية، وجعله ممنوعا بحيث لا يجب

أن تأذن به المحكمة إلا بتوافر مجموعة من الشروط<sup>1</sup>. وعليه، إذا لم تشترط الزوجة عدم التعدد وتوافرت في الراغب في التعدد جمع الشروط جاز له التقدم بطلب إلى المحكمة معبرا عن رغبته في ذلك لتبقى السلطة التقديرية للقاضي للإذن من عدمه، بعد التحقق من الشروط وموافقة الزوجتين وقد بينت المادة 43 كيفية استدعاء الزوجة الأولى وذكرت أنه في حال عدم توصل الزوجة بالاستدعاء يتم إنذارها عن طريق عون من كتابة الضبط انه سيتم الحكم لصالح الزوجة. وإذا كان عدم توصل الزوجة بالاستدعاء ناتج عن سوء نية الزوج بتغيير العنوان أو تحريف اسم الزوجة أو ما إلى ذلك من الطرق احتيالية فقد جعل عقوبة هذه الأفعال من خلال الفصل 361<sup>2</sup> من القانون الجنائي المغربي وذلك بطلب من الزوجة والتي تنص "من توصل بغير حق إلى تسلم إحدى الوثائق المشار إليها في الفصل السابق أو حاول ذلك إما عن طريق الإدلاء ببيانات غير صحيحة وإما عن طريق انتحال اسم كاذب أو صفة كاذبة وإما بتقديم معلومات أو شهادات أو إقرارات غير صحيحة يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاثة سنوات وبغرامة من مائتين درهم إلى ثلاثمائة".

وجعل المشرع المغربي التدليس في الحصول على الإذن أو ترخيص بالتعدد المنصوص عليهما في البندين 5 و6 من المادة 65 من مدونة الأسرة المغربية تطبق على فاعله والمشاركين معه أحكام الفصل 366 من القانون الجنائي بطلب من المتضرر كما يخول المدلس عليه من الزوجين حق طلب الفسخ مع ما يترتب عن ذلك من التعويضات عن الضرر وتنص المادة 366 على أنه "... يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وغرامة من مائة وعشرين إلى ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط ما لم يكون الفعل جريمة أشد من:

1. صنع عن علم إقرار أو شهادة تتضمن وقائع غير صحيحة
2. زور أو عدل بأية وسيلة كانت إقرارا أو شهادة صحيحة الأصل
3. استعمال عن علم إقرار أو شهادة غير صحيحة أو مزورة...."<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> تنص المادة 41 من مدونة الأسرة المغربية بعدم الإذن بالتعدد من قبل المحكمة، إذا لم يثبت لها مبرر موضوعي الاستثنائي، وإذا لم تكن لطالبه موارد كافية لإعالة الأسترين وضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة.

<sup>2</sup> اظهر شريف، رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (1962 26) بالمصادقة على مجموعة القانون جنائلمغربي، الفصل 361 منه.

<sup>3</sup> محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 209 و212.

على خلاف نظيره الجزائري، فإن المشرع المغربي قد شدد الأحكام بخصوص التحايل في الزواج ولم يكتفي بذكر أثارها وإنما جعل عقوبات جزائية وغرامات مالية لردع حالات التدليس في الزواج سواء من أطراف العقد أو ذويهم أو القائمين على إنعقاد العقد.

تتعدد صور التدليس في الزواج زياد عتلك التي تقوم على شروط وركن عقد الزواج، فمحاكمها وأثرها على هذا العقد.

### الفرع الثالث

#### صور أخرى للتدليس في عقد الزواج

تتعدد صور التدليس خاصة مع ما نراه اليوم من تقدم في المعدات والوسائل والمساحيق التجميلية والتي قد تبدل شكل الشخص فتعدل من حالته وعيوبه. وقد يستعين الشخص بهذه الأمور للإقبال على الزواج، ويبقى هذا الأمر خطيرا، وأهون أمام ما نراه اليوم من تغيير في الجنس وحتى بالنسبة للتعديل الجنسي، ومن خلال هذا الفرع تبيان هذه الصور مع تسليط الضوء على العيوب في الزواج.

#### أولاً: التغير بإخفاء العيوب بأنواعها المختلفة

لقد أطلق الفقهاء مصطلح العيوب على بعض الأمراض التي وجدوا بأنها مبيحة لفسخ الزواج، فما هو مفهوم العيوب في الزواج وما هو حكمها؟ وما أثر التدليس بإخفائها على الطرف الآخر؟.

#### أ/- مفهوم عيوب في الزواج وأنواعها

لم يعرف المشرع الجزائري عيوب الزواج، تاركا بذلك أمر تعريفها للفقهاء، كما ولم ينظم أحكامها بل إكتفي بذكرها كوسيلة لطلب التطلاق إن وجدت.

## 1/- تعريف العيب في الزواج

"هو ما يدخل بمقصود الأصلي، كالتغيير عن الوطاء وكسر الشهوة"، وعرف أيضا بأنه "علة أو مرض<sup>1</sup> تعتري أحد الزوجين، بحيث تعيق الاستمتاع المقصود من النكاح ويتعذر على الزوج السليم أن يعيش مع الزوج الآخر الذي يوجد به العيب لضرر قد يحقه".

## 2/- أنواع العيوب في الزواج عند الفقه الإسلامي

لقد عرض الفقه الإسلامي عددا لا يستهان به من العيوب والتي قد تصيب الشخص في بدنه، وقد ذكر أحكامها بخصوص الزواج وماهي الحالات التي يمكن الإباحة فيها والحالات التي يمنع معها الزواج ووجوب التفريق بين الزوجين إذا وجدت بعده، وكذا الحالات التي يرجع بشأنها لإرادة الطرف السليم من العيب من إمضاء الزواج أو عدم القبول به.

ولقد اختلف الفقه في تحديد العيوب الموجبة للعيوب للتفريق بين الزوجين :

**-الرأي الأول:** وهو رأي الحنفية يرون أن العيوب التي تجيز للزوجة طلب التفريق هي الجب والعنة والخصاء والجنون والجذام والبرص

**-الرأي الثاني:** وهو رأي المالكية والإمام مالك والإمام الشافعي وإلا ما الحنبلي والذين حددوا العيوب التي تخص الرجل والمرأة على عكس ما جاء به الحنفية بحيث حددوا العيوب المشتركة التي قد تصيب المرأة والرجل والعيوب الخاصة بالرجال وتلك الخاصة بالمرأة وهي الجنون والجذام والبرص والعذيمة والجب والعنة الخصاء والاعتراض

**-الرأي الثالث:** وهو رأي الشافعية والحنابلة حصر العيوب المشتركة بين الزوجين في الجنون والجذام والبرص أما العيوب الخاصة بالرجل فحصرها في العنة والجب<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>\*تعريف المرض لغة: من فعل مرض، وهو يدل على ما يخرج به الإنسان عن حد الصحة في أي شيء كان المرض: السقم ونقيض الصحة.  
- \*تعريف المرض اصطلاحا: هو ما يعرض للبدن فيخرجه عن الاعتدال الخاص، أو هو حالة خارجة عن الطبع، ضارة بالفعل، قد تكون هذه الأمراض معية كما يمكن أن تكون غير معدية. ويمكن أن تكون مزمنة أو غير مزمنة لكن تجدر الإشارة أنه أخطر حالات التغير في الزواج بالنسبة لموضوع المرض هي تلك الأمراض المعدية والتي تؤدي إلى الوفاة مثل السل، والإيدز. أنظر فيصل بن عبد الله، المرجع السابق، ص18.  
<sup>2</sup>أيت شاوش دليمة، إنماء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وبعض التشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ملود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 29، 30.

وبحسب رأينا فإن معيار تقدير العيب هو ما يحول دون تحقيق أهداف الزواج، أو ذلك الذي يحول دون تحقيق الإستقرار النفسي والصحي في حياة الأسرة وأفرادها. وتبقى القناعات الشخصية هي المتحكم فيما يمكن مواصلة العيش به كعيب في الطرف الآخر.

### ب/- الأمراض المستحدثة

تزايدت الأمراض في عصرنا وتعددت تسمياتها، وأصبح من الصعب تقدير ما يمكن التعايش معه، كعيب مع ما لا يمكن التعايش معه، وذلك لإختلاف ذهنيات الأشخاص فالمرض الذي قد يراه شخص مرضا عاديا قد يراه شخص آخر غير ذلك وأمام هذا وذاك ماهو حكم هذه العيوب وماحكم إخفائها لإبرام الزواج؟.

### 1/- المرض المزمن والمرض غير المزمن

الأمراض المزمنة هي الأمراض التي تلازم الشخص طول حياته مثل مرض السكري، والقلب وضغط الدم. ففي حالة الأمراض المزمنة لا بد على كلا طرفي الزواج أن يصارح بهذا المرض ففي حالة المرض المزمن لا بد من توافر شرطين بحسب آراء الفقهاء في حالة الزواج:

- أن يعلم الشخص المصاب الطرف الآخر بمرضه، لئلا يكون غشا وخداعا وتدليسا.

- ألا يتسبب الزواج في أذى للزوج المريض أو للطرف، فإن كان كذلك فليس له أن يتزوج لما فيه من إلقاء النفس للتهلكة.

أما الأمراض الغير مزمنة، فهي تلك الأمراض العابرة التي يشفى منها الإنسان إذا أخذ الدواء المناسب كالأمراض التي تصيب الجهاز التنفسي والهضمي كالصداع والحمى وجع الأسنان وغيرها، في حالة وجود هذه الأمراض لا يشترط أن يقول للطرف الآخر بسابق إصابته بتلك الأمراض، لأنها طبيعية ويصاب بها كثير من الناس وهي ليست مخوفة بحيث تزول بالدواء.

### 2/- المرض المعدي والمرض غير المعدي

الأمراض المعدية وتسمى بالأمراض السارية أيضا، وهي تلك التي تنتقل بين الأشخاص بحيث ينقلها الشخص المصاب إلى الشخص السليم، وقد تنتقل هذه الأمراض أيضا من الحيوان إلى الإنسان الذي بدوره ينقلها إلى أشخاص آخرين ويكون أساس هذه الأمراض هي ميكروبات

مرضية وفيروسات متنقلة. أما عن أشكال التي تتخذها أو طرق انتقالها فقد تنتقل عن طريق التلامس أو عن بعد أو من خلال الهواء وهي قليلة الوقوع بالمقارنة مع تلك التي تنتقل عن طريق الاتصال الجنسي<sup>1</sup>.

والأمراض المعدية نوعان:

-نوع يمكن علاجه وفي هذه الحالة لا يمكن للزوجين طلب الفرقة كالأمراض الجلدية التي تتطلب فقط فترة من العلاج والمداومة عليه وكذلك مرض الزهري<sup>2</sup> الذي يعتبر من الأمراض الخطيرة لكن إذا اكتشف مبكراً يمكن معالجته، ومرض السيلان أيضاً من الأمراض الخطيرة التي قد تصيب الرجال والنساء على حد سواء والذي ينتقل بالمعاشرة الجنسية وعد يصيب أيضاً الجنين في بطن أمه ويمكن علاجه أيضاً في بداياته.

-ونوع مستعصي لا علاج له والذي يوجب الفرقة مثل الإيدز<sup>3</sup> الذي يعد أيضاً من الأمراض الخطيرة وينتشر بكثرة في المجتمعات التي تكثر فيها الآفات والفواحش كالمخدرات والعلاقات الحرة... ويهاجم هذا المرض المناعة ويضعفها ولم يجد لها الأطباء إلى يومنا هذا علاج، سوى أدوية مسكنة للألام وهو ينتقل بالدرجة الأولى عن طريق الدم والاتصال الجنسي، وبالتالي قد ينقله أحد الأزواج المصابة إلى الطرف الآخر وله تأثير كبير وخطير بحيث إذا نتج عن الزواج أطفال فينتقل لهم تلقائياً، وكذلك الالتهاب الكبدي الوبائي -ب-<sup>4</sup> الذي لا يقل خطورة عن سابقه وحامله لا تظهر عليه أية أعراض وهو مرض مزمن وطرق نقله هي ذاتها الخاصة بالإيدز إلا أنه أكثر عدوى من هذا الأخير ، فهذه الأنواع من الأمراض تخل بمقاصد الشريعة الإسلامية خاصة إذا

<sup>1</sup> عائشة محمد صدوقي، أثر الأمراض المزمنة على الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، تخصص الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2014، ص 119.

<sup>2</sup> مرض الزهري هو مرض معدٍ وهو بالأساس مرض تناسلي بحيث يدخل هذا المكروب إلى الجسم وينتقل إلى الدم ومن ثم إلى كافة الجسم، يمكن معالجته إذا تم اكتشافه مبكراً لكن قد يصبح مرضاً مزمناً إذا لم يكتشف مبكراً، أنظر، عائشة صدوقي، المرجع نفسه، ص 121.

<sup>3</sup> تعريف مرض الإيدز: هو مرض يحدث عند دخول فيروس نقص المناعة البشري إلى الجسم ويتغلب تدريجياً على الجهاز المناعي، بعبارة أخرى فإن نقص المناعة البشري هو المسبب الرئيسي لمرض الإيدز، أما عن نقص المناعة البشري فهو فيروس هدفه هدم جهاز المناعة البشري، كتاب الأسئلة الأكثر شيوعاً-ماذا تعرف عن مرض الإيدز؟-، البرنامج الوطني لمكافحة الإيدز، وزارة الصحة، السعودية. [www.moh.gov.sa](http://www.moh.gov.sa).

<sup>4</sup> تعريف الالتهاب الكبدي الوبائي: هو عدوى فيروسية تصيب الكبد، وتؤدي إلى إتهاب الأنسجة الكبد وتلفه، أو فشل كبدي، وقد يكون ضرر مؤقت أو مزمن، هيئة الصحة بدبي، النصائح الغذائية لمرضى إتهاب الكبد الوبائي، حكومة دبي، [www.dha.gov.ae](http://www.dha.gov.ae).

تم إخفاءها تدليسا على الطرف الآخر في الزواج، وتخل أيضا بمقاصد الزواج، فهذه الأمراض هي أمراض منفرة وذكرها يجعل الطرف السليم يتراجع عن الزواج حفاظا على سلامته، وبالتالي فهي تحول بين تحقيق المودة والألفة بين الأزواج، بالإضافة إلى انتقالها بالوراثة إلى الأطفال، ومنها ما يمنع فيه الإنجاب لكل هذه الأسباب فقد أوجب الفقه الفرقة في هذه الحالة.

### 3/- الأمراض الخاصة بالضعف الجنسي

#### -تغيير وتعديل الجنس أثره وحكمه

تغيير الجنس ويقال تحويل الجنس وهو "عملية يتم بواسطتها تغيير جنس الإنسان عن طريق مجموعة من الإجراءات النفسية والفارماكولوجية أي الصيدلانية والجراحية إما لعلاج الخنثى أو الترانسكس".

وقد اختلف الفقه في تسمية هذه العملية فمنهم من يرى أن الاسم الأنسب هو التحويل ومن يرى أن التغيير هو الأنسب لأن ما تقوم به هذه العملية مجرد تغيير للصورة الظاهرة ولا يمكن أن تغير أو تحول جنس الإنسان إلى جنس آخر ظاهرا وباطنا ، فهو محال طبيا. ويرى البعض أن التسمية الصحيحة هي "المسخ" لأن التحويل يكون بتغيير صورة الإنسان إلى أقبح صورة، أما بالنسبة للخنثى المشكل فقد اختار الفقه تسمية التثبيت للجنس لأن الهدف من العملية هو تثبيت الجنس الحقيقي الذي يتوافق مع المقومات الجسدية، والحكم أيضا يختلف باختلاف التسمية فحكم الخنثى المشكل يختلف تماما عن حكم المتحول جنسيا. فالأول هو عيب خلقي يولد به الإنسان فتكون أعضائه الجنسية الظاهرة غامضة بحيث لا يمكن تحديد جنس الإنسان، بينما المتحول جنسيا يولد بأعضاء سليمة وليس لديه أي غموض في جسمه ولتغير عضوه التناسلي وعلى هذا الأساس وبعد الرجوع لأهل المعرفة في هذا المجال أي المجال الطبي أفى الفقه أنه تجوز معالجة الخنثى المشكل إما بالدواء أو من خلال اجراء عملية لإظهار جنسه الغالب وقد صدرت هذه الفتوى من إدارة تطوير الشؤون الإسلامية بماليزيا JAKIM في جلستها السادسة والسبعين والمنعقدة في 2006، وقرار الجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الحادية عشر واللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية. أما بالنسبة للمتحول جنسيا فبالرغم من عدم منطوق هؤلاء إلا أن الفقه لا يزال بين مؤيد ومعارض لهذا الأمر والقائلون بجواز التحول يرون أن

الأطباء إذا قرروا علاجاً للمضطرين في هوية الجنسية فهو جائز وهم الشيعة الإمامية، أما الراضون وهو الأصح قالوا بتحريم هذا الفعل وهم المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة وإدارة تطوير الشؤون الإسلامية باليزيا عام 1982<sup>1</sup>.

بالنسبة للمشرع الجزائري وبالنسبة للشق القانوني، فلم ينص صراحة على اختلاف الجنس في الزواج، إلا أنه بالربط بين مجموعة من المواد يفهم أنه لا بد من اختلاف الجنس في الزواج وفضلاً عن قانون الأسرة الجزائري، فقد نص الدستور الجزائري على أن الإسلام دين الدولة، فالإسلام ينبذ كل العلاقات الخارجة عن إطار الزواج الشرعي وبالتالي فالزواج يعتبر باطلاً إذا تم بين الجنس الواحد ويطل أيضاً زواج الخنثى المشكل والذي اجتمع فيه عضوان تناسليان فالفقه الإسلامي يشترط في الزوجين عدم وجود عيوب وتشوهات في الأعضاء التناسلية، بحيث يكون الزوج كامل الرجولة وتكون الزوجة محققة الأنوثة فإذا اتضح وجود عيب بأحدهما جاز طلب التفريق بينهما، وقد أجاز الفقه الإسلامي إنهاء مشكل الخنثى المشكل بالجراحة لإظهار جنسه الغالب بخلاف حالات تحويل الجنس الذي اعتبرته بعض القوانين جريمة يعاقب عليها القانون<sup>2</sup>.

### ثانياً: إخفاء العيوب والتدليس فيها

بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فإنه تعد العيوب من الأسباب المبيحة لطلب التطلق من جهة الزوجة وقد تم النص عليها ضمن المادة 53 منه، فإن تم التدليس بإخفائها فما حكمها شرعاً وقانوناً؟

### 1/- حكم التدليس في عيب الزواج في الفقه الإسلامي

قبل الحديث عن حكم التدليس في العيب في الزواج في الفقه الإسلامي لا بد من الحديث عن أنواع الفرقة للعيب وعلتها:

<sup>1</sup> فرحان بن هسمادي، مصطفى بن محمد جبري، حكم تحويل الجنس-دراسة تقويمية في ضوء مقاصد الشريعة، IIUM PRESS، 2018، ص53.

<sup>2</sup> العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء ق الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 167.

## 1.1 أنواع الفرقة للعب وعلتها في الفقه الإسلامي

هل الفرقة للعب تكون بالفسخ أو الطلاق؟ اختلف الفقه الإسلامي في نوع الفرقة الواقعة بسبب العيب، أهى فسخ أم طلاق، إلى قولين:

**القول الأول:** أصحاب هذا القول هم الحنفية حيث ذهبوا إلى القول أن الأصل أن لا يفسخ الزواج بالعب إلا في حالات تم ذكرها كأن يكون المقبل على الزواج مجنوناً أو عينا، أو محبوباً ومع وجود هذه الحالات يبقى الخيار للزوجة أن تختار بين البقاء أو الفرقة، لأن المقصود الشرعي للنكاح لا يثبت مع هذه العيوب، وبقية العيوب غير محلة فافتقاراً، ويكون طلاقاً بائناً لا فسخاً، ولا يثبت الخيار للرجل؛ لأن بيده الطلاق،<sup>1</sup> ومنع الظاهرية التفريق مطلقاً بسبب العيوب فلا يجوز للحاكم ولا غيره التفريق بالعبوب، ولا أن يؤجل له أجلاً وهي امرأته إن شاء طلق وإن شاء أمسك،<sup>2</sup> واستدلوا على ذلك بما يلي:

الأصل عدم الخيار، ومن يدعي خلاف الأصل فعليه الدليل. وقد قال علي - عليه السلام - في ذلك "أما رجل تزوج امرأة مجنونة، أو جذماء، أو بها برص، أو بها قرن فهي امرأته إن شاء أمسك وإن شاء طلق"<sup>3</sup>.

### القول الثاني:

وهو قول جماهير الفقهاء إلى، وقالوا أن الفرقة الواقعة بسبب العيب هي فرقة فسخ لا طلاق، فإن تبث ضرر جاز لمن أصابه أن يطلب فسخ عقد الزواج من القاضي القاضي بسبب الأمراض النفسية، أو العقلية، أو المعدية، أو المنفرة ومنهم المالكية والشافعية والحنابلة وبعض الحنفية، وبه قال عمر وابن عمر وابن عباس وأبو ثور<sup>4</sup>.

واستدل الجمهور على رأيهم بما يلي:

<sup>1</sup> أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني الهداية شرح البداية، ج2، المكتبة الإسلامية، القاهرة، ص619.

<sup>2</sup> أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالأثار، ج9-النكاح والطلاق-، دار الكتب العلمية، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري، ط1، بيروت، ص202.

<sup>3</sup> محمد بن علي ابن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ج6، إدارة الطباعة المنيرية، 1344هـ، ص298، رواه الدارقطني.

<sup>4</sup> كمال محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير ج4 ص304، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.س.ن، شهاب الدين أحمد بن إدريس القراني، الذخيرة ج4، دار الغرب الإسلامي، تحقيق محمد بوخبزة، ط1، بيروت، 1994، ص419.

وقوله تعالى: " فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا"<sup>1</sup>.

وتدل هذه الآية: الإمساك بالمعروف لا يتحقق مع الأمراض المعدية والمنفرة، وهي توجب التسريح بإحسان منعا للضرر الواقع أو المتوقع؛ لأن المتوقع كالواقع شرعا وعقلا وواقعا، والضرر يجب أن يدفع بقدر الإمكان.

- ثبت عن أبي هريرة أنه قال: قال رسول الله - ﷺ -: " لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر، وفر من المجذوم كما تفر من الأسد."<sup>2</sup>.

وجه الاستدلال بالحديث:

الجذام وهو بضم الجيم وتخفيف الذال المعجمة علة يحمر بها 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 - ﷺ - أن الأمر ليس كذلك، ولا طيرة بكسر الطاء وفتح الياء وقد تسكن هي التشاؤم بالشيء، وهو مصدر تطير يقال تطير طيرة من الطير والظباء وغيرها، وكان ذلك يصددهم 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>سورة الطلاق، الآية 2.

<sup>2</sup>عبد الله محمد بن اسماعيل صحيح البخاري، مجلد1، دار التأسيس، حديث رقم5717كتاب الطب، ط1، مصر، 2012، ص2579.

- روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي - ﷺ - 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 "1.

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.

- عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب قال: "أبما امرأة غربها رجل بها جنون، أو جذام، أو برص فلها

مهرها بما أصاب منها، وصدّاق الرجل على وليها الذي غره"2.

هذا عن نوع الفرقة، وقد اختلف الفقه الإسلامي كذلك في الأسباب المبيحة للفرقة في حال وجود عيب فبالنسبة للحنفية فإن علة الفرقة بسبب العيب تكون لحفظ حق المرأة برفع الضرر عنها وأن الضرر لا يرتفع إلا بالتفريق مع إعطائها حق الخيار، وخاصة أن العيوب تدخل في العيوب التي تخل وتعدم مقاصد الزواج من حيث المعاشرة الزوجية والإنجاب. أما المالكية فقد جعلوا كل من العيوب التي تعافها النفوس وتنفر منها، وكل عيب ينقص عن كمال الاستمتاع المقصود من النكاح، والعيوب التي لا يتم من خلالها نقل العدوى سببا يجيز الفرقة، وقد سار الشافعية بما جاء به المالكية وأضاف علة أخرى وهي أن كل مرض لا تستقيم معه الحياة الزوجية ويلحق ضررا بها يوجب الفرقة. أما الحنابلة فقد جعلوا علة الفرقة لثلاث أسباب العيوب المانعة للاستمتاع والتي تنفر وتشمئز منها النفوس، والأمراض التي تنتقل إلى الولد<sup>3</sup>.

. ورجح الفقه الحديث رأي جمهور الفقهاء للأسباب الآتية:

<sup>1</sup> ابن بكر أحمد ابن الحسين ابن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج7، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1996، ص256.

<sup>2</sup> سنن الدارقطني، ج3، ص266

<sup>3</sup> عائشة مجّد، المرجع السابق، ص 55.

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

— 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.

— التغير محرم شرعا، ومن غرّ فعله مسؤوليّة تغيّره شرعا وعقلا وواقعا.

## 2.1 حكم وأثر التدليس في العيب في الزواج في الفقه الإسلامي

بالنسبة للأمراض غير المعدية وغير المزمّنة، فلا إشكال في إخفائها، غير أن الأمراض المعدية والمزمّنة هي من لا يجب إخفاؤها ولخطورتها، ولأن ضررها لا يقتصر على الشخص نفسه بل يتعداه إلى الغير والنسل<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للعيوب المحدد من قبل الفقه الإسلامي فيجب التفريق بين حالتين:

### قبل الدخول:

اتفق جمهور الفقهاء وحتى الفقه المعاصر على ثبوت حق الخيار لكلا الزوجين، وسقط هذا الحق في حالة العلم به قبل الدخول والقبول به صراحة دون إكراه، فلا يحق للولي إكراه موليته على الزواج من الشخص المصاب ولا يحق له أيضا أن يمنعها من الزواج أو أن يجبرها على فسخه في حال قبوله .

ويسقط المهر وتسترد الهدايا في حالة وجود تدليس من قبل المرأة وأهلها بإخفاء هذه الأمراض مصداقا ولما فيه من ضرر، وأيضا لما فيه من غش وتدليس.

### بعد الدخول:

الحنفية قالوا: إذا أصيب به الأزواج بعد الزواج فلا يمكن الفسخ ، لما فيه ضرر على المرأة إذا كانت هي المصابة، وإذا كان الزوج هو المصاب فيصح مهرها لو طئها ولا يحق له الفسخ أيضا<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بسام موسى النزلي ، المرجع السابق ، ص56.

<sup>2</sup> أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السغدري حنفي ، المرجع السابق ، ج1/.

و المالكية فقد أعطوا حق الفسخ للمرأة دون الرجل<sup>1</sup>، أما الشافعية فقد أعطوا حق الفسخ بعد العقد للمرأة مطلقا إذا كان الزوج هو المصاب أما إذا كانت المرأة هي المصابة فقد اختلفوا إلى قولين: الأول أعطى للزوج كذلك حق الفسخ، والثاني لم يعطوه الحق لأن بيده حق الطلاق، أما الحنابلة فقد أعطوا حق الخيار للطرف السليم<sup>2</sup>.

بالنسبة للعجز الجنسي، هو عيب محل بمقاصد الزواج الشرعية، فإن علم من به العيب بهذا العجز وجب عليه إخبار الطرف الآخر، فإن رضي به كان الزواج صحيحا في هذه الحالة، أما إن أخفى عجزه أعتبر مدلسا، وفي حال عدم العلم بالعيب فإن ما تم الإتفاق عليه من قبل الفقه أن يمنح للزوج مدة سنة فإن لم يذهب عجزه رفع الأمر للقاضي، وقد استدلوا بما روي عن عمر أنه قال في العنين يؤجل سنة فإن قدر عليها وإلا فرق بينهما ولها المهر وعليها العدة، وعن علي قال: يؤجل سنة فإن أصابها وإلا فهي أحق بنفسها، وعن المغيرة بن شعبة قال العنين يؤجل سنة<sup>3</sup>.

## 12- حكم العيب في والتدليس فيه الزواج في القانون المغربي

أما عن المشرع المغربي فقد أورد نص عام للتدليس وذهب إلى أن نوع الفرقة فيه هي الفسخ وذلك ما نصت عليه المادة 63، كما أورد نصا خاصا للتفريق بالعيوب وذهب إلى أن الفرقة فيه هي الطلاق وذلك ما تضمنته المادة 109 وهي ما يتم العمل بها<sup>4</sup>، فقد أعطى لحكم العيب في الزواج حق طلب التفريق للزوجين بخلاف المشرع الجزائري الذي جعله حقا للزوجة - كما سنرى من خلال النقطة التالية - وقد نصت المادة 107 من القانون رقم 03-70: "تعتبر عيوباً مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية وتخول طلب إنهاءها: 1- العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية، 2- الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته التي لا يرجى الشفاء منها داخل سنة"، وقد أخذ المشرع المغربي برأي جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة في إعطاء الحق في التفريق للزوجين بالرغم من وجود حق الزوج بإيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة موازي لحق الزوجة بطلب التطليق وذلك بسبب أثار الطلاق المختلفة في التطليق للعيب، ومن خلال المادة 109 من نفس

<sup>1</sup> محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، المرجع السابق، ص278.

<sup>2</sup> عائشة محمد صدقي، المرجع السابق، ص 122 وما بعدها

<sup>3</sup> بسام موسى النزلي، المرجع السابق، ص63.

<sup>4</sup> نشوان محمد، رنا سعد، المرجع السابق، ص128

القانون أعفى المشرع المغربي الزوج من دفع الصداق في حالة التطليق للعيب كما اعترف للزوجة بحقها في إيقاع الطلاق بإرادتها المنفردة إذا مكنها الزوج من هذا الحق<sup>1</sup>.

أما عن حكم التدليس في العيب في الزواج فقد عالج التشريع المغربي حكمه في مادتين، حيث نصت المادة 63 على أنه: "يمكن.. أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس هو الدافع إلى قبول الزواج... أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين... ومن تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في طلب التعويض"، أما المادة 108 ذهبت إلى أنه: "يشترط لقبول طلب أحد الزوجين إنهاء علاقة الزوجية للعيب:

1/- ألا يكون الطالب عالماً بالعيب حين العقد.

2/- ألا يصدر من الطالب ما يدل على الرضا بالعيب بعد العلم بتعذر الشفاء"

فقد أعطى المشرع المغربي من خلال المادتين السالفتي الذكر للمدلس عليه حق في فسخ لزوج مرة في حالة التغير بشكل عام سواء في العيوب أو غيرها، وأعطاه الحق في طلب التفريق بسبب العيب، وبما أن الخاص يقيد العام فنص المادة 108 يقيد نص المادة 63، وبالتالي فإن الفرقة الواقعة بالعيب هي الطلاق لا الفسخ، أما عن القضاء المغربي فقد ورد في حيثيات حكم صادر عن محكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة "حيث تهدف الدعوى إلى فسخ الزواج للتدليس، وحيث ادعى الزوج المدعي أن زوجته ترفض معاشرته دائماً وهو الأمر الذي أكدته الزوجة خلال جلسات البحث التي أجريت معها، وحيث أن من أهم أسباب الزواج التناسل وتحقيق الرغبة الجنسية، لتهدأ النفوس وتستقيم، مما يشكل معه عدم تمكين الزوجة نفسها ضرراً بالغاً لا يمكن أن تستمر معه العلاقة الزوجية، وحيث أن رفع هذا الضرر يستلزم الإجابة لطلب الزوج"، وقد قضت المحكمة بفسخ الزواج للتدليس على اعتبار أن الزوجة كانت تعلم بحالها قبل الزواج بعدم طاقتها على المعاشرة الزوجية وهي مع ذلك كتبت عيبتها وأخفته على الزوج الذي لم يكتشفه إلا بعد الزواج وهذا ما يشكل أحد أهم تطبيقات صور التدليس في عقد الزواج<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أيت شاوش دليمة، المرجع السابق، ص 27.

<sup>2</sup> نشوان محمد، رنا سعد، المرجع السابق، ص 122.

## 3/- موقف المشرع الجزائري من التدليس في عيب الزواج

لقد ورد الحكم الخاص بالعيوب من خلال المادة 2/53 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على أنه: "يجوز للزوجة طلب التطليق للعيوب التي تحول دون الهدف من الزواج." وعليه من خلال نص المادة يظهر أن المشرع قد جعل العيوب سببا لطلب الزوجة للتطليق ولم يحدد ما هي العيوب التي تبيح للزوجة طلب التطليق كما أنه لم ينص عن حالة التدليس في عيب الزواج وإخفائه إلا أنه وبموجب المادة 53 من قانون الأسرة الفقرة 02 أعطى الحق للزوجة طلب التطليق لعدة أسباب ذكرها في هذه المادة من بينها العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وبهذا يكون المشرع قد أخذ برأي الحنفية الذين قالوا بجواز التفريق بين الزوجين بطلب من الزوجة إذا وجدت عيبا في زوجها، وكعدة تشريعات عربية أخرى<sup>1</sup>. لم يعط المشرع هذا الحق للزوج وإنما استثناه للزوجة فقط وقد يعود سبب ذلك لحقه في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة الذي خوله له الشرع وكذلك المادة 48 من نفس القانون وبالمقابل قد يأخذ الزوج بهذا السبب لتعليل طلاقه لتفادي التعويض عن الطلاق التعسفي<sup>2</sup>.

كما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد صراحة مهلة معينة للزوج المصاب من أجل العلاج، وبهذا الصدد أصدرت المحكمة العليا قرار بتاريخ 1984/11/19 جاء فيه: "متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك

<sup>1</sup> بدوره القانون المصري أعطى حق طلب التطليق للزوجة بسبب العيب دون الزوج من خلال ق رقم 25 لسنة 1920 المعدل ب القانون رقم 10 لسنة 1985 وقد نصت المادة 01/9 منه على أنه " للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل".

=وقد حذى حذوه المشرع السوري من خلال م 105 من ق رقم 59 لسنة 1953 المعدل بالقانون رقم 34 لسنة 1975 والتي نصت " للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين: 1/- إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها منها 2/- إذا جن الزوج ومن خلال هذين النصين نستنتج أنه بخلاف المشرع الجزائري فقد حددت هذه المواد العيوب التي تبيح الفرقة بطلب من الزوجة. أنظر، أيت شاوش دليلة، المرجع نفسه، ص24.

<sup>2</sup> أيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص26.

المدة بجانب بعلمها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية<sup>1</sup>.

كما صدر عن محكمة تيزي وزو حكم يقضي بتطليق الزوجة من زوجها بسبب مرض الزوج العقلي وجاء فيه: "حيث أن طلب المدعية المتعلق بالتطليق بين الطرفين على أساس أن المدعي عليه مصاب بمرض عقلي طلب مؤسس قانونياً طبقاً لأحكام المادة 2/53 من قانون الأسرة مادام المدعي عليه أقر أمام المحكمة أثناء جلسة الصلح أنه مريض عقلياً وهذا منذ مدة وبالتالي التصريح بالتطليق بين الطرفين"<sup>2</sup> على خلاف قرار المحكمة العليا ما يلاحظ على الحكم فإن القاضي لم يمنح المدعي عليه مدة للعلاج للحكم بالطلاق.

وعليه، أنه يجب الإعلام عند وجود عيب بأحد الزوجين من أمراض التي بعضها قد يمنع من تحقيق مقاصد الزواج بل تمنع أهم مقاصده منها الإحصان وتكوين أسرة مما سيلحق الضرر ويوقع الحرج، وشرع الله يأمر برفع الحرج ودفع الضرر.

وتجدر الإشارة هنا كذلك أن المشرع قد ذكر أمراً آخر ضمن نصوص القانون الأسرة الجزائري ألا وهو الزواج في حالة المرض المخوف، وقد اعتبره زواجا فاسداً يوجب الفسخ، فالزواج مريض مرض الموت من الزيجات الفاسدة التي لا ميراث فيها وهو ما نص عليه من خلال المادة 131 من قانون الأسرة وحكمه أنه يفسخ بالطلاق قبل وبعد البناء<sup>3</sup>.

ولقد ذكر المالكية شرط عدم الزواج إذا كان أحد طرفي الزواج مريضاً بمرض مخوف، ويقصد هنا بالمرض المخوف هو المرض الذي لا يرجى شفاؤه والذي يقود صاحبه إلى الموت، وبالتالي هو زواج غير صحيح حسب قول فقهاء المالكية، وحكمه الفسخ فإذا لم يتم الدخول بالزوجة لا تستحق الصداق، وإن تم الدخول فتستحق الصداق المسمى، غير أنه في حال ما إذا صح المريض فلا يفسخ الزواج، وثار في هذه الزيجات عادة موضوع الميراث فلو مات أحدهما قبل الفسخ لا يرثه الآخر؛ لأن سبب فساده إدخال وارث في التركة لم يكن موجوداً قبل المرض، وهذا في حد ذاته يعتبر

<sup>1</sup> م.ع، غ.أ.ش، 1984/11/19، ملف رقم 34791، م.ق، 1989، ع3، ص 76.

<sup>2</sup> بسملة عثمانى، المرجع السابق، ص 88.

<sup>3</sup> العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء ق الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 385.

قرينة كافية لقيام حالة الغش والتدليس. ولكن إذا مات الزوج قبل الفسخ بعد الدخول فللزوجة الأقل من ثلث التركة ومن المسمى ومن صداق المثل لأن الزواج في مرض المخوف تبرع، والتبرع بالنسبة لمريض مرض الموت لا ينفذ إلا من الثلث<sup>1</sup>.

بالرغم من وجود عدة نقاط أغفلها المشرع الجزائري إلا أنه وضع إجراء قبل الزواج وهو الفحص الطبي الذي يجب أن لا تتجاوز مدته 3 أشهر وإعلام الطرف الآخر بنتيجته ويترك له خيار بين إكمال الزواج أو إلغائه وذلك من خلال المادة 7 مكرر. لكن ما هو الحكم القانوني في حالة إقدام احد الأطراف إلى التدليس في الشهادة الطبية؟.

### ثالثا: التدليس في الفحوصات الطبية

في قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض المشرع لنص خاص بالحالة الصحية للزوجين كما لم يعتبر الصحة الجيدة شرطا لصحة عقد الزواج غير انه وبمقتضى المادة 7 مكرر أصبح الإدلاء بالشهادة الطبية إلزاميا بالنسبة للمقدمين على الزواج فقد جعله حل وقائي لتفادي التدليس وإخفاء بعض الأمراض من خلال وجوب لجوء الخاطبين إلى إجراء ما سماه بالشهادة الطبية من خلال المادة 7 مكرر سالفة الذكر.

### أ/- تعريف الفحوصات الطبية

هي مجموعة من الفحوصات السريرية والمخبرية والاستشارات الطبية التي تهدف إلى ضمان نجاح الزواج وسلامة الزوجين، وتشخيص استعداداتها الجسدية والصحية والوراثية وحتى المعرفية بالنسبة إلى العلاقة الجنسية السليمة، ونقل الأمراض والعلل إلى أحدهما من الآخر أو إلى أبنائهما<sup>2</sup>.

وقد نصت المادة 7 مكرر من قانون الأسرة على وجوب القيام بالفحوصات الطبية المحددة قانونا لإبرام الزواج، والتي تثبت أن طالبي الزواج خاليين من الأمراض التي تشكل خطرا عليهما والتي تحول دون ابرامهما لهذا العقد، على أن لا يزيد تاريخ هذه الفحوصات عن 3 أشهر، ويعد هذا الإجراء وسيلة احترازية واحتياطية للتأكد من سلامة المقبلين على الزواج، واحتياطا لضمان سلامة الأزواج

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي ، ص 6572

<sup>2</sup> عائشة محمد صدقي، المرجع السابق، ص 34.

من انتقال الأمراض بينهما، وبالتالي هو إجراء وقائي لا يؤثر في صحة العقد، فإذا تكاملت أركان وشروط عقد الزواج كان العقد صحيحا وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها بأن صحة الزوجين لا تعتبر شرطا من شروط صحة الزواج لكن يمكن الأخذ به بعين الاعتبار إذا كانت الحالة الصحية لأحد الأطراف أثرت بشكل مباشر على رضا الطرف الآخر خاصة الضعف الجنسي والعقم، فإذا أثبتت الزوجة عجز زوجها حدد لها مدة سنة كاملة من أجل العلاج، فالعيوب التي لا يتحقق معها الهدف من الزواج يعطي الحق للزوجين طلب فسخ الزواج سواء اكتشف العيب قبل الزواج أو بالطلاق بعده، أما العيوب الغير خطيرة والغير المعدية فلا ضرورة للتفريق بينهما.

فالشهادة الطبية إلزامية يجب تقديمها عند إبرام عقد الزواج ولابد على المكلف بإبرام الزواج التحقق منها، وذلك وفقا لمواد المرسوم التنفيذي رقم 0154 المؤرخ في 11 ماي 2006 والذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق المادة 7 مكرر سالفه الذكر.

### ب/- موقف القانون والفقهاء من التدليس في الشهادة الطبية للإبرام عقد الزواج

بالنسبة للزواج كعقد ، فإنه إذا تم بدون شهادة طبية يبقى العقد صحيحا إلا أن مخالفة هذا الإجراء تحول للطرف المتضرر أن يتبث أن الطرف الآخر قد أخفى المرض أولا لطلب الفسخ، أو الطلاق بالنسبة للزوج لكي لا يعتبر متعسفا في إيقاعه للطلاق، أو التطبيق للمرض والعيوب بالنسبة للزوجة، كما يمكنه إثبات مسؤولية الطبيب والضابط الذي أبرم العقد<sup>1</sup>.

بالنسبة لمسؤولية الطبيب، فبداية الطبيب غير ملزم بإخبار الغير بنتائج الفحوصات الطبية ، إلا أنه يصبح ملزما بذلك إذا كان المرض معديا أو كان هناك أمر قضائي يلزمه بذلك وهو ما نصت عليه المواد 206 و226 و235 من قانون الصحة<sup>2</sup> وكذلك المادة 301 من قانون العقوبات<sup>3</sup>. كما أنه يعد مسؤولا الطبيب في حال الإخلال بالتزاماته خاصة إذا علم بوجود مرض خطير أو معد

<sup>1</sup> العربي بلحاج أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 183.

<sup>2</sup> القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16/02/1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 17/02/1985، ع8، ص176، الملغى بموجب المادة 449 من القانون 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق لـ 02 يوليو 2018، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 29 يوليو 2018، ع 46، ص3.

<sup>3</sup> الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 والذي يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

ويكون مسئولاً لارتكابه خطأ مهني ومسؤوليته لا تتوقف على المقبلين على الزواج فقط وإنما في حال وجود أمراض وراثية فيكون مسئولاً إذا انتقلت إلى الأطفال وألحقت بهم أضرار.

كما يكون مسئولاً، ضابط الحالة المدنية المكلف بإبرام الزواج ومعاقبا طبقاً لقانون العقوبات بالحبس بشهرين على الأكثر وبغرامة مالية وذلك في حال إخلاله بإجراءات المادة 7 مكرر من قانون الأسرة، وقد نص كذلك قانون الحالة المدنية الجزائري<sup>1</sup> أن ضابط الحالة المدنية يمارس مهامه تحت مسؤوليتهم المدنية والجنائية مع مراقبة النائب العام، فإذا تم الإخلال بـ المادة 7 مكرر وتم العقد دون التأكد من وجود الشهادة الطبية فإنه يتابع الموثق وكذا ضابط الحالة المدنية قضائياً من طرف النيابة العامة<sup>2</sup>.

## المطلب الثاني

### مدى إعمال القواعد العامة على عيوب الإرادة وخصوصيتها في عقد الزواج

إن العمل بالقواعد العامة نظرياً في مجال قانون الأسرة وبشأن الأحوال الشخصية بالتحديد قد نقول عنه أنه يكاد أن يكون جد محدود وذلك لعدة إعتبارات منها خصوصية ماضيها، وكذلك ارتباطها بالأحكام الشرعية التي تستدعي البحث عن حلول لها في كتب الفقه يضاف إلى ذلك النص الموجود في قانون الأسرة والذي يحيل لأحكام الشريعة الإسلامية أمام وجود أي فراغ.

## الفرع الأول

### حدود تطبيق القواعد العامة على عيوب الإرادة في عقد الزواج

من المعلوم أنه في حالة عدم وجود نص قانوني يرجع إلى مصادر القانون بحسب ترتيبها لسد هذا الفراغ، وهذا في الحالة التي لا يوجد فيها إحالة لمصدر معين، وذلك باتباع قاعدة الخاص يقيد العام، فما هو موقف كل من المشرع الجزائري والمغربي بخصوص موضوع عيوب الإرادة في الزواج؟.

<sup>1</sup> المادة 26 من الأمر 20/70 المؤرخ في 19/02/1970 والمتضمن قانون الحالة المدنية.

<sup>2</sup> مادة 77، من قانون العقوبات الجزائري، والمادة 3 من قانون الأسرة الجزائري. مأخوذ عن العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 185.

### أولاً: موقف المشرع الجزائري من إعمال القواعد العامة لعيوب الإرادة على عقد الزواج

إن كل طعن في تصرف قانوني يتعلق بالأحوال الشخصية وأسس على أحد العيوب الغير مدرجة في قانون الأسرة الجزائري يكون غير مقبول لانعدام سنده القانوني إذ لا يمكن اعتبار القواعد العامة مسوغا قانونيا للقول بخلاف هذا القول لأن قواعد القانون المدني الجزائري لا يمكن إعمالها أو حتى الرجوع إليها لسكوت المشرع وذلك لاختلاف الأسس التي يقوم عليها طبيعة كل قانون، وكذا الأسس الفلسفية وخصوصية الضوابط القانونية المعمول بها في كل قانون على حدى، فقانون الأسرة الجزائري يقوم في مجال الأحوال الشخصية وحالة الأشخاص وأهليتهم بالإضافة لمجموعة من الموضوعات الخاصة بتنظيم المجال الأسري والتي لا يمكن أن يتم تطبيق عليها نفس أحكام القانون المدني الجزائري لأن طبيعة أحكامه تسمح بتطبيقها على المعاملات المالية بالإضافة إلى أنه لا يمكن الأخذ بكل عيوب الإرادة كلها لخصوصية عقد الزواج<sup>1</sup>.

عقد الزواج في بنيته الداخلية موضوعه هو حل المعاشرة والحياة المشتركة بين الزوجين وركنه الأعظم باتفاق هو الصيغة التي تعكس الرضا الذي هو أساس العقد وباقي المقومات من عاقدين وشروط صحة أساسية في عقد الزواج كالولي والشهادة..والصداق التي وقع خلاف بشأن طبيعتها في عقد الزواج من قبل الفقه، وقد اختلفوا أيضا حول تصنيفه من بين العقود وذلك لخصوصية هذا العقد غير أنه لا يخرج عن كونه عقدا رضائيا<sup>2</sup>.

### ثانياً: موقف المشرع المغربي من إعمال القواعد العامة لعيوب الإرادة على عقد الزواج

لقد اقتصر المشرع المغربي على ذكر عيين فقط في مدونة الأسرة ، وقد يرجع سبب عدم ذكر عيب الغلط هو لطبيعة عقد الزواج ، فهو عقد شخصي أساسه الرضا ونتيجة لهذا الرضا المتبادل بين الطرفين يتم التوقيع وإبرام عقد الزواج والذي يتم بحضور الشاهدين والأولياء ويتم أمام شخص مكلف قانونا لذا يصعب في هذه الحالة وجود غلط وان هناك غلط فسيكشف لا محال في مجلس العقد، وان وجد لاحقا فيمكن اللجوء للفسخ للتدليس وذلك طبقا للمادة 63 من المدونة والتي تفيد أن التدليس يوجب الفسخ بسبب الغلط الذي وقع فيه المدلس عليه، يضاف إلى ذلك انه

<sup>1</sup> www.marocdroit.com.

<sup>2</sup> أبو القاسم بن الزين، المرجع السابق، ص101.

وان تم غلط تلقائي وقع فيه الشخص من تلقاء نفسه فهو لا يوجب الفسخ، إلا إذا كان نتيجة لطرق احتيالية دفعته لإبرام عقد الزواج لينتقل من غلط إلى تدليس.

وبالتالي لا يمكن لأي شخص طعن في صحة العقد لوجود عيوب أخرى خارج هذين العيبين على أساس القواعد العامة وذلك من جهة لانعدام السند القانوني ومن جهة أخرى فان سكوت قانون الخاص وهو المدونة لا يمكن معه الرجوع إلى القواعد العامة وبالتالي لقانون الالتزامات والعقود وكذلك طبيعة الأسس القائم عليها كل من القانونين. وقد رتب المشرع على عيب الإكراه والتدليس الفسخ لا الإبطال كالقواعد العامة فنتيجة الإبطال هو رجوع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد وهو ما يميز الإبطال عن الفسخ ولا يمكن تصوره في عقد الزواج.

## الفرع الثاني

### خصوصية عيوب الإرادة في الفقه الإسلامي وعقد الزواج

تظهر خصوصية مادة عيوب الإرادة في الفقه الإسلامي في عدة جوانب أولها أن الفقه الإسلامي لم يضع نظرية موحدة لهذا الموضوع بالمقارنة مع ما ورد عند فقهاء القانون المدني، ولا يعتبر هذا قصورا من جهة الفقه الإسلامي وذلك لأن أحكام كل عيب تختلف عن تلك الخاصة بالعيب الآخر سواء تعلق الأمر بالعقود المالية أو عقود الزواج، أو كما قسموها عقود قابلة للفسخ وأخرى غير قابلة للفسخ، وكذلك لاختلاف الجزاء والآثار لكل عيب، ففقهاء القانون المدني وحدوا الجزاء وجعلوا القاعدة العامة هي قابلية العقد للإبطال.

من خلال ما تقدم يستنتج عدة نقاط أهمها صعوبة تطبيق أحكام الفقه الإسلامي لعدم توحيد الجزاء ولتشتت أحكام كل عيب وجزائه وأثاره في كتب الفقه وهو ما يصعب عملية البحث على القاضي لحل القضايا المعروضة أمامه بالمقارنة مع سهولة تطبيق، إلا أننا نرى أن العدل هو عدم توحيد الجزاء خاصة في عقد الزواج.

لدى نرى أن أنسب ما قد يحل هذا الإشكال هو وضع و سن قوانين من شأنها ضبط هذه المادة في قانون الأسرة وذلك كما سبق وأن ذكرنا لخصوصية هذا العقد، فعند البحث في هذا الموضوع وخاصة فيما يتعلق بعيوب الإرادة في الزواج كثيرا ما وجدت الفقه يستشهد بمواد القانون المدني في

حالات الشغور وهذا يخالف قاعدة "الخاص يقيد العام" وبالرغم من وجود مادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيل لأحكام الشريعة الإسلامية.

# الفصل الثالث عيب الإكراه

عيوب الإرادة تفسد الرضا حيناً، وتعدمه وتجعله كأن لم يكن في حالات أخرى، وفي كلتا الحالتين لا نقول بوجود رضا تام وصحيح، ومن بين عيوب الإرادة عيب الإكراه فوجوده يؤدي إلى اختلال الرضا فقد ينقص من صحته وقد يعدمه نهائياً، فكل أفعال المكره سواء أقوال أو أفعال كانت، إنما هي ضد رغبته، وأنها لا تتحقق مبتغاه فإرادته الحقيقية غير موجودة، ففي حالة التعاقد تحت وطأة الإكراه فإن المكره يتجه لإنشاء العقد ولكن اتجاهه هذا يكون ليدفع الأذى عن نفسه فعقده ليس إلا درعاً يحمي به من الأضرار التي تتهدده نتيجة الإكراه.

ولقد عني الإسلام بالإكراه كعيب من عيوب الرضا ومنهم من اعتبره عارضا من عوارض الأهلية، وهذه العناية جعلته يبرز بروزاً واضحاً خلافاً للعيوب الأخرى، ومرد ذلك إلى أن أساس الإكراه أساس موضوعي وذلك لأنه من يعتمد عليه يعتمد في غالب الأحيان على وسائل التعنيف والتي تعتبر وسائل مادية ظاهرة وليست وسائل معنوية خفية<sup>1</sup>.

ومن مظاهر عناية الفقه الإسلامي بالإكراه، تخصيص الفقهاء باباً خاصاً للإكراه في مؤلفاتهم وبصفة خاصة فقه الحنفية الذي أسهب في بسط أحكام الإكراه، ولقد ذكر السرخسي<sup>2</sup> أن الإمام محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة ألف في الإكراه كتاباً مستقلاً فرع فيه مسائل الإكراه غير أن بعض حساده سمعوا بخبر الكتاب فأخبروا الخليفة وقالوا أنه صنف كتاباً سماك فيه لصاً غالباً فابتلى الإمام محمد رحمه الله بسبب تصنيفه. إن عناية الأحناف بالإكراه قد تجاوزت حد إفراده بالتأليف حتى صاروا يحتاطون فيه عند كتابة الشروط والوثائق فيما بين المتعاقدين فكانوا ينصون فيها على أن العقد "تم بين فلان وفلان دون إكراه وأنها رضياً بالعقد غير خائفين ولا مكرهين ولا مضطرين" وإمعاناً فالاحتياط فإن بعض القضاة يرفضون الوثائق التي لا تنص على ذلك<sup>3</sup>.

وكذلك بالنسبة للقانون الجزائري، وفي القواعد العامة في القانون المدني فقد خصه المشرع بجملة من النصوص توضح أحكامه وتضبط حكمه وأثره على العقود، إلا أن ما يعاب عليه أنه لم يضبطه بصفة نهائية عند الحديث عن عقد الزواج. وعلى خلاف ذلك فقد كان لهذا العيب حظاً أوفر من

<sup>1</sup> سعيد القاضي، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، ص 36.

<sup>2</sup> محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 1، ص 3.

<sup>3</sup> سعيد القاضي، المرجع السابق، ص 37.

خلال مدونة الأسرة المغربية فقد نص المشرع المغربي على عدة نصوص خاصة بعيب الإكراه في عقد الزواج وذلك لأهمية هذا الموضوع خاصة على في هذا العقد.

وانطلاقاً من أهمية الإكراه كعيب من عيوب الإرادة، وباعتباره أشد العيوب تأثيراً، وبما أن هذا العيب هو عيب مؤثر في عقد الزواج، فإنه وجب التعرض لهذا الموضوع من عدة جوانب مفهوماً وأحكاماً حكماً وأثاراً خاصة فيما يخص عقد الزواج.

## المبحث الأول

### الأحكام العامة للإكراه في الزواج

كغيره من العيوب، للإكراه وجهان الأول يعدم الإرادة كإرغام شخص على التوقيع على عقد ما عن طريق مسك يده بالقوة والقيام بإجباره على ذلك، إذ تعتبر الإرادة في هذه الحالة معدومة من الأساس، وينتج عن هذه الحالة بطلان العقد، وما يهم في دراستنا هو الوجه الثاني للإكراه وهو الإكراه المفسد أو المعيب للإرادة وعليه تنصب الدراسة من خلال هذا المبحث على مفهوم عيب الإكراه وذلك بذكر أحكامه من تعريف وأركان (**المطلب الأول**)، ثم أنواع وشروط ووسائل إثباته (**المطلب الثاني**)، بالمقارنة ما بين الأحكام العامة وما جاء به الفقه الإسلامي من أحكام لهذا العيب فيما يخص عقد الزواج وذكر ما هو أقرب وأصح للتطبيق في حالة وقوعه بمناسبة إنشاء عقد الزواج.

### المطلب الأول

#### مفهوم الإكراه وأركانه في الزواج والقواعد العامة

لأن الإكراه ينافي الرضا، ولأن الإنسان عرضة لأن يقع في هذا العيب، فقد راعت أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع وخصته بعناية خاصة، خاصة الفقه الحنفي لأهمية حرية الفرد في الإسلام. ومن خلال هذا المطلب سيتم تبيان مفهوم الإكراه لغة، فقها وقانوناً، مع تمييزه عما يشابهه من مصطلحات (**الفرع الأول**)، ثم ذكر أركانه وأنواعه وكيفية إثباته (**الفرع الثاني**) في القواعد العامة بصفة عامة وفي عقد الزواج بصفة خاصة.

### الفرع الأول

### مفهوم الإكراه وتمييزه عن ما يشابهه من مصطلحات

تمثلت عناية الفقه بعيب الإكراه انطلاقاً من مفهومه، فقد خصه علماء اللغة العربية بعدة تعريفات لغوية كما عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية وذلك بالنظر للأحكام التي وضعها كل فقه لهذا العيب. وحتى من الناحية القانونية فقد عرف عيب الإكراه اهتماماً من قبل عدة تشريعات من خلال إعطاء مفهوم مباشر أو حتى الغير مباشر كذكر خصائصه أو الأركان التي يقوم عليها (أولاً)، وذلك لضبط أحكامه وتمييزه عما يشابهه من مصطلحات (ثانياً).

#### أولاً: تعريف الإكراه

الإكراه من العيوب التي تعدم إرادة الشخص أو تعيينها، يترتب على ذلك أن كل أفعاله وأقواله و التي صدرت منه هي خارجة عن إرادته ورغبته، فعند التعاقد المكره لا تتجه إرادته لبرام العقد وإنما تتجه لدفع الأذى عن نفسه وفيما يأتي سيتم التفصيل في تعريف هذا العيب.

#### أ/- تعريف الإكراه في لغة علماء اللغة العربية

الإكراه: "مصدر للفعل أكره المتعدي بالهمزة وأصله كره، ويقال: كرهت الشيء كُرهًا وكراهة وكراهية. وأصل الكره خلاف الرضا والمحبة، قال ابن فارس: "الكاف والراء والهاء أصل صحيح واحد يدل على خلاف الرضا والمحبة يقال كرهت الشيء أكرهه كرها، والكُره اسم ويقال: الكُره مشقة والكُره أن تكلف الشيء فتعمله كرهاً ويقال من الكُره والكراهية، والكريهة الشدة في الحرب"<sup>1</sup>.

قال الفراء: الكُره بالضم: المشقة، يقال: قمت على الكُره أي: على مشقة، ويقال: أقامني فلان على كُره بالفتح: إذ أكرهك عليه. وقال ابن بري: يدل على صحة قول الفراء، قول الله تعالى: " أَفَغَيَّرَ دِينَ اللَّهِ يَبْغُونَ وَلَهُ أَسْلَمَ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ طَوْعًا وَكَرْهًا وَإِلَيْهِ يُرْجَعُونَ"<sup>2</sup> ولم يقرأ أحد بضم الكاف وقال سبحانه وتعالى: " كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهُ لَكُمْ وَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ وَعَسَى أَنْ تُحِبُّوا شَيْئًا وَهُوَ شَرٌّ لَكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ"<sup>3</sup> ولم يقرأ

<sup>1</sup> وليد خالد الربيع، الإلزام في مسائل الأحوال الشخصية دراسة فقهية مقارنة، دار النفائس، ط1، الأردن، 2007، ص47.

<sup>2</sup> سورة آل عمران، الآية 83.

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 216

أحد بفتح الكاف، فيصير الكره بالفتح: فعل المضطر، والكره بالضم، فعل المختار<sup>1</sup>. قال في المصباح المنير "أكرهته على الأمر إكراها: حملته عليه قهرا".

وعليه، يتبين أن الإكراه في اللغة يدل على "حمل إنسان على أمر لا يريد ولا يحبه" سواء أكان الحمل على فعل أمر أم على الامتناع عنه<sup>2</sup>، وبذلك فهو يمس بإرادة الشخص ويعيبيها، بحيث لولا الإكراه لما قام الشخص بذلك التصرف.

### ب/- تعريف الإكراه اصطلاحاً:

تباينت تعاريف الشرعية للمصطلح الاكراه عند الفقه الإسلامي كل بحسب كيف نظم أحكامه وكيف رتب آثاره، وعليه يعرف الإكراه:

### 1/- تعريف الإكراه في اصطلاح الفقه الإسلامي

الإكراه هو، "الإلزام والإجبار على ما يكره الإنسان طبعاً وشرعاً فيقدم على عدم الرضا ليدفع ما هو أضر" لا يكون الإنسان مكرهاً حتى ينال بشيء من العذاب كالضرب أو الخنق أو عصر الساق أو الحبس أو الغط في الماء مع الوعيد<sup>3</sup>، لما روي عن ابن سيرين: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم "لقي عمار ابن ياسر وهو يبكي فجعل يمسح الدموع عنه ويقول أخذك المشركون فتغطوك في الماء حتى قلت لهم كذا، إن عادوا فعد، وفي رواية: "فغطوك في النار فإن عادوا فقل لهم ذلك"<sup>4</sup>.

ويعرف الإكراه في اصطلاح الفقهاء كالأتي:

### 1.1 تعريف الإكراه عند المالكية: ما يفعله بالإنسان مما يضره أو يؤلمه من ضرب أو غيره<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> أحمد أبو طه، المرجع السابق، ص 70.

<sup>2</sup> وليد خالد الربيع، المرجع السابق، ص 49.

<sup>3</sup> عبد الله بن محمود بن مودود، لإختبار لتعليل المختار، ج2، دار الفكر العربي، بيروت لبنان، د.س.ن، ص 114.

<sup>4</sup> محمد أحمد أبو طه، المرجع نفسه، ص 70 و71.

<sup>5</sup> الكمال بن الهمام، المرجع السابق، ج9، ص 238.

**2.1 تعريف الإكراه عند الحنفية:** هو فعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضائه أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطأ. كما عرفه ابن عابدين في حاشيته "فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعا إلى الفعل الذي طلب منه" أو هو عبارة عن الدعاء إلى الفعل بالإبعاد والتهديد<sup>1</sup>.

وقد جاء في كتاب التنف في الفتاوى للسعدي، أن الإكراه يكون نحو سبعة أشياء وهي التهديد بالقتل، أو قطع العضو، أو بضرب يخاف منه التلف، أو بحبس طويل، أو بقيد وثيق يكون منه الضرر البين أو العذر الظاهر أو جراحة فاحشة، وقال الطحاوي "ولو قال له إن فعلت كذا لأضربنك مائة سوط كان في سعة أن يفعل وكذلك ما كان دون مائة سوط مما يخاف منه التلف أو ذهاب عضو من أعضائه"<sup>2</sup>.

**3.1 تعريف الإكراه عند الشافعية:** الإكراه "أن يصير الرجل في يد من لا يقدر على الامتناع منه من سلطان أو لص أو متغلب على واحد من هؤلاء، ويكون المكره يخاف خوفا عليه، دلالة أنه أمر امتنع من قبول ما أمر به، يبلغ به الضرب المؤلم أكثر من إتلاف نفسه"<sup>3</sup>.

**4.1 الإكراه عند الحنابلة** لا يكون الشخص مكرها حتى ينال من العذاب كالضرب أو الخنق أو العصر أو الحبس أو الغط في الماء مع الوعيد وما أشبه<sup>4</sup>. عرفه مصطفى الزرقا بأنه "الضغط على إنسان بوسيلة مؤذية أو بتهديده بها لإجباره على فعل أو ترك"<sup>5</sup>.

وبالرجوع لمؤلفات الفقه الإسلامي نجد أن الحنفية قد توسعوا في تعريف الإكراه وأفردوا له أبوابا مستقلة في مؤلفاتهم واتسمت تعريفاتهم بالدقة أكثر من غيرها نظرا لأنها جامعة لكل أحكام هذا العيب، أما باقي الفقه المالكية والشافعية والحنابلة فلا توجد في مؤلفاتهم تعريفات دقيقة مقارنة بما

<sup>1</sup> شمس الدين أبو بكر محمد أحمد بن أبي سهل، المرجع السابق، ج24، ص38.

<sup>2</sup> محمد السعدي، حنفي، كتاب التنف في الفتاوى للسعدي-كتاب الإكراه، المرجع السابق، ص696.

<sup>3</sup> أسامة ذيب مسعود، الإكراه في عقد النكاح، دراسة فقهية بين المذاهب الأربعة وقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، ط1، عمان، 2011، ص133.

<sup>4</sup> عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص383.

<sup>5</sup> فخري أبو صفية، الإكراه في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص23.

جاء به الحنفية فقد ذكر الإكراه في ثنايا مؤلفاتهم<sup>1</sup>. فالتعريف الجامع من التعريفات السابقة هو تعريف الفقه الحنفي فهو يجمع أركان وشروط وحتى أثر انعدام الرضا جراء الإكراه ووسيلة الإكراه التي تمثلت في الكلام المخوف وهذا ما سيدرس لاحقاً<sup>2</sup>.

## 2- تعريف الإكراه من الناحية القانونية

بالنسبة لمفهوم الإكراه من الناحية القانونية فالأصل في القانون أن الشخص حر في إبرام العقد طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة. لكن قد يتعرض هذا الأخير لضغط يحمله على التعاقد لتفادي الأذى الذي قد يصيبه. وعليه، يمكن تعريف الإكراه بأنه "عبارة عن وسائل الشدة والتخويف التي يمارسها الشخص ضد شخص آخر لإلزامه كرها عن الرضا بالعقد، أين تتولد لديه رهبة تدفعه الى التعاقد كرها مخافة الأذى"<sup>3</sup>.

عرفته المادة 135 من القانون المدني الأردني<sup>4</sup> بأنه "إجبار شخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه ويكون مادياً أو معنوياً"، ولقد عرف المشرع المغربي الإكراه من خلال الفصل 46 من قانون الالتزامات والعقود بأنه: "إجبار مباشر من غير أن يسمح به القانون يحمل بواسطته شخص شخصاً آخر على أن يعمل عملاً بدون رضاه" فلا يختلف مفهوم الإكراه المعيب للرضا في القانون المغربي عن ما جاء به القانون الجزائري فإذا ما بعث هذا العيب رهبة وخوفاً عند التعاقد وكان قبوله لهذا التعاقد رغماً عنه وذن اختيار منه، كان العقد قابلاً للإبطال.

أهمية هذا العيب لا تكمن في وجوده فقط وإنما تنبثق من اهتمام الفقه والتشريع به، ذلك صونا لحرية الفرد وكرامته، وانطلاقاً من التعريفات السابقة يبدو أن للإكراه مجموعة من المفردات قد تتشابه معه، لدى سيتم تمييزه عما يشابهه.

<sup>1</sup> إياد أبراهيم، أثر الإكراه على المعاملات المالية -دراسة فقهية مقارنة-، رسالة ماجستير، تخصص فقه مقارن، كلية التربية، جامعة الأزهر، غزة، ص 20.

<sup>2</sup> ينظر لاحقاً من هذه الدراسة، ص 189 وبعدها.

<sup>3</sup> محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 67.

<sup>4</sup> المادة 135 من قانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

ثانياً: ألفاظ مشابهة للإكراه<sup>1</sup>

يتشابه مصطلح الإكراه وعدة مصطلحات أخرى في المعنى، بحيث قد تستعمل هذه المصطلحات المشابهة له كمرادفات له في مفهومه، إلا أن هذا التشابه ينتفي عند إعطاء تعريف لكل مصطلح فتظهر أوجه الاختلاف والتشابه، وهو ما يهمنا من خلال هذه المقارنة لضبط كل مصطلح وإعطاء أحكامه والقواعد التي تحكمه.

## أ/- تعريف الإكراه اصطلاحاً وتمييزه عن الإكراه:

الإكراه مصطلح ليس له تعريف مخصوص في كتب الفقه، ويمكن تعريفه أخذاً من استعمالات الفقهاء بأنه حمل الغير من ذي ولاية بطريق الإلزام على عمل تحقيقاً لحكم الشرع عليه، من التعريف الاصطلاحي لكل من الإكراه والإكراه يظهر جلياً الفرق بينهما فالإكراه يكون الولي ولاية شرعية والتي تخول له سلطة منع من هو تحت ولايته على فعل مشروع وذلك لمصلحته، أما الإكراه فيكون من شخص لديه أو يدعي القوة، فيحمل الغير إلى فعل غير مشروع بالقوة والتخويف. ويرد الإكراه في الكثير من أبواب الفقه المختلفة كالإكراه في القسمة والإكراه في حقوق الجوار، والإكراه على الوفاء بالدين والإكراه على النكاح، وقد عبر بعض الفقه عن الإكراه بهذا المعنى بكلمة "جبر"<sup>2</sup>.

## ب/- الإلزام والإكراه

يتشابه مصطلح الإلزام والإكراه بل من الفقه من يستعمل مفرد الإلزام في تعريف الإكراه، ولمعرفة مدى تشابه أو اختلاف بينهما يجب تعريف الإلزام واستخراج نقاط الشبه والاختلاف بينهما وهو ما سيدرس فيما يلي.

## 1/- تعريف الإلزام لغة:

<sup>1</sup> يشتهر الإكراه مع عدة ألفاظ إلا أن أكثرها استعمالاً من قبل الفقه للدلالة على الإكراه هي الجبر والقسر والقهر، فالجبر سبق تعريفه، ويعرف القسر بأنه الغلبة والقهر، ويعرف القهر بأنه الغلبة والأخذ من فوق، فمعناها يكاد يتطابق مع اختلاف استعمالها عند الفقهاء فالجبر والقسر والقهر كلهم ألفاظ يعدم فيهم الاختيار.

<sup>2</sup> الموسوعة الشاملة، تعريف الإكراه، Islamport.com، 2023/09/11، 17:01.

"مصدر الفعل ألزم المتعدي بالهمزة وأصله لزم الشيء يلزم لزوماً ولزماً ولزامة، ولزماً ولزماناً، أي ثبت ودام"<sup>1</sup>.

## 2/- تعريف الإلزام اصطلاحاً وتمييزه عن الإكراه

الإلزام مفهوم أخلاقي يدل على ما ينبغي فعله دون قسر أو إرغام وهو لا ينشأ عن عقد، بل عن طبيعة الإنسان من حيث هو قادر على الاختيار بين الخير والشر<sup>2</sup>.  
ويخالف الإلزام الإكراه من جانبين:

\***الجانب الأول:** أن جهة الإلزام التي تحمل الغير على القيام بالعمل أو بالامتناع عنه، جهة شرعية لها ولاية عامة أو خاصة على الغير تتمكن من خلالها من حمله على الفعل أو الامتناع عنه، كولاية الإمام العام أو القاضي أو نائبهما ممن خوله الشرع سلطة تنفيذ الأحكام وحمل الناس على الالتزام أحكام الشرعي المطهر والقضاء الشرعي، وكذلك ولاية الخاصة التي أثبتها الشرع لبعض الأفراد كولاية الزوج على زوجته والأب على أولاده، أما جهة الإلزام في الإكراه بغير حق فقد تكون جهة غير شرعية لم يخولها الشرع سلطة ولم يثبت لها ولاية على الآخرين تحملهم بموجبها على تنفيذ ما تريده منهم، تستند على الظلم والقهر والقدرة على إلحاق الأذى والضرر بالمكروه ونحو ذلك من سبل الإكراه بغير حق لحمله على تنفيذ مرادها.

\***أما الجانب الثاني:** أن الإلزام يخالف الإكراه بغير حق في الموضوع والوسيلة. بالنسبة للموضوع فإن الإلزام بالمفهوم الشرعي يقصد به حمل المكلف على أداء واجب شرعي أو الامتناع عن أمر محرم شرعاً فغاياته تحقيق مصالح المكلفين بإيصال الحقوق إلى أهلها ومنع الظلم بين الناس وكف المعتدين عن العدوان. أما الإكراه بغير حق فإنه في فقد يكون في حقيقته وواقعه في أغلب الحالات يخالف المقاصد الشرعية ومضاد لها؛ إذ أنه من الظلم المحرم والاعتداء المذموم والبغي المنهي عنه<sup>3</sup>. فتهديد الناس بالقتل أو القطع أو الإتلاف لحملهم على الكفر أو القتل أو الطلاق أو السرقة ونحو ذلك من التصرفات بحيث يقدم عليها المكروه بغير إرادته الحرة ومجرد من اختياره لا شك أنه من

<sup>1</sup> وولد خالد الربيع، المرجع السابق، ص 19.

<sup>2</sup> حامد خليل، الإلزام، arab-ency.com.sy، الموسوعة العربية، 2023/09/15، 10:23.

<sup>3</sup> سورة النحل، الآية 90.

العدوان والبغي بغير حق هذا عن موضوع كل من الإلزام والإكراه، أما الوسيلة فالإلزام يخالف الإكراه بغير حق من حيث الوسيلة المستعملة في الإلزام التي يلجئ إليها المكلف لحمل الممتنع على أداء ما وجب عليه لا بد أن تكون مشروعة يقرها الشرع ويميزها من خلال الكتاب والسنة وحتى اجتهادات الصحابة والتابعين فلا بد أن تكون هذه الوسيلة تحت إشراف الإمام أو القاضي إذا ما تبت امتناع المكلف بالقيام بما وجب عليه أو امتنع عن الوفاء الاختياري بهذه الحقوق وذلك لضمان حسن تنفيذ من صاحب الحق وعدم الظلم أو التعدي ذلك لكي لا تعم الفوضى ولا يقوم نزاع وأمثلة الوسائل الشرعية للإلزام الحبس والتعزير والمنع من السفر والبيع الجبري، أما الإكراه بغير حق فهو أن يحمل الغير على أمر لا يريده، عن طريق التخويف بحيث يكون المكره قادراً على إيقاعه ويصير به الغير خائفاً فإن وسائله غير مشروعة من حيث ذاتها أو غرضها.

وقد اختلفت عبارات الفقهاء في تحديد ضابط وسيلة الإكراه بغير حق إلا أنه تشترك في أن وسيلة الإكراه المؤثر هي كل ما يجعل المكره يندفع إلى تنفيذ الأمر المكره عليه وهو خائف نتيجة ما سيقع به فالوسائل المادية والمعنوية للإكراه بغير حق مع اختلاف الفقهاء في اعتبارها والاعتداد بآثارها في غالبها غير مشروعة لا من جهة ذاتها ولا من جهة الغرض المطلوب بها.

ومن خلال تمييز الإلزام والإكراه بغير حق يتبين أن الإلزام هو نوع من نوعي الإكراه وهو الإكراه بحق إذ أن الإلزام يتطابق ومفهوم الإكراه بحق من حيث موضوعه ووسيلته وغايته فكل من الإلزام والإكراه بحق حمل للغير على أمر واجب شرعاً وهو الذي يعبر عنه الفقهاء بالإكراه الشرعي أو الجبر الشرعي<sup>1</sup>.

### ج/- الفرق بين حالة الضرورة والإكراه

حالة الضرورة هي حالة من الخطر أو المشقة الشديدة التي تطرأ على الإنسان، بحيث يخاف بموجبها حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو العقلاً والمال، ويتعين عندها ارتكاب الحرام أو ترك الواجب أو تأخيره عن وقته دفعا للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع. أما حالة

<sup>1</sup> وليد خالد الربيع، المرجع السابق، ص 61 وما بعدها.

الإكراه، فقد عرفها العلماء بأنها "اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره، من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب.

وعليه فإن حالة الضرورة أعم من حالة الإكراه، فهذا الأخير ماهو إلا صورة من صور الضرورة، فالاضطرار إلى فعل محرم يكون نتيجة للخوف من الهلاك أو وقوع ضرر للمضطر الذي قد يكون بالتهديد من الغير كما في حالة الإكراه، وقد يكون ناتجا عن ظرف قهري وهو من أعظم من تهديد الغير، ثم إن الإكراه المعنوي يقع من إنسان على الأخر بينما في حالة الضرورة ينتج عن فعل الطبيعة، ومثاله أن يهدد الأب ابنته بشيء كحرمانها من الدراسة في حالة رفضها للزواج، فتجبر على القبول وهي مكرهة.

كما أن الإكراه المادي يختلف عن حالة الضرورة في أن الإكراه المادي هو قيام الشخص بإتيان ما أكره عليه بقوة مادية لا يستطيع دفعها، والتى يكون مصدرها الإنسان أو الحيوان، أما حالة الضرورة فلا يكون الخطر أو الضرر موجها إلى الشخص عمدا لإرغامه على ارتكاب الجريمة بل يكون نتيجة ظروف وجد فيها الشخص فيعمل على الخلاص من هذا الخطر بارتكاب الجريمة<sup>1</sup>.

أما عن اختلاف الإكراه عن باقي عيوب الإرادة، فيختلف عيب الإكراه عن عيب الغلط والتدليس من حيث موضوع كل منهما، ذلك أن الغلط والتدليس يمسان من العاقد علمه بما يرتضيه، بحيث يأتي رضاه بغير بينة بحقيقة الحال، أما الإكراه فإنه يلحق اختيار المتعاقد إذ رضاه المكره يصدر من غير علم بما يرتضيه ولكن رضاه لم يكن عن حرية وإنما عن قسر أو إجبار.

وللإكراه أركان يقوم عليها لقيامه كعيب من عيوب الإرادة، وهو أيضا ينقسم لأقسام حددها الفقه الإسلامي والقانون فما أثرها على الإرادة.

## الفرع الثاني

<sup>1</sup>أسامة ذيب، أثر الإكراه في عقد النكاح...، المرجع السابق، ص86.

### أركان الإكراه وأقسامه من حيث الأثر

أقام الفقه القانوني والفقه الإسلامي الإكراه كعيب من عيوب الإرادة على أربعة أركان تأسيساً لعدم صحة عقد من وقع فيه (أولاً)، فإذا قامت هذه الأركان وجد عيب الإكراه وللإكراه حالتين حالة تفسد إرادة وحالة تعدمها وهو ما سيتم دراسته من خلال (ثانياً).

#### أولاً: أركان الإكراه:

جاء في مبسوط السرخسي<sup>1</sup> عند الحديث عن الإكراه ما يلي: ".ثم في الإكراه يعتبر معنى في المكره ومعنى في المكره ومعنى فيما أكره عليه ومعنى فيما أكره به". وعليه ولتمام الإكراه لا بد من توافر أربعة أركان وهي كالآتي:

أ/- المكره: وهو الشخص الذي يرغم الغير على أمور لا يريدونها، قد يكون من السلطان وغيره ممن له نفوذ أو قوة.

ب/- المكره: وهو الشخص المجبر على القيام بالأمر المكره عليها.

ج/- المكره عليه: القول أو الفعل الذي يقع فيه الإكراه على أن يكون القول أو الفعل المكره عليه من المحرمات شرعاً.

د/- المكره به: هو ما سيفعله المكره بالمكره إذا لم يقم بما أكرهه عليه، أو بتعبير آخر هو ما هدد به، كقتل أو قطع عضو أو إتلاف مال أو ضرب أو نحو ذلك وقد يلحق الأذى به أو بغيره من نتيجة التهديد<sup>2</sup>.

#### ثانياً: الإكراه الذي يفسد الإرادة والإكراه الذي يعدمها

ينقسم الإكراه من حيث الأثر الذي يخلفه على الإرادة إلى قسمين ، قسم يفسد الإرادة وقسم يعدمها، وما يجب الإشارة إليه بداية أن الإرادة في الإكراه المفسد لها أو المعيب لها، هي إرادة موجودة في الأساس، وإنما عيبت لأن صاحبها قام بالفعل الذي لا يريد ولا يرضاه تحت وطأة

<sup>1</sup> أبي سهل السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 24، ص 39

<sup>2</sup> فخري أبو صفية، المرجع السابق، ص 29.

الخوف والتهديد، ومخافة من أن يحدث الضرر من جراء هذا الإكراه إختار أقل الضررين إذنفا لإرادة التي صدرت هي إرادة معيبة لأنها لم تكن مختارة، في حين أن ما يعدم الإرادة هو انتزاعها عنوة لا رهبة، وفي هذه الحالة يكون العقد منعدما وباطلا لانعدام الإرادة<sup>1</sup>.

و للإكراه المعيب للإرادة عدة أنواع ، ولا بد من توافر جملة من الشروط سيتم التعرف عليه من خلال النقطة الموالية.

### المطلب الثاني

#### أنواع الإكراه وشروطه في عقد الزواج والقواعد العامة

يقر الفقهاء أن للإكراه عدة أنواع، بحسب مجموعة من الاعتبارات منها ما كانت موضع اتفاق، ومنها ما كانت موضع خلاف بينهم، وقد عدده أيضا الفقه بالنظر لعدة اعتبارات في القواعد العامة للقانون وقسمه لعدة أنواع وهو ما سيدرس من خلال (الفرع الأول)، كما لا يعتد بالإكراه في العقود عامة إلا بتوافر مجموعة من الشروط، وحتى بالنسبة لعقد الزواج فلنقول بأن إرادة الشخص كانت معيبة بعيب الإكراه عند إبرامه لعقد الزواج لا بد من توافر مجموعة من الشروط وهو ما نصت عليه مدونة الأسرة المغربية على خلاف قانون الأسرة الجزائري الذي أغفل ذكره بالقدر الكافي لضبطه. فبما أن شروط هذا العيب قد ذكرت في القانون المدني الجزائري هل يمكن للقاضي الأخذ بها أم عليه الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية؟ هذا ما سيتم شرحه من خلال (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

<sup>1</sup>أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص334.

## أنواع الإكراه

اختلفت آراء الفقه الإسلامي حول أنواع الإكراه وقد كانت اختلافاتهم بحسب تنظيم كل فقه لأحكام هذا العيب (أولاً)، أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد خصه هو الآخر بمجموعة من النصوص تنظم أحكامه من بينها أنواعه (ثانياً)، وهو ما سار عليه المشرع المغربي (ثالثاً).

### أولاً: أنواع الإكراه في الفقه الإسلامي

قسم الحنفية الإكراه باعتبار المكره به إلى ثلاثة أقسام الإكراه التام (الإكراه الملجئ)، والإكراه الناقص (الإكراه الغير ملجئ)، والإكراه الأدبي، وقد اتفق جمهور الفقهاء والحنفية في نوع الإكراه التام، واختلفوا في النوع الثاني وهو الإكراه الناقص (أ)، وقد قسم الإكراه بالنظر إلى اعتبار قوته ودرجة تأثيره وما يترتب عليه من أحكام، وباعتبار المكره عليه إلى إكراه بحق وإكراه بغير حق (ب).

### أ/- أنواع الإكراه عند جمهور الفقهاء والحنفية

الإكراه عند الفقهاء نوعان إكراه ملجئ ويتصف هذا النوع بالضرر كبير الذي يكره به المكره كالتعذيب والتعنيف، أو التهديد بالقتل وقطع العضو، والضرب الذي يؤدي إلى التلف، و النوع الثاني لا أقل درجة من النوع الأول فيكون بالتخويف بالحبس مثلاً أو بالضرب اليسير<sup>1</sup>، أما النوع الثالث فهو مختلف فيه بين الفقهاء وقد قسم الحنفية هذا التقسيم باعتبار المكره به إلى ثلاثة أقسام وهي الآتي ذكرها:

### 1/- الإكراه التام (الملجئ)

يحدد الفقهاء في تعريفهم لهذا النوع بأنه مخصوص بتهديد يعرض النفس أو العضو إلى التلف، كالتهديد بالقتل، ويلحق بذلك إتلاف المال كله والحبس الطويل، وعليه فقد ذكر هذا النوع الفقه الحنفي باعتبارهم أن هذا النوع يوجب الإضرار مما يخاف فيه تلف النفس والعضو قلّ الضرب أو كثر، وذكر الشافعية هذا النوع بقولهم بأن الإكراه الملجئ هو ما يضط فيه المكره إلى القيام بما أكره

<sup>1</sup> السمرقندي، علاء الدين، تحفة، كتاب الإكراه، المرجع السابق، ص 273.

عليه خوفا من فوات النفس أو ما هو في معناها كالعضو<sup>1</sup>، وحكم هذا النوع من الإكراه أنه يعدم الرضا ويفسد الاختيار<sup>2</sup> ووافقه في ذلك جمهور الفقهاء.

## 2- الإكراه غير ملجئ (ناقص)

الإكراه الغير ملجئ أو الناقص هو ما كان دون الإكراه الملجئ أو التام ، أي كل ما يكون تهديدا بأذى ينال النفس غير ما ذكر في الإكراه التام يدخل في هذا النوع، ويختلف الإكراه الغير ملجئ بحسب الأشخاص لهذا ترك الأمر للفصل فيه للقاضي<sup>3</sup>، ويعتبر هذا النوع محل خلاف بين الفقهاء في قولين:

-**القول الأول:** هو قول الشافعية: بأن اعتبروه إكراها، وفي رواية أخرى لم يعتبروه إكراها<sup>4</sup>.

-**القول الثاني:** وهو قول المالكية: إذ يعتبرون بعض في الأمور أن المكروه عليه إكراها حقا كشرب الخمر وأكل الميتة وسائر العقود والحلول والآثار، ويعتبرون أن المكروه عليه ليس بإكراه غير ملجئ في حالة الكفر سواء كان الكفر بالفعل أو القول، وذلك في حالة إذا كان الإكراه بالقتل أو القطع وما إلى ذلك من أساليب أي إذا تعلق بها حق لمخلوق<sup>5</sup>.

## 3- إكراه أدبي أو المعنوي *contrainte morale*

الفقه الإسلامي، لم يهمل هذا النوع من الإكراه فإن قام احد الأبوين بحبس الأخ أو الأخت لإكراه أحد الأبناء، فالإكراه هنا هو إكراه معنوي بالنسبة له لأنه يضر بنفسيته بالدرجة الأولى ، حتى وإن كان ماديا بالنسبة لهم. وعلى هذا الأساس فإن من الفقه أقر قياسا على هذا القول أن الإكراه الأدبي هو إكراه مادى بحيث يشمل، ولكن الاستحسان الذي قرره السرخسي يوجب أن يكون الإكراه الأدبي له أثر على صحة العقود فالإنسان لا يكون راضيا عادة بقتل أحد أقاربه أو حتى حبسهما، وحكم هذا الإكراه هو إكراه شرعي استحسانا لا قياسا ويترب عليه عدم نفاذ

<sup>1</sup> فخري أبو صافية ، المرجع السابق، ص 41.

<sup>2</sup> أسامة ذيب مسعود، المرجع السابق، ص 138.

<sup>3</sup> محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 130.

<sup>4</sup> ابن قدامة موفق ، المرجع السابق، ص 353.

<sup>5</sup> أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من أمهات، دار الغرب الإسلامي، ط1، مجلد5، تحقيق محمد عبد العزيز دباغ، بيروت، 1999، ص 95.

التصرفات المكره عليها. والفرق بين الإكراه الأدبي المعنوي والإكراه المادي، أن المعنوي ينصب على نفسية الإنسان، بينما المادي ينصب على جسمه كما أن الإكراه الأدبي يؤثر فقط على حرية الاختيار ولكنه لا يعدم الإرادة كلياً كما في الإكراه المادي فأى إكراه أشد من رؤية الإنسان ولده تعرض إلى أنواع العذاب<sup>1</sup>.

### ب/- الإكراه بحق والإكراه بغير حق

وهو تقسيم يخص الفقه الشافعي بحيث قسم فقهاء الشافعية الإكراه الناقص السالف الذكر إلى نوعين:

#### 1/- الإكراه بحق

"هو إكراه مشروع لا ظلم فيه ولا إثم"<sup>2</sup>، وهو الإكراه على أمر واجب شرعاً وهو الذي يعبر عنه المالكية بالجبر، وحكم هذا النوع من الإكراه أنه لا يعدم الاختيار الشرعي ولا يؤثر على التصرفات ولا يلغي أثرها كما هو الحال في الإكراه بغير حق. ويشترط لتحقيقه شرطين اثنين: أن يحق للمكروه التهديد بما هدد به، أن يكون المكروه عليه مما يحق للمكروه الإلزام به<sup>3</sup>.

#### 2/- الإكراه بغير حق

الإكراه بغير حق "هو الإكراه ظلماً أو الإكراه المحرم لتحريم وسيلته أو لتحريم المطلوب به" وهو الذي تكررت عليه تعريفات الفقهاء للإكراه وبيانهم لحدّه وحقيقته، فالإكراه يؤثر في الإرادة والاختيار مما يبطل بعض التصرفات القولية والفعلية وهو الذي وردت بشأنه نصوص الكتاب والسنة الدالة على عدم اعتبار ما يصدر من المكروه بغير حق من الأقوال والأفعال<sup>4</sup>.

### ثانياً: أنواع الإكراه في القواعد العامة للقانون

<sup>1</sup> أسامة ذيب مسعود، الإكراه في عقد النكاح، المرجع السابق، 140.

<sup>2</sup> ماجد بن خليفة السلمي، الإكراه وأثره في الفقه والقضاء، مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهننا، المجلد 22، العدد 2، دقهلية، 2020، ص1137.

<sup>3</sup> علاء أحمد، عبد السلام عطوة، زواج المكره بين الفقهاء الإسلاميين وبعض قوانين الأحوال الشخصية العربية، مجلة الصراط، المجلد 24، العدد 1، جوان 2022، ص530.

<sup>4</sup> وليد خالد الربيع، المرجع السابق، ص54.

أن للإكراه نوعين في القواعد العامة هما إكراه مادي أو إكراه معنوي وإجمالاً الإكراه في غالب الأحيان إما أن يكون إيجابياً أي كالتهديد بالقيام بعمل، وقد يكون سلبياً كالامتناع عن عمل ومثاله: امتناع طبيب عن القيام بعملية جراحية إلا في حالة زيادة الأجرة المتفق عليها في وقت يصعب على المريض الاستعانة بطبيب غيره<sup>1</sup>. فيتلخص مفهوم أنواع الإكراه في الوسائل المستعملة من قبل المكره.

### أ/- الإكراه المادي

يكون الإكراه مادياً إذا كان بالضرب أو العنف، وسمي مادياً لأن القوة المستخدمة فيه تكون مادية أي تمارس على المكره مباشرة ويسمى أيضاً بالإكراه الحسي<sup>2</sup>.

### ب/- الإكراه المعنوي:

يكون الإكراه نفسياً كأن يكون بالتهديد بالأذى بحيث يصور للمكره بأن الخطر المهدد به هو أو أحد أقاربه خطير ووشيك الوقوع<sup>3</sup>.

### ج/- النفوذ الأدبي والإكراه البدني في القواعد العامة

يعتبر كل من النفوذ الأدبي والإكراه البدني من إحدى صور الإكراه؛ فأما الأول فيكون معنوياً ويكون أيضاً من شخص قريب، أما الإكراه البدني فيمونه مادياً أي بالعنف.

### 1/- النفوذ الأدبي:

والذي يراد به الخشية الأدبية كخشية الأب؛ الابن من أبيه أو أي أصل وكذا المرؤوس من الرئيس والتلميذ من أستاذه وخشية المرأة من الولي في الزواج، والنفوذ الأدبي لا يرقى إلى درجة التأثير في اختيار الشخص وإنما هي أمر نفسي متعلق بالشخص له الحرية في الامتناع من عدمه، ولذا لم

<sup>1</sup> زعل الشريعة، الطوابط القانونية والشرعية للرضا بالعقود-دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط ، ص17.

<sup>2</sup> العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام...، المرجع السابق، ص116.

<sup>3</sup>فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص92.

تلتفت التشريعات إليه من باب الإكراه وإنما التفتت إليه من باب الاستغلال وهو ما سار عليه المشرع الجزائري<sup>1</sup>.

وسمي بالنفوذ الأدبي في القواعد العامة فلأب نفوذ أدبي على ابنه وفي الكثير من الأحيان للزوج أيضا نفوذ على زوجته، فإذا استعمل الأب أو الوصي نفوذه لحمل الابن أو الوصي نفوذه لحمل الابن أو الموصي عليه إلى إبرام عقد يراه نافعا فان هذا العقد يكون صحيحا ولو كان الابن أو القاصر المميز قد أبرم العقد على غيره رغبة منه، أما إذا كان القصد من استعمال النفوذ الأدبي هو الوصول إلى غرض غير مشروع، فإنه يعتبر كالإكراه الذي يعيب الإرادة<sup>2</sup>.

## 2/- الإكراه البدني: *contrainte par corps*

هو وسيلة غير مباشرة لإجبار المدين على تنفيذ التزامه ويكون ذلك بحبسه حتى يضطر إلى وفاء الدين<sup>3</sup>.

أما بالنسبة لأنواع الإكراه في القانون المغربي فقد عدد المشرع المغربي أنواع الإكراه من خلال الفصل 47 من قانون الالتزامات والعقود، النوع الأول يكون بإتخاذ وسيلة تهديد مادية تقع على الجسم كالضرب والجرح، والنوع الثاني هو إكراه نفسي ويكون بالتهديد أو بإلحاق الأذى بالنفس أو الجسم أو الشرف أو المال، وهذين النوعين في الإكراه يفسدان الإرادة ويجعلان العقد قابلا للإبطال. كما نص المشرع المغربي عن حالة النفوذ الأدبي من خلال الفصل 51 حيث قال أن مجرد الخوف الذي يكون بسبب الإحترام لا ينتج عنه إبطال، وإنما يشترط أن يكون التهديد الذي أنشأ الخوف في نفس المكره جسيما، أو أن ترافقه أفعال مادية<sup>4</sup>.

## الفرع الثاني

<sup>1</sup>لموشي عادل، المرجع السابق، ص 286.

<sup>2</sup>علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 66.

<sup>3</sup>معجم القانون، باب القانون المدني، ص 55.

<sup>4</sup>الخطيب مصطفى، المرجع السابق، ص 104-105.

### شروط الإكراه

حتى يكون الإكراه تاما لا بد من توافر شروط معينة في المكره والمكره، تجدر الإشارة بخصوص عيب الإكراه فإن الفقه الإسلامي قد اتفق على بعض الشروط واختلف في بعضها الآخر (أولا)، كما عدد المشرع الجزائري شروط الإكراه من خلال المادة 88 منه وعلى الأغلب فإن أحكام الإكراه في القانون تتشابه مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية وقد تكون هناك اختلافات (ثانيا).

#### أولا: شروط الإكراه في الفقه الإسلامي

إلا أنه لا اعتبار للإكراه إذا لم تتوافر الشروط الآتية:

#### أ/- الشرط الأول هو شرط قدرة المكره على تنفيذ ما أوعده به

فإن لم يكن المكره قادرا على تنفيذ إكراهه فالإكراه في هذه الحالة لا يتحقق، وقد قال أبو حنيفة في ذلك: "إن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان" والصحيح أن الإكراه يقع من السلطان إذا توافرت القدرة على التهديد وهذا الشرط متفق عليه من قبل جميع الفقه<sup>1</sup>.

#### ب/- الشرط الثاني هو يقتنع المكره بإكراه المكره

أي أن يغلب ظنه أن ما توعد به المكره سيتحقق في حال لم يقم بما هدده عليه، يقع من المكره فعل ما أكره عليه تحت تأثير خوفه من المكره ويعلل الكاساني<sup>2</sup> هذا الشرط بقوله "فإن غالب الرأي حجة خصوصا عند تعذر الوصول إلى التعيين حتى انه لو كان في أكثر رأى المكره أن المكره لا يحقق ما أوعده لا يثبت حكم الإكراه شرعا وإن وجد صورة لإبعاد لأن الضرورة لم تتحقق.

#### ج/ الشرط الثالث أن يكون ما أكره به متلفا أو مزمنا

<sup>1</sup>أمل فاضل عبد، شروط الإكراه في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص4.

أي ضربا يؤدي إلى تلف دائم أو متلفا عضوا أو موجبا غما يعدم الرضا، أو موجبا عما ينعدم الرضا باعتباره، بمعنى أن يكون ما هدد به المكره يؤدي إلى قتل المكره أو قطع عضو من أعضائه، أو ضربه ضربا مبرحا يلحق به الغم أو إتلاف ماله كله أو بعضه أو نحو ذلك مما اعتبر عند العلماء<sup>1</sup>.

#### د/ الشرط الرابع أن يكون ما أكره عليه ممتنعا من فعله المكره قبل الإكراه:

وهذا ما لحقه أو لحق ادمي آخر أو حق الشرع وبموجب اختلاف هذه الأحوال يختلف الحكم، في ذلك .

#### ثانيا: شروط الإكراه من الناحية القانونية

نصت المادة 88 في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري على أن ما يفسد الرضا ليس الإكراه في حد ذاته وإنما الرهبة التي تتولد عنه ليست الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه هي التي تفسد الرضا بل هي الرهبة<sup>2</sup> التي تقع في نفس المتعاقد، فتشكل في نفسه خوفا من أن هناك ضرر قد يلحق به سواء في نفسه أو بدنه أو عرضه أو ماله أو بأحد أقاربه.

ولا يكفي تحقق الرهبة البينة بل لا بد أن تكون دون وجه حق وهو ما نصت عليه المادة 88 سالف الذكر يضاف إليه شرطين آخرين هما الرهبة الدافعة للتعاقد، وان يتصل الإكراه بعلم المتعاقد الآخر.

وعليه، ومن خلال ما تقدم تعتبر شروط التمسك بالإكراه هي الرهبة البينة إذا كان أساسها خطرا يهدد المتعاقد أو أحد أقاربه، كما يجب أن تكون هذه الرهبة هي الدافعة للتعاقد، كما يجب أن يكون هذا الإكراه متصل بالمتعاقد الآخر.

<sup>2</sup> المقصود بالرهبة هو الخشية التي تؤثر في الرضا بحيث تحمله على إجراء تصرف ما كان ليرغب فيه لولاها، وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 88 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على انه "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق...".

ما يمكن استخلاصه مما سبق وبالمقارنة بما جاء به القانون المدني والفقهاء الإسلامي من شروط واجبة لتحقيق عيب الإكراه عند التعاقد، يتضح أن هناك عدة نقاط اختلاف وعدة نقاط تشابه وهي الآتي ذكرها:

إن الفقه الإسلامي يشترط أن يكون المكره قادراً على إيقاع ما هدد به من أذى، فإذا اختل هذا الشرط فلا يتحقق عيب الإكراه. غير أن القانون المدني الجزائري فقد استبعد هذا الشرط إذ العبرة فيه بالخوف والرهبة التي تتولد في نفس المكره وقد تتولد هذه الرهبة في نفسه حتى ولو كان غريمه غير قادر على تنفيذ ما أوعده به طالما هو يعتقد في قدرته على ذلك.

ثم إن الفقه الإسلامي يشترط أن تكون الوسيلة التي يضغط بها المكره على إرادة المكره على درجة كبيرة من الشدة بحيث يكون المكره به أشد خطراً وأثقل وطأة على الشخص مما أكرهه على الاستجابة إليه. أما القانون المدني فلم يتطلب هذا الشرط بل أقر المعيار الشخصي في تقدير جسامة الإكراه ذلك أن اشتراط أن تكون وسيلة الإكراه شديدة يتناقض مع المعيار الذاتي للإكراه الذي اعتد به الفقه الإسلامي.

لم يشترط الفقه الإسلامي أن يكون المكره به حالاً باستثناء الحنفية الذين يتفقون والقانون الذي يتطلب أن يكون الإكراه وشيك الوقوع أي محققاً.

كما يختلف الفقه الإسلامي والقانون في أنه لا يشترط اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر في حالة الإكراه الصادر من الغير فالإكراه عندهم معتبر ولو كان واقعا من غير المتعاقد الآخر ودون تواطؤ منه أو كان هذا غير عالم بوقوعه بل حتى لو لم يكن في مقدوره أن يعلم به، أما القانون المدني فيشترط في حالة الإكراه الصادر من الغير إثبات علم المتعاقد الآخر بهذا الإكراه أو إفتراض علمها المحتمل<sup>1</sup>.

أما حالات التشابه والاتفاق؛ فالفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري يتفقان في عدة نقاط من حيث الشروط، فبينما الفقه الإسلامي يشترط في الإكراه أن يكون بغير حق حتى يحقق شرط تأثيره في العقد، أي أن يكون الهدف منه تحقيق غرض غير مشروع وفي هذا يلتقي والقانون المدني

<sup>1</sup> محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 206.

الجزائري الذي يتخذ من الغرض المراد الوصول إليه من وراء الإكراه معيارا لتحديد ما إذا كان الإكراه بحق أو بغير حق. كما يتفق الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري في نقطة أن لا أهمية لما إذا كان الإكراه منصبا على المتعاقد نفسه أو على احد غيره ممن يهيمه أمره.

كما يتفقان في أن يكون الإكراه هو الدافع للتعاقد بحيث ما كان للمتعاقد المكره التعاقد لولا الرهبة التي بعثها الإكراه<sup>1</sup>.

بالنسبة لعقد الزواج ولطبيعة هذا العقد الخاصة والحساسة فإن شروطه وأثره يختلفان كل الاختلاف عما جاء به القانون المدني وهو أمر منطقي إذ أن موضوعات التقنين الأسري الجزائري تتعلق بأمور الأشخاص والروابط الأسرية بينما يعنى القانون المدني بالتصرفات المالية لدى وجب الرجوع بشأن شروط الإكراه في الزواج لأحكام الشريعة الإسلامية.

### ثالثا: الشروط الواجب توافرها لقيام عيب الإكراه في عقد الزواج

لقد عدد المشرع المغربي شروط الإكراه في الفصل 47 من قانون الالتزامات والعقود بحيث لا يخول إبطال الالتزام إلا بتوافر هذه الشروط وهي: إذا كان: "هو السبب الدافع إليه، وإذا قام على وقائع من طبيعتها أن تحدث لمن وقعت عليه ألما جسيما أو اضطرابا نفسيا أو الخوف من تعريض نفسه أو شرفه أو أمواله لضرر كبير مع مراعاة السن والذكورة والأنوثة وحالة الأشخاص ودرجة تأثرهم".

فأن القانون المغربي بذكره لعيب الإكراه في مدونة الأسرة المغربية، فقد نزع عن القاضي اللبس ومشقة البحث عن الحل لقضايا تثقل كاهله، وحتى في حالة وجود نقص تشريعي فقد نصت المدونة على إمكانية الرجوع للفقه المالكي وهذا التحديد أيضا يحسب له لأن فيه تسهيل لعمل القضاء، وذلك على خلاف المشرع الجزائري الذي فتح باب الاجتهاد أمام القاضي بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222، فبالرغم من إيجابيات هذه الإحالة لما فيها تنوع للأحكام تعطي لكل من القاضي والأطراف المتخاصمة الأريحية في اختيار الحل الملائم لكل قضية

<sup>1</sup> محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 209.

على حدى، إلا أنها فيها مشقة كبيرة على القاضي خاصة أمام ما نشهده اليوم من كثرة القضايا المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية.

### المطلب الثالث

#### إثبات الإكراه في عقد الزواج

الأصل طبقا للقواعد العامة أن الإرادة الشخص هي إرادة سليمة، فإذا ادعى عدم سلامة إرادته إثبات ذلك لذا يجب على من يدعي إن كان ضحية الإكراه عاب إرادته إثبات وجود الإكراه وتوافر شروطه وذلك وفق المادة 323 من القانون المدني الجزائري ، وأن يثبت وسيلة الضغط غير المشروع التي استخدمت ضده، وأنها ولدت في نفسه رهبة أوقعته في التعاقد. ونظرا لأن إثبات الإكراه يتضمن إثبات وقائع مادية، فيجوز ذلك بكافة الطرق ويستقل قاضي الموضوع بتقدير تأثير الإكراه أو عدم تأثيره على إرادة من يدعيه ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا<sup>1</sup>.

أما عن المشرع المغربي وبالتحديد فيما يخص إثبات الإكراه في عقد الزواج، فإن القضاء الأسري المغربي يطلع على عيب الإكراه انطلاقا من الوقائع المعروضة عليه معتمدا في ذلك على جميع وسائل الإثبات، خاصة أمام صعوبة إثبات الإكراه لاعتبارات عدة منها أن الإكراه قد يكون من قبل الأب أو أحد الأقارب المقربين من الضحية الممارس عليها عيب الإكراه، أو أن يكون معنويا، وفي ذلك فقد قضت محكمة الابتدائية بالرباط بفسخ زواج بسبب إجبار أستاذ طالبته على الزواج منه تحت طائلة الرسوب في الإمتحان، وقد اعتبرت المحكمة ذلك إكراها معنويا موجبا للفسخ، وقد تم إثباته بشهادة الشهود الذين سمعوا عدم رضاها ، وكذلك تم تأجيل الدخول لما بعد الإمتحان، والسبب الأخير هو توجيهها لطلب الفسخ مباشرة بعد ظهور النتائج كل هذه الدلائل جعلت من طلبها هذا مرجحا أمام القضاء<sup>2</sup>.

وبعد القيام الإكراه بمفهومه السابق وأركانه وشروطه ماهو حكمه وأثره على العقود، وعلى عقد الزواج بالخصوص؟.

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 195.

<sup>2</sup> حكم صادر عم المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ 05/1/14، عدد17، ماف05/101، منشور بمجلة القبس المغربية عدد2، ص301، نقلا عن عماد بنطال، الإكراه على الزواج في التشريع المغربي، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، العدد7، 2021، ص132.

## المبحث الثاني

## حكم الإكراه وأثره على عقد الزواج والطلاق

إن أثر الإكراه على التصرفات مختلف فيه بين المذاهب الفقه الإسلامي، فهو يتدرج من العنف إلى اللين فهناك من يقول ببطلان التصرف مع الإكراه، وهناك من يرى فسادَه فقط. في حين يذهب البعض إلى وقف التصرف وهناك من ينجح إلى القول بعدم لزوم العقد مع الإكراه. ويرجع اختلاف آراء المذاهب إجمالاً إلى اختلافات من حيث تنظيم الأحكام فما يعتبره البعض ركناً قد نجده عند فقه آخر شرط صحة، ليس هذا فحسب فقد نجد أيضاً الاختلاف حتى بالنسبة للحكم وإن كانت الأحكام تتشابه. فالفقه المالكي يعتبر أن لعقد الزواج ثلاثة أركان الولي والصيغة والمحل (الزوج والزوجة)، وقد جعل شروطاً مشتركة بالنسبة للزوج والزوجة منها شرط عدم الإكراه في الزواج، ويفسخ الزواج عندهم إذا وقع بالتهديد أو الضرب أو القتل أو أخذ مال وما شابه فلا بد من توفر عنصر الاختيار والإرادة من الطرفين. فالمكره لا إرادة له فيما أجبر عليه من العقود والتصرفات<sup>1</sup>. وبما أن الزواج تصرف قانوني قوامه الرضا والإرادة فلكي ينعقد صحيحاً نافذاً يلزم أن يكون المتعاقد قد عبر عن إرادته بكل حرية<sup>2</sup>.

أما الإكراه في القانون المدني الجزائري؛ فبالنسبة للمكره في التصرفات المالية فقد تناول المشرع الجزائري نص المادة 88 من القانون المدني الجزائري، أن المكره الذي وقع في عيب الإكراه يجوز له إبطال العقد، وذلك إذا كان التعاقد قد قام ببعث رهبة في نفس المتعاقد الأخر والتي تنص المادة أنه: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الأخر في نفسه دون حق. وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن الخطر جسيماً محققاً يهدده هو، أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال. ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية، والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها تؤثر في جسامته الإكراه".

<sup>1</sup> عبد القادر داودي، أحكام الأسرة ..، المرجع السابق، ص 51.

<sup>2</sup> زبير مصطفى حسين، المرجع السابق، ص 89.

كما تنص المادة 89 منه على أنه: "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه".

وعليه، فإن الإكراه في القواعد العامة سواء صدر من المتعاقد الآخر أو من طرف أجنبي عن العقد يعيب الإرادة فإذا صدر من المتعاقد الآخر كان العقد قابلا للإبطال لمصلحة من وقع في الإكراه. أما إذا صدر عن أجنبي فيشترط القانون أن يكون المتعاقد الآخر على علم لإبطال العقد أو من المفترض حتما علمه.

وتجدر الإشارة أنه قد لا يكون أحد أطراف العقد سببا في الإكراه ولا الغير وإنما الظروف المصاحبة للتعاقد فيستغلها أحد الأطراف للضغط على المتعاقد الآخر ولحملة على التعاقد هنا أيضا تكون الإرادة معيبة ويكون بذلك العقد قابلا للإبطال<sup>1</sup>.

المشروع الجزائري وحد الجزء بخصوص عيوب الإرادة ووسع نطاق العقد الموقوف لمعالجة كافة عيوب الإرادة لأن فكرة العقد الموقوف تضمن حماية للمتعاقدين أحسن من إبطال العقد فالعقد الموقوف ينفذ إذا قام المتعاقد المضور بالعيب بإجازته، كما له حق رفضه<sup>2</sup>. هذا عن القواعد العامة في مسألة الإكراه فما هو حكم عقد الزواج المشوب بعيب الإكراه؟.

## المطلب الأول

### حالات الإكراه على الزواج حكمها وأثرها

تتلخص حالات الإكراه على الزواج في إكراه الولي وإجباره موليته على الزواج، أو الحالة العكسية وهي حالة العضل أين يتم منع الفتاة من الزواج بكفاء لها، والحالة الأخيرة هي حالة الإفتيات أين يقوم الولي بتزويج موليته دون علمها. وكل هذه الحالات تدور حول المرأة باعتبارها طرفا ضعيف قد يمارس عليه الضغط والتهديد خاصة في حالة التي تكون فيها الفتاة صغيرة في السن.

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 334.

<sup>2</sup> أسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة معمرى، تيزي وزو، 2015، ص 332.

وإذا أمعنا النظر فإن كل صور وحالات الإكراه على الزواج متعلقة بالولي، فالولاية هي حق أقره الشرع وأكده القانون بنصوص قانونية توجب وتضمن له هذا الحق خاصة فيما يتعلق بولاية الزواج، فإذا ما تهادى الولي في استعماله هذا الحق اعتبر متعسفا في السلطة الممنوحة له، فالشريعة الإسلامية لم تمنح له هذا الحق على إطلاقه فهو مقيد بأن لا يضر من هم تحت ولايته لا بالإجبار ولا بالمنع ولا حتى بالإقدام على أمر دون علمهم، ومن هنا تبرز أهمية الولاية في الزواج وعليه وجب تعريفها لضبط مفهومها و لمعدفة حدود هذا الحق، وذكر شروطها وأحكامها، والتعرف كذلك على الحالات التي يكون فيها الولي متعسفا، ثم معرفة رأي وحكم الشرع والقانون فيها.

## الفرع الأول

### إكراه الولي موليته على الزواج

إن من شروط العقد، والتي من شأنها أن تجعل التعاقد نافذاً، أن يكون المتعاقدان أهلاً للتعاقد، بأن تكون لهم قدرة على إبرامه ومن ثم تحمل أحكامه و إلتزاماته، لأنهما أصحاب الشأن فيه إذ يعقد لنفسه وهو كامل الأهلية، كما قد يكون يكون نائباً في إنشائه كأن يكون هو الولي موكلاً أو أن يكون وكيلاً<sup>1</sup>، وعليه فإذا تم هذا القول في حالة إبرام الزواج فما هي الولاية في الزواج وما هي ولاية الإجبار وما هو حكم تزويج الولي موليته بالإكراه؟.

### أولاً: تعريف الولاية

إن الولاية في الزواج تكون بحسب الشرع والأعراف للذكور من العصبات، ولا دخل للنساء فيها، وقد عرف موضوع الولاية اختلافات فقهية عديدة وذلك حول مركز الولي وطبيعته في عقد الزواج وغيرها، و فيما يلي سيتم معرفة مفهومها وأحكامها.

### أ- الولاية لغة:

الولي القريب الدنو يقال: تباعد بعد ولي. والولي له معان كثيرة منها: المحب وهو ضد العدو اسم من والاه إذ أحبه، والصديق، والنصير، من ولاه إذا نصره<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> سعاد سطحي، محاضرات في فقه الأسرة، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2013/2014، ص 24.

<sup>2</sup> شنبال محمد أبو سنية، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة، فلسطين، 2011، ص 32.

## ب/- الولاية اصطلاحاً:

تعرف الولاية في الفقه الإسلامي بأنها سلطة تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء تصرفات القانونية وتنفيذها نيابة عن المولى عليه فإن كانت متعلقة بشؤون الشخص نفسه كانت ولاية قاصرة عليه وحده تتداخل مع أهلية الأداء وإن كانت متعلقة بشؤون غيره كأن يتصرف في أموال أبنائه القصر أو يقوم بحضانتهم أو تزويجهم كانت ولاية متعدية<sup>1</sup>.

\*والولي في الزواج في الفقه الإسلامي هو الشخص الذي يتولى إبرام العقد نيابة عن من هم تحت ولايته ، وبالتالي فإن العقد لا يصح إلا بوجوده وهو الأب أو وصيه والقريب ، وبهذا فقد يكون الأب ولي الزوجة، كما قد يوكل شخص آخر مكانه بحسب الحالات والظروف، وقد فصلت المذاهب الأربعة في أحقية الولاية<sup>2</sup>.

أما بالنسبة لركنية الولاية فقد اختلف الفقه بشأن ركنية الولي واشترطه في عقد الزواج فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى اعتبار الولي ركناً من أركان عقد الزواج أي أنه لا نكاح إلا بولي، أما الحنفية فذهبوا إلى القول بعدم ركنية الولي إذا كان الزوج كفاء للزوجة، أما المشرع الجزائري فقد جعل الولي شرط صحة وهو ما نصت عليه المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري الذي جاء فيها أنه من بين شروط صحة الزواج لا بد من توافر الولي، لتمام إبرام عقد الزواج.

وهو ما سار عليه المشرع المغربي، أين جعله بمقتضى الفصل شرطاً من شروط عقد الزواج وأضاف عبارة عند الإقتضاء والتي يقصد بها حالة القصر، أما بالنسبة للمرأة الرشيدة، فقد جعل أمر ولايتها بيدها فجعلها حقاً لها تمارسه بحسب إختيارها ومصحتها، وقد منحت الفقرة الثانية من الفصل حق اختيار عقد زواجها بنفسها أو تفويضه لأبيها أو أحد أقربائها فجعلت ولايتها اختيارية بذلك، ولازال موضوع الولاية والمواد القانونية الخاصة بها موضع إنتقادات الفقه القانوني والمجتمع عامة في كلى التشريعين المغربي والجزائري، ما بين إعطاء الحرية المطلقة للمرأة وبين التثبيت بأحكام ومبادئ الشريعة من جهة أخرى أيهما أقرب لتحقيق مصلحة المرأة؟.

<sup>1</sup> محمد كشيور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، دار الأفق المغربية، ط3، 2014، ص342.

<sup>2</sup> عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص30.

ومن جهة أخرى، فللولي شروط يجب أن يتحلى بها وهي:

**1/- إتحاد الدين:** لا يجوز أن يكون ولي المسلمة كافرا مصداقا لقوله تعالى: " **وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ...**"<sup>1</sup>، وبالتالي فإن الكفر لا يخول لصاحبه أن يكون وليا لشخص مسلم، فلا يمكن أن تولي المرأة المسلمة أباهما إن كان كافرا مثلا لإنقطاع الموالاة بينهما لإختلاف الدين<sup>2</sup>، فالإسلام فد قطع الموالاة التي تتم بين كافر ومسلم، و بالتالي من غير المستساغ أن تكون للكافر سلطان على المؤمن.

**2/- التكليف والرشد:** فلا تثبت الولاية لصغير السن ، أو لشخص غير مدرك كالمصاب بإحدى عوارض الأهلية كالجنون، اذ يعتبر هؤلاء غير مكلفين وعليه فلا يمكن لشخص غير مكلف أن يتولى أمور غيره، وهو في الأصل لا يستطيع تولي أموره، أما الرشد فيجب في الولي أن يكون بلغ من العمر ما يؤهله لأن يكون كفاء في تولي مصالحه ومصالح الغير كعقد الزواج.

**3/- الذكورة:** وهو شرط مختلف فيه بين جمهور الفقهاء الذين لا يجيزون تولي المرأة حق الولاية، باعتبار أنها في الأصل لا تملكها على نفسها، وبين الحنفية الذين يجيزون ولاية المرأة، وللمرأة الحق بإبرام عقد الزواج .

**4/- الحرية:** وهو شرط منطقي إذ لا يمكن لعبد أن يكون وليا على أحد، إذ هناك من يتولى امره في الأساس.

**5/- العدالة:** ويقصد بها أن لا يكون الولي فاسقا وهو شرط عند الشافعية، أما المالكية والحنفية فيجوز ولاية الفاسق. ودليل الشافعية في الأم عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : " لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد" والمقصود بالمرشد هو العدل<sup>3</sup>.

**6/- أن لا يكون محرما:** وقد نهي رسول الله ﷺ أن يقوم المحرم بتزويج أو الخطبة لأحد<sup>4</sup>.

1 - سقرة التوبة، الآية 71.

2 سورة المائدة 51

3 الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن عباس بن عثمان، الأم، ج5، المرجع السابق، ص22.

4 صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته، رقم 1409، دار الكتب العلمية، دار احياء الكتب العربية، بيروت لبنان، ط1، 1991، ص1030.

و يشمل النهي هنا الزواج لنفسها أو تزويج غيره فلا يجوز زواج المحرم بحج أو بعمره لنفسه ولا لغيره<sup>1</sup>. أما بالنسبة للجانب القانوني وبالنسبة لشروط الولي، فلم يذكر المشرع الجزائري شروطا خاصة بالولي، وبالتالي يمكن الرجوع بشأنها لماورد من أحكام بشأنها في الشريعة الإسلامية، أما عن طبيعة الولاية فيختلف المشرع الجزائري عما جاء به الفقهاء الإسلامي، فبعد ما كانت الولاية ركنا في عقد الزواج وجودها يقيم العقد وغيابها يبطله بموجب القانون 84-11، فبموجب قانون الأسرة 05-02 أصبحت الولاية مجرد شرط صحة وقد عددها المشرع الجزائري من خلال المادة 9 مكرر ضمن شروط صحة عقد الزواج. أما المشرع المغربي فقد نص بمقتضى الظهير الشريف رقم 1-57-223، المؤرخ في الثاني من ربيع الثاني 1377، الموافق 27 سبتمبر 1957 على أن الولاية شرط صحة وبذلك يكون قد أخذ بالمذهب المالكي وذلك من خلال الفصل 12 من هذا القانون. وقد عدل هذا الفصل من خلال ظهير 10 شتنبر 1993، آخر تعديل كان بموجب مدونة الأسرة لسنة 2004 أين جعل الولاية وحقا للمرأة فقط وقد قلص هو الآخر من القواعد الخاصة بالولاية وذلك بعدما جعل المرأة الراشدة تزوج نفسها بنفسها حتى مع وجود وليها وحتى مع رفضه، مع إبقاء النيابة الشرعية بالنسبة للقصر.

وكل هذه التغييرات تنصب في التوجه نحو تحقيق حرية المرأة، وذلك تطبيقا لاتفاقيات المنادية بذلك والتي تم التوقيع عليها من قبل البلدين والرامية أيضا إلى المساواة الفعلية بين الرجل والمرأة وحفظ حقوق المرأة ورعايتها في كل مجالات الحياة. فبالرغم من أن هذه النصوص تعزز من حقوق المرأة إلا أنها خارجة عن العادات والأعراف الإسلامية وقد عرض موضوع الولاية من جانبه القانوني لعدة انتقادات وذلك بسبب تقليص مكانة الولي وحقه في تولي زواج موليته في الزواج خاصة إذا كان هذا الولي هو الأب، وهو الأمر الذي جثث عليه شريعتنا الإسلامية وأكدته آراء الفقه الإسلامي بالدليل من القرآن والسنة النبوية فما هو حكم الإذن بالزواج في الفقه الإسلامي إذن؟.

### ثانيا: حكم الإذن بالزواج في ولاية التزويج

إجمالا وبالنسبة لزواج المرأة والولاية عليها؛ فيجب التفريق بين 3 فئات من النساء:

<sup>1</sup> لمحسن سميح، الولي واشتراطه في عقد زواج المرأة - بين الفقهاء ( الأئمة الأربعة) وقوانين الأحوال الشخصي، في كل من فلسطين والأردن، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، الإمارات، 2014، ص 28.

أ/- الفئـة الأولى: الصغـيرة وقد قال في حكم زواجها الفقه الصغـيرة البكر لا ينكحها غير أبائها، وهو قول مالك والشافعي<sup>1</sup>، أما لحنابلة فقد قالوا أنه يمكن للأب أن يزوج الصغـيرة التي هي تحت ولايته سواء تعلق الأمر بالصغـيرة البكر، أو الصغـيرة الثيب، والتي لم تبلغ 9 سنوات، أما من بلغت هذا السن فيجب أخذ إذنهما<sup>2</sup>، أما الحنفية قالوا: بل ينكحها جميع أوليائها ثم اختلفوا في خيارها إذا أدركت، فقال في ذلك أبو حنيفة: بل لها الخيار إذا أدركت في غير أبيها وجدها وقال أبو يوسف من الحنفية أنها لا يمكن أن تختار أحد من أوليائها كما لا خيار لها إذا أدركت في أبيها وجدها<sup>3</sup>.

ب/- الفئـة الثانية البكر المدركة فقد قال المالكية والشافعية: يزوجه أبوها ولا يستأمر كالصغـيرة ويستحب إذنهما وفي قول أبي حنيفة وأصحابه بل يستأمرها فإن سكتت فيعني ذلك أنها راضية، أما إن تم تزويجها دون علمها من قبل أحد الأولياء، وتم بعد ذلك إخبارها فهنا نفرق بين حالتين الحالة الأولى ان سكتت فيستنتج رضاها بالزواج، أما إن رفضت بالقول، اعتبر الزواج فاسداً.

ج/- الفئـة الثالثة: الثيب وحكمها على الإذن بالتزويج أو على الكلم بالإجازة إذا ما زوجت من غير إذن منها.

و بالنسبة لحكم الولاية فلقد اتفق جمهور الفقهاء دون الحنفية وجوب الولاية في الزواج فإذا تم ابرام الزواج بدون ولي أو نائب ينوب عنها كان الزواج باطلاً، وكما سبق التفصيل فيه فبحسب قول جمهور الفقهاء فإنها ليس للمرأة الحقان تبرم زواجها، غير أن الحنفية خالفوا هذا القول فالولي ضروري عندهم بالنسبة للصغـيرة وللكبيرة المجنونة أما إذا كانت المرأة بالغة وعاقلة فلها الحق في أن تتزوج من تشاء بشرط أن يكون كفؤاً لها لكن إن لم يتوفر شرط الكفاءة فلوليها حق الاعتراض وفسخ الزواج، ويستوي أن تكون المرأة البالغة بكراً أو ثيباً فإنها صاحبة الحق في زواج نفسها ممن تشاء<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج9، دار الكتب العلمية، ط1، 1994، ص67.

<sup>2</sup> سيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص109.

<sup>3</sup> بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت لبنان، 1986، ص248.

<sup>4</sup> ابن سليمان حمد بن محمد الخطابي، معالم السنن، ج3، المطبعة العلمية لمحمد راغب الطباخ، ط1، حلب، 1933، ص205.

وعليه، فإن الشريعة الإسلامية عملت على تكريم المرأة ورفع مكانتها، وللمحافظة عليها وعلى مصالحها أعطت للولي الحقلقوم برعايتها بحسب مجموعة من الضوابط الشرعية، حتى تكون هذه الرعاية في المجال المحدد للولي وكى لا يتعسف هذا الأخير في حقه في الولاية، وحتى لا يكون ظلماً ومتعسفاً في استعمال حقه في الولاية، وجب على الولي الإذن بالزواج لمن له السلطة وحق الولاية عليهم، في حدود ما أقرته الشريعة الإسلامية، وبما يضمن مصالحتهم و رضاهم التام عن الزواج. وللولاية عدة أقسام من بينها ولاية التزويج، فما هو القسم الذي تندرج فيه هذه الولاية؟.

## الفرع الأول

### أقسام الولاية<sup>1</sup> الزواج

تنقسم الولاية إجمالاً بحسب تصنيفاتها، ولعدة اعتبارات إلى عدة أقسام (أ)، كما تنقسم ولاية التزويج إلى ولاية إجبار وولاية اختيار (ب) وهو ما سيدرس من خلال هذا الفرع.

#### أولاً: أقسام الولاية

تنقسم الولاية عموماً إلى عدة أقسام باعتبارات مختلفة، فمن حيث ذاتها تنقسم إلى ولاية عامة وولاية خاصة، ومن حيث مصدرها إلى ولاية أصلية وولاية مكتسبة، ومن حيث ثبوتها للإنسان على نفسه أو غيره إلى ولاية قاصرة وولاية متعدية، ومن حيث موضوعها إلى ولاية على النفس وولاية على المال وولاية على النفس والمال معاً.

#### أ/- الولاية من حيث مداها:

"تنقسم الولاية من حيث مداها إلى ولاية عامة وولاية خاصة، أما الولاية العامة فهي سلطة بإلزام الغير وتنفيذ التصرف عليه دون تفويض منه، تتعلق بأمور الدين والدنيا والنفس والمال وتهيمن على مرافق الحياة العامة وشؤونها من أجل جلب المصالح للأمة ودرء المفاسد عنها وهي منصب ديني ودينيوي شرع لتحقيق ثلاثة أمور: الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وأداء الأمانات إلى أهلها والحكم بين الناس بالعدل. وعن الولاية الخاصة فتطلق على الولاية الخاصة في استعمال الفقهي

<sup>1</sup> أسامة ذيب مسعود، المرجع السابق، ص 98.

على ضروب منها النيابة الجبرية والولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة ولهذا لا يتصرف القاضي مع وجود الولي الخاص وأهليته فلو أذنت المرأة للولي الخاص أن يزوجهها بغير كفء ففعل صح ولكن لا للقاضي ذلك"<sup>1</sup>.

### ب/- الولاية من حيث مصدرها

تنقسم الولاية من حيث مصدرها إلى ولاية ذاتية أو أصلية وولاية مكتسبة أو النيابة، فالولاية الأصلية هي التي تثبت تلقائيا للشخص إذا توافرت فيه شروطها كولاية الأب والجد على الولد القاصر، أو الابن على أبيه وجده إذا فقدوا الأهلية، فهذه الولاية ثابتة بسبب الولادة، والولادة أمر ذاتي لا ينفك عن صاحبه، وهي ولاية لا تقبل الإسقاط أو التنازل. أما الولاية المكتسبة أو تسمى أيضا بالولاية النيابة، وسميت مكتسبة لأن شخص يكتسبها من الغير فيكون نائبا فيها لتولي أمر عن شخص آخر كالوصاية التي يعطيها القاضي ليتولى أمور القاصر فهي ولاية مستمدة من غيرها، وهذه الولاية يمكن التنازل عنها وإسقاطها<sup>2</sup>.

### ج/- الولاية من حيث ثبوتها للإنسان على نفسه وعلى غيره

الولاية من حيث ثبوتها للإنسان على نفسه أو غيره تنقسم إلى ولاية قاصرة وولاية متعدية، فالولاية القاصرة هي قاصرة لأنه تقتصر على الشخص نفسه بأن يكون قادرا على تولى أموره بنفسه. أما الولاية المتعدية فتتعدى الشخص نفسه، أي يمكنه تولى أموره وأمور غيره من إنشاء لتصرفات بشرط أن تكون صحيحة لتصبح نافذة لصالح غيره، وتنقسم بدورها هذه الولاية إلى ثلاثة أقسام:

### 1/- الولاية على المال:

<sup>1</sup> أسامة ديب مسعود ، المرجع السابق، ص 97.

أبو بكر لشهب، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ولاية الزواج والقصر نموذجاً، مذكرة ماجستير، تخصص شريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2010/2009، ص 22.

<sup>2</sup> أبو بكر لشهب، المرجع نفسه، ص 23.

وهي أن يكون الشخص قادرا على إنشاء وتنفيذ عقود خاصة بالأموال، بأن يقوم الولي بالشؤون المتعلقة بالولاية

## 2/-الولاية على النفس:

وهي الولاية التي تتعلق بالنفس؛ بمعنى أنها القدرة على إنشاء عقد زواج بحيث يكون نافذا من غير حاجة إلى إجازة أحد، والمحافظة على نفس القاصر وهي تنقسم إلى قسمين ولاية اختيار وولاية إجبار<sup>1</sup> -وهي ما سيتم دراسته تاليا من خلال أقسام ولاية التزويج-.

## د/-ولاية على النفس والمال معا:

من الفقه من قسم الولاية إحصائيا بحسب استقراء أقوال الفقهاء إلى قسمين قسم الولاية الذاتية وقسم للولاية غير الذاتية، أما الولاية الذاتية وهي الولاية القاصرة والتي تكون على ذات الإنسان، أو على ماله فقط، وتسمى هذه الولاية بالولاية الغير متعدية لأنها تقتصر على ذات الإنسان فقط في نفسه و ماله معا أو في نفسه فقط أو ماله فقط، فهي لا تتعدى إلى الغير، أما الولاية غير الذاتية هي ولاية على غير نفس الإنسان وماله وهي أيضا قاصرة وكاملة، فالقاصرة تكون إما على النفس أو على المال، أما الكاملة فهي التي تكون على النفس والمال معا، إذن وبحسب ما سبق فإن الولاية على النفس والمال معا هي ولاية غير ذاتية أي على غير ذات الإنسان، وهي كاملة تشمل النفس والمال معا<sup>2</sup>.

## ثانيا: أقسام ولاية التزويج:

اتفق الفقه الإسلامي بتقسيم ولاية التزويج إلى ولي مجبر وولي غير مجبر، واتفق الشافعية والحنابلة<sup>3</sup> على أن اللولي المجبر هو الأب والجد وخالف المالكية فقالوا الولي المجبر هو الأب فقط واتفق المالكية

<sup>1</sup> أشمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص292.

<sup>2</sup> نصر الدين فريد واصل، الولايات الخاصة-الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية-، دار الشروق، ط1، مصر، 2002، ص10.

<sup>3</sup> أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار المعرفة، ط6، بيروت لبنان، 1982، ص5 وما بعدها، بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت لبنان، 1994، ص117.

وبعض والحنابلة<sup>1</sup> على أن وصي الأب بالتزويج مجبر كالأب، بخلاف الشافعية فإنهم لم يذكروا وصي الأب، وزاد الحنابلة أن الحاكم يكون مجبرا عند الحاجة.

### أ/- فولاية الإجمار (la contrainte matrimonial)

هي الولاية التي لا يكون للمولى عليه اختيار فيها، تلك التي يتولاها الأب أو الجد أو أحد المقربين من البنت البكر، والصغير والمجنون، وفيها ينفرد الولي في إنشاء العقد على المولى عليه ولا يشاركه أحد، لعدم توافر في المولى عليه شرط العقل والبلوغ في أهلية الزواج.

### ب/- أما ولاية الاختيار (la contrainte facultative)

وتسمى ولاية المشاركة أيضا ويسميتها الحنفية بولاية الإستحباب، وبموجبها يمكن للمرأة العاقلة إبرام زواجها دون جبر ولها الخيار في ذلك، وقد استحسنت الفقه ان تقوم باستشارة وليها، وأن توليه إبرام زواجها، حتى لا توصف بالخروج عن التقاليد والأعراف، ويطلق عليها المالكية ولاية الشركة أيضا<sup>2</sup>.

### ثالثا: موقف المشرع الجزائري والمغربي من أقسام الولاية:

أما عن موقف المشرع الجزائري من أقسام الولاية فقد اعتبر قانون الأسرة الولاية التي تتعلق بأمر الغير الذين لا يستطيعون القيام بها لقصرهم بسبب الصغر أو الجنون أو العته أو السفه أو الأنوثة ، وهذه الولاية تتمثل في الولاية على النفس " ولاية التزويج، ولاية التربية والحفظ" والولاية على المال<sup>3</sup> فبالنسبة لولاية التزويج فقد نصت عليها المواد 11، 33، 9 مكرر، من قانون الأسرة والمادة 9 مكرر منه والتي ذكرت شروط صحة عقد الزواج منها الولي؛ والمادة 11 نصت على أنه لا بد من أن يكون عقد زواج المرأة الراشدة بحضور وليها ، أما المادة 33 منه فقد اعتبر فيها المشرع الزواج

<sup>1</sup> موقف الدين ابن قدامة، المغني، ج7، المرجع السابق، ص389.

<sup>2</sup> العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 309.

<sup>3</sup> أبو بكر لشهب، المرجع السابق، ص32.

الذي يتم بدون ولي باطلا بحيث يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بصداق المثل بعد الدخول .

أما عن المشرع المغربي، فكما سبق وأن ذكرنا فإنه بحسب مدونة الأسرة فإن الولاية حق للمرأة الراشدة تمارسه حسب اختيارها ومصحتها وقد جعلها ، بعدما كانت شرط صحة، وبعد ذلك أسقط المشرع المغربي عدة نصوص من بينها الفصل 11 الذي كان يرتب الأولياء، وقد أبقى فقط الولاية كشرط من شروط الصحة بالنسبة للقصر وأسمائها بالنيابة الشرعية مع إمكانية تفويض المرأة لحقها في الولاية لولي تختاره هي وذلك من خلال المادة 20 من المدونة وبهذا يكن كل من المشرع الجزائري وكذا نظيره المغربي قد اعتمدا على المذهب الحنفي في اعتبار الولاية شرطا من شروط صحة عقد الزواج .

إن الولاية حق للولي وهي شرط من شروط صحة عقد الزواج، لكن هذا الحق ليس على إطلاقه فهو محدود بأن لا يمس بإرادة من هم تحت ولايته.

### الفرع الثالث

#### حكم عضل الولي موليته على الزواج

من حالات تعسف الولي والتي يعتبر فيها متجاوزا لحدود سلطة ولايته في الزواج تشمل ثلاث مسائل، العضل ، والإجبار، الافتيات. لقد أقامت الشريعة الإسلامية عقد الزواج على أساس الرضا المتبادل بين الخاطب والمخطوبة، غير أن هذا الرضا كثيرا ما تعترضه عوامل مختلفة، فتارة تزوج المرأة بغير رضاها بل دون محاولة استشفاف رأيها في الموضوع من قبل وليها، فتجد نفسها حبيسة عند شخص لا تحبه ولا ترضاه، بل قد تكرهه ولا تطيق معاشرته، وهذا ما يسمى عند الفقهاء الإجبار على الزواج. وتارة أخرى يتعرض الولي على زواجها من خاطب كفاء، صاحب دين

وخلق، ترضاه الفتاة وتميل إليه، فيمنعها من هذا الزواج، معطلاً بذلك مصلحتها فيه وهذا ما اصطلاح الفقهاء على تسميته العضل في الزواج<sup>1</sup>.

### أولاً: مفهوم عضل الولي

يشترط في الولي أن يكون حرصاً على رعاية مصالح موليه وأن يكون رحيماً به، غير أنه قد يحصل عكس ذلك فقد يخرج عن دائرة الحق الموكل له كأن يمنع الولي موليته من الزواج وهو ما يسمى بعضل الولي، أين يكون فيه الولي متعدياً ومتعسفاً في حقه على موليته وعليه يعرف العضل:

#### أ/- تعريف العضل لغة:

التضييق والمنع والشدة. عضل المرأة عن الزوج حبسها، إذا دعت إلى كفاء لها، وعضل الرجل أيمه يعضلها عضلاً وعضلاً منعها الزوج ظلماً<sup>2</sup> لقوله تعالى: " وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ أَرْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ " <sup>3</sup>.

#### ب/- تعريف العضل اصطلاحاً:

هو منع الولي من هي تحت ولايته من الزواج بكفاء لها، بحيث يكون هذا المنع بغير وجه حق<sup>4</sup>. وعليه يتحقق العضل إذا كان امتناع الولي غير شرعي كأن يتقدم شخص كفاء للزواج من موليته وبصداق المثل أو أكثر أما إذا لم تتوفر هذه الشروط لم يكن الولي عضلاً لأن الامتناع كان لمصلحة المولى عليها<sup>5</sup>.

### ثانياً: صور عضل الولي موليته وحكمها في الفقه الإسلامي:

<sup>1</sup> سعيد القاضي، المرجع السابق، ص 119.

<sup>2</sup> ابن منظور، لسان العرب، ج 11، المرجع السابق، ص 451.

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 232.

<sup>4</sup> محمد الخطيب الشربيني، المغني المحتاج، 3، دار المعرفة، ط 1، بيروت لبنان، 1997، ص 207.

<sup>5</sup> أحمد الصويغي، الولاية في الزواج ودور المراكز والجمعيات الإسلامية فيها في بلاد غير الإسلامية، مجلة المشاركة للعلوم الشرعية والإنسانية، المجلد 4، ع 1، فبراير، 2007، ص 63.

الأصل في حالة العضل عموماً المنع، لما فيه من ظلم للمرأة وإضرار بالمرأة في منعها في التزويج بمن ترضاه وتحكم في عواطفها ومشاعرها وإهدار لكرامتها، ومخالفة صريحة للمقصود الشرعي من الزواج، لذلك فقد اتفق الفقهاء على تحريمه.

يتحقق العضل إذا ترتب على المنع ضرر على المرأة منجر عن كبح إرادتها واسقاط حقها في التعبير عن رضاها أو رفضها لهذا الزواج، غير أن الفقه قد أباح المنع أو العضل في حالات منها إذا كان المنع لمصلحة المرأة، كطلبها الزواج بغير كفاء، فهنا له الحق في منعها وذلك لمصلحتها<sup>1</sup>، أو تزويجها بدون مهر. ولقد اختلف الفقه الإسلامي في تحديد عضل الولي إلى ثلاث صور:

#### أ/- منع الولي موليته من الزواج بكفاء لها

وهو أن يستغل الولي حقه في تزويج موليته البالغة العاقلة ويتعسف فيه فيمنعها بغير سبب شرعي من زوج كفاء لها بحث تكون هي راغبة فيه، وقد اختلف في هذا الصدد الفقهاء فالحنفية يرون أنه في هذه الحالة يعد الولي عاضلاً إذا توافر شرط الكفاءة، ويشاطره في هذا الرأي الشافعية<sup>2</sup> ويرون أن البالغة العاقلة إذا كان الخاطب كفاء لها فحتى لو كان به عيب كأن كان عينين أو محبوب فإنه يعد عاضلاً الولي هنا إذا منعها، كذلك الحنابلة<sup>3</sup> لهم نفس الرأي حتى مع أقل من مهر المثل وإذا منعها يمكنها رفع أمرها للسلطان لتزويجها، أما المالكية فيرون أنه على الولي وجوباً تزويج البنت بالكفاء الذي رضيت به وفي حال منعها لا يعد عاضلاً حتى يثبت أن هذا المنع ألحق بها ضرراً، أو أن الضرر كان متعمداً مع ضرورة وجود تكرار في المنع وفي هذه الحالة يمكنها رفع أمرها للقاضي ليرفع عنها الظلم<sup>4</sup>.

#### ب/- منع الولي موليته من الزواج بكفاء لها مع الرغبة في تزويجها بكفاء آخر

وهذه المسألة مختلف فيها أيضاً من قبل الفقه الإسلامي، فبالنسبة للفقه الحنفي كذلك انقسموا إلى قولين: القول الأول: اعتبروا الولي عاضلاً باعتبار أن من رغبت به وكان كفاء لها لا يقل كفاءة

<sup>1</sup> سبتي بن مصيليت، العضل وأثره في سقوط الولاية وانتقالها، مجلة قضاء، ع 27، ماي 2022، ص 114.

<sup>2</sup> بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 4، عالم الكتب، ط 1، بيروت لبنان، 1997، ص 55.

<sup>3</sup> بن أحمد المراد واليسعدي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 8، دار الكتب العلمية، ط 1، بيروت لبنان، 1997، ص 86.

<sup>4</sup> هاجر عمير، دور قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من التعسف، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مجلد 6، العدد 2020، ص 537.

عما رغب به هو. **القول الثاني:** يرون بأنه ليس بعاضل، ولكن في هذه الحالة يرفع الأمر للقضاء لرفع الضرر عنها<sup>1</sup>.

وكذلك بالنسبة لفقهاء المذهب الشافعي انقسموا في رأيهم إلى قولين: **القول الأول:** يعتبر الولي عاضلا، لأن شرط الكفاءة تحقق فيه فلا يمنعها ممن رغبت فيه. **القول الثاني:** لا يعتبر الولي عاضلا، لأن إجباره هذا يدخل ضمن سلطة الولاية الإلجبار عليها إذا كان الولي مجبرا، أما إذا كان غير مجبر فلا يجوز منعها مطلقا<sup>2</sup>.

أما عن المالكية، فيرون أن حل هذه المسألة في كون الولي مجبرا أم لا، فإذا كان الولي مجبرا وامتنع من تزويج موليته لم يكن في هذه الحالة عاضلا إذا لم يكن هذا المنع فيه اضرار لها، أما إذا كان الولي غير مجبر ومنع الولي موليته من الزواج بكفاءة لها فهنا تعرض المسألة على الحاكم فإذا قدم الولي تبريرا مقنعا عن سبب هذا المنع أمر الحاكم بتزويجها، أما إذا لم يكن السبب وجيها أمر بتزويجها، فإذا لم ينفذ الأمر، يزوجه في هذه الحالة الحاكم<sup>3</sup>.

### ج- منع الولي موليته من الزواج بكفاءة لها بسبب نقصان الصداق

لقد اختلف الفقه في حالة تزويج المرأة بدون مهر المثل أو في حالة نقصانه إلى قولين

**1/- القول الأول:** يمكن للولي عضل المرأة ومنعها من الزواج بدون مهر مثلها - أي مهر المثل - وذلك لما فيه من عار وضرر على المرأة حسب قولهم في نقصان مهر مثلهنوقد قال به المذهب الحنفي.

**2/- القول الثاني:** وهو قول فقهاء الشافعية وحنابلة وبحسبهم فليس للولي منع موليته من الزواج بسبب نقصان المهر أو حتى بدونه إذا هي رضيت به، فإذا هي كانت راضية بالزواج سواء بمهر المثل أو بدونه فهنا لا يجوز منعها، وذلك باعتباره حقا من حقوقها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> ابن العابدین حاشیة رد المختار علی در المختار شرح تنویر الأبصار، دار عالم الکتب، ج4 کتاب الحج، النکاح، الطلاق، طبعة خاصة، الرياض، 2003، ص220.

<sup>2</sup> ابن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج4، المرجع السابق، ص53 وما بعدها.

<sup>3</sup> محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص232.

<sup>4</sup> سبتي بن مصلي، المرجع السابق، ص115.

وقد عدد الفقهاء الحالات التي يباح فيها العضل من بينها:

- إذا كان المنع لمصلحة المرأة، كأن تطلب النكاح من غير كفاء، فللولي منعها لمصلحتها.

- عضل الزوج بالتضييق على الزوجة حتى تفتدي منه بما أعطاها من مهر، في حال إتيان المرأة الفاحشة<sup>1</sup>.

ولقد تعددت آراء الفقهاء في انتقال الولاية في حالة العضل إلى غيره من ولي أبعد أم تنتقل مباشرة إلى القاضي وكانت الآراء كالتالي:

- **رأي الأول:** هو رأي جمهور الفقهاء وهم المالكية والشافعية والحنفية واحمد في رواية له وهم القائلون بانتقال الولاية إلى القاضي في حالة عضل الولي، بحيث يتم تزويجها بالولاية العامة أو بالنيابة الشرعية، لمنع ظلم الولي لأنهم اعتبروا العضل ظلم، فالولاية واجب على من يتولاها فإذا امتنع عن أدائها بدون سبب أدى ذلك إلى ظلم، وبهذا تنتقل إلى القاضي الذي يكون عقده في نفس قوة عقد الولي العاضل سواء كان أب أو أخ أو غيره<sup>2</sup>.

- **الرأي الثاني:** في رواية للإمام أحمد وأخرى للمالكية، ويقولون بانتقال الولاية للأبعد في حالة عضل الولي، وذلك قياسا على حالة الغيبة، فاعتبروا ولاية الأرب كالعدم واحلوا محلها الولاية الأبعد واستدلوا على ذلك بأن العضل فسوق، وهو ما قال به الشافعية إذ أنه إذا تكرر العضل ثلاث مرات اعتبر فسوقا وبتالي تنتقل الولاية إلى الأبعد.

- **الرأي الثالث** وهو رأي الإمامية الذين يعتبرون بالانتقال الولاية إلى نفسها في حالة عضل الولي، وهو أن تنتقل الولاية من الولي إلى موليته وان تزوج نفسا بنفسها، وأن تنفرد بنفسها بالعقد دون اللجوء للولي ولا السلطان لأن العضل أسقط الولاية<sup>3</sup>.

وقد رجح رأي جمهور الفقهاء وهو أيضا ما أخذ به المشرع الجزائري وهو ما سيتم دراسته تاليا.

**د/- موقف المشرع الجزائري المغربي من حالة عضل الولي:**

<sup>1</sup> سبتي بن مصليبت العنزي، المرجع نفسه، ص 215.

<sup>2</sup> أحمد محمود بن قدامة، المغني، ج 7، المرجع السابق، ص 346 وما بعدها.

<sup>3</sup> أبو بكر لشهب، المرجع السابق، ص 70 وما بعدها.

في قانون الأسرة الجزائري القديم نصت المادة 11 منه على أنه " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له " وفي حالة العضل أخذ المشرع برأي جمهور الفقهاء بحيث أسند ولاية التزويج للقاضي وقد نص على هذه المسألة من خلال الفقرة 1 من المادة 12 بقوله " لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون " كما أجاز للولي منع ابنته البكر من الزواج إذا كان المنع فيه مصلحة لها<sup>1</sup>، وقد كانت هذه المادة تطبيقا صريحا ومباشر لحالة العضل في الزواج، وكذلك تطبيق لحالة إباحته إذا كانت هناك مصلحة لها، غير أن قانون الأسرة الجزائري الجديد أجاز المشرع للمرأة البالغة الراشدة ثيبا كانت أو بكرا بعقد زواجها بنفسها مع ولي تختاره هي سواء كان أبها أو أي شخص تختاره، وبهذا يكون المشرع قد ألغى حالة العضل بإعطائه للمرأة حق حرية اختيار الولي فحالة العضل لا تتصور إلا عند المرأة غير الراشدة<sup>2</sup>.

أما المشرع المغربي فإنه قد اعتبر الولاية حق بخلاف المشرع الجزائري، وبهذا يكون قد خرج عن المذهب المالكي وخالف آراء الفقهاء بالنسبة لولاية التزويج واتبع المذهب الحنفي فيما يخص أحقية المرأة الراشدة بزواجها بنفسها وهذا بحسب المادة 24<sup>3</sup> من مدونة الأسرة المغربية، كما أعطى لها المشرع المغربي حرية تفويض أيها أو أحد أقاربها إذا لم تستعمل حقها في عقد زواجها بنفسها وذلك من خلال المادة 25<sup>4</sup> من نفس القانون، وبهذا ينتفي وجود حالة العضل باعتبار أن الولاية هي حق للمرأة الراشدة فحتى مع امتناع أيها لها أن تتزوج في كل الحالات.

ويختلف الأمر قليلا بالنسبة لحالة القصر فبحسب المادة 21<sup>5</sup> من مدونة الأسرة المغربية فإن زواجهم متوقف على موافقة نائبهم الشرعي 1/23 غير أنه في حالة امتناع هذا الأخير، يرفع الأمر للقاضي المكلف بالزواج ليبث في هذا الموضوع 3/23.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، أحكام الأسرة في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 125.

<sup>2</sup> أبو بكر لشهب، المرجع السابق، ص 73.

<sup>3</sup> تنص المادة 24 من مدونة الأسرة المغربية: "الولاية حق للمرأة، تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصلحتها".

<sup>4</sup> تنص المادة 25 من مدونة الأسرة المغربية: "للاشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو أحد أقاربها".

<sup>5</sup> تنص المادة 26 من مدونة الأسرة المغربية: "زواج القصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي

تتم موافقة النائب الشرعي بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وحضوره إبرام العقد.

= إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة بت قاضي الأسرة المكلف بالزواج الموضوع".

ما يمكن أن يقال في إطار موضوع الدراسة أن عضل الولي ما هو إلا تطبيق لحالة الإكراه في الزواج، وذلك بإعتبار أنه صورة من صورته، وهو بالتالي عيب من عيوب الإرادة، ولكن هذا العيب أتى في شكل المنع من الزواج، فبالرغم من محاولته لتنسيق مواد الولاية بالشكل الذي لا يفتح المجال للولي منع من هم تحت ولايته من الزواج، إلا أن المواد يجب أن تظبط أكثر مع ذكر موضوع عيوب الإرادة في حدود مبادئ الشريعة الإسلامية، وفي الإطار الذي الذي يبقى للولاية مكانتها، و يسمح للولي بإستعمال حقه في الولاية.

و بعد استطلاع كل من موقف المشرع الجزائري والمغربي، فإن كل منهما جعل الولاية شرطا من شروط صحة الزواج بصفة عامة، إلا أنهما أغفلا صفة كفاءة الزوج، والتي تمنح للولي ولو جزءا من حقه في الولاية وذلك بالرقابة على من هم تحت ولايته، ومن ثم التدخل في حال كان الزوج غير كفى لها لذا كان على كل من القانونين تدارك هذا الأمر بمنح حق فسخ الزواج للولي في حال كان هذا الزوج المتقدم غير كفاء لها.

## الفرع الرابع

### الحكم الشرعي والقانوني لحالي الإجمار والإفتيات

الأصل أن الزواج لا يتم إلا برضا طرفيه، فلا تزوج المرأة إلا بإذنها ورضاها التام، لكن قد يتم إجبارها على الزواج، ففضلا عن أن هذا غير جائز فإن آثاره السلبية لا حصر لها للمدى القريب والبعيد كما أن آثاره لا تمس طرفي العقد الزواج فقط بل قد تشمل أسرتي الزوجين وقد يتعداها إلى المجتمع (أولا)، كما يجب إعلامها لعقد قرانها فلا يمكن تزويجها دون علمها فإذا حصل وأن زوجت دون علمها سمي ذلك بالإفتيات وهو ما سيتم التفصيل في مفهومه وحكمه من خلال هذا الفرع (ثانيا).

### أولا: حكم إجبار الولي موليته على الزواج

ولاية الإجمار في الزواج، هي صلاحية خولها الشرع والقانون للولي، تحوله هذه الصلاحية الحق في تزويج المولى عليه ولو بغير إذنه ورضاه، يقوم الولي فيها منفردا بإنشاء عقد الزواج لصالح المولى عليه، وقد سميت عند الفقه الإسلامي بولاية الإستبداد، فما حكمها وماهو موقف القانون منها؟.

## أ/- موقف الفقه الإسلامي من إجبار الولي موليته على الزواج:

قال مالك: "وإذا ردت الثيب الرجال رجلا بعد رجل لم تجبر على النكاح، ولا يجبر أحد أحدًا على النكاح إلا الأب في ابنته البكر أو ابنه الصغير وفي أمته وفي عبده والولي في اليتيمة ولا يزوج البكر وليها وإن كانت سفيهة إلا برضاها<sup>1</sup>، وقد جاء في المدونة عن مالك أنه قال: لا يجبر أحدًا أحدًا على النكاح إلا الأب في ابنته البكر وفي ابنه الصغير<sup>2</sup>.

بالنسبة لزواج السفيهة فقد سأل رجل مالك عن ابنة أخيه البكر وقد أراد أن يزوجه من شخص يكفلها، فرفضت وهي سفيهة، فرد مالك أن لا تزوج إلا وهي راضية بذلك حتى وإن كانت سفيهة.

واتفق الفقه الإسلامي، على إجبار الولي البكر البالغة التي هي تحت ولايته على الزواج حتى بدون إذنها ورضاها ولكن اختلفوا في الشروط التي يصح تزويج المجبرة بها بدون إذنها، أما بالنسبة للثيب فلا يصح جبرها على الزواج، إلا أن حق مباشرة العقد تبقى قائمة للولي وإلا وقع العقد باطلا فالولي والمرأة الثيب شريكان في العقد، وحقها أن ترضي بالزواج صراحة وحقه أن يباشر العقد، هذا إذا كانت كبيرة بالغة، أما إذا كانت ثيبا صغيرة فهي ملحقه بالبكر البالغ فيزوجها الولي المجبر بدون إذنها ورضاها ما لم تبلغ، وخالف الحنابلة هذا القول، فقالوا: إن الثيب الصغيرة التي تجبر هي ما كانت دون تسع سنين، فإن بلغت تسعا كانت كبيرة لا تجبر<sup>3</sup>.

عند الفقه المالكي للأب انكاح ابنته البكر بغير إذنها وان بلغت مع تقييد هذا القول بشرط أن لا يكون هذا النكاح فيه مضرة لها أما إذا كان فيه مضرة لها كوجود عيب فيه فلا يجوز جبرها<sup>4</sup>.

## ب/- موقف المشرع الجزائري والمغربي من الزواج بالإجبار

<sup>1</sup> محمد الأزدي القرواني، كتاب التهذيب في اختصار، كتاب الأول، كتاب النكاح، ج2، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط1، دبي، 2002، ص133.

<sup>2</sup> مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، كتاب المدونة، كتاب النكاح، باب إنكاح الأب ابنته بغير رضاها، دار الكتب العلمية، ج1، ط الأولى، 1994/1415، ص100.

<sup>3</sup> عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص54 و55.

<sup>4</sup> قاسم الطهطاوي، إيضاح المعاني على رسالة القيرواني، دار الفضيلة، القاهرة، د.س.ن، ص123.

لقد اعتبر الفقهاء زواج المرأة بكر كانت أم ثيبا تحت طائلة الإكراه عقد باطلا لا ينتج أي أثر شرعي وقد سائر المشرع الجزائري الفقه الإسلامي في هذه المسألة ومنع إجبار الولي موليته من الزواج وحتى في اجتهادات المحكمة العليا، ذهب إلى أنه لا يجوز للأب منع أو إجبار على الزواج، وهو ما كرسته من خلال قرارها الصادر بتاريخ 30 مارس 1993، أين أثبتت الفتاة في حيثيات القرار أن الزوج هو أصلح لها، بعدما منعها أبوها وهو وليها من الزواج منه، فرفعت أمرها للقاضي دون العودة لمن يليه في الولاية<sup>1</sup>. لكن وبعد تعديله للمادة 11 وبعدما ألغى القيمة المعنوية للولاية بتعبيره عن اختيار الولي أو أي شخص تختاره، اقتصر المنع على القاصرة التي تكون تحت ولايته.

يتضح من نص المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري أن للمرأة الراشدة الحق في إبرام زواجها بحضور وليها، كما لها الحق في اختيار الولي أبا كان أو أي شخص تختاره من الأقارب أو غيرهم، على خلاف القصر أين حدد ورتب الأولياء من خلال ذات المادة في فقرتها الثانية وهم الأب فإن لم يوجد فأحد الأقارب الأولين فإن لم يوجد فالقاضي ولي من لا ولي له، وقد خالف نص هذه المادة أحكام الشريعة الإسلامية في مسألة الاختيار إذ أن المرأة وليها الشرعي هو الأب أو أخوها أو أحد محارمها. محاولة منه من الخروج من باب واسع من مسألة إكراه المرأة على الزواج قام المشرع بتعديل المادة 11 سالف الذكر، التي لاقت ولا تزال عدة انتقادات كونها تحمل في معانيها الخروج عن العادات والتقاليد والقيم الإسلامية.

ولقد جاءت المادة 13 في ذات لسياق لحماية القصر من الزواج بالإكراه حيث نص فيها المشرع الجزائري على عدم جواز تزويج القاصرة بالإكراه سواء من الولي الأب أو أي شخص آخر هي تحت ولايته ولا يجوز له تزويجها دون موافقتها وهو أمر موافق لأحكام الشريعة الإسلامية.

فبالنسبة لحالة الإكراه فقد نصت المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري أنه لا يجوز للولي أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز أن يزوجه بدون موافقتها، فهذا فقد فصل المشرع الجزائري في مسألة إكراه القاصرة على الزواج وإجبارها عليه دون موافقتها، أما عن المرأة الراشدة فلها الحق في اختيار أي شخص ليكون وليها.

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا، رقم 90468 الصادر بتاريخ 30/03/1993، المجلة القضائية، ع خاص.

وعن موقف المشرع المغربي كما سبق ذكره فإن الولاية في القانون المغربي هي حق للمرأة الراشدة، وهي شرط صحة بالنسبة للقصر، وبالرغم من ذلك فإن الولي أو النائب الشرعي للقاصر لا يستطيع اجبار القاصر الذي هو تحت ولايته، فإذا أعرض هذا الأخير عن إعطاء الإذن جاز للقاضي تولي ذلك بحسب المادة 21 من مدونة الأسرة المغربية. وعليه، فلا وجود لتطبيق لحالة العضل في الزواج باستقراء مواد مدونة المغربية بالنسبة للمرأة الراشدة، أما القصر فزواجهم متوقف على موافقة النائب الشرعي لهم، وفي حالة المنع والعضل من قبله، يرفع الأمر للقاضي للبت فيه.

وكما سبق ذكره فإن حالة المنع والعضل والإجبار ما هي إلا صور لعيب الإكراه، وبدوره الإكراه عيب من عيوب الإرادة، وصوره هذه متعلقة بعقد الزواج وبشأن تطبيقاتها وأحكامها لا يمكن في أي حال من الأحوال الرجوع بشأنها للقواعد العامة لخصوصيتها بهذا العقد ولوفرة ما قيل فيها من قبل الفقه الإسلامي، لكن يمكن استحداث نصوص قانونية تزيد من ضبط موضوع الولاية والإكراه المنجر عنها في شق التزويج بكل حالاته، ولتسهيل عمل القاضي

### ثانياً: مفهوم وحكم إفتيات المرأة

يعد الإفتيات صورة من صور الإكراه على الزواج، لكن بمفهومه الغير مباشر إذ أن الولي يستعمل حقه في الولاية لتزويج من هي تحت ولايته دون علمها، فما هو حكم الشرع والقانون في هذا النوع من الزيجات؟.

### أ/- مفهوم الافتيات

المرأة البالغة العاقلة سواء كانت بكرًا أو ثيبًا لا بد من استئذنها عند الزواج وهذا ما لا يتصور في حالة الافتيات أين يقوم الولي بتزويج الفتاة دون علمها. وهو تصرف يسبق به الإنسان غيره ويستبد به من غير استئذان من حقه أن يستأذن، إذن فالإفتيات هو عبارة عن تعدي يقوم به المفتات على صاحب الإذن حين تصرف من غير إذنه، ويستعمل لفظ الإفتيات في هذا المعنى عدا الزواج في عدة أمور أخرى من بينها البيع واللعان وهذا في نوع الإفتيات القوي، وفي نوعه الثاني

وهو الإفتيات الفعلي يدخل فيه القتل والقطع والجرح وغيره...، ويعرف الإفتيات في الزواج "بأن يتعدى الولي غير المجبر على المرأة فيعقد عليها بغير إذنها بكرة كانت أو ثيبا ثم يبلغها خبر زواجها<sup>1</sup>.

### ب/- رأي الفقه الإسلامي والقانون من الإفتيات

عن الحنساء بنت خدام الأنصارية أن أباه زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله ﷺ ، فرد نكاحها<sup>2</sup>. وهذا الحديث دليل على عدم جواز تزويج البكر أو الثيب دون إذنها.

وبالنسبة لأراء الفقه فيه عموما، فإن حكم الإفتيات يتردد بين المكروه والحرام، فحكمه متعلق بالتصرفات المفتات ب، فبالنسبة للكراهة هي أكثر حكم يعود على الإفتيات منها تصرفات الفضولي أو ما اعتبر مجرد تعد، أما حكم الحرمة هو ما يؤدي بصاحبة أو يوقعه في الحرمة، وبما أن أراء الفقه قد اجتمعت على كون الإفتيات نوع من التعدي، وبما أن تعدي في الإسلام منهي عنه فلاشك أن أدنى درجات النهي هي الكراهة لدى نجد أن أكثر حالات الإفتيات فقها هي الكراهة<sup>3</sup>.

أما في نظر قانون الأسرة الجزائريوذلك باستقراء مواد قانون الأسرة فقد جعل المشرع الحرية في اختيار الولي بمقتضى المادة 11، وقد جعل الرضا أساس عقد الزواج بمقتضى المادة 10، وعليه تعطي المرأة رأيها بعد استئذائها بكل لفظ يفيد قبولها بحضور وليها<sup>4</sup>.

غير أنه قد يتصور في حالة الزواج دون توثيق أي بزواج شرعي دون اللجوء إلى تثبيته، وخاصة إذا كانت المرأة دون السن القانوني للزواج فقد يستعمل الأب سلطته كولي للبت فيزوجها دون علمها أو رضاها، لهذا وجب على المشرع استدراك الثغرة القانونية التي تشكل عدة معضلات وتفتح أبواب التحايل من اجل الإقدام على الزواج.

<sup>1</sup> إبراهيم بن صالح، الافتيات على غير الإمام-دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية-، مجلة العدل، العدد86، ربيع الأول 1436، ص139.

<sup>2</sup> رواه البخاري: كتاب النكاح، باب إذا زوج ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود، 5138، ج6، ص460.

<sup>3</sup> إبراهيم بن صالح، المرجع السابق، ص152.

<sup>4</sup> أبو بكر لشهب، المرجع السابق، ص94

وعليه، فإذا كان الأصل في العقود الرضا التام لأطرافه، وذلك بإعتباره الركن الأساسي في جميع العقود، فما هو أثر عيب الإكراه على العقد المشوب في ركن الرضا فيه.

## المطلب الثاني

### أثر الزواج المشوب بعيب الإكراه

في القواعد العامة في القانون المدني الجزائري اذا شاب العقد عيب الاكراه كان العقد قابلا للابطال لمصلحة المتعاقد الذي شابت ارادته هذا العيب ، وعلاوة على حق المكره في إبطال العقد، فله التعويض عن الضرر الذي أصابه ممن صدر عنه الإكراه لأنه عمل غير مشروع<sup>1</sup>. فإذا كان أثر العقود في القواعد العامة كذلك فما هو الأثر المترتب على عقد الزواج المشوب بعيب الإكراه فقها وقانونا؟.

## الفرع الأول

### الأثر المترتب على زواج المكره والمكرهه في الفقه الإسلامي

اختلف الفقه الإسلامي على عدم انعقاد الزواج بالإكراه، فجمهور الفقهاء قالوا فيإكراه شخص شخصا آخر على الزواج، فإن الزواج غير منعقد في هذه الحالة،وقد خالفهم في هذا الرأي المذهب الحنفي، إذقالوا بانعقاده، غير أنه إذا تم هذا الإكراه من الزوجة بأن أكرهته على الزواج منها فتحرم في هذه الحالة من الصداق قبل الدخول بها ولها الحق فيه بالوطاءولا يخفى أن الإكراه بهذا المعنى غير إكراه الولي المجبر الذي ، ومنشأ الخلاف يتمثل في الجواب على السؤال: هل الطوع شرط لجواز النكاح؟ فمن قال بأنه شرط قال: بعدم جواز نكاح المكره، ومن قال: بأنه ليس بشرط، قال بجواز النكاح، وهذا ما سيتم تبينه من خلال استعراض أقوال الفقهاء.

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 196.

**القول الأول:** وهو قول ذهب إليه جمهور الفقهاء: فقالوا: أن الطوع شرط لجواز النكاح، وبالتالي فلا يجوز نكاح المكره وممن قال به المالكية والشافعية ورواية للحنابلة، والظاهرية<sup>1</sup>.

**قال المالكية:** من شروط صحة النكاح عند المالكية عدم الإكراه، فالزواج مع الإكراه لا يصح ويفسخ أبداً ولو أجزى فلا بد من تجديد العقد واستبراء من الماء الفاسد إن حصل دخول.

**قال الشافعية:** لا نكاح مع الإكراه وبالتالي فلا يجوز الزواج إلا بولي وشاهدي عدل ورضا الزوجين

**قال الحنابلة:** كل تصرف قولي لا يقبل الفسخ معدوم إن وقع تحت تأثير الإكراه<sup>2</sup>.

**قال الظاهرية:** نكاح المكره عندهم كطلاقه مردود أبداً<sup>3</sup>.

وقد استدلووا على أقوالهم بـ:

**من الكتاب:** بقوله تعالى: " مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ"<sup>4</sup>.

وقد قالوا بأن الآية تدل على عدم لزوم نكاح المكره قياساً على الكفر المنصوص فيها لأن الله تبارك وتعالى قد أسقط أحكامه لمن تلفظ به عن طريق الإكراه.

وكذلك قوله تعالى: " رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا "<sup>5</sup>، وتدلل أيضاً هذه الآية على عدم جواز نكاح المكره وهو غير لازم عند أصحاب هذا القول لأنه لو كلف بما أكره عليه وتبث عليه أحكامه لكان قد حمل ما لا يطيق.

**ومن السنة النبوية:**

<sup>1</sup> ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج8، ص329

<sup>2</sup> أبو بكر مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت لبنان، 1986، ص310.

<sup>3</sup> سعيد القاضي، المرجع السابق، ص47.

<sup>4</sup> سورة النحل، جزء من الآية 106.

<sup>5</sup> جزء من الآية 286، سورة البقرة.

ما روي عن ابن عباس مرفوعاً عن النبي ﷺ أنه قال: "إن الله تعالى وضع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه" وفي الحديث دلالة على أن زواج المكره والمكرهة لا يصح لتسويته سبحانه وتعالى بين الثلاثة - الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه.

وما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله ﷺ: "إنما الأعمال بالنيات" ويدل الحديث على أن كل عمل بلا نية باطل، ونكاح المكره عمل بلا نية فيكون باطلاً.

**القول الثاني:** ذهب إليه الحنفية: والحنابلة في رواية ويذهب الحنفية إلى التفريق بين التصرفات القولية القابلة للفسخ والغير قابلة له فالتصرفات الغير قابلة للفسخ هي الزواج والطلاق والعتاق<sup>1</sup>، ففي هذه الحالة قال الحنفية: أن الطوع ليس بشرط لجواز النكاح وبالتالي يجوز نكاح المكره، فالإكراه عند الحنفية في الطلاق والعتاق والنكاح واليمين ونحوها مما لا يحتمل الفسخ فيها فإنه ينفذ التصرف.

أما بالنسبة للتصرفات القولية القابلة للفسخ فهي البيع والشراء والإجارة، فقد اختلفت الحنفية في حكمها في حالة الإكراه إلى رأيين:

**1/-** ذهب إليه أبو حنيفة والصاحبان: إلى أنه إذا أكره الشخص على البيع أو الشراء أو الإجارة أو غيرها إكراهاً ملجئاً أو غير ملجئ، فيقع العقد فاسداً ويثبت للمكره الخيار إذا زال الإكراه واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا"<sup>2</sup>، وتدلل على أن الرضا شرط من شروط صحة البيع، وبانعدام هذا الشرط يكون العقد معه فاسداً، ولا يبطل العقد لتحقق ركنه -الإيجاب والقبول-.

**2/-** وهو قول زفر من الحنفية، أن العقد بالإكراه عقد موقوف على الإجازة أما الفاسد فلا يجوز<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> مازن مصباح، سامي عدنان، المرجع السابق، ص 110.

<sup>2</sup> سورة النساء، الآية 29.

<sup>3</sup> مازن مصباح، سامي عدنان، المرجع السابق، ص 111.

وفي الزواج أيضا إذا أكرهت المرأة الزواج بمهر مقدر بألف وكان صداق مثلها أكثر من ذلك فالزواج في هذه الحالة صحيح وان رفع الأمر للقاضي جاز ان يحكم لها باتمام صداق مثلها، فإن لم يتراضيا جاز التفريق بينهما حتى وان كان الزوج كفاء لها، وتخير المرأة في حال كان الزوج غير كفاء لها وان اتم لها الصداق<sup>1</sup>؛ وأدلتهم:

من السنة: قوله ﷺ: "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والعتاق" وفي الحديث دلالة على أن الطوع ليس بشرط لجواز النكاح، حيث أن الهزل واشتراط الخيار سواء؛ وقد نوقش استدلالهم هذا بأنه غير مسلم به؛ لأنه خارج محل النزاع؛ حيث تناول نكاح الهازل ولم يتناول نكاح المكره، ثم إن كلامهم خلاف السنة الثابتة في حديث الخنساء بنت خدام الأنصارية، ولأمر الرسول ﷺ بالإستثمار في أبضاعهن وحديثها أن رسول الله ﷺ قد رد زواجها لأن أباهما قد زوجها وهي ثيب و مكرهة.

وأما عن الحديث الإستثمار في أبضاعهن فقد روي النبي ﷺ قال: استأذنوا النساء في أبضاعهن قيل: فإن البكر تستحي فتسكت، قال فسكاتها إذنها".

والراجح من الأقوال السابقة عند الفقه الحديث هو القول الأول القائل: أن الطوع شرط لجواز النكاح، وبالتالي لا يجوز نكاح المكره، وذلك لقوة أدلتهم ولأن المكره لا إرادة له<sup>2</sup>.

وعليه فإن جمهور الفقهاء باستثناء الحنفية، يرون أن الإكراه يؤثر في التصرفات فتكون باطلة فلا يترتب على قول المكره حكم، بل كل أقواله هدر، سواء كانت تصرفاته قابلة للفسخ أو غير قابل له لأن لإكراه يعدم الرضا، والرضا أساس التصرفات. أما الحنفية فيميزون بين التصرفات المحتملة للفسخ وغير المحتملة له، فإن كان التصرف غير قابل للفسخ كالزواج والطلاق فيصح مع الإكراه ويلزم، لأنه تصرف يستوي فيه الجد والهزل، والإكراه في معنى الهزل لعدم القصد الصحيح للتصرف فيهما<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> السمر قندي، علاء الدين، تحفة الفقهاء ج3، المرجع السابق، ص 273 وما بعدها.

<sup>2</sup> أحمد أبو طه، المرجع السابق، ص 76 وما بعدها.

<sup>3</sup> سليمان الجروشي، المرجع السابق، ص 149.

إن جمهور الفقهاء لا يرتبون على عبارة المكره حكما شرعيا بل يعتبرونها لاغية الاختيار والقصد وقد قالوا أن العقود جميعها في ذلك سواء ، غير أن الأحناف وإن كانوا يوافقون سائر الفقهاء في أن عقد المكره لا يترتب عليه أثر إلا أنهم يرون أن العقد ينعقد مع الإكراه موقوفا على إجازة المتعاقدين حال السعة أي مع زوال الإكراه واستثنوا في ذلك العقود الخمسة التي فيها حق الله ومنها الزواج والطلاق وقد قال الأحناف أن مجرد القصد فيها يقوم مقام الرضا، لأن الشارع استثناهما فوجب فيها الاحتياط ففقهاء الأحناف لم يفرقوا بين عقد الهازل وعقد المكره .

## الفرع الثاني

### أثر الإكراه بالنسبة للقانون

من خلال هذا الفرع سيتم تبيان أثر الإكراه من الناحية القانونية، بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري (أولا)، ثم بالنسبة للقانون المغربي (ثانيا).

#### أولا: أثر الإكراه في قانون الأسرة الجزائري

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ بصفة غير مباشرة بما قال به أصحاب القول الأول وهو قول جمهور الفقهاء، معتبرا أن أساس الزواج هو الرضا والاختيار وذلك من خلال استقراء المواد 4 و 9 من قانون الأسرة الجزائري وعليه فإنه لا ينعقد الزواج بالإكراه أو بالضغط، باعتبارها مساسا بقاعدة الحرية الكاملة في التراضي وهذا ما دلت عليه المادة 33 من نفس القانون فإن الرهبة والخوف لا تتركان للمكره أي اختيار فتعاقدته يكون لمجرد الخوف وتوقي الضرر الذي قد يلحقه وهي أمور لا تنسجم مطلقا مع طبيعة عقد الزواج الذي يقوم على الرضا التام.

من جهة أخرى فإن المرأة الحق في اختيار الزوج كما أن رضاها هو ركن الوحيد والأساسي لعقد الزواج ومن ثم فإنه لا يجوز حتى لوليها أن يزوجه دون موافقتها ولا يستطيع منعها من الزواج بمن ترغب وفقا للمادة 13 من قانون الأسرة الجزائري إذا كانت الفتاة قاصرة فبالنسبة لموضوع ولاية التزويج فقد ألغى المشرع الجزائري المادة القانونية الخاصة بولاية الإيجاب وأبقى على الولاية المشاركة باعتبار أن الولاية حق للمرأة الراشدة تمارسه متى شاءت، بخلاف القاصرة التي لم تصل إلى السن

القانوني للزواج فإنها تخضع لمقتضيات المادة 11 ولا يجوز إجبارها أو إكراهها على الزواج رغم إرادتها<sup>1</sup>.

### ثانيا: أثر الإكراه على الزواج بالنسبة لمدونة الأسرة المغربية

حماية منه لعقد الزواج ولطرفيه ، ولحماية الإرادة وحريتها ، قام المشرع المغربي من خلال مدونة الأسرة المغربية بإدخال موضوع عيوب الإرادة ومن بينها عيب الإكراه، والذي اعتبره عيبا فاسخ لعقد الزواج وقد قلنا سابقا أن الإكراه ينقسم في القواعد العامة إلى قسمين إكراه مادي يعدم الإرادة أصلا وإكراه معنوي لا يصل إلى هدم الإرادة وإنما يعيبها فقط هذا النوع الثاني هو ما أخذ به المشرع المغربي من خلال المادة 63 من مدونة الأسرة المغربية بحيث نصت "يمكن للمكره... أن يطلب الفسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من زوال الإكراه" وهكذا فالمدونة ولحماية أطراف عقد لزواج من أي سلوكيات أو ممارسات تنافي مبدأ الرضائية وكذلك مبدأ حرية الإرادة في الاختيار أعطت حق الفسخ للطرف الذي عيبت إرادته وبالتالي حل الزواج. وهو أيضا ما سار عليه المشرع التونسي في الفصل 51 من مجلة الالتزامات والعقود بأن الإكراه لا يوجب فسخ العقد، إلا إذا توافرت شروطه كإحداث ضرر في نفس أو بدن المتعاقد، ولكي يعمل بالإكراه في العلاقات الأسرية في القانون المغربي لا بد من توافر شروط سبق ذكرها والتي يمكن إجمالها في:

أن يكون الإكراه هو الدافع للتعاقد بحيث يقوم التعاقد تحت تأثير الرهبة التي تولدت لدى أحد الزوجين، أن يحدث الإكراه ألما جسيما أو اضطرابا نفسيا أو خوف من تعريض نفسه أو شرفه أو ماله لضرر كبير مع مراعاة السن والذكورة والأنوثة وحالة الأشخاص ودرجة تأثرهم، وأن يتقدم الزوج الراغب في فسخ عقد زواجه للإكراه بطلب الفسخ داخل أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه وإلا اعتبر مستحسنا الأمر وأصبح ذلك تعبيرا عن رغبته في إتمام هذا الزواج واستمراره، وهي نفسها الشروط التي يتحراها القضاء المغربي في طلبات فسخ عقود الزواج وقد صدر بخصوص هذا العيب عدة أحكام من بينها حكم صدر عن ابتدائية الرباط قسم قضاء الأسرة والذي جاء فيه: " حيث أن العلاقة الزوجية القائمة بين الطرفين استنادا إلى عقد الزواج، وحيث

<sup>1</sup> العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 217.

قدمت دعوى الفسخ داخل الأجل المقرر لرفعها طبقا لمقتضيات المادة 63 من مدونة الأسرة وحيث أوضحت المدعية أنها كانت ضحية إكراه تمثل في تهديدها من طرف أستاذها بالرسوب إن لم تقبل الزواج به فقبلت بهذا الزواج تفاديا للرسوب المتوقع إذا لم يتم قبولها له، وحيث أجاب المدعي عليه بأن ما تدعيه الزوجة لا أساس له من الصحة موضحا بان تصريحها لدى عدلين بالموافقة على الزواج وتوقيعها بمذكرة الحفظ وكذا عقد الزواج دليل على رضاها وحيث عقببت الزوجة بأن كل ذلك صدر منها تحت الإكراه وأنها لو كانت لها الرغبة في ذلك لما أخرجت الدخول للمدة المذكورة وأنها لو كانت غايتها إنهاء العلاقة لالتجأت إلى وسيلة أخرى كالتطليق للشقاق ولكن أرادت إنصافها، مضيفة بأن ما أدلت به يؤكد ادعاءها وحيث أن المحكمة باطلاعها على وثائق الملف وكذا الشهود الليف الذين أكدوا أن الزواج تم تحت إكراه الزوج -الأستاذ- وحيث أن استنادا إلى ما ذكر وكذا البحث الذي أجرته المحكمة مع أفراد الأسرتين وقرينة تأخرالدخول إلى الأمد المذكور، وقرينة لجوء الزوجة إلى إنهاء العلاقة الزوجية بالفسخ قصد إنصافها دون وسيلة أخرى كالشقاق يتبين أن إرادة الزوجة كانت معيبة فعلا بإكراه زوجها آنذاك لها ويعتبر تبعا لذلك طلبها مؤسس ويتعين الاستجابة، وقد قضت المحكمة بفسخ عقد الزواج للإكراه وتعويض الزوجة عما لحقها من ضرر جراء هذا الزواج وقدرت هذا التعويض بمبلغ 20000 درهم<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث

#### أثر الإكراه على انحلال الرابطة الزوجية

يأخذ الإكراه أشكالا أخرى بالنسبة لانحلال الرابطة الزوجية، فهو عيب قد يقوم أثناء إنشاء عقد الزواج كما قد يقوم أثناء انحلال الرابطة الزوجية، كأن يقوم الزوج باعتباره صاحب السلطة والطرف القوي في العلاقة الزوجية بإكراه الزوج بإحدى أشكال الإكراه ليدفعها إلى حل الرابطة الزوجية إما عن طريق الطلاق (الفرع الأول)، أو طلب أو بالخلع (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول

<sup>1</sup> حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط قسم قضاء الأسرة بتاريخ 2005/01/14 تحت رقم 2005/17 في الملف اشرعي عدد101/2005.

### أثر الإكراه على الطلاق

من حالات الإكراه أيضا أن يقدم احد طرفي الزواج إلى إكراه الطرف الآخر لدفعه للطلاق بأنواعه، فقد تكره الزوجة من قبل الزوج لدفعها لطلب الخلع، أو التطليق كما قد يكون من الغير، وقد ورد حكم هذه الحالات في الشريعة الإسلامية فقد أوجد الفقه حكما لكل حالة بأقوال مختلفة بأدلة من السنة والقران والقياس أما عن القانون الجزائري لم يتحدث عن هذه الحالات وتطبيقا للإجراءات القضائية المعمول بها فإنه وبحسب القواعد العامة اجمالا على من يدعي الإكراه اثبات ذلك فما هو الحكم إذن إذا وجد أحد طرفي العقد نفسه أمام هذه الحالة؟ وماهو التقدير الصحيح للقاضي إذا كان الحل الوحيد في هذه الحالة هو حل الرابطة الزوجية لتجنب ضياع الحقوق؟.

#### أولا: تعريف الطلاق

##### أ/- تعريف الطلاق لغة:

"الطاء واللام ووالقاف أصل صحيح مطرد واحد، وهو يدل على التخلية والإرسال فيقال المرأة طالق: طلقها زوجها، والطلاق من الإبل الناقة ترسل ترعى حيث شاءت، وطلاق المرأة بينونتها عن زوجها قال صاحب لسان العرب" وطلاق النساء لمعنيين: أحدهما حل عقدة النكاح، والآخر بمعنى التخلية والإرسال"<sup>1</sup>.

##### ب/- تعريف الطلاق اصطلاحا

يعرف الطلاق بأنه "رفع قيد النكاح في الحال أو في المال بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو في معناها"<sup>2</sup>، وقد إتفق الالفهاء على أن الطلاق في معناه هو انهاء للرابطة الزوجية.

#### ثانيا: موقف الفقه الإسلامي من الطلاق بالإكراه

<sup>1</sup> أحمد بن محمد، مسائل مقارنة في الأحوال الشخصية الطلاق والخلع والظهار، -على فقه المذاهب الأربعة والإمام طاووس-، دار النفائس، ط 1، 2010، ص 31.

<sup>2</sup> أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 279.

للإكراه على الطلاق حالات كثيرة منها مكانة المكره، فقد يكون المكره سلطانا أو لصا، ومنها موضوع الإكراه أين يكره الشخص على شرب الخمر ثم يؤمر بالطلاق وقد يكره على الحلف بالطلاق فهل يقع طلاق في هذه الحالات؟ وما مدى تأثير ذلك على تصرفات وإرادة المكره<sup>1</sup>؟

لقد اختلف الفقه إلى قولين فيما يخص وقوع الطلاق بالإكراه وفي الحالة التي يتم فيها دون أن يكون الشخص المكره قادرا على دفع الضرر المنجر عنه، وكان هذا الإكراه جسيما في حد ذاته، كأن يكون بالتهديد بالقتل أو إلحاق ضرر بالجسد وما إلى ذلك من أساليب الإكراه الملجئ حيث قالوا:

**أولا: القول الأول:** يرى الحنفية أن الطلاق تصرف قولي، فالإكراه فيه لاغ لأن جميع التصرفات القولية التي تنسخ يكون الإكراه فيه لاغ، فالحنفية ذهبوا إلى القول أنه إذا قام شخص ما بتهديد الزوج لدفعه لإيقاع الطلاق، ثم طلقها لدفع الضرر الذي قد يصيبه ففي هذه الحالة يحدث الطلاق، لأن تلفظه به كان من اختياره، وإذا صدر الإكراه من الزوجة نفسها وكان إكراهها هذا ملجئا، فإنها بذلك لن تستحق شيئا من صداقها ويقع الطلاق بينهما وقد علل الحنفية قولهم ذلك بأن الشارع اعتبر التصرفات القولية صحيحة مع انعدام قصد قائلها وعدم رضاه بما يترتب عليها من الآثار وقد نص في ذلك السرخسي إن تصرفات المكره تقع في ما إذا كانت التصرفات لا تقبل الفسخ كالطلاق والزواج، ويفسخ في التصرفات التي تقبل الفسخ كالبيع والإجارة<sup>2</sup>، وفي الإكراه على الطلاق عند الحنفية إن كان قبل الدخول لزم نصف الصداق المسمى، وإن كان بعد الدخول وجب عليه أيضا لأنه استوفى منفعة البضع<sup>3</sup>.

وقد استدلوا على قولهم بما يلي:

من القرآن: قوله تعالى: **فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ**

<sup>1</sup> فخري أبو صفية، المرجع السابق، ص 89.

<sup>2</sup> شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج 24، المرجع السابق، ص 56 و 57.

<sup>3</sup> لسمر قندي، علاء الدين، تحفة الفقهاء ج 3، المرجع السابق، ص 273.

"وتدل الآية أن الزوجة لا تحل بعد أن تطلق ثلاث طلاقات ،حتى وإن كان الزوج بطلاقها مكرها يقع الطلاق، لأن الآية تشير إلى عم حل الزوجة ، فلو افترضنا عدم وقوعه لما رتب عليه الشارع عدم حلها سواء كان الزوج راضيا أو مكرها لقوله "فإن طلقها".ومن السنة: عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله"<sup>2</sup>، ومدلول هذا الحديث أن الطلاق المكره يقع إلا في الحاللة المعتوه أو المغلوب على عقله، لأنه وقع عن اختيار منه لذا فلا يعتبر مكرها في الحقيقة<sup>3</sup>.

### ثانيا: القول الثاني:

خالف جمهور الفقهاء قول الحنفية إذ قالوا بعدم وقوع طلاق المكره، وذلك لفساد اختياره، ولأنه في الأصل لم يرد الطلاق وإنما أراد دفع الضرر الذي هدد به و قد اشترطوا ، أن يكون الإكراه بغير حق ،وهو ما ذهب إليه الشافعية بقولهم " ولا يقع طلاق المكره بغير حق ، أما إذا كان الإكراه بحق فإنه يقع وإذا كان بغير حق فلا يقع،ونص المالكية أيضا على ذلك فقالوا: " إذا أكره على الطلاق لا يلزمه في فتوى ولا قضاء، فطلاق المكره لا يلزم إذا كان المكره يخاف شدة الضرب سواء أكره على إيقاعه أو الإقرار به<sup>4</sup> لقوله ﷺ " لا طلاق ولا عتاق في إغلاق"<sup>5</sup> ونص الحنابلة على عدم وقوع طلاق المكره إذا كان ظلما وبما يحقق الضرر<sup>6</sup>، كما يقع الطلاق في حالة الإكراه إذا خالف أو أتى المكره، بغير ما حمل عليه كأن يكرهه أن يطلق زوجته مرة واحدة فيطلقها ثلاث مرات وقد استدلل جمهور الفقهاء بما يلي:

<sup>1</sup> سورة البقرة، جزء من الآية 230.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 6882.

<sup>3</sup> أسامة ذيب مسعود ، المرجع السابق، ص 103

<sup>4</sup> القاضي عبد الوهاب، محقق، أبي أويس مجّد، التلقين في الفقه المالكي، ج1، دار الكتب العلمية، ط1، 2004، ص126.

<sup>5</sup> فخري أبو صفية، المرجع السابق، ص 92.

<sup>6</sup> منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن الحسن ابن إدريس البهوتي الحنبلي: كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، ط1، ص141.

1/- من القرآن بقوله تعالى: "...إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان..."<sup>1</sup> ووجه الدلالة في الآية أنه إذا أن الإكراه لا يقع في الكفر، فالأولى من ذلك أن لا يقع في الطلاق بإعتباره أهون من الكفر.

2/- من السنة: عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول لا طلاق ولا عتاق في إغلاق<sup>2</sup> ودلالة هذا الحديث أن الطلاق في حالة إغلاق يقع، وقد قيل في المقصود بلفظ الإغلاق أنه يعني الغضب، ومن الفقه من قال أن معناه الإكراه، ومنهم من قال في الإغلاق في الطلاق بأنه التضييق، أي أن يقوم الشخص بالغلق والحبس والتضييق على شخص آخر لدفعه للطلاق منه فطلاق المكره لا يقع، ومن الإجماع: قال ابن قدامة: قال بعدم وقوع طلاق المكره جماعة من الصحابة وهم: عمر وعلي وابن عباس وابن الزبير وجابر وجابر بن سمرة رضي الله عنهم جميعا ولا يعلم لهم مخالف في عصرهم فيكون إجماعا على هذا الحكم.

وقاعدة جمهور الفقهاء أن أنواع الإكراه المعتبرة شرعا تعدم الرضا، وتفسد الاختيار، وهنا يقدم على ارتكاب أخف الضررين لذا فإن عتقه أو تدييره لاغ تحت تأثير الإكراه<sup>3</sup>، ونص الشافعية على أن أقوال المكره لا تقع وقالوا: "وان كانت الأقوال مما تنفسخ ويتوقف على الرضا تنعقد فاسدة، أما الانعقاد فلصدورها عن أحلها في محلها أما الفساد فلأن الرضا شرط النفاذ، فلو أجاز التصرف بعد زوال الإكراه صريحا دلالة صح لزوال المعنى المفسد"<sup>4</sup>.

وما رجحه الفقه الحديث ومانجده منطقيا ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني وهم جمهور الفقهاء عدا الحنفية القائلين بعدم وقوع الطلاق وذلك لعدة اعتبارات منها أن المكره لم يرض بالطلاق، وإنما هو كالحادثة لم يجد فيها خيارا، ولو تم اعتبار طلاقه لكان ذلك فتحا لباب الإكراه فيستغل القوي الضعيف ويكرهه على الطلاق رغبة بالزواج بزوجته مثلا أو العكس بالنسبة للمرأة للزواج من شخص آخر.

<sup>1</sup> سورة النحل، الآية 106.

<sup>2</sup> محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ج1، المرجع السابق، ص660.

<sup>3</sup> فخري أبو صفية، المرجع السابق، ص98.

<sup>4</sup> علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التسولي الشافعي النفتزاني، شرح التلويح على التوضيح لمن التنقيح، في أصول الفقه، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، ج2، ط1، لبنان، 1996 ص198 و199.

## ثالثا: موقف المشرع المغربي من طلاق المكره

اعتمد المشرع المغربي رأي جمهور الفقهاء ولم يقر بطلاق المكره ، لأن المكره غير راض بالطلاق وإنما اجبر عليه إضافة إلى أن إجراءاته قد تحول دون الإكراه المادي نظرا لطول هذه الإجراءات قصد استصدار الإذن بالطلاق أما الإكراه المعنوي فيمكن أن يكون سببا في الطلاق نظرا لما يتبطن عليه من تهديدات وخنق وضياع فرص وغيرها مما يسلب إرادة المكره وهو ما أشارت إليه المادة مدونة الأسرة المغربية بقولها: " لا يقبل طلب الإذن بطلاق السكران الطافح والمكره وكذا الغضبان إذا كان مطبقا"<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

## أثر الإكراه على الخلع

الخلع هو إحدى طرق حل الرابطة الزوجية، وهو حق بيد الزوجة وقد أجازته الشرع لها إذا كان هناك تقصير من الزوج، وقد يكون بسببه وبسبب ما يصد منه من أقوال وأفعال مكرهة لها لمخالعة نفسها، أو بسبب من الزوجة أو منهما معا وقد يكون بلا سبب أصلا، إذ أنه لا يوجب عليها التبرير للإقدام عليه، ومن خلال هذا الفرع سيتم تسليط الضوء على مفهومه وحكم إكراه الزوج زوجته على لمطالبة الخلع.

## أولا: تعريف الخلع

لقد أباح الإسلام الخلع، وهو مأخوذ من خلع الثوب وإزالته، لأن المرأة لباس للرجل، والرجل لباس لها لقوله تعالى "أَحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ هُنَّ..."<sup>2</sup> وعليه يعرف الخلع:

## أ/- تعريف الخلع لغة

<sup>11</sup> نجد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 354.

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 187.

الخلع بفتح الخاء مصدر خلع كقطع،. يقال خلع خلع الرجل ثوبه خلعا أزاله عن بدنه ونزعه عنه ويقال خلعت النعل خلعا نزعته ويقال : خلع الرجل امرأته وخالعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه<sup>1</sup>.

### ب/-تعريف الخلع اصطلاحا

عرفه الفقه بعدة تعريفات منها:

- 1/-تعريف الحنفية: "إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها-الزوجة- بلفظ الخلع أو مامعناه"<sup>2</sup>
- 2/-تعريف المالكية: هو "طلاق بعوض أو بلفظة"<sup>3</sup>
- 3/-تعريف الشافعية: " هو فرقة بعوض مقصود بلفظ الطلاق أو الخلع راجع لجهة الزوج"<sup>4</sup>.
- 4/-تعريف الحنابلة: " فراق الزوج لزوجته بعوض بألفاظ مخصوصة"<sup>5</sup>.

ثانيا:موقف الفقه الإسلامي من الإكراه على الخلع:

لا خلاف بين الفقهاء إذا كانت الزوجة التي تريد الخلع، بحيث تكون بالغة غير مكرهة على ذلك، فيصح لها ذلك مع التزامها بدفع بدل الخلع، غير أنه في حالة إكراهها على ذلك، فلا يلزمها دفعه، وهو ما اصطلاح عليه الفقه بعضل الزوج ويكون بإساءة عشرتها والتضييق عليها بقصد افتدائه نفسها باتفاق الفقه، إلا أنهم اختلفوا في وقوع الخلع بالإكراه إلى قولين:

### أ/-القول الأول:

<sup>1</sup>عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص371.

<sup>2</sup>زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، ج4، دار الكتاب الإسلامي، ط2 بدون تاريخ حنفي، ص77.

<sup>3</sup>محمد أحمد حسن القضاة، الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد رقم 36 لسنة 2010، الكتاب الثاني، المكتبة الوطنية، 2012، ص68.

<sup>4</sup>شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج6، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1996، ص393.

<sup>5</sup>منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع على متن الإقناع، عالم الكتب للطبع والنشر والتوزيع، ج1، ط1، لبنان، 1983، ص237.

وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة والذين ذهبوا إلى القول بأن الخلع لا يقع، إذا كان بطريق الإكراه، وذلك باعتبار أن الخلع هو طريق لانحلال الرابطة الزوجية بعوض وقد استدلوا على قولهم بما يلي:

من السنة بقوله صلى الله عليه وسلم: "أن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"<sup>1</sup> ويدل الحديث على أن الخلع لا يقع إذا كان بالإكراه، وذلك لأن القصد منه كان لدفع الضرر وبذلك لم يكن مختاراً للخلع. والزوجة بما تفتدي به نفسها من عوض، إنما كان نتيجة للمضارة وعلى هذا يكون بذلها لذلك العوض بغير حق وبغير رضلها فلم يستحق وبذلك البدل مردود.

### ب/- القول الثاني:

وهو قول الحنفية، إذ قالوا بوقوع الخلع في حالة الإكراه كوقوع الطلاق في حالة الإكراه، فإذا عضل الزوج زوجته لتفتدي بنفسها صح الخلع ولزم العوض مع الإثم<sup>2</sup> واستدلوا على قولهم بما روي عن عباس رضي الله عنه "أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام فقال صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟ فقالت نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها فطلقها"<sup>3</sup>.

والحديث يدل على أنه يحق للقاضي المخالعة بين الزوجين إذا رفعت الزوجة أمرها إليه وادعت استحالة العشرة بينهما، فيأمر القاضي بالمخالعة على ما أعطاها من صداق فإن استجاب الزوجين قضى لهما بذلك، ونفذ قضاؤه<sup>4</sup> فيها إذا رضيت الزوجة بذلك ورفض الزوج. وقد رجح الفقه المعاصر ما جاء جمهور الفقهاء القائلين بعدم وقوع الخلع في حالة الإكراه ونحن شخصياً نميل إلى هذا القول، وذلك لأن قبول الزوجة الخلع في حالة الإكراه لا عبرة له، لما فيه من سلب للإرادة بالإكراه، يضاف إلى ذلك أن الخلع يكون بمقابل فلا يقع صحيحاً إلا برضا من الزوجين. وعليه فإن

<sup>1</sup> رواه ابن حبان في صحيحه، (حديث 1498) الألباني: إرواء الغليل، الحديث رقم 82، ج 1، ص 123-124.

<sup>2</sup> أحمد بن محمد، مسائل في الأحوال الشخصية...، المرجع السابق، ص 151.

<sup>3</sup> البخاري: صحيح البخاري، حديث رقم 5273، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه، ج 6، ص 208.

<sup>4</sup> أسامة ذيب سعيد، المرجع السابق، ص 118-119.

الزوجة المسلوقة بالإكراه ولأن الخلع عقد معاوضة فلا يصح إلا برضا طرفي العقد لذا وجب اعتبار رضاها والأخ بما جاء به جمهور الفقهاء<sup>1</sup>.

### ثالثا: موقف المشرع المغربي من الإكراه على الخلع

حتى بالنسبة للطلاق يجب فيه تراضي الزوجين، وأن يكون كل منهما مختارا لإنهاء الرابطة الزوجية، كما لا يجوز فيه الإكراه كأن يقوم الزوج بإستعمال سلطته ويقوم بإكراه زوجته لدفعها للخلع، فإن حدث ذلك، وقع الطلاق، ولا تلتزم الزوجة حينها بدفع بدل الخلع لأنها كانت مكرهة عليه لقوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا ..."<sup>2</sup> وهذا ما اخذ به المشرع المغربي وذكره من خلال نصوص المدونة، فإذا أثبتت الزوجة إكراه زوجها على الخلع، عوقب الزوج حينها بعدم استحقاقه لبدل الخلع ولها أن تسترجع ما قدمته له<sup>3</sup>.

وتجدر الإشارة أن المشرع المغربي قد أشار لحالتين للفسخ للإكراه في حالتين، الحالة الأولى وهي حالة الزواج تحت وطأة الإكراه وهو ما سبق ذكره، والحالة الثانية ترتبط بالزوجة التي تطلب الخلع للإكراه وهو ما نص عليه المشرع المغربي في المادة 117 من المدونة والتي جاء فيها " للزوجة استرجاع ما خلعت به إذا أثبتت أن خلعتها كان نتيجة إكراه وإضرار الزوج بها وينفذ الطلاق في جميع الأحوال " فالخلع لا بد أن يقع عن تراضي الطرفين فإذا قام الزوج بأفعال لدفع زوجته للخلع رغما عنها، وقع الطلاق بائنا دون التزامها بدفع بدل الخلع<sup>4</sup>.

### رابعا: موقف المشرع الجزائري من الإكراه على الطلاق والخلع

أما عن المشرع الجزائري فلا وجود لنص قانوني يحكم حالة الطلاق بالإكراه ولا حالة الخلع بالإكراه مما يستوجب على القاضي في هذه الحالة بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222، وعلى المشرع الجزائري تدارك هذا النقص القانوني، الذي أصبح اليوم لازما لما نشهده

<sup>1</sup> عامر سعيد، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار بن حزم، ط1، 1998، لبنان، ص124

<sup>2</sup> سورة النساء، الآية19.

<sup>3</sup> محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص315.

<sup>4</sup> [www.marocdroit.com](http://www.marocdroit.com)، خالد التومي، مقال مامدى إعمال عيوب الإرادة في مدونة الأسرة المغربية، 2023/04/13، 17:23.

من حالات تعسف سواء من قبل الزوج أو حتى الزوجة أين يدفع بالطرف الآخر إلى طلب الطلاق بصورتيه ليتنصل من أعباء المالية للطلاق تحايلا.

فلا يخفى أن الفقه الإسلامي قد تطرق إلى الزواج المشوب يعيب الإكراه وقد اختلفوا في حكمه وأثاره مما يصعب مهمة البحث عن الحل الأنسب للقضايا المعروضة أمام القضاء وهو ما يقودنا الى القول تبعا لذلك إلى ضرورة إيجاد نصوص قانونية تتماشى والواقع والزمان الذي نعيشه والتطور الذي نشهده للحفاظ قدر الإمكان على الروابط الأسرية إن أمكن، وإذا كان فك الرابطة الزوجية هو الحل النهائي فيجب أن تكون النصوص القانونية شاملة على الضوابط التي تصون حقوق الأفراد للحفاظ على القيم المجتمعية.

الخاتمة

الرضا في العقود هو الركن الأساسي والعمود الفقري التي تقوم عليه أعمال الإرادة واقعيًا لاحقًا أثناء التنفيذ، فأبي عيب قد يؤثر سلبًا على الإرادة هو حتماً يؤثر في تنفيذ العقد، وقد تم النص على موضوع عيوب الإرادة في القواعد العامة في القانون المدني الجزائري وقد فصل المشرع الجزائري في أحكام كل عيب منها، إلا أن نصه على هذه المادة في تفنين الأسرة الجزائري كان جد شحيح ربما كان السبب وراء ذلك هو المادة 222 التي تفيد بأنه حال عدم وجود نص لا بد من الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية وبهذا يفتح المجال للسلطة التقديرية للقاضي، للوهلة الأولى قد نرى أن هذا هو الحل الوحيد والسليم لضبط هذا الموضوع إلا أنه وأمام الواقع العملي فمأهو الإثقال لعمل القضاء من جهة، وضياع الحقوق من جهة ثانية، وكذلك حرمان المتقاضين الواقع في عيب من عيوب الإرادة حقه في استعمال طريق الفسخ أو تسوية المنازعة بطريق ودي يضمن عدم تشتت الأسرة من خلال نص صريح ينص على ذلك من جهة ثالثة.

فبالنسبة لعقد الزواج مثله مثل سائر العقود يقوم على توافق إرادتين، لكنه يتسم بالخصوصية إذ أن تنشئته من تنشئة المجتمع، فالمقبل على الزواج قد تشوب إرادته أيضاً عيب من عيوب الإرادة، لدى كان على المشرع الجزائري أن يحدو حدو المشرع المغربي أين خصص هذا الأخير مجموعة من النصوص الردعية والإستباقية لعيوب الإرادة في الزواج، والتي تحكم كل من عيبي الإكراه والتدليس في حال الوقوع فيهما بمناسبة عقد وإبرام عقد الزواج.

إذن فالمشرع المغربي لم يترك المجال للقاضي من أجل تحكيم سلطته التقديرية بالرغم من أن الإحالة في مدونة الأسرة المغربية هي للفقه المالكي وهو أمر وبالرغم من سلبياته إن وجدت يسهل عمل القاضي لكي لا يدخل في دوامة الآراء الفقهية المتنوعة والعديدة بل يأخذ بالأنسب بحسب قضية الحال، وإن كانت عديدة حتى في المذهب الواحد.

لقد كانت المشكلة المراد معالجتها من خلال هذه الدراسة هي التفرقة بين عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري وقانون الأسرة الجزائري أي أحكام الشريعة الإسلامية بما تفيد المادة 222 من قانون الأسرة إذ أن المشرع لم ينص عليها.

## ولعل أهم النتائج المتوصل إليها هي:

إن الجزء المترتب في حالة ما إذا شاب ركن الرضاء عيب من عيوب الإرادة من الناحية القانونية هو تقرير بطلان العقد أو فسخه حسب نوع العيب الذي شاب رضا المتعاقدين أما من الناحية الفقهية فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية فيما بينهم ، ولم يتفقوا على جزء موحد بخصوص هذه المسألة الأمر الذي جعل من عقد الزواج يدور بين البطلان والفسخ وعدم الزوم .

إذا كان الفقه الإسلامي قد ذكر أحكام الإكراه والتدليس وإن كانت بصفة غير موحدة من حيث الحكم والجزاء والأثار، أو حتى من حيث التنظيم لهذين العيبين فلم يترك أي مسألة تمسهما إلا وأوجد فيها حكما، فإنه وبالمقابل لم يحضى عيب الغلظبتلك العناية في الفقه الإسلامي والسبب أن الشريعة الإسلامية ذات نزعة موضوعية تهدف إلى استقرار المعاملات في حين أن فكرة الغلط ذات طابع نفسي وشخصي فالإكراه والتدليس لهما وجود مادي يمكن التحقق منه ومعرفة ما إذا كان مؤثرا على إرادة المتعاقد أم لا، في حين أن الغلط لا يمكن تحسسه ماديا فهو مجرد تصور خاطئ يولد في ذهن المتعاقد

وبعد أن تم بحمد الله وتوفيقه إنهاء هذه الدراسة خلصنا إلى الاقتراحات التالية:

## الإقتراحات:

بداية وكمطلب أساسي حثت عليه هذه الدراسة لابد من وضع نصوص قانونية مباشرة تضبط موضوع عيوب الإرادة في عقد الزواج بداية من الغلط الذي قد يقع فيه المقبل على الزواج في الحالات التي تمت دراستها، وزيادة نصوص أخرى تخص كل من عيب الإكراه بخصوص كل حالته جبر وعضل وافتيات، والتدليس عن ابرم عقد الزواج لأول مرة فلا يخفى أن التدليس المذكور في قانون الأسرة الجزائري يخص حالة التعدد. النصوص القانونية إن وجدت فقد تضمن الاستقرار النفسي من التخوف من الإقبال على الزواج وهي حل روعي للوقوف أمام كل من له سلطة فيتعسف في استعمالها، أو له نية في الغش.

وإن كانت نتيجة أو أثر عيوب الإرادة في عقد الزواج هو الفسخ، فعلى المشرع الجزائري وضع نصوص قانونية خاصة من شأنها الحفاظ على الأسرة والطرف الضعيف فيها إن وجد في الحالات التي يمكن فيها تسوية الوضع وإيجاد حل كالصلح بدلا من التفريق لعيب من عيوب الإرادة.



# قائمة المراجع

## القرآن الكريم

### أولاً: المراجع العامّة

ابن العابدین، حاشیة رد المختار علی در المختار شرح تنویر الأبصار، دار عالم الکتب، ج4 کتاب الحج، النکاح، الطلاق، طبعة خاصة، الرياض، 2003.

ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، مجلد3، دارعالم الفوائد، ط1، مكة المكرمة، 1437هـ.

البیهقي، السنن الكبرى، ج7، دار المعرفة، بیروت، لبنان، 1996.

ابن قدامة، المغني، تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الکتب للطباعة والنشر والتوزيع، ج10، ج7، الرياض 1997.

إبن ماجة محمد بن يزيد، سنن إبن ماجة، ج2، دار احیاء الکتب العربية، 1953.

أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السعدي حنفي، تحقيق المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي كتاب التنف في الفتاوى، ج1، دار الفرقان، مؤسسة الرسالة، عمان، الأردن، بيروت، لبنان، 1404-1984.

أبو تيمية، النمص رؤية شرعية شاملة، مكتبة مشكاة الإسلامية، د.س.ن.

أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ط2، مصر، 1996.

أبو عبد الله بن محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار التأصيل، ط1، 2012.

أبو عبد الله بن محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، جمعية البشرية، باكستان، 2016.

بن حزم الأندلسي، المحلى بالأثار، ج9، و ج7، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري، دار الکتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 2003.

أبي الحسن المرغينانين الهداية شرح البداية، ج2، المكتبة الإسلامية، القاهرة، د.س.ن.

بن همام الصنعاني، المصنف، ج6، المكتب الإسلامي، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، ط2، بيروت، 1983.

بن سلامة الطحاوي الحنفي، مختصر الطحاوي، تحقيق أبو الوفا الأفعاني، لجنة احياء المعارف النعمانية، الهند، د.س.ن.

أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من أمهات، دار الغرب الإسلامي، مجلد5، تحقيق محمد عبد العزيز دباغ، ط1، بيروت، 1999.

أبي سعيد البراذعي، التهذيب في اختصار المدونة، ج1، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، د.س.ن.

أحمد أبو طه، عوارض الأهلية و أثرها على العلاقة الزوجية من منظور الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية، 2014.

بن محمد الدرديري، حاشية الشرح على الصغير على أقرب المسالك للدردير، ج2، شركة مصطفى الباني الحلبي، ط الأخيرة، 1952.

أحمد بن محمد، مسائل مقارنة في الأحوال الشخصية الطلاق والخلع والظهار - على فقه المذاهب الأربعة والإمام طاووس، دار النفائس، ط1، 2010.

الإمام أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط2، القاهرة، د.س.ن.

الإمام مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان 1991.

بختي العربي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي قانون الأسرة الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013.

بدر الدين الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، ج3، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1985.

بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري (وفق آخر التعديلات التشريعية، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)-دراسة مقارنة-، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.

بلقاسم شنوان، الخطبة والزواج والطلاق في الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري، محاضرات في مقياس فقه الأسرة، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، قسم الشريعة و القانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 2013-2014.

بوكان أبوبكر كريم، نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية-دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، ط1، القاهرة، 2012.

تشوار جيلالي، محاضرات في مقياس قانون الأسرة الجزائري، سنة ثالثة قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2015.

جلال الدين بن شمس الدين الكرلاني الخوارزمي الحنفي، الكفاية على الهداية، ج6، تحقيق مُجَّد أحمد الحقاني الأفغاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1971.

حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ج1، ط2، مصادر الالتزام، الجزائر، 2005.

خلف بن أبي القاسم مُجَّد الأزدي القرآني، كتاب التهذيب في اختصار المدونة، كتاب الأول ، كتاب النكاح، ج1، تحقيق الدكتور مُجَّد الأمين ولد مُجَّد سالم بن الشيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، 2002.

خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، ج2، مصادر الموجبات المتصلة بالإرادة ، طبعة جديدة ومنقحة أشرف عليها المحامي رمزي جريج ، المنشورات الحقوقية، د.س.ن.

رملي مُجَّد بن أحمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على المذهب الإمام الشافعي، ج7، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1938.

ربما فرج مكّي، تصحيح العقد، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط1 لبنان، 2011.

- زبير مصطفى حسين، الطبيعة القانونية لعقد الزواج، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، 2012.
- زين الدين بن إبراهيم بن مُجَّد المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، ج4، دار الكتاب الإسلامي، ط2، د.س.ن.
- سامي بن جاد الله، الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية لدى تلاميذه، دار ابن حزم، ج1، ط1، بيروت، د.س.ن.
- السرخسي - شمس الدين أبو بكر مُجَّد أحمد بن أبي سهل، المبسوط، دار المعرفة للطباعة والنشر-، ج24، ج5، ط2، بيروت، 1414/1993.
- سعاد سطحي، محاضرات في فقه الأسرة، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2014/2013.
- سليمان الجروشي، نظرية العقد والخيارات في الفقه الإسلامي المقارن، جامعة قار يونس، ط1، بنغازي ليبيا، 2003.
- السمرقندي، علاء الدين، تحفة الفقهاء ج3، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994.
- الشافعي أبو عبد الله مُجَّد بن إدريس بن عباس بن عثمان، الأم، دار المعرفة، ج5، بيروت، 1990/1410.
- شمس الدين مُجَّد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، ج6، لبنان، ط1، 1996.
- شمس الدين مُجَّد بن أبي العباس الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج8، دار الفكر، ط الأخيرة، بيروت، 1984.
- شمس الدين مُجَّد بن أحمد بن عثمان الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج2، مؤسسة الرسالة، ط11، بيروت، 1996.

- شمس الدين مُجَّد بن مُجَّد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، د.س.ن.
- العابدي، محاضرات في تقنيات التعبير الشفوي، محاضرات في مادة تقنيات التعبير الشفوي سنة 1 ليسانس ل.م.د، جامعة وهران أحمد بن بلة كلية الأدب والفنون 2020-2021.
- عامر سعيد، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار بن حزم، ط1، لبنان، 1998.
- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الأرقم بن أبي الأرقم، المجلد4، بيروت - لبنان، د.س.ن.
- بن قدامة المقدسي الحنبلي، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، د.س.ن.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية العقد، مصادر الحق، دار الإحياء و التراث العربي، ج1، بيروت، د.س.ن.
- عبد العزيز سليمان، الأنكحة الفاسدة والمحظورة-قديمًا وحديثًا-، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2006.
- عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية، في الأحوال الشخصية، دار النفائس، ط1، الأردن، 1998.
- عبد الفتاح كباره الزواج المدني دراسة مقارنة، دار الندوة الجديدة، ط1، 1994.
- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010.
- عبد الكريم شهبون ، الشافي في شرح مدونة الأسر، ج1-الزواج، إنحلال ميثاق الزوجية واثاره، الولادة ونتاجها-، مكتبة الرشاد، ط 1، المغرب، 2006.

- عبد الله بن أبي زيد القيرواني ، أحمد مصطفى قاسم الطهطاوي، رسالة ابن أبي زيد القيرواني ومعها إيضاح المعاني على رسالة القيرواني، دار الفضيلة، القاهرة، هـ1338.
- عبد الله ابن قدامة، المغني، مطبعة المنار، ط1، ج7، مصر، 1347هـ.
- عبد الله مُجَدِّد بن اسماعيل صحيح البخاري ،مجلد1، دار التأصيل، حديث رقم 5717 كتاب الطب، ط1، مصر، 2012.
- العربي بلحاج، أحكام الأسرة في ضوء قانون الأسرة الجديد، مجلد1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012.
- عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة-، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان ، 2009.
- علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي ،ج4، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 1997.
- علاء الدين الفرسي، صحيح ابن حبان، ج1، دار المعارف، تحقيق أحمد مُجَدِّد شاكر، مصر، د.س.ن.
- على مُجَدِّد علي قاسم، دور الشهادة في إثبات الطلاق في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.
- علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التسولي الشافعي التفتزاني، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح، في أصول الفقه، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية ،ج2، ط1، لبنان، 1996.
- علي بن مُجَدِّد طباطبائي، الشرح الصغير، ج2، منشورات أية الله العظمى المرعشي العامة، تحقيق السيد مهدي الرجائي، ط1، د.س.ن.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6، الجزائر، 2005.

- علي فيلاي، الإلتزامات-النظرية العامة للعقد-، المؤسسة الونية للفنون المطبعية، الجزائر، 2008.
- علي مُجَّد، دور الشهادة في إثبات الطلاق في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، 2014.
- عمر سالم مُجَّد، الإلتزامات في القانون المدني على الوجه المبسط، الجزائر، د.س.ن.
- الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، ط1، 2005.
- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام للعقد-الإرادة المنفردة-الفعل المستحق التعويض-الإثراء بلا سبب-القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.
- قاسم الطهطاوي، إيضاح المعاني على رسالة القيرواني، دار الفضيلة، القاهرة، د.س.ن.
- القاضي عبد الوهاب، محقق، أبي أويس مُجَّد، التلقين في الفقه المالكي، ج1، دار الكتب العلمية، ط1، 2004.
- كتاب الأسئلة الأكثر شيوعاً-ماذا تعرف عن مرض الإيدز؟-، البرنامج الوطني لمكافحة الإيدز، وزارة الصحة، السعودية. [www.moh.gov.sa](http://www.moh.gov.sa).
- كمال الدين مُجَّد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير على الهداية، ج4، دار الفكر، بيروت لبنان، د.س.ن.
- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة ج 4، دار الغرب الإسلامي، تحقيق مُجَّد بوخبزة، ط1، بيروت، 1994.
- لحسن بن شيخ أث ملويا، قانون الأسرة الجزائري نصا وشرحا، دار الهدى ، الجزائر، 2014.
- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، كتاب المدونة ، كتاب النكاح، باب إنكاح الأب ابنته بغير رضاها، دار الكتب العلمية، ج1، ط1415، 1994/1.
- مالك بن أنس الأصبحي، مختصر خليل، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1341هـ.

مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، جزء 1 مصادر الالتزام، د.س.ن.

مُحَمَّد أحمد حسن القضاة، الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد رقم 36 لسنة 2010، الكتاب الثاني، المكتبة الوطنية، 2012.

مُحَمَّد الأزدي القراواني، كتاب التهذيب في اختصار، كتاب الأول، كتاب النكاح، ج2، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط1، دبي، 2002.

مُحَمَّد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، دار النشر المغربية، ط3، الدار البيضاء، 2008.

مُحَمَّد السعدي، كتاب التنف في الفتاوى، كتاب النكاح، باب الفرق بين النكاح الجائز والفساد، دار الفرقان/ دار الرسالة، ج1، ط2، عمان، بيروت، 1984.

مُحَمَّد بن إدريس الشافعي، الأم، ج3، دار الوفاء للطباعة والنشر، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، ط1، مصر، 2001.

مُحَمَّد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع، المجلد 15، دار ابن الجوزي، ط1، الرياض، 1428هـ.

مُحَمَّد بن عبد الوهاب بن سليمان التميمي، كتاب مختصر الإنصاف والشرح الكبير، مطابع الرياض، ج2، تحقيق عبد العزيز بن زيد الرومي، الرياض ط1، د.س.ن.

مُحَمَّد بن عثمان، كتاب الزواج، مدار الوطن، 1425هـ.

مُحَمَّد بن مُحَمَّد الباتري، العناية على الهداية، ج6، وج2، دار الفكر، لبنان، 1970.

مُحَمَّد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، ج1، دار احياء الكتب العربية، د.س.ن.

مُحَمَّد سلام مذكور، المدخل للفقہ الإسلامي - نظرية العقد-، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2005.

- مُحَمَّد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، دار الهدى، ط4، الجزائر، 2007/2006.
- مُحَمَّد عرفة الدسوقي، أبي بركات سيدي أحمد الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، مطبعة علي صبيح وأولاده، مصر، 1934.
- مُحَمَّد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار القمر، بيروت، د.س.ن.
- مُحَمَّد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، مطبعة الأزهرية، مصر، 1934.
- مُحَمَّد كشبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، دار الأفاق المغربية، ط3، 2014.
- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، ط3، عمان 2010.
- علاء الدين المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام بن حنبل، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، د.س.ن.
- مصطفى الخطيب، الموجز في النظرية العامة للالتزامات - مفهوم الالتزام - أنواعه، مصادره، نظرية العقد، أكادير، 2019.
- مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، ج2، ط1، دمشق، 2006.
- منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن الحسن ابن إدريس البهوتي الحنبلي: كشف القناع عن متن الإقناع، ج 3 ج6، وج7، عالم الكتب، ط1، 1900.
- منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن الحسن ابن إدريس البهوتي الحنبلي: كشف القناع عن متن الإقناع، ج3، ط1، د.س.ن.
- موسوعة الفقه الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1404هـ/198.
- موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة، المغني، ج4، مطبعة المنار، ط2، مصر، 1347هـ.

نصر الدين فريد واصل، الولايات الخاصة-الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية-، دار الشروق، ط1، مصر، 2002.

نور الدين أبو لحية، عقد الزواج وشروطه، دار الكتاب الحديث، ط1، القاهرة، د.س.ن.

هند فالح محمود صالح العلاف، نظرية البطلان في القانون المدني، الدر الكتب القانونية، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر، الإمارات، 2015.

هيئة الصحة بدبي، النصائح الغذائية لمرضى إتهاب الكبد الوبائي، حكومة دبي، [www.dha.gov.ae](http://www.dha.gov.ae).

ابن عبد البر، الإستدكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، مجلد16، دار قتيبة، دار الوعي، دمشق بيروت، حلب القاهرة، ط1، 1993.

أحمد بن عي بن مُجَّد، تعريف أهل التقديس بمراتب الموصوفين بالتدليس، مكتبة المنار، ط1، عمان الأردن، 1983.

شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج4، دار الكتب العلمية، لبنان، 1993.  
عبد الله مُجَّد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة- الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية-، دار الغرب الإسلامي، القسم الأول، تحقيق مُجَّد أبو الأجفان، الطاهر المعموري، ط1، بيروت لبنان، 1993.

مُجَّد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، 1971.  
مُجَّد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، مطبعة الأزهرية، مصر، 1934.

مُجَّد بن عبد الوهاب بن سليمان التميمي، كتاب مختصر الإنصاف والشرح الكبير، مطابع الرياض، ج2، تحقيق عبد العزيز بن زيد الرومي، الرياض ط1، د.س.ن

وليد خالد الربيع، الإلزام في مسائل الأحوال الشخصية دراسة فقهية مقارنة، دار النفائس، ط1، الأردن، 2007.

وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر المعاصر، ج9، ط4، بيروت، 1997.

## ثانيا: المراجع المتخصصة

مُحَمَّد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دار هومه، الجزائر، 2002.

أحمد مُحَمَّد ديب حجال، القواسم المشتركة لعيوب الرضى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2015.

أسامة ذيب مسعود، الإكراه في عقد النكاح، دراسة فقهية بين المذاهب الأربعة وقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، ط1، عمان، 2011.

جميل مُحَمَّد بني يونس، مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص، دراسة فلسفية تحليلية على ضوء تحولات العولمة وتطورات القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 2012.

دراح سعاد نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة مع القانون فرنسي والمصري واللبناني، دار الأمل تيزي وزوو.

-شنضال مُحَمَّد أبو سنية، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة ، فلسطين ، 2011.

فخري أبو صفية، الإكراه في الشريعة الإسلامية، دار الشهاب، الجزائر، د.س.ن.

مُحَمَّد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية -دراسة فقهية مقارنة، دار اليازوري، الأردن، 2010.

خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، ج 2، مصادر الموجبات المتصلة بالإرادة ، طبعة جديدة ومنقحة أشرف عليها المحامي رمزي جريج ، المنشورات الحقوقية، الصادر، د.س.ن.

## ثالثاً: أطروحات الدكتوراه ومذكرات الماجستير ومذكرات إجازة القضاء

## أ- أطروحات الدكتوراه

-أسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة معمرى، تيزي وزو، 2015.

-أيت شاوش دليمة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وبعض التشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ملود معمرى، تيزي وزو، 2014.

-حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، رسالة دكتوراه، في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان.

-سعادي لعلی، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015.

-لموشي عادل، الرضائية في عقد الزواج في القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمرى، تيزي وزو، 2019/2018.

## ب- مذكرات الماجستير

- سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا-دراسة فقهية مقارنة-، رسالة ماجستير، تخصص فقه مقارن، جامعة الأزهر، كلية التربية قسم الدراسات الإسلامية، غزة، 2013.

-إباد إبراهيم، أثر الإكراه على المعاملات المالية، دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير، تخصص فقه مقارن، كلية التربية، جامعة الأزهر، غزة.

- أبو القاسم بن زين، عقد الزواج المقترن بالشرط الفاسد بين الفسخ والتصحيح-دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015/2014.
- العيد براهيم، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ولاية الزواج والقصر نموذجاً، مذكرة ماجستير، تخصص شريعة وق، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2008-2009.
- بسام موسى النزلي، أحكام صور التدليس المعاصرة في عقود الزواج-دراسة فقهية مقارنة-، رسالة ماجستير، تخصص فقه مقارن، كلية الشريعة وقانون، الجامعة الإسلامية، غزة.
- بسمة عثمانى، التعبير وأثره في عقد النكاح بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بو ضياف، مسيلة.
- بلعربي خالدية دليلة، آثار عيوب الرضا على عقد الزواج، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جمعة الجزائر 01 سعيد حمدين، 2015/2014.
- محمد بن علي ابن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ج6، ، ادارة الطباعة المنيرية، 1344هـ.
- بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة ماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهدي، أم البواقي، 2013/2012،
- بوزيان عبد الباقي، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص العلوم الجنائية وعلم الإجرام، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2010/2009.
- حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدى وتطويع العقد، مذكرة ماجستير، تخصص قانون المهنيين، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013/2012.
- حنان بنت محمد، أقسام العقود في الفقه الإسلامي. ج1، مذكرة ماجستير، تخصص الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1998.

-دحمون حفيظ، التوازن في العقد، مذكرة ماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الجزائر، جامعة الجزائر، 2012/2011.

-دليلة حمريش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري-دراسة سوسيو قانونية لقانون الأسرة المعدل والمتمم، 2005، مذكرة ماجستير، تخصص علم اجتماع القانوني، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014/2013.

-زعل الشريعة، الطوابط القانونية والشرعية للرضا بالعقود-دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط.

-سعيد القاضي، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1.

-عائشة مُجَد، أثر الأمراض المزمنة على الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، تخصص الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2014.

-فيصل بن عبد الله، التدليس في الزواج وعقوبته، مذكرة ماجستير، تخصص سياسة جنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2012.

-مهداوي حسين، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وأثاره، مذكرة ماجستير، في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2009.

سارة خضر أرشيدات، البيع في مرض الموت، رسالة ماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، 2014.

### ج- مذكرات إجازة القضاء

عزة خديجة، حكم التغيرير في عقد النكاح- دراسة فقهية مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي الإندونيسي، بحث للحصول على الدرجة الجامعية الأولى، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة شريف هداية الله الإسلامية الحكومية جاكرتا، 2020.

عزيز أعبوش عبد الرحمان الرباح، التدليس و الإكراه في الزواج و آثاره، بحث نهاية التدريب، المعهد العالي للقضاء، مديرية التكوين الملحقين القضائيين والقضاة، وزارة العدل، للمملكة المغربية، 2009-2011.

#### رابعاً: المقالات

إبراهيم بن صالح، الافتيات على غير الإمام-دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية-، مجلة العدل، العدد 86، ربيع الأول 1436.

إبراهيم بن صالح، الافتيات على غير الإمام-دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية-، مجلة العدل، العدد 86، ربيع الأول 1436

أحمد الصويعي، الولاية في الزواج ودور المراكز والجمعيات الإسلامية فيها في بلاد غير الإسلامية، مجلة الشارقة للعلوم الشرعية و الإنسانية، المجلد 4، العدد 1، فبراير، 2007.

أحمد ياسين قرالة، التعبير عن لإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بين القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية الأردني، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 44، العدد 3، 2017.

أحمد يسين قرالة و آخرون، وسائل التعبير عن الإرادة في قانون الأحوال الشخصية الأردني دراسة مقارنة بالقانون الإماراتي، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 43، ملحق، 2016.

أنور أحمد، الغلط في القانون باعتباره عيباً في الرضا- دراسة في القانونين الكويتي والفرنسي، مجلة الحقوق، مجلد 17، العدد 4، الكويت، 1993.

جميلة عبد القادر الرفاعي، نظرة فقهية لمسائل طرحت في قانون الأحوال الشخصية، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، مجلد 42، العدد 3، 2015.

حافظ مُجَّد، عيب الغلط في القانون دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، المجلة الدولية لنشر البحوث والدراسات، مجلد 3، ع 34، 20 أوت 2022.

سبتي بن مصليت العنزي، العضل وأثره في سقوط الولاية انتقالها-دراسة فقهية تطبيقية، مجلة قضاء، عدد 27، السعودية، ماي 2022.

سعد بن تركي ، بحث مقدم إلى ندوة " العمليات التجميلية بين الشرع والطب " التي تقيمها إدارة التوعية الدينية بالمديرية العامة للشؤون الصحية، الرياض، 2-3 ديسمبر 2006.

سكيل رقية، التطور التشريعي لأحكام قانون الأسرة الجزائري بين القانون رقم 84-11 والأمر رقم 05-02 ملتقى حول التطور التشريعي لأحكام الأسرة في الدول العربية- بين الثابت والمتغير- يومي 25 و26 نوفمبر.

سميرة عبدو، التأصيل الفقهي للأمراض المعاصرة وأثرها في الفرقة بين الزوجين-دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري-، مجلة الإحياء مجلد 20، ع 25، جوان 2020.

عبود بن علي بن درع، القصد والنية في الشريعة الإسلامية . مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 48.

علاء أحمد، عبد السلام عطوة، زواج المكره بين الفقه الإسلامي وبعض قوانين الأحوال الشخصية العربية، مجلة الصراط ، مجلد 24، العدد 1، جوان 2022.

عماد بنطال، الإكراه على الزواج في التشريع المغربي، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، العدد 7، 2021.

فرحان بن هسمادي، مصطفى بن محمد جبري شمس الدين، حكم تحويل الجنس-دراسة تقويمية في ضوء مقاصد الشريعة، IIUM PRESS، جامعة ماليزيا 2018.

ماجد بن خليفة السلمي، الإكراه وأثره في الفقه والقضاء، مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهننا ، المجلد 22، العدد 2، دقهلية، 2020.

مازن مصباح صباح، سامي عدنان العجوري، عيوب الرضا وأثرها على الإرادة العقدية عند الشيخ مصطفى الزرقا، مجلة جامعة الأقصى، المجلد الثامن عشر، العدد الأول.

محسن سميح، الولي واشتراطه في عقد زواج المرأة- بين الفقهاء ( الأئمة الأربعة ) وقوانين الأحوال الشخصية، في كل من فلسطين والأردن، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، الإمارات، 2014.

مُحَمَّد باجس، التمني في القرآن الكريم-دراسة أسلوبية،مجلة جامعة فلسطين للأبحاث والدراسات، المجلد الثامن، العدد1، 2018.

مصطفى رحيم ظاهر، أحكام التدليس في ضوء عمليات التجميل وزين النساء، مجلة العلوم الإسلامية،الجامعة العراقية كلية العلوم الإسلامية، مجلد2020، ع25، 2020/09/30.  
نشوان مُحَمَّد سليمان،رنا سعد شاكر، التغرير في العيوب دراسة مقارنة،مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 5، العدد19، جامعة كركوك،2012.

هاجر عمير، دور قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من التعسف، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مجلد6، العدد2، 2020.

ياسين مُحَمَّد الجبوري، الضوابط الموضوعية للكشف عن الغلط الجوهري في العقد ومدى اتصاله بعلم الآخر في القانون المدني الأردني، مجلة الحقوق، المجلد 10، العدد1، 2012.

ياسين مُحَمَّد الجبوري، الضوابط الموضوعية للكشف عن الغلط الجوهري في العقد ومدى اتصاله بعلم الآخر في القانون المدني الأردني، مجلة الحقوق، عدد1، 2012.

يزيد أنيس ، الإرتباط بين الإيجاب والقبول في ق الأردنني المقارن، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، العدد 3، السنة السابعة والعشرون، جامعة الكويت، سبتمبر 2003.

يوسف الشندي، دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود-المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالاعلام، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع - القانون اداة للإصلاح والتطوير، ملحق خاص، ع2، ج2، نوفمبر 2017.

#### خامسا: المعاجم والقواميس

مجد الدين الفيروز ابادي، القاموس المحيط، تحقيق أنس مُحَمَّد الشامي،زكريا جابر أحمد، دار الحديث، القاهرة، 2008.

-ابن منظور،لسان العرب،دار صادر،ج1، ج3، ج9، بيروت، د.س.ن.

-أحمد بن مُحَمَّد، المصباح المنير - معجم عربي عربي -، مكتبة لبنان، بيروت، 1978.

- عبد الفتاح مراد، المعجم القانوني رباعي اللغة، دار الكتب القانونية، مصر 2003.
- معجم القانون أبي البقاء أيوب، الكليات - معجم في المصطلحات والفروق اللغوية-، مؤسسة الرسالة ط2 بيروت، لبنان، 1998.
- أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، معجم تاج اللغة العربية و الصحاح العربية، دار الحديث، ج1، القاهرة، 2009.
- الموقع الإلكتروني، [almougem.com](http://almougem.com)، وثيقة الكويت للقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية،
- الموقع الإلكتروني: [al\\_mougem.com](http://al_mougem.com)، مُجَدِّ رواس، معجم لغة الفقهاء، صدر 1405 هجري- 1985 ميلادي.
- معجم القانون، باب القانون المدني
- معجم العاني الجامع، [www.almaany.com](http://www.almaany.com).

#### سادسا: النصوص القانونية

#### أولا: النصوص و القوانين الجزائرية:

- اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج تمت صياغتها في 7 نوفمبر 1962، وتم بدء تنفيذها في 9 ديسمبر 1964، وقد صادقت عليها الجزائر في 07 نوفمبر 1963.
- اتفاقية سيداو من اتفاقية سيداو وهي المعاهدة التي تقضي على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والتي اعتمدها الجمعية العامة وعرضتها للتوقيع والتصديق و الانضمام بقرارها 34/180، المؤرخ في 18 ديسمبر 1979، وقد صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر 96-03 المؤرخ في 10 يناير 1996، ثم الإنضمام إليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22 يناير 1996.

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، باريس، 10 كانون الأول /ديسمبر 1948، صادقت عليه الجزائر في 1963.

-القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16/02/1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 17/02/1985، ع8، ص176، الملغى بموجب المادة 449 من القانون 11-18 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق ل 02 يوليو 2018، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 29 يوليو 2018، ع 46، ص3.

-قانون رقم 11-84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج لسنة 1984، ع 24، ص910، المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005 ج.ر.ج.ج، لسنة 2005، ع44، ص21.

-الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو لسنة 1966 الذي يتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 11/06/1966، ع49، المعدل والمتمم بالقانون 06-23 في 20/12/2006، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 24/12/2006، ع84، ص4.

-الأمر 70/20 المؤرخ في 19/02/1970 والمتضمن قانون الحالة المدنية، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 27/02/1970 ص274، المعدل والمتمم بالقانون 14-08 مؤرخ في 13 شوال 1435 الموافق 9 غشت 2014 ج.ر.ر صادرة في 20/08/2014 ع49، ص3، المعدل والمتمم بالقانون 17-03 مؤرخ في 10/01/2017، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 11/01/2017، ع2، ص9.

-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، ج.ر.ج.ج عدد 78، ص 990 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون 05-10، مؤرخ في 20/06/2005، ج.ر.ج.ج، مؤرخة 26/06/2005، ع 44، ص21، المعدل والمتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 13/05/2007، ع 31، ص3.

ثانيا: القوانين الأجنبية

ظهير شريف رقم 1.04.22 الصادر في 12 من ذي الحجة 1424 (03 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 ينظم مدونة الأسرة المغربية.

ظهير 09 رمضان 12، 1331 أغسطس 1913، ينظم قانون الالتزامات والعقود المغربي.

ظهير شريف رقم 413.59.1 الصادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نوفمبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي المغربي.

قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1920، المعدل بالقانون 25 لسنة 1929، المعدل ب القانون رقم 100 لسنة 1985.

قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953 المعدل بالقانون رقم 34 لسنة 1975.

# الفهرس

1	مقدمة .....
10	فصل تمهيدي: التعبير عن الإرادة وشروط الإعتداد بها في العقود .....
11	المبحث الأول: التعبير عن الإرادة وكيفية فقها وقانونا .....
12	المطلب الأول: طرق التعبير عن الإرادة .....
13	الفرع الأول: الإرادة الصريحة ووسائل التعبير عنها .....
13	أولا: مفهوم التعبير الصريح .....
14	ثانيا: وسائل التعبير عن الإرادة الصريحة .....
15	أ/- اللفظ .....
16	1/- الصيغة في عقد الزواج .....
17	2/- تعريف الصيغة في الزواج .....
22	3/- الألفاظ التي ينعقد بها عقد الزواج .....
23	4/- شروط الصيغة في عقد الزواج .....
27	5/- الصيغة وشروطها في عقد الزواج في القانون المغربي .....
28	ب/- التعبير بالكتابة: .....
29	ج/- التعبير بالإشارة .....
32	الفرع الثاني: الإرادة الضمنية ووسائل التعبير عنها .....
32	أولا: تعريف التعبير الضمني .....
32	أ/- تعريف الضمني لغة .....
32	ب/- تعريف الضمني اصطلاحا .....
33	ثانيا: وسائل التعبير عن الإرادة الضمنية .....
34	أ/- التعبير بالفعل .....
35	ب/- التعبير بدلالة الحال .....
35	ج/- التعبير بالسكوت: .....
38	الفرع الثالث: الفرق بين التعبير الصريح والتعبير الضمني عن الإرادة .....

المطلب الثاني: الفرق بين التعبير الصريح والتعبير الضمني عند الفقه الإسلامي والقانون وأثر مبدأ حسن النية في التعبير عنها .....	39
الفرع الأول: الفرق بين التعبير الصريح والتعبير الضمني عند الفقه الإسلامي .....	39
أولاً: الفقه الشافعي والحنفي .....	41
ثانياً: الفقه الحنبلي والفقه المالكي .....	41
الفرع الثاني: اختلاف العبارة عن الإرادة في القانون .....	42
أولاً: المذهب الشخصي: .....	42
ثانياً: المذهب المادي .....	43
ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة وأثر مبدأ حسن النية في التعبير عنها: .....	44
المبحث الثاني: شرط الاعتداد بالإرادة في العقود .....	48
المطلب الأول: مفهوم الأهلية .....	49
الفرع الأول: تعريف الأهلية .....	49
أولاً: الأهلية المطلوبة للاعتداد بالإرادة في العقود .....	50
أ/- تعريف الأهلية .....	50
1/- تعريف الأهلية لغة .....	50
2/- تعريف الأهلية اصطلاحاً .....	50
ثانياً: مراحل الأهلية وأقسامها .....	52
أ/- أهلية الوجوب .....	52
1/- تعريف أهلية الوجوب .....	52
2/- أقسام أهلية الوجوب .....	53
ب/- أهلية الأداء .....	55
1/- تعريف أهلية الأداء: .....	55
2/- أقسام أهلية الأداء .....	56
ثالثاً: الأهلية المطلوبة لإبرام عقد الزواج .....	57

أ/- الأهلية المطلوبة لإبرام عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري .....	57
ب/- الأهلية المطلوبة لإبرام عقد الزواج في مدونة الأحوال الشخصية المغربية: المطلب الثاني: أثر تخلف شرط الأهلية .....	61
الفرع الأول: أثر تخلف السن القانوني لإبرام العقود .....	62
الفرع الثاني: بالنسبة لوجود عارض من عوارض الأهلية .....	64
أولاً: حكم تصرفات وزواج المصاب بعارض من عوارض الأهلية .....	65
أ/- العوارض السماوية .....	65
1/- المجنون: .....	65
2/- المعتوه: .....	66
3/- ذو الغفلة: .....	66
4/- مرض الموت .....	67
ب/- العوارض المكتسبة .....	68
1/- اعتبار الإكراه كعارض مكتسب من عوارض الأهلية .....	68
2/- السفية: .....	68
3/- الهزل: .....	68
ج/- نظام المساعدة القضائية للأبكم والأعمى وحكهما الخاص في القانون المدني .....	69
<b>الفصل الأول: ماهية الإرادة وعيب الغلط .....</b>	<b>71</b>
المبحث الأول: الإطار المفاهيمي و التاريخي للإرادة وتمييزها عن بعض المصطلحات المشابهة لها .....	73
المطلب الأول: مفهوم الإرادة .....	73
الفرع الأول: تعريف الإرادة لغة واصطلاحاً .....	74
أولاً: تعريف الإرادة لغة: .....	74
ثانياً: تعريف الإرادة اصطلاحاً <i>la volonté</i> .....	75

- 76 ..... الفرع الثاني: التطور التاريخي لحرية الإرادة في الأنظمة الفلسفية والقانونية
- 80 ..... المطلب الثاني: تميز الإرادة عن بعض المصطلحات المشابهة لها
- 80 ..... الفرع الأول: تمييز بين الإرادة والنية والتمني
- 80 ..... أولاً: تعريف النية وتمييزها عن الإرادة:
- 81 ..... أ/- تعريف النية:
- 81 ..... ب/- الفرق بين النية والإرادة:
- 82 ..... ثانياً: تعريف التمني وتمييزه عن الإرادة
- 82 ..... أ/- تعريف التمني
- 82 ..... ب/- الفرق بين التمني والإرادة
- 82 ..... الفرع الثاني: التمييز بين الإرادة والاختيار
- 83 ..... أولاً: تعريف الاختيار
- 83 ..... أ/- الاختيار لغة:
- 83 ..... ب/- تعريف الاختيار اصطلاحاً:
- 84 ..... ثانياً: الفرق بين الاختيار والإرادة
- 85 ..... الفرع الثالث: التمييز بين الإرادة والرضا والتراضي
- 85 ..... أولاً: مفهوم ط وتمييزه عن الإرادة:
- 85 ..... أ/- تعريف الرضا
- 86 ..... ب/- الفرق بين الإرادة والرضا
- 87 ..... ثانياً: تعريف التراضي وتمييزه عن الإرادة
- 87 ..... أ/- تعريف التراضي
- 88 ..... ب/- تمييز بين التراضي والإرادة
- 89 ..... الفرع الرابع: التمييز بين الإرادة والقصد
- 89 ..... أولاً: تعريف القصد
- 89 ..... ثانياً: تمييز بين الإرادة والقصد
- 90 ..... المطلب الثالث: أهمية الإرادة ومراحلها في إبرام العقود

90	الفرع الأول: أهمية الإرادة في إبرام العقود
91	أولاً: أهمية الإرادة في إبرام العقود في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي
92	ثانياً: موقف المشرع المغربي من الإرادة وحريتها في إبرام العقود
92	الفرع الثاني: مراحل الإرادة
94	المبحث الثاني: عيب الغلط
94	المطلب الأول: سلامة الإرادة من العيوب
95	الفرع الأول: تعريف عيوب الإرادة
95	أولاً: تعريف عيوب الإرادة
96	أ/- تعريف العيب لغة
96	ب/- تعريف العيب اصطلاحاً:
96	ج/- تعريف عيوب الإرادة: <b>vice de consentement</b>
97	د/- تطور نظرية عيوب الإرادة
	ثانياً: تنظيم موضوع عيوب الإرادة في القانون الجزائري والقانون المغربي وأثرها على العقود
99	
100	أ/- تنظيم موضوع عيوب الإرادة في القانون الجزائري
100	1/- تنظيم عيوب الإرادة في القواعد العامة وجزئها
102	2/- الأثر المترتب على عيوب الإرادة في قانون الأسرة الجزائري
107	ب/- الزواج الغير صحيح في القانون المغربي
108	الفرع الثاني: موقف الفقهاء الإسلامي من الزواج غير الصحيح
109	أولاً: موقف المالكية:
110	ثانياً: رأي الحنفية:
112	ثالثاً: الشافعية:
112	رابعاً: الحنابلة:
113	المطلب الثالث: مدى تأثير عيب الغلط على عقد الزواج
114	الفرع الأول: مفهوم عيب الغلط في عقد الزواج

- 114 ..... أ/- تعريف الغلط
- 115 ..... ب/- شروط الغلط
- 115 ..... ج/- أنواع الغلط
- 118 ..... د/- حالات عيب الغلط في الفقه الإسلامي:
- 118 ..... 1/- الغلط الباطني:
- 119 ..... 2/- عيب الغلط الظاهري
- 120 ..... ه/- أثر عيب الغلط على عقد الزواج
- 120 ..... الفرع الثاني: العيوب غير المؤثرة في إبرام عقد الزواج
- 120 ..... أولاً: مفهوم عيب الغبن والاستغلال:
- 120 ..... أ/- تعريف الغبن والاستغلال:
- 122 ..... ب/- أنواع الغبن وعناصر الاستغلال
- 122 ..... 1/- أنواع الغبن وحالاته في القانون المدني الجزائري
- 122 ..... 2/- عناصر الاستغلال
- 122 ..... ثانياً: حكم وجزاء الغبن والاستغلال:
- 124 ..... الفصل الثاني: عيب التدليس
- 124 ..... المبحث الأول: الأحكام العامة للتدليس في عقد الزواج
- 125 ..... المطلوب الأول: مفهوم التدليس: le dol
- 125 ..... الفرع الأول: مفهوم التدليس وعلاقته بعيب الغلط في عقد الزواج
- 125 ..... أولاً: تعريف التدليس لغة
- 126 ..... ثانياً: تعريف التدليس اصطلاحاً
- 126 ..... أ/- تعريف التدليس في القانون الجزائري
- 128 ..... ب/- تعريف التدليس في القانون المغربي
- 128 ..... ثالثاً: العلاقة بين عيب التدليس وعيب الغلط
- 130 ..... الفرع الثاني: عناصر وشروط التدليس في العقود
- 131 ..... أولاً: عناصر التدليس في القواعد العامة

- أ/- الشرط الأول وجود تحايل غير مشروع:.....131
- ب/- الشرط الثاني: أن يكون التدليس هو الدافع للتعاقد.....131
- ج/- الشرط الثالث: أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد الآخر أو من الغير  
.....132
- ثانيا: شروط عيب التدليس في عقد الزواج:.....133
- المطلب الثاني: تمييز التدليس عما يشابهه وأنواعه ودوافعه.....134
- الفرع الأول: تمييز التدليس عما يشابهه من مصطلحات.....134
- أولا: تمييز التدليس عن الخلابة.....134
- ثانيا: تمييز التدليس عن التلبس.....135
- ثالثا: تمييز التدليس عن التغيرير.....135
- رابعا: تمييز التدليس عن الغش.....136
- الفرع الثاني: دوافع وانواع التدليس في إبرام عقد الزواج.....136
- أولا: دوافع التدليس في عقد الزواج.....136
- أ/- قلة الجمال:.....136
- ب/- الأمراض بأنواعها المختلفة.....137
- ج/- عدم القدرة على الممارسة الجنسية.....137
- د/- إخفاء الديانة.....137
- ه/- العادات الذميمة.....138
- ثانيا: أنواع التدليس في القواعد العامة وفي إبرام عقد الزواج.....138
- أ/- أنواع التدليس في القانون المدني.....138
- ب/- أنواع التدليس في عقد الزواج.....139
- 1/- التدليس بالفعل.....139
- 2/- التدليس بالقول.....140
- 3/- التدليس بكتمان الحقيقة.....140
- المبحث الثاني: صور التدليس وأثرها في عقد الزواج وانحلاله.....142

المطلب الأول: صور التدليس في عقد الزواج وأثرها.....	142
الفرع الأول:التغيير في أركان عقد الزواج .....	142
الفرع الثاني:التدليس في شروط عقد الزواج.....	143
أولا: التدليس في شروط صحة الزواج والشروط المتفق عليها في عقد الزواج... ..	144
أ/- التدليس في شروط صحة عقد الزواج.....	144
1/- الصداق .....	144
2/- الشهادة .....	145
3/-خلو الزوجين من الموانع الشرعية .....	147
4/- موقف القانون الجزائري من التدليس في الشروط صحة عقد الزواج .....	148
5/- موقف المشرع المغربي من التدليس في صحة عقد الزواج.....	150
ب/- التدليس في تراخيص المطلوبة لعقد الزواج .....	151
1/- بالنسبة للإذن القضائي للزواج دون السن القانوني .....	151
2/- بالنسبة لترخيص التعدد.....	152
3/- التدليس من أجل الحصول على التراخيص من أجل الزواج في القانون المغربي .....	153
الفرع الثالث: صور أخرى للتدليس في عقد الزواج .....	155
أولا: التغيير بإخفاء العيوب بأنواعها المختلفة.....	155
أ/- مفهوم عيوب في الزواج وأنواعها.....	155
1/- تعريف العيب في الزواج.....	156
2/-أنواع العيوب في الزواج عند الفقه الإسلامي.....	156
ب/-الأمراض المستحدثة .....	157
1/-المرض المزمن والمرض غير المزمن.....	157
2/-المرض المعدي والمرض غير المعدي.....	157
3/-الأمراض الخاصة بالضعف الجنسي.....	159

- 160 ..... ثانيا: إخفاء العيوب والتدليس فيها
- 160 ..... /1- حكم التدليس في عيب الزواج في الفقه الإسلامي
- 165 ..... /2- حكم العيب في والتدليس فيه الزواج في القانون المغربي
- 167 ..... /3- موقف المشرع الجزائري من التدليس في عيب الزواج
- 169 ..... ثالثا: التدليس في الفحوصات الطبية
- 169 ..... أ/- تعريف الفحوصات الطبية
- ب/- موقف القانون والفقه من التدليس في الشهادة الطبية للإبرام عقد الزواج  
170 .....
- المطلب الثاني: مدى إعمال القواعد العامة على عيوب الإرادة وخصوصيتها في عقد الزواج  
171 .....
- الفرع الأول: حدود تطبيق القواعد العامة على عيوب الإرادة في عقد الزواج ..... 171
- أولا: موقف المشرع الجزائري من إعمال القواعد العامة لعيوب الإرادة على عقد  
الزواج ..... 172
- ثانيا: موقف المشرع المغربي من إعمال القواعد العامة لعيوب الإرادة على عقد  
الزواج ..... 172
- الفرع الثاني: خصوصية عيوب الإرادة في الفقه الإسلامي وعقد الزواج ..... 173
- 175 ..... الفصل الثالث: عيب الإكراه**
- المبحث الأول: الأحكام العامة للإكراه في الزواج ..... 176
- المطلب الأول: مفهوم الإكراه وأركانه في الزواج والقواعد العامة ..... 176
- الفرع الأول: مفهوم الإكراه وتمييزه عن ما يشابهه من مصطلحات ..... 176
- أولا: تعريف الإكراه ..... 177
- أ/- تعريف الإكراه في لغة علماء اللغة العربية ..... 177
- ب/- تعريف الإكراه اصطلاحا: ..... 178
- /1- تعريف الإكراه في اصطلاح الفقه الإسلامي ..... 178
- /2- تعريف الإكراه من الناحية القانونية ..... 180
- ثانيا: ألفاظ مشابهة للإكراه ..... 181

- 181 .....أ- تعريف الإكراه اصطلاحا وتمييزه عن الإكراه: 181
- 181 .....ب- الإلزام والإكراه 181
- 181 .....1- تعريف الإلزام لغة: 181
- 182 .....2- تعريف الإلزام اصطلاحا وتمييزه عن الإكراه 182
- 183 .....ج- الفرق بين حالة الضرورة والإكراه 183
- 184 .....الفرع الثاني: أركان الإكراه وأقسامه من حيث الأثر 184
- 185 .....أولا: أركان الإكراه: 185
- 185 .....ثانيا: الإكراه الذي يفسد الإرادة والإكراه الذي يعدمها 185
- 186 .....المطلب الثاني: أنواع الإكراه وشروطه في عقد الزواج والقواعد العامة 186
- 186 .....الفرع الأول: أنواع الإكراه 186
- 187 .....أولا: أنواع الإكراه في الفقه الإسلامي 187
- 187 .....أ- أنواع الإكراه عند جمهور الفقهاء والحنفية 187
- 187 .....1- الإكراه التام (الملجئ) 187
- 188 .....2- الإكراه غير ملجئ (ناقص) 188
- 188 .....3- إكراه أدبي أو المعنوي **contrainte morale** 188
- 189 .....ب- الإكراه بحق والإكراه بغير حق 189
- 189 .....1- الإكراه بحق 189
- 189 .....2- الإكراه بغير حق 189
- 189 .....ثانيا: أنواع الإكراه في القواعد العامة للقانون 189
- 190 .....أ- الإكراه المادي 190
- 190 .....ب- الإكراه المعنوي: 190
- 190 .....ج- النفوذ الأدبي والإكراه البدني في القواعد العامة 190
- 190 .....1- النفوذ الأدبي: 190
- 191 .....2- الإكراه البدني: **contrainte par corps** 191
- 191 .....الفرع الثاني: شروط الإكراه 191

- أولاً: شروط الإكراه في الفقه الإسلامي ..... 192
- أ/- أن يكون المكره قادراً على تحقيق ما أوعده به ..... 192
- ب/- أن يقع في نفس المكره أنه لو لم يجب إلى ما دعا إليه تحقق ما أوعده به ..... 192
- ج/ أن يكون ما أكرهه به متلفاً أو مزمناً ..... 192
- د/ أن يكون ما أكرهه عليه ممتنعاً من فعله المكره قبل الإكراه: ..... 193
- ثانياً: شروط الإكراه من الناحية القانونية ..... 193
- ثالثاً: الشروط الواجب توافرها لقيام عيب الإكراه في عقد الزواج ..... 195
- المطلب الثالث: إثبات الإكراه في عقد الزواج ..... 196
- المبحث الثاني: حكم الإكراه وأثره على عقد الزواج والطلاق ..... 197
- المطلب الأول: حالات الإكراه على الزواج حكمها وأثرها ..... 198
- الفرع الأول: إكراه الولي على الزواج ..... 199
- الفرع الأول: أقسام الولاية الزواج ..... 204
- أولاً: أقسام الولاية ..... 204
- أ/- الولاية من حيث مداها: ..... 204
- ب/- الولاية من حيث مصدرها ..... 205
- ج/- الولاية من حيث ثبوتها للإنسان على نفسه وعلى غيره ..... 205
- 1/- الولاية على المال: ..... 205
- 2/- الولاية على النفس: ..... 206
- د/- ولاية على النفس والمال معاً: ..... 206
- ثانياً: أقسام ولاية التزويج: ..... 206
- أ/- فولاية الإكراه (la contrainte matrimonial) ..... 207
- ب/- أما ولاية الاختيار (la contrainte facultative) ..... 207
- ثالثاً: موقف المشرع الجزائري والمغربي من أقسام الولاية: ..... 207
- الفرع الثالث: حكم عضل الولي موليته على الزواج ..... 208
- أولاً: مفهوم عضل الولي ..... 209

- 209 ..... أ/- تعريف العضل لغة: .....  
 209 ..... ب/- تعريف العضل اصطلاحا: .....  
 209 ..... ثانيا: صور عضل الولي موليته وحكمها في الفقه الإسلامي: .....  
 210 ..... أ/- منع الولي موليته من الزواج بكفاء لها .....  
 210 ..... ب/- منع الولي موليته من الزواج بكفاء لها مع الرغبة في تزويجها بكفاء آخر .....  
 211 ..... ج/- منع الولي موليته من الزواج بكفاء لها بسبب نقصان الصداق .....  
 214 ..... الفرع الرابع: الحكم الشرعي والقانوني لحالي الإجمار والإفتيات .....  
 214 ..... أولا: حكم إجمار الولي موليته على الزواج .....  
 215 ..... أ/- موقف الفقه الإسلامي من إجمار الولي موليته على الزواج: .....  
 215 ..... ب/- موقف المشرع الجزائري والمغربي من الزواج بالإجمار .....  
 217 ..... ثانيا: مفهوم وحكم إفتيات المرأة .....  
 217 ..... أ/- مفهوم الافتيات .....  
 218 ..... ب/- رأي الفقه الإسلامي والقانون من الإفتيات .....  
 219 ..... المطلب الثاني: أثر الزواج المشوب بعيب الإكراه .....  
 219 ..... الفرع الأول: الأثر المترتب على زواج المكره والمكرهه في الفقه الإسلامي .....  
 223 ..... الفرع الثاني: أثر الإكراه بالنسبة للقانون .....  
 223 ..... أولا: أثر الإكراه في قانون الأسرة الجزائري .....  
 224 ..... ثانيا: أثر الإكراه على الزواج بالنسبة لمدونة الأسرة المغربية .....  
 225 ..... المطلب الثالث: أثر الإكراه على انحلال الرابطة الزوجية .....  
 225 ..... الفرع الأول: أثر الإكراه على الطلاق .....  
 226 ..... أولا: تعريف الطلاق .....  
 226 ..... أ/- تعريف الطلاق لغة: .....  
 226 ..... ب/- تعريف الطلاق اصطلاحا .....  
 226 ..... ثانيا: موقف الفقه الإسلامي من الطلاق بالإكراه .....

230	.....	ثالثا: موقف المشرع المغربي من طلاق المكره
230	.....	الفرع الثاني: أثر الإكراه على الخلع
230	.....	أولا: تعريف الخلع
230	.....	أ/- تعريف الخلع لغة
231	.....	ب/- تعريف الخلع اصطلاحا
231	.....	ثانيا: موقف الفقه الإسلامي من الإكراه على الخلع:
233	.....	ثالثا: موقف المشرع المغربي من الإكراه على الخلع
233	.....	رابعا: موقف المشرع الجزائري من الإكراه على الطلاق والخلع
235	.....	الخاتمة
237	.....	قائمة المراجع
257	.....	الفهرس



عيوب الإرادة بين القانون المدني وقانون الأسرة-دراسة مقارنة-

## Les vices du consentement entre le droit civil et loi de la famille

### ملخص:

تتمحور هذه الدراسة حول موضوع عيوب الإرادة المنظمة في القانونين المدني والأسرة. تعتبر نظرية عيوب الإرادة من النظريات المهمة والأساسية في القانون المدني والتي تعنى بحماية الرضا باعتباره الركن الأساسي في جميع العقود، منها عقد الزواج. فبالرغم من العناية التي خصها المشرع الجزائري لركن الرضا إلا أنه اغفل عيوب الإرادة الخاصة بإبرام عقد الزواج، وذلك على خلاف نظيره المغربي الذي ضبط هذا الموضوع في مدونة الأسرة، متصديا لكل من الإكراه والتدليس في هذا العقد.

كلمات مفتاحية: عيوب، إرادة، قانون، أسرة، مدني، إكراه، تدليس.

### Résumé:

Cette étude porte sur les vices du consentement entre les droits civil et de la famille. Bien que le code civil accorde une attention particulière à cette théorie, le code de la famille, quant à lui, en est passé presque sous silence en régissant l'acte de mariage. Par contre, la moudawana marocaine de la famille est plus explicite à cet égard, elle a régi non seulement la contrainte mais également le dol dans bon nombre d'articles.

Mots clés: Vices, consentement, droit, famille, civil, contrainte, dol.

### Abstract:

This study focuses on the vices of consent between civil and family law. Although the Civil Code pays particular attention to this theory, the family code for its part, has almost gone unnoticed in governing the act of marriage. On the other hand, the Moroccan Moudawana of the family is more explicit in this regard, it has governed not only constraint but also fraud in a good number of articles.

Keywords : Vices, consent, law, family, civil, contrainte, fraud.