



جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

المخبر المتوسطي للدراسات القانونية



## العقود الباطلة والفاصلة وتأثيرها على عقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص

تحت إشراف:

أد/ تشوار جيلالي

من إعداد:

طواهري محمد

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	أد. حميدو زكية
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أد. تشوار جيلالي
مناقشا	المركز الجامعي مغنية	أستاذ محاضر "أ"	د. حاج علي بدر الدين
مناقشا	المركز الجامعي مغنية	أستاذة محاضرة "أ"	د. المر سهام

السنة الجامعية: 2021/2020

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَمِنْ ءَايَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا  
وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾

سورة الروم، الآية 20 .

﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ  
بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ  
هُمْ يَكْفُرُونَ﴾

صدق الله العظيم

سورة النحل، الآية 72.

## قائمة أهم المختصرات

إ ق: اجتهاد قضائي.

ج: الجزء.

د د ن: دون دار النشر.

د س ن: دون سنة النشر.

ص: الصفحة.

ط: الطبعة.

غ أ ش: غرفة الأحوال الشخصية.

غ م: الغرفة المدنية.

م ج: المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.

م ق: المجلة القضائية.

م م ع: مجلة المحكمة العليا.

ن ق: نشرة القضاة.

## Liste des principales abréviations

Edit: Editions.

O.P.U : Office des publications universitaires.

P: Page.

R.A.S.J.E.P : Revue algérienne des Sciences juridiques.

économiques et politiques.

# مقدمة

يعتبر العقد من أهم أدوات التعامل بين الأشخاص، فجل التبادلات الاقتصادية البسيطة منها والهامة بين الناس عامة أو بين المتعاملين الاقتصاديين وزبائنهم أو بين المحترفين والمستهلكين أو بين المحترفين فيما بينهم، سواء على الصعيد الوطني أو الدولي، تكون في شكل عقود<sup>1</sup>.

فالعقود شرعت من أجل إشباع حاجيات الأفراد وتحقيق رغباتهم، فالفرد لا يستطيع أن يعيش وحده مكتفيا بنفسه، وذلك لكون مجهوداته وقدراته جد محدودة، بل لا بد له أن يستعين بغيره لتحقيق حاجاته وأهدافه اللامتناهية والسبيل إلى ذلك يكون عن طريق التعاقد<sup>2</sup>، الذي يجعل الحياة تسير بيسر وسهولة تبعا لتطور المجتمع.

والعقد عرفه البشر من القدم، فيرى بعض الباحثين أن الإنسان في عصوره الأولى لما عرف حيازة الأشياء المباحة وتملكها والانفراد بها، حدث له أن احتاج الإنسان إلى ما في يد غيره وكان سبيل الوصول إلى هذا أولا المشاحنة والقتل الذي يستلزم الأخذ بالثأر<sup>3</sup>، ثم ارتقى بعد ذلك إلى التبادل الفوري، فعند الاحتياج كان الإنسان يعطي ويأخذ ما يعطي. أما تعاقد الإنسان من أجل تنفيذ التزامه في المستقبل، فلم يكن معروفا في تلك العهود الأخرى. ولما عرف الإنسان نظام الأخذ بالدية للحد من الثأر، وقد يحدث أحيانا أن من وجبت عليه الدية وهو المعتدي غير مستعد لتقديمها في الحال، فيتم الاتفاق على منحه مهلة لدفع الدية<sup>4</sup>.

والعقود أنواع شتى تختلف قواعدها وأحكامها الأساسية تبعا لاختلاف موضوعاتها وغاياتها، وهي على كثرتها لا تقف عند حد معين، فكل يوم يظهر عقد جديد تبعا للحاجيات المستجدة. وما ذلك إلا أن للإرادة عموما الحرية في إنشاء العقود، تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة.

<sup>1</sup> - أنظر، علي فيلاي، العقود الخاصة، موفم للنشر، الجزائر، 2018، ص9.

<sup>2</sup> - أنظر، خالد بن حسين الحديثي، تكميل العقد، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص9.

<sup>3</sup> - أنظر، محمد سلام مذكور، نظرية العقد، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2005، ص33.

<sup>4</sup> - وهناك من يرى أن أصل هذه الفكرة هو اتفاق الخصمين على التحكيم بينهما. أنظر، عبد الرزاق أحمد السهنوري، نظرية العقد، ج1، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص87-89.

ولكن ثبوت هذه الإرادة يكون بحكم الشرع، فالإرادة هي التي تنشئ العقد، ثم يتدخل الشرع لتنظيم العقد بموجب أحكام خاصة. فمن الأحكام ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة في العقد، ومنها ما هو استثناء من هذه القواعد وفقا لما تقتضيه طبيعة العقد وغايته، فيعمل في هذه العقود بأحكامها الخاصة ولو خالفت القواعد العامة<sup>1</sup>.

والمرجع الجزائري تناول العقود في مجالين مختلفين، بدأ في الباب المخصص لمصادر الالتزام، بيان أحكام العقد بوجه عام، أي أنه تناول العقد في إطار نظرية عامة تتضمن القواعد الأساسية للعقود دون تخصيص، وهذا ما يسمى بالنظرية العامة للعقد، ثم تناول في المجال الثاني الأحكام الخاصة ببعض العقود التي تظهر أهميتها من حيث ما يثار بشأنها من منازعات بين الناس، كالبيع والمقايضة والشركة ونحوها، ويطلق عليها بالعقود الخاصة<sup>2</sup>.

والغاية من تنظيم العقود، مساعدة المتعاقدين على تنظيم علاقتهما العقدية بصفة دقيقة، فإذا توافر في العقد أركانه وشروطه التي وضعها الشارع، ولم يتصل به من الأوصاف ما يخرج من مشروعيته كان صحيحا، وإذا كان العقد صحيحا ترتبت جميع آثاره المقررة له شرعا<sup>3</sup>. أما إذا اختلف منه أمر من الأمور التي اعتبرها الشارع، سواء كان ذلك في ركن من أركانه أو وصف من أوصافه، كان غير صحيح<sup>4</sup>. ولا خلاف بين الفقهاء في أن العقد ينقسم إلى صحيح وغير صحيح، ولكن منشأ الخلاف في تقسيم العقد غير الصحيح.

كما أن فقهاء القانون، أولوا بموضوع تقسيم العقد من حيث الصحة والعدم، اهتماما بالغاً، وعكفوا ببيان الآثار المترتبة على ذلك، بشكل يكاد لا يترك أي مجالاً للزيادة أمام من أراد أن يزيد<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، مصطفى أحمد الزرقا، عقد البيع، ط1، دار القلم، دمشق، 1999، ص8-9.

<sup>2</sup> - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، عدد78، سنة 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية، عدد31، بتاريخ 13 ماي 2007.

<sup>3</sup> - محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص122.

<sup>4</sup> - أنظر، أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1999، ص273.

<sup>5</sup> - أنظر، محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقهاء الاسلامي، دار هومه، الجزائر، 2003، ص5.

ويعد عقد الزواج، من أهم العقود المدنية وأعظمها شأنًا وأبعدها أثرًا في حياة الفرد وفي بناء الأسرة والمجتمع، فهو أسمى وأجل من أن يكون مجرد تمليك لعين أو لمنفعة، كعقد البيع وعقد الإيجار<sup>1</sup>، بل هو ميثاق غليظ بين الزوجين، أساسه الدوام والاستقرار لينصهر كل واحد منهما في كيان الآخر في جو من المودة والرحمة والسكينة.

ولما كان لعقد الزواج كل هذه القيمة والخصوصية، أولت الشرائع والقوانين قديما وحديثا لهذا العقد عناية بليغة، فلم تتركه للناس يضعون نظمه ويقيمون قواعده على حساب أهوائهم، بل وضعت له أحكام خاصة، بغية الإيصال به إلى مرحلة يكون فيها أقرب إلى الكمال، ليضمن حقوق الزوجين، وحقوق الأولاد، ويوفر للأسرة وللمجتمع قسطا من الأمان والسكينة، وهذه العناية تبلورت على مستوى نصوص قانون الأسرة.

وعقد الزواج شأنه في ذلك شأن سائر العقود المدنية الأخرى يستلزم لنشوئه ووجوده ما يستلزم فيها من أركان وشروط، فإذا ما توافرت أركانه وشروطه ظهر للوجود وترتب عليه أثارة<sup>2</sup>. أما إذا اختل ركن من هذه الأركان أو شرط من هذه الشروط، برز جدل كبير بين الفقهاء، لأنهم وإن اختلفوا حول الجزاءات المدنية التي تطبق على العقود المدنية بصفة عامة، فإن تأثير تلك الجزاءات على عقد الزواج كان الخلاف على أشده، وذلك راجع إلى خصوصية المسائل المتعلقة بهذا العقد.

وتظهر أهمية الموضوع، في أن فقهاء الشريعة الإسلامية وإن اتفقوا حول حقيقة العقد غير الصحيح بأنه هو الذي لم يستوف أركانه وشروطه، فقد اختلفوا في أقسامه. فجمهور الفقهاء<sup>3</sup> ذهبوا بأن العقد غير الصحيح قسم واحد، فلا فرق بين العقد الباطل والعقد الفاسد، ولا فرق بين أن يكون

<sup>1</sup> - أنظر، محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج1، ط2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2009، ص149.

<sup>2</sup> - أنظر، زبير مصطفى حسين، الطبيعة القانونية لعقد الزواج، دار الكتب القانونية، مصر، 2012، ص41.

<sup>3</sup> - أنظر، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، دار إحياء الكتب العربية، د س ن، ص54؛ أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع، ج9، مكتبة الإرشاد، السعودية، 1980، ص169؛ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر، ج2، ط2، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، 1997، ص33؛ موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر، د د ن، د س ن، ص31؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج8، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1350، ص421.

الخلل في أصل العقد أو أن يكون في أوصافه. وفقهاء الحنفية<sup>1</sup> ذهبوا إلى أن العقد غير الصحيح ينقسم إلى قسمين: عقد باطل وعقد فاسد، فإن كان الخلل قد وقع في ركن العقد فهو باطل لا يترتب عليه أي أثر لعدم وجوده، وإن كان الخلل قد وقع في شرط من شروط العقد أي في وصف من أوصافه فهو فاسد تترتب عليه بعض الآثار.

ولما كان عقد الزواج من أعظم العقود المدنية التي يبرمها الإنسان في حياته، برزت حينئذ أهمية السعي إلى معالجة ما مدى تأثير تلك الجزاءات المدنية على عقد الزواج، وذلك ببيان الضابط الذي من خلاله يتم التمييز بين الزواج الباطل والزواج الفاسد.

والمشرع الجزائري حدد الزواج غير الصحيح في الزواج الباطل والزواج الفاسد، وهذا ما جاء في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول من قانون الأسرة<sup>2</sup> والمتعلق بالزواج وانحلاله، إلا أنه لم يوضح حالات الزواج الباطل وحالات الزواج الفاسد، إذ دمج في المادة 9 مكرر من ذات القانون شروط الانعقاد وشروط الصحة، كما أنه لم يبين في المواد 32 و33 و34 و35 من نفس القانون آثار كل منهما، وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية لا نجد موقفا واضحا ومتفق عليه، مما يثير إشكالا يتحتم البحث فيه وإبراز جوانبه المختلفة.

وتظهر أيضا أهمية هذا الموضوع، في أن القانون المدني وإن كان يعتبر الشريعة العامة لكافة القوانين الخاصة، بمعنى أن هذه الأخيرة تخضع للقواعد الخاصة التي تنظمها، وعند الحاجة يمكن الاستعانة بالقواعد العامة للقانون المدني بغية استكمال النقص الوارد فيها، فإن الأمر مختلف بالنسبة لقانون الأسرة، فطبقا لمقتضيات المادة 222 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه: "كل ما لم يرد

---

<sup>1</sup> - أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص366؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج7، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص233؛ زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، شركة علاء الدين، بيروت، د س ن، ص74-75؛ عبد الغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، ج2، المكتبة العلمية، بيروت، د س ن، ص24.

<sup>2</sup> - قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد24 المؤرخة في 12 يونيو سنة 1984، المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الجريدة الرسمية عدد15 المؤرخة في 27 فبراير سنة2005.



النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، إذا لم يوجد نص تشريعي في قانون الأسرة يحكم المسألة المثارة، يتم الرجوع مباشرة إلى الشريعة الإسلامية، بأحكامها الخاصة ونظرياتها العامة.

ورغم التعديلات الجديدة التي مست قانون الأسرة، بمقتضى الأمر رقم 02/05 إلا أنه لم يتضمن إجراءات التفريق بين الزوجين في الزواج الباطل والزواج الفاسد، كما أنه لم يشير صراحة الإحالة إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الأمر الذي يتحتم علينا دراسة الجانب الإجرائي لهذا الموضوع، قصد إزالة كل الإشكالات التي تعيق ذلك، من أجل التيسير على القاضي والمتقاضى بما يكفل الحق في محاكمة عادلة.

لم يحظ موضوع البحث باهتمام الباحثين في الدراسات الشرعية والدراسات القانونية، إذ لا نجد في حدود مراجعنا المتوفرة بحثًا مستقلة تعالج هذا الموضوع، ففقهاء الشريعة لم يتناولوه ضمن مباحث الأحوال الشخصية، وفقهاء القانون لم يعطوه حقه بالبيان والتفصيل باعتباره موضوعًا شرعيًا، ولا شك أن الموضوع الذي لم يكن محل دراسات سابقة معمقة، يلاقي الباحث فيه صعوبات كثيرة.

بالرغم من اتفاق فقهاء الشريعة حول حقيقة العقد غير الصحيح، ولكن عند عرض أقسام هذا العقد أي غير الصحيح، نجد أن هناك اختلافًا بين الفقهاء، وأمام خصوصية عقد الزواج كان الاختلاف على أشده حتى داخل المذهب الواحد، وكثرة الآراء الفقهية وتضاربها يجعل المقارنة بينها للخروج بضابط جامع مانع لمسائل الزواج غير الصحيح، أمرًا بالغ الصعوبة.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد سلك طريق الاختصار في تقنينه لأحكام عقد الزواج، ولكن هذا الاختصار جاء محلاً مما نتج عنه غموض وتضارب في النصوص، الأمر الذي يستدعي اعتماد الإحالة المنصوص عليها ضمن مقتضيات المادة 222 من قانون الأسرة، ولكن الحصول على رأي فقهي، ليس أمرًا يسيرًا إذ أن ذلك يتطلب بحثًا متواصلًا في ثنايا كتب مطولة، وذلك عائدًا لمنهج الفقهاء القدامى في التبويب.

وبناء على ما سبق، يمكن إثارة التساؤل التالي: ما موقف الفقه والقانون من التمييز بين العقود الباطلة والفسادة؟ وما تأثير ذلك على عقد الزواج؟

سيتم الاعتماد في هذا البحث على المنهج التحليلي القائم على عرض الآراء الفقهية ومناقشتها وعرض النصوص القانونية وتحليلها. وبما أن قانون الأسرة وبمقتضى المادة 222 منه لم يحيلنا على مذهب معين، فقد عرضنا الآراء الفقهية في جميع المذاهب الفقهية، وذلك بغية اختيار الرأي الأكثر ملاءمة لموضوع البحث.

كما سيتم الاعتماد على المنهج المقارن، ولقد جاءت المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري باعتبار هذا الأخير القانون الأساسي في تنظيم العقود عموماً، بغية إبراز نقاط الاتفاق والاختلاف بينهما، وكل ذلك من أجل معرفة أي التشريعين ينتمي إليه عقد الزواج في قانون الأسرة. ولما كانت المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني ضمن مسألة واحدة من مسائل الموضوع أمراً صعباً لاختلاف المنهجين، فقد تكلمنا عن قواعد كل تشريع في مبحث مستقل رعاية منا لخصوصية كل منهج. كما تم الاستعانة كذلك ببعض قوانين الدول كلما اقتضت الضرورة لذلك زيادة للإيضاح.

للإجابة على الإشكالية المثارة، يتم معالجة هذا البحث من خلال باين أساسيين:

**الباب الأول: ماهية البطلان والفساد في العقود والآثار المترتبة عنهما.**

**الباب الثاني: تأثير العقود الباطلة والفسادة على عقد الزواج.**

## الباب الأول

ماهية البطلان والفساد في العقود والآثار المترتبة عنهما

لما كان الإنسان مدنيا بطبعه، لا تستقيم حياته إلا بالتعاقد مع غيره وتبادل أسباب ومقومات الحياة، احتاج إلى قواعد تنظم التعامل في المعاش وابتغاء المال، فجاء تشريع المعاملات نموذجا لكي يسهل للناس تبادل المنافع<sup>1</sup>، فألزم المتعاملين بالعقود أن يتعاملوا بالعقد الصحيح الذي يرتب آثاره المقصودة، ونهاهم عن التعامل بالعقد الباطل أو الفاسد، وذلك مصداقا لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾<sup>2</sup>.

فالصحة والبطلان والفساد أوصاف يضيفها المشرع للعقود، تبعا لكونها قد تحققت حقائقها من أركان وشرائط انعقاد وشرائط صحة فيحكم عليها بالصحة، أو تخلف شيئا من أركانها أو شرائطها فيحكم عليها بالبطلان أو الفساد على الخلاف في ذلك بين الفقهاء.

وإذا كان البطلان والفساد من الجزاءات المدنية على ما تركه المخالفة من خلل في نظام التعاقد، فإنه يمكن إثارة الإشكال التالي: ما هو الضابط الذي من خلاله يتم التمييز بين العقود الباطلة والفسادة؟ وما هي الآثار المترتبة عنهما؟

ومن خلال هذه الإشكالية، سيتم معالجة هذا الباب من خلال فصلين أساسيين، فالأول يتضمن مفهوم العقود الباطلة والفسادة والتمييز بينهما، أما الثاني فيتناول الآثار المترتبة عنهما.

## الفصل الأول

### مفهوم العقود الباطلة والفسادة والتمييز بينهما

التعاقد مع الآخرين وليد الحاجة إلى التعامل، والتعامل ضرورة اجتماعية ملازمة لنشوء المجتمعات وتخطي مرحلة الانغلاق والانعزال التي كان يعيشها الإنسان البدائي، فأصبح لا غنى لكل

<sup>1</sup> - أنظر، عبد المنعم عبده البرعي، فساد المعاملات الجارية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص6-7.

<sup>2</sup> - سورة النساء، الآية 29.

إنسان بكونه مدنيا بالطبع من العيش المشترك مع الجماعة لتأمين حاجياته، ولا يتم ذلك بدون التبادل والتعاون مع الآخرين، ولا تخلوا الحياة لأي فرد من إبرام عقد من العقود.

ولقد أولى فقهاء الشريعة الإسلامية للعقود من حيث التقسيم والتبويب عناية خاصة، وذلك للتسهيل في فهمها واستيعاب أحكامها، ومن أبرز ذلك العقد من حيث الصحة والعدم، إلى قسمين كما هو رأي الجمهور، أو ثلاثة أقسام كما هو رأي الحنفية، وهو العقد الصحيح والعقد الباطل والعقد الفاسد.

كما عُني فقهاء القانون المدني بهذا الموضوع عناية فائقة، فالعقد في القانون المدني إما صحيح وإما باطل، وهذا الأخير إما مطلق أو نسبي أي القابلية للإبطال. ولقد عكفوا إلى بيان الأحكام التي تترتب على ذلك<sup>1</sup>.

وبناء على ذلك، يتبادر في ذهننا التساؤل التالي: ما موقف الفقه والقانون من التمييز بين العقود الباطلة والعقود الفاسدة؟

وعلى ضوء التساؤل المثار، سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين رئيسيين، حيث سنتناول في المبحث الأول مفهوم العقد وأقسامه في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. أما المبحث الثاني سيخصص لبيان التمييز بين العقود الباطلة والفاسدة.

---

<sup>1</sup> - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص5.

## المبحث الأول

### مفهوم العقد وأقسامه في الفقه الإسلامي والقانون المدني

إن المتتبع لكتب فقهاء الشريعة الإسلامية، نجدها تذكر كلمة العقد وتريد بها أحيانا المعنى العام، وتذكرها أحيانا أخرى وتريد بها المعنى الخاص. وكلا الاستعمالين سائغ وإن كان المعنى الخاص هو الشائع المشهور عند الفقهاء وهو الأكثر تداولاً واستعمالاً.

وتعريف العقد عند فقهاء القانون المدني يتفق مع التعريف الشائع المشهور لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، ولا يتفق مع الاتجاه الذي يعمم كلمة العقد. ورغم هذا التوافق نجد أن تعريف الفقه الإسلامي قد يكون أدق تصوراً وأحكم منطقاً من تعريف رجال القانون.

والفقه الإسلامي له نظامه الخاص في تقسيم العقد من حيث الصحة والبطلان والفساد والوقف والنفاذ واللزوم، وقد برع هذا الفقه في إبراز هذه التقسيمات وصياغتها صياغة فنية موفقة. أما القانون المدني وفقهه، فالعقد إما أن يكون صحيحاً أو غير صحيح، وقد قسم فقهاء هذا القانون البطلان إلى نوعين: بطلان مطلق وبطلان نسبي أو قابلية العقد للإبطال.

ومما سبق يمكن إثارة التساؤل التالي: ما مفهوم العقد وما هي أقسامه في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني؟

وانطلاقاً من الإشكالية، سيخصص هذا المبحث لبيان مفهوم العقد (المطلب الأول)، ثم أقسامه (المطلب الثاني) في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني.

## المطلب الأول

### مفهوم العقد

يعتبر العقد من أهم صور المعاملات المدنية لما له من أهمية في حياة الناس، ذلك أن الإنسان لا ينفك عن إبرام عقد من العقود، ومن هنا أصبح محط اهتمام الباحثين في مجال الشرائع والقوانين، فجعل للعقد قواعد تضبطه بما يعرف العاقد ماله من حقوق فيطالب بها وما عليه من التزامات فيؤديها. فما مفهوم العقد؟

لتحديد مفهوم العقد، يستوجب تعريفه لغة واصطلاحاً (الفرع الأول)، ثم تمييزه عن بعض المصطلحات التي قد تتداخل معه (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### تعريف العقد

العقد لم يرد في كتب الفقه كموضوع مستقل بالبحث، فلم يذكر فيها إلا عند الكلام عن عقد من العقود، كعقد البيع وعقد الإجارة وعقد الشركة... إلخ، فكانوا يبدؤون بدراستهم لكل عقد بتعريفهم له. إلا أنه يمكن من خلال كتاباتهم وعلى اختلاف مذاهبهم، استنتاج المعنى الذي وضع من أجله لفظ العقد، ثم توضيح الارتباط بين هذا المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي. فما معنى العقد لغة واصطلاحاً؟

وعليه، سيخصص هذا الفرع لتعريف العقد لغة (أولاً)، ثم اصطلاحاً (ثانياً)

## أولاً - معنى العقد في اللغة

أصل العقد في لغة العرب، إحكام الشيء وتقويته والجمع بين أطراف الخيط بالربط. والعقد بمعنى الربط، ضد الحل<sup>1</sup>.

فكلمة العقد في اللغة تطلق على معان كثيرة منها الربط والشد والتوثيق والإحكام والقوة والجمع بين الشيئين، ويجمع كل ذلك معنى الربط، وهو ما يظهر من كلام أهل اللغة على أنه المعنى الأصلي لكلمة العقد، يقال عقدت الحبل عقدا بمعنى شدته وقويته، أو جمعت بين طرفيه فقويت الاتصال بينهما، أو أحكمته بالعقد عليهما، والعقدة هي الصلة التي يمسكها ويوثقها<sup>2</sup>.

ومن معنى الربط الحسي بين طرفي الحبل، أخذت الكلمة للربط المعنوي للكلام أو بين الكلامين في الاتفاقات المتبادلة، فقبل عقدت البيع وعقدت العهد، فإن فيه ربط ولكنه غير حسي، كما أستعمل في كل ما يعقده العاقد فيلزم به نفسه ويربطها به من فعل يأتيه في المستقبل أو ترك لفعل، لذا سمي اليمين عقداً، لأن الحالف يلزم به نفسه ويرتبط بأن يفني بما حلف عليه. ولما كانت الفكرة في العقد هي الربط بإحكام، سمي العهد أو الميثاق عقداً مجازاً لأن فيه إحكام للصلة بين المتعاقدين وتقويتها، وهو يتم بطرف واحد، وكذلك كل ما يشرطه الإنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج3، دار صادر، بيروت، د س ن، ص296؛ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2005، ص300.

<sup>2</sup> - أنظر، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، 1986، ص186؛ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص184؛ عبد الرازق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، مصر، 1969، ص10.

<sup>3</sup> - أنظر، أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، مكتبة لبنان، بيروت، 1987، ص160؛ أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، ج3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1992، ص285.



ومما سبق نخلص إلى أن العقد عند اللغويين يشمل الربط الحسي والمعنوي، وهو كل ما يفيد الالتزام بشيء عملاً كان أو تركاً، من جانب واحد أو من جانبين، لما في ذلك من معنى الربط والتوثيق<sup>1</sup>.

## ثانياً- معنى العقد في اصطلاح الفقهاء

إن المتتبع لأقوال الفقهاء عند كلامهم عن العقود، يجد أن مدلول العقد في اصطلاح الفقهاء لا يبعد عن معناه اللغوي، بل هو في الواقع تقييد للمعنى اللغوي وحصر له، وتخصيص لما فيه من العموم<sup>2</sup>. فكلمة "العقد" في اصطلاح الفقهاء المسلمين يقصد به أحد معنيين: عام وخاص.

### أ-المعنى العام للعقد

ينظر بعض الفقهاء إلى العقد نظرة عامة، فيشمل عندهم جميع الالتزامات الشرعية، سواء كانت نتيجة اتفاق بين طرفين كالبيع والإجارة، أم كانت نتيجة إرادة شخص واحد، أراد أن يلزم نفسه بالتزام شرعي خاص. ونرى هذا في كتب المالكية<sup>3</sup> والشافعية<sup>4</sup> والحنابلة<sup>5</sup> أظهر منه في كتب الحنفية<sup>6</sup>، وهو بهذا أقرب إلى معناه اللغوي.

<sup>1</sup> - أنظر، بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، د س ن، ص363؛ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص126.

<sup>2</sup> - أنظر، محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص199.

<sup>3</sup> - أنظر، أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، القسم الثاني، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص8؛ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج7، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2006، ص247؛ أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرطبي، الفروق، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998، ص36.

<sup>4</sup> - أنظر، عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ج2، دار التقوى، القاهرة، 2006، ص4؛ أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بھادر بن عبد الله الشافعي المعروف بالزركشي، المنشور في القواعد، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص122-123؛ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المرجع السابق، ج2، ص24.

<sup>5</sup> - أنظر، ابن تيمية، العقود، دار السنة المحمدية، مصر، د س ن، ص18-21-78؛ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب، القواعد، د د ن، د س ن، ص74 وما بعدها؛ شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة، الشرح الكبير، ج11، ط1، دار هجر، 1995، ص16.

<sup>6</sup> - أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، المرجع السابق، ج3، ص285.

والعقد بموجب هذا الاتجاه يقصد به كل ما يعزم المرء على فعله، سواء أكان لا بد فيه من توافق إرادتين متقابلتين على إنشاء التزام كالبيع والإجارة والزواج وغيرهم من العقود، أم كان لا بد فيه من إرادة واحدة وذلك في التصرفات الشخصية التي لا تقابلها التزامات أخرى كالهبة والصدقة والنذر والوقف والوصية والطلاق والإبراء. بل إن الجصاص وهو من فقهاء الحنفية ذهب إلى أبعد من ذلك حينما أطلق كلمة "العقد" على كل شرط يشرطه الإنسان على نفسه في شيء، لأنه التزام بوفائه مستقبلاً<sup>1</sup>.

وبذلك يرى اتجاه من الفقه أنه لا مانع من تسمية ما يتم بالإرادة المنفردة وحدها عقداً، على أن العقد المكون من إرادتين متوافقتين متقابلتين هو في الحقيقة عقد مؤلف من عقدين أحدهما من ناحية الموجب وثانيهما من ناحية القابل<sup>2</sup>.

وعلى هذا فالعقد على ما ذهب إليه بعض الفقهاء من إطلاقه على جميع الالتزامات الشرعية سواء من شخص واحد أو من شخصين، يكون مرادفاً لاصطلاح الالتزام، ولا يزال أخص من كلمة التصرف، لأن الأخير ينظم الالتزام وغير الالتزام كالاستهلاك والانتفاع وغيرها<sup>3</sup>.

ويرى اتجاه أن العقد بالمعنى الواسع يكون مرادفاً للفظ التصرف، لأن التصرف الشرعي هو كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية ويرتب عليه الشارع أثراً شرعياً في المستقبل<sup>4</sup>.

إلا أن التصرف أعم من العقد مطلقاً حتى بمعناه الواسع الشامل لعقود الإرادة العامة، لأن التصرف يشمل العقد بمعناه العام (الأقوال) كالبيع والشركة والوصية، كما يشمل تصرفات أخرى

<sup>1</sup> - أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، المرجع السابق، ج3، ص285.

<sup>2</sup> - أنظر، أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، ط1، المكتبة الأزهرية للتراث، الجزيرة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2013، ص42.

<sup>3</sup> - علي الخفيف، المرجع السابق، ص186.

<sup>4</sup> - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص201.

ليست من العقد بمعناه العام (الأفعال) كإحراز المباحات والغصب وإتلاف مال الغير، فضلا عن بعض الأقوال التي لا تدخل في مفهوم العقد ولو بمعناه الواسع كالدعوى والإقرار<sup>1</sup>.

## ب- المعنى الخاص للعقد

يقصد بالعقد بهذا المعنى ربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما على وجه يترتب عليه أثره الشرعي<sup>2</sup>، وبعبارة أخرى "تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر اثره في المحل"<sup>3</sup>، وهو التعريف الغالب الشائع في عبارات الفقهاء<sup>4</sup>.

ومن هذا نجد أن العقد في مفهومه الخاص هو من قبيل الارتباط الاعتباري في نظر الشرع، بين شخصين نتيجة لاتفاق إرادتيهما، وهاتان الإرادتان خفيتان، وطريق إظهارهما التعبير عنهما ويسمى هذا التعبير إيجابا وقبولا<sup>5</sup>، وبهذا عرف العقد بأنه: "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه مشروع يثبت أثره في المعقود عليه بما يدل على ذلك من عبارة أو كتابة أو إشارة أو فعل، ويترتب عليه التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به للآخر سواء كان عملا أو تركا"<sup>6</sup>.

إن مناط وجود العقد، هو التحقق من وجود إرادتي العاقدين وتوافقهما على إنشاء التزام شرعي بينهما بما يدل على ذلك من عبارة أو كتابة أو إشارة أو فعل، وبهذا فإن العقد عند الفقهاء، لا يعنون به في أكثر عباراتهم إلا الالتزام الذي ينشأ بين طرفين أو ما يتم به هذا الالتزام.

وتأسيسا على ذلك، فإن الالتزام الذي يصدر من جانب واحد لا يسمى عقدا وإنما يسمى التزاما أو تصرفا، فالوقف ليس بعقد لأنه يتم بين المالك وحده، دون أن يشركه في آخر، وكذلك

<sup>1</sup> - أنظر، محمد علي عثمان الفقي، فقه المعاملات، دار المريخ، الرياض، 1986، ص128.

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص199؛ علي الخفيف، المرجع السابق، ص185؛ عبد الرزاق حسن فوج، المرجع السابق، ص11.

<sup>3</sup> - أنظر، أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي، شرح العناية على الهداية، ج5، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1316، ص74.

<sup>4</sup> - أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ط2، دار الفكر، دمشق، 1985، ص81.

<sup>5</sup> - أنظر، مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ط1، دار القلم دمشق، 1998، ص382.

<sup>6</sup> - أنظر، عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2009، ص23.

الطلاق المجرد من المال ليس عقداً، ومثله العتق واليمين والإبراء والتنازل عن الحقوق كالتنازل عن حق الشفعة أو حق المرور أو حق المسيل أو رد المبيع بسبب عيب يظهر فيه، كل ذلك لا يسمى عقداً وفق المعنى الخاص، وإنما يسمى تصرفاً أو التزاماً إذا كان ملزماً، فإن لم يكن ملزماً سمي وعداً أو عهداً<sup>1</sup>.

وتعريف العقد بالمعنى المتقدم هو ما ذهبت إليه المادة 168 من مرشد الحيران التي نصت بأنه: "العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"<sup>2</sup>.

كما أن هذا التعريف الفقهي تبنته أيضاً مجلة الأحكام العدلية بموجب المادة 103 منها والتي تنص بأنه: "العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول". وتنص المادة 104 من المجلة على أنه: "الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما"<sup>3</sup>.

وبناء على ما سبق، يتبين أن المتتبع لكتب الفقهاء نجدها تذكر كلمة العقد، وتريد بها أحياناً المعنى العام، وتذكرها أحياناً وتريد بها المعنى الخاص، وهو ما لا يتم إلا من ربط كلامين أو ما يقوم مقامهما على وجه يترتب عليه أثره الشرعي، وهذا المعنى هو الشائع المشهور، حتى يكاد ينفرد هو بالاصطلاح. وإذا ما أطلقت كلمة عقد تبادر إلى الذهن المعنى الخاص، بحيث لا ينصرف إلى المعنى العام إلا بتنبه يدل عليه. ولا نكاد نجد فقيها يطلق كلمة عقد ويريد به الطلاق أو اليمين من غير تنبيه يدل على التعميم، لذلك يعد الاصطلاح الشائع الغالب إطلاق العقد على المعنى الخاص دون العام<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - علي الخفيف، المرجع السابق، ص 185 - 186.

<sup>2</sup> - أنظر، محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1308، ص 27.

<sup>3</sup> - أنظر، لجنة من العلماء برئاسة أحمد جودت باشا، مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، بيروت، 1302، ص 34.

<sup>4</sup> - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 201.

عرف العقد عند رجال القانون بأنه: "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه"<sup>1</sup>. فإنشاء التزام كالبيع والإيجار، ونقله كالحوالة، وتعديله كتأجيل الدائن الدين للمدين، وإنهائه كالإبراء من الدين وكاتفاق المتعاقدين على إنهاء عقد الإيجار قبل الموعد المحدد له.

ومن هذا، نجد القانون يخص العقد بما كان لا بد فيه من إرادتين، فإذا كان الالتزام أو الأثر القانوني بصفة عامة ينشأ عن إرادة واحدة فهو ليس بعقد عندهم، وإنما هو إرادة منفردة يترتب عليها التزام من جانب واحد.

كما يجب أن تتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، وهو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، فإن لم تتجه الإرادتان إلى شيء من ذلك، فليس هناك عقد بالمعنى القانوني، وعلى ذلك لا يعد عقدا دعوة صديق لوليمة أو للنزهة، ونحو ذلك مما يكون بين الأصدقاء في نطاق المجاملات الاجتماعية<sup>2</sup>.

ويلاحظ أن بعض فقهاء القانون المدني يميز بين الاتفاق والعقد، فيرى أن الاتفاق هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، بينما العقد فهو توافق الإرادتين على إنشاء الالتزام دون باقي الأمور وهي نقل الالتزام وتعديله وإنهائه، مما يجوز القول أن كل عقد اتفاق وأن كل اتفاق ليس بالضرورة عقدا، فالعقد أخص من الاتفاق وأضيق مجالا<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص150.

<sup>2</sup> - أنظر، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، ط4، دار الهدى، الجزائر، 2007-2008، ص40-41.

<sup>3</sup> - أنظر، محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، ج1، ط2، ددن، تونس، 1997، ص38.

غير أن هذه التفرقة انتقدت من جانب كبير من الفقهاء، لأنها تفرقة لا تترتب عليها نتائج قانونية، ومن ثم أصبح الفقهاء يطلقون كلمة "العقد" على كل اتفاق سواء أنشأ الالتزام أو نقله أو أنهاه، معتبرين العقد والاتفاق لفظين مترادفين<sup>1</sup>.

وبالرغم من اندثار التفرقة بين العقد والاتفاق في الوقت الحاضر، غير أننا نجد المشرع الجزائري عرف العقد من خلال المادة 54 من القانون المدني بقوله: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما". وهكذا يرى المشرع الجزائري أن العقد هو نوع من الاتفاق مقصود في أثره على إنشاء الالتزام فقط.

وقد سبق القول أن العقد والاتفاق لفظان مترادفان لمدلول واحد، فهو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني أيا كان الأثر المقصود، أي سواء كان إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه. وبالمقارنة بين تعريف العقد في الفقه الإسلامي بمعناه الخاص وتعريفه في القانون، نجد أن بينهما تقاربا، إذ كل منهما يخص العقد بما يتم بإرادتين، أما ما يتم بإرادة واحدة فليس بعقد عندهم، وإنما هو إرادة منفردة يترتب عليها التزام من جانب واحد<sup>2</sup>.

ولكن رغم هذا التوافق، نجد من ناحية أن تعريف الفقهاء يكون أدق تصورا وأحكم منطقا من تعريف رجال القانون، لأن العقد في نظر الفقهاء ليس هو اتفاق الإرادتين نفسه، بل الارتباط الذي يعتبره الشرع حاصلًا بهذا الاتفاق، لأنه قد يحصل اتفاق الإرادتين دون أن تتحقق الشروط المطلوبة شرعا للانعقاد فلا يعتبر العقد موجودا في هذه الحالة رغم اتفاق الإرادتين، وهي حالة بطلان العقد في نظر الفقه الإسلامي والقانون. فالتعريف القانوني يشمل العقد الباطل الذي يعتبره الفقه الإسلامي لغوا من الكلام لا ارتباط فيه، ذلك أن فقه القانون المدني إنما يعرف العقد بواقعه المادية،

<sup>1</sup> - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص41-42؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط... المرجع السابق، ج1، ص150؛ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص9-10.

<sup>2</sup> - أنظر، رمضان علي السيد الشرنباصي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، ط2، مطبعة الأسانة، 1403، ص344.

وهي اتفاق الإرادتين. أما الفقه الإسلامي فيعرفه بحسب واقعته الشرعية، وهي الارتباط الاعتباري، لأن العقد لا قيمة فيه للوقائع المادية لولا الاعتبار الشرعي الذي يُعَوَّل عليه في نظر الفقه الإسلامي<sup>1</sup>.

ومن ناحية أخرى، فإن تعريف العقد عند الفقهاء قد امتاز ببيان الأجزاء التي يتركب منها في نظر الشرع، وهي الإيجاب والقبول، فمجرد توافق الإرادتين من غير صدور ما يدل على هذا التوافق لا يستطاع به الحكم على وجود العقد، لأن الإرادة أمر خفي لا يستدل عليه إلا بواسطة الإيجاب والقبول، اللذان يعتبران عناصر العقد الظاهرة بما فيها من إعراب عن تحرك كل من الإرادتين نحوى الأخرى وتلاقيهما على الاتفاق، وهذا التحرك والتلاقي هو المعول عليه في معنى الانعقاد، ولذلك كان تعريفنا مانعا. أما تعريف العقد عند رجال القانون فقد أغفل هذا البيان وقال: "توافق الإرادتين"، رغم أنه قد تكون هناك إرادتان تتفقان على التعاقد ولا تتحرك إحداها نحوى الأخرى فلا يكون عقدا، كما في حالة الوعد ببيع، ولذلك كان تعريف غير مانع<sup>2</sup>.

والعقد في القانون يطلق على الاتفاق الذي يتم في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المدنية، ومن ثم فلا يطلق على الزواج، لأن العقد ما كان مصدرا للالتزام ذي قيمة مالية، وعقد الزواج ليس كذلك، فالحقوق المترتبة عليه إنما تجب بمقتضى القانون ولا تنشأ عن طبيعة العقد. أما في الفقه الإسلامي، فيطلق العقد على ما يكون في دائرة المعاملات المالية وكذلك يطلق على عقد الزواج، لأن العقود وسائر التصرفات الشرعية، أوضاع اعتبرها الشارع مستتبعة آثارها ومفيدة أحكاما خاصة بها<sup>3</sup>.

وبناء على كل ما سبق، يتبين أن تعريف الفقه الإسلامي للعقد أدق تصورا وأحكم منطقا، بينما التعريف القانوني أوضح تصورا وتعبيرا<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل...، المرجع السابق، ج1، ص384؛ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص364.

<sup>2</sup> - رمضان علي السيد الشرنباطي، المرجع السابق، ص345؛ محمد علي عثمان الفقي، المرجع السابق، ص127.

<sup>3</sup> - أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص130.

<sup>4</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل...، المرجع السابق، ج1، ص382.

وبعد تعريف العقد، نجد هناك مصطلحات استعملها الفقهاء أثناء بحثهم للمعاملات المالية، قد تلتبس بالعقد نظرا لوجود نوع من التشابه بينها وبينه، لذا فالواجب التمييز بين كل منها وبين العقد، وهذا ما سنحاول بيانه تبعا.

## الفرع الثاني

### تمييز العقد عن بعض المصطلحات

لكي يتم تحديد المقصود بالعقد، بشكل دقيق، لابد من التمييز بينه وبين بعض المصطلحات التي قد تتشابه معه، ومن ثم كان من المفيد الوقوف على حقيقة هذه المصطلحات ليتبين الفرق بينها وليتميز العقد عن سائرهما.

وستتناول في هذه المقارنة كلا من التصرف (أولا)، ثم الالتزام (ثانيا)، وأخيرا الوعد (ثالثا).

#### أولا- العقد والتصرف

التصرف في اصطلاح الفقهاء هو كل ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته ويرتب عليه الشارع نتيجة ما<sup>1</sup>. وهو نوعان تصرف قولي وتصرف فعلي.

التصرف الفعلي هو ما كان قوامه عملا غير لساني، كالاستلاء على المال المباح، والغصب، والإتلاف<sup>2</sup>.

والتصرف القولي هو ما كان قوامه يصدر عن الإنسان من قول أو كتابة أو إشارة يرتب عليه الشارع حقا معينا<sup>3</sup>، وهو إما أن يكون من قولين صادرين من طرفين يرتبطان، أي يتم نتيجة اتفاق إرادتين كما في البيع، والإجارة، وغيرهما، وهذا هو العقد. وإما يكون من قول واحد يصدر من طرف

1 - أنظر، محمد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، ط10، الدار الجامعية، بيروت، 1985، ص413.

2 - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل...، المرجع السابق، ج1، ص379.

3 - محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص38.



واحد، ويتضمن إنشاء حق أو إنهائه أو إسقاطه كالوقف، والطلاق، والإبراء، والتنازل عن حق الشفعة، وهذا النوع أدخله بعض الفقهاء ضمن العقد. وإما أن يكون تصرفاً خالياً من ذلك، فليس فيه ارتباط بين إرادتين وليس هو إرادة واحدة تتجه إلى إنشاء حق أو إسقاطه، وإنما هو قول تترتب عليه أحكام، كالمدعى فهي طلب حق أمام القضاء، وكالإقرار فهو اعتراف بحق سابق، وكالحلف على نفي دعوى الخصم، وهذا أبعد ما يكون من العقود<sup>1</sup>.

ومن هذا العرض يتبين لنا وجه العلاقة بين التصرف وبين العقد، فإذا كان هذا الأخير على اعتبار أنه توافق إرادتين ينشأ عنه التزام، أو ربط بين كلامين ينشأ عنه حكم شرعي، يكون التصرف الشرعي أعم من العقد، لأن التصرف يشمل العقد بهذا المعنى ويشمل غيره، وإما على اعتبار أن العقد كل ما يترتب عليه التزام سواء كان من توافق إرادتين أم التزام من بإرادة واحدة، فيكون العقد مرادفاً للتصرف ومساو له في المعنى<sup>2</sup>.

غير أن التصرف أعم من العقد مطلقاً حتى بمعناه الواسع الشامل لعقود الإرادة المنفردة، لأن التصرف الشرعي يتناول ما كان بإرادتين كالبيع والإجارة، وما كان بإرادة واحدة كالطلاق والإبراء، كذلك يتناول ما لم يكن فيه شيئاً من ذلك كما في الإخبار بدعوى أو إقرار بحق سابق أو إنكار له أو حلف على نفيه<sup>3</sup>.

أما في الفقه القانوني، فيقصد بالتصرف، اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني<sup>4</sup>، أو إرادة محضة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين يرتبه القانون<sup>5</sup>، وهو قد يكون صادراً من جانبين، وهذا هو العقد، وقد يكون صادراً من جانب واحد، وهذه هي الإرادة المنفردة. وعلى ذلك، فالتصرف القانوني يشمل العقد في اصطلاح رجال القانون بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، كعقد البيع، وعقد

<sup>1</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل...، المرجع السابق، ج1، ص379-380.

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص201.

<sup>3</sup> - أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص132.

<sup>4</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج1، ص37؛ بلحاج العربي، المرجع السابق، ج1، ص40.

<sup>5</sup> - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1997، ص66.

الإيجار، كما يشمل الإرادة المنفردة، وهي تصرف قانوني من جانب واحد ينتج آثار قانونية، كالوعد بجائزة، وإنشاء المؤسسات الخاصة، والوقف.

## ثانياً- العقد والالتزام

لم يكن لكلمة "الالتزام" في الشريعة الإسلامية مسمى خاص أصطلح عليه الفقهاء القدامى، وإنما كان استعمالهم لهذه الكلمة، استعمالاً لغوياً محضاً يحدد معناها عند استعمالها مكانها من الكلام ومقامها فيه وما تعلق بها من قرائن<sup>1</sup>، فهو يتناول عدداً من الروابط المتميزة عن بعضها البعض، وهذه الروابط لا تقل عن أربعة التزامات، فهناك التزام بالدين، والتزام بالعين، والتزام بالعمل والتزام بالتوثيق<sup>2</sup>. هذه الالتزامات المختلفة لم يرى فقهاء الشريعة الإسلامية إدماجها في وحدة تنظمها جميعاً ويكون لها اسم خاص يدل عليها على الرغم من اشتراكها في بعض الأحكام، لأن اشتراكها في بعض الأحكام يصاحبه اختلافها في كثير من الأحكام الأخرى التي تتعلق بكل نوع منها، ومع هذا التباين في الأحكام لم توجد داعية إلى إدماجها في نوع واحد وتحت اسم واحد<sup>3</sup>.

وبذلك يتبين أن الالتزامات في الشريعة الإسلامية كثيرة متنوعة، وأن كل التزام منها قد بحث فيه وفصلت أحكامه بصفة مستقلة عن غيره، دون أن تجمع في أحكام عامة مشتركة وتصاغ في نظرية واضحة المعالم، نظير ما فعله الفقه الغربي إذ أدججها تحت اسم "نظريه الالتزام".

ويعبر فقهاء الشريعة الإسلامية في بعض الحالات على معنى الالتزام بلفظ "الحق"، الذي يشمل عندهم جميع الحقوق مالية كانت أو غير مالية، ويتناولون من الحقوق المالية الحقوق الشخصية والعينية جميعاً<sup>4</sup>، وقد يستعملون أحياناً لفظ الالتزام ويريدون به غالباً الحالات التي يلزم فيها الشخص

<sup>1</sup> - أنظر، علي الخفيف، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2009، ص18.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر... المرجع السابق، ج1، ص15.

<sup>3</sup> - علي الخفيف، التصرف... المرجع السابق، ص19.

<sup>4</sup> - أنظر، مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية، ط1، دار القلم، دمشق، 1999، ص25.

بإرادته المنفردة، وندارا الالتزامات التي تنشأ عن العقد، أما الالتزامات التي تنشأ عن المسؤولية فتسمى الضمانات<sup>1</sup>.

فالالتزام هو تحمل أداء واجب طوعا أو كرها يترتب عليه اشتغال الذمة بحق للغير حتى ينقضي، والتحمل يقصد به التكلف، والأداء هو القيام بفعل كتسليم المبيع ودفع الثمن، أو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ودفع الأجرة، ويكون التحمل طوعا إذا كان سبب الالتزام اختياريا سواء أكان السبب قوليا كالبيع أو فعليا كالأفعال الضارة عن الشخص بإرادته المنفردة الحرة، وقد يكون التحمل كرها إذا كان سبب الالتزام قد وقع رغم إرادة الملتزم بأن لم يكن له إرادة أصلا، كتصرفات عديم الأهلية الضارة، أو كان سبب الالتزام واقعة شرعية مادية كحوادث السيارات أو معنوية كالقرباة فهي سبب لا إرادي للميراث، ويترتب عن ذلك انشغال ذمة بحق للغير حتى يؤدي<sup>2</sup>.

ويفرق الفقهاء المسلمون بين الإلزام والالتزام، فالأول هو إيجاب الشخص على نفسه أمرا، فهو يصدر من سلطة حاكمة خارجة عن الملتزم، والثاني هو إيجاب الشخص على نفسه أمرا جائزا شرعا، فهو يصدر ابتداء من الشخص الملتزم اختيارا من قبل نفسه كما في العقد<sup>3</sup>.

وبناء على ما سبق، يمكن تعريف الالتزام في الفقه الإسلامي بأنه "كل تصرف يتضمن إرادة لإنشاء حق من الحقوق أو إنهائه أو إسقاطه، سواء أكان ذلك من شخص واحد كالوقف، والطلاق المجرد من المال، والإبراء، أم من شخصين كالبيع والإجارة والطلاق على مال"<sup>4</sup>. ويمكن تعريفه بأنه "إيجاب الإنسان أمرا على نفسه إما باختياره وإرادته من تلقاء نفسه، وإما بإلزام الشرع"<sup>5</sup>.

ومن هذا التعريف للالتزام، يتبين لنا وجه العلاقة بينه وبين العقد، فإذا كان العقد على ما ذهب إليه بعض الفقهاء من إطلاقه على كل ما يعزم المرء على فعله، سواء أكان لا بد فيه من توافق

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر... المرجع السابق، ج1، ص14.

<sup>2</sup> - عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، 33.

<sup>3</sup> - محمد علي عثمان الفقي، المرجع السابق، ص128-129.

<sup>4</sup> - محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص413؛ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص365-366.

<sup>5</sup> - أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص21.

إرادتين، أم كان مما يكفي لصدوره بإرادة المرء وحدها، يكون مرادفاً للالتزام. أما على أن العقد لا بد فيه من توافق الإرادتين، فيكون أحص من الالتزام، لأن هذا الأخير يشمل ما صدر من جانب واحد كالوقف واليمين، كما يشمل ما صدر من شخصين أو وجد بإرادتين مزدوجتين كالبيع والإجارة<sup>1</sup>.

ويعرف الالتزام عند فقهاء القانون بأنه: "حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل"<sup>2</sup>. وعلى ذلك فالالتزام علاقة أو رابطة قانونية بين شخصين، يتضمن قيام المدين بأداء ذي قيمة مالية لمصلحة الدائن، وهذا بالنظر إلى زاوية المدين الذي يتحمل غرمه. أما إذا نظرنا إليه من زاوية الدائن، فيعتبر حقاً شخصياً، لأنه يقتصر على القدرة على استفاء أداء معين ذي قيمة مالية من شخص معين. فنظرية الالتزام هي نظرية الحق الشخصي، ولكن جرت العادة على النظر إلى الحق الشخصي من زاوية المدين أكثر منه من زاوية الدائن، لأن فيه واجبا يثقل كاهل الأول أكثر من كونه ميزة لصالح الثاني، لذي غلب استعمال اصطلاح "الالتزام" على استعمال اصطلاح "الحق الشخصي"<sup>3</sup>.

وينازع الالتزام مذهبان، مذهب شخصي ومذهب مادي. فالمذهب الشخصي يرى أن الأمر الجوهري في الالتزام هو أنه رابطة شخصية بين طرفيه، وهي رابطة خضوع المدين لسلطة الدائن. وقد كان هذا الخضوع كلياً في بداية الأمر عند الرومان، إذ كان لدائن سلطة واسعة على المدين فيدخل في ذلك حق الإعدام وحق الاسترقاق وحق التصرف، ثم أخذت هذه السلطة تتناقص فصارت مقصورة على التنفيذ البدني بحبس المدين مثلاً، ومع التطور تلاشت بظهور المذهب المادي عند فقهاء الألمان، إذ أخذ علماءه لا ينظرون إلى الالتزام كونه رابطة شخصية كما كان الأمر في القانون الروماني، بل تعدى الأمر حتى أصبح الالتزام في نظرهم عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص366؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص83.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص125.

<sup>3</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج1، ص19.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص118-119.

وتتلخص الفكرة المادية في أن الجوهر الأساسي في الالتزام ليس الرابطة الشخصية، وإنما محله الذي يمثل قيمة مالية، وبذلك ينفصل الالتزام عن طرفيه ويصبح ذا قيمة مالية، إيجابية في ذمة الدائن وسلبية في ذمة المدين. وينتج عن هذا التحليل أنه أصبح من السهل أن نتصور تغير أشخاص الالتزام فيوجد إلى جانب حوالة الحق حوالة الدين. كما أن المذهب المادي للالتزام مكنت القانون الألماني من الوصول إلى نتائج عملية تقتضيها النظم الاقتصادية المعاصرة التي تفترض المرونة والسرعة في تداول المال، وهذا ما يفسر تأثير العديد من قوانين بلدان العالم بالمذهب المادي بالرغم من أنها تأخذ في الأصل بالمذهب الشخصي<sup>1</sup>.

الفقه الإسلامي ينظر إلى الالتزام نظرة مادية يتجرد بها من طرفيه. أما ما ذهب إليه الفقهاء من حبس المدين بناء على طلب الدائن، فليس ذلك أثرا للالتزام، وإنما شرع كجزاء للمماطلة عن التنفيذ إذ لولاها لتعذر التنفيذ، فيكون بذلك ظلما والظلم في نظر الشريعة الإسلامية جرم يستوجب التعزير فيكون حبسه من قبيل التعزير<sup>2</sup>، والإجبار على التنفيذ بالحبس والإكراه، إنما يكون في حالة يسار قادرا على الوفاء بالتزامه، فلو كان معسرا عاجزا فلا يجوز الضغط عليه، بل يجب انتظار يساره، وذلك مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾<sup>3</sup>.

وبذلك يظهر أن التشريع الإسلامي قد وقف موقفا معتدلا بين النظريتين الشخصية والمادية، فقد غلب فيه الصبغة المادية في طبيعة الالتزام، ولم يهمل فيه الفكرة الشخصية لتبقى كضمان في وجه المماطلين<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - محمد الزين، المرجع السابق، ص 27.

<sup>2</sup> - علي الخفيف، التصرف...، المرجع السابق، ص 26.

<sup>3</sup> - سورة البقرة، الآية 279.

<sup>4</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية...، المرجع السابق، ص 68.

ويميز الفقه القانوني بين عنصرين أساسيين في الالتزام هما، عنصر المديونية وهو الواجب القانوني الذي يفرض على المدين الوفاء بالتزامه، وهي لا تتضمن عامل الإيجاب في الوفاء، وعنصر المسؤولية أو الإيجاب الذي يظهر على الوفاء بالالتزام عند عدم قيام المدين بتنفيذه اختياراً<sup>1</sup>.

ويرى الفقه الإسلامي أن الأصل التلازم بين عنصري المديونية والمسؤولية في الالتزام، فالمكلف بالالتزام هو مدين ومسؤول، وقد ينفك محل المديونية عن المسؤولية لحالات استثنائية، فيكون محل المديونية متعلق بذمة المدين الشخصية، ومحل المسؤولية متعلق بماله، وذلك إذا كان المدين قاصراً، فإن التنفيذ يتعلق بماله دون شخصه فلا يجبس، ولكنه إذا وصل إلى كمال الأهلية بالبلوغ حمل المسؤولية شرعاً، وأصبح ممن الممكن إجباره على الوفاء قضاءً<sup>2</sup>.

يقوم الفقه القانوني على أساس التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني، ومع كل الجهود التي بذلت من الفقهاء لهدم التمييز بين الحقين ومحاولات التقريب بينهما، إلا أنه يبقى التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي قائماً ويعتبر من أهم المسائل الرئيسية في القانون المدني. فالحق العيني سلطة مباشرة لشخص على الشيء، والحق الشخصي رابطة ما بين شخصين تحول أحدهما (الدائن) بأن يلزم الثاني (المدين) بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. فالمهم في الحق العيني هو تحديد محله، في حين أن الحق الشخصي فالمهم فيه هو تحديد المدين. ولهذا فالحق العيني يتكون من عنصرين، صاحب الحق وموضوع الحق، في حين أن الحق الشخصي يتكون من ثلاث عناصر، الدائن والمدين وموضوع الحق<sup>3</sup>.

الشريعة الإسلامية لم يظهر فيها التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني، إلا في بعض عبارات تأتي عرضاً في موضوعات مختلفة فقد ميز فقهاء المسلمين بين حق يتعلق بالعين وحق لا

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ج1، ص20.

<sup>2</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية...، المرجع السابق، ص87-88.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص117-118.

يتعلق بها. وإن كان هذا التمييز يعتبر معياراً في تفرقة الحق الشخصي عن الحق العيني، ولكنه تمييز غير واضح، وبذلك لم تضع منه نظرية ممهدة، تعتبر أساساً لأحكام يتميز بها أحد الحقيين عن الآخر<sup>1</sup>.

فالفقهاء المسلمون فعلاً لم يضعوا نظرية لهذا التمييز، ولكن السبب في ذلك راجع إلى طبيعة وصياغة الفقه الإسلامي، لا إلى قصور نظر الفقهاء للالتفات إلى التمييز، بل ساق الفقهاء المسلمون مجموعة من المسائل أكدوا من خلالها التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني، وذلك من خلال فروع الأحكام المتفرقة<sup>2</sup>.

وبناء على ذلك، لم يتعرض الفقهاء المسلمون إلى قسمة الحق إلى عيني وشخصي، ولا إلى أفراد الحقوق المتصلة بالمال، ولذا لم يصطلحوا على تسميتهما بهذا المعنى في كلامهم، وإن كانت هذه المفردات معروفة في الفقه الإسلامي ولقد تعرض لها الفقهاء ببيان أحكامها في كل بحث بحسب أحواله<sup>3</sup>، دون صياغتها نظرياً بانسجام وإحكام، شأنهم في ذلك صياغة الفقه الإسلامي بالأسلوب الفرعي لا الموضوعي<sup>4</sup>.

### ثالثاً- العقد والوعد

يعرف الوعد بأنه إخبار الشخص عن إنشاء المخبر معروفاً في المستقبل<sup>5</sup>، أو مجرد إخبار عن إنشاء أمر في المستقبل دون التزام له في الحال<sup>6</sup>.

وبالنظر إلى التعريف السابق للوعد وتعريف العقد، يتضح أن الوعد لا يتضمن إنشاء الالتزام في الحال، وإنما هو مجرد إخبار على إنشاء التزام في المستقبل. ولذلك، فإن صيغته تكون بلفظ المضارع. أما العقد، فإنه يتضمن إنشاء التزام في الحال، ولذلك فإن صيغته غالباً ما تكون بلفظ

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية... المرجع السابق، ج1، هامش، ص6.

<sup>2</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية... المرجع السابق، ص39 وما بعدها.

<sup>3</sup> - أنظر، علي الخفيف، الحق والذمة وتأثير الموت فيهما وبحوث أخرى، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2010، ص82-83.

<sup>4</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية... المرجع السابق، ص42.

<sup>5</sup> - أنظر، أحمد إبراهيم بك، العقود والشروط والخيارات، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة، السنة الرابعة، 1934، عدد 1، ص646.

<sup>6</sup> - أنظر، فتحي الدريني، النظريات الفقهية، ط4، منشورات جامعة دمشق، دمشق، 1996-1997، ص268.

الماضي، وقد تكون كذلك بلفظ المضارع إذا دلت القرائن عليه. وهذا هو الفرق بين الوعد والعقد من جهة المعنى والصيغة. أما من جهة الحكم، فإن الفقهاء متفقون على أن العقد يلزم الوفاء به من العاقد، ويجبر القاضي على تنفيذه ممن يمتنع عن القيام بما استوجبه العقد. أما الوعد فإن الفقهاء متفقون على استحباب الوفاء به، وأن الوفاء به ديانة وأنه من مكارم الأخلاق<sup>1</sup>.

ولكنهم اختلفوا في وجوب الوفاء به قضاء، بمعنى أن الواعد إذا عدل عن الوفاء بوعده، فهل يجبره القاضي على الوفاء به كما يجبر العاقد على الوفاء بعقده أم لا؟ على النحو الآتي:

**- الرأي الأول:** لا يجبر الواعد على الوفاء بوعده قضاء، وإنما هو مخير بين أن يفى بوعده وبين ألا يفى به، فإذا وفى بوعده كان حسناً، وإلى هذا الاتجاه ذهب جمهور الفقهاء<sup>2</sup>، فالوعد إذن حسب هذا الرأي لا يجب الوفاء به قضاء، وأنه لا يكسب الموعد حقاً قبل الواعد إلا حقاً أدبياً فقط، لا سبيل للقضاء إلى إلزامه به<sup>3</sup>.

**- الرأي الثاني:** يلزم للواعد على الوفاء بوعده إذا امتنع قضاء<sup>4</sup>.

**- الرأي الثالث:** وهو ما ذهب إليه المالكية، ولهم أربعة أقوال:

1- أن الواعد لا يلزمه الوفاء به في جميع الأحوال<sup>5</sup>.

2- أن الواعد يجبر على الوفاء بوعده قضاء في جميع الأحوال<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص366؛ رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص347-348.

<sup>2</sup> - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ج8، ص28.

<sup>3</sup> - أحمد إبراهيم بك، العقود...، المرجع السابق، ص646.

<sup>4</sup> - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ج8، ص28.

<sup>5</sup> - أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القراني، المرجع السابق، ج4، ص55.

<sup>6</sup> - أنظر، محمد علي حسين المكي المالكي، تهذيب الفروق، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998، ص58.



3- أن الواعد يلزمه الوفاء بوعده، إذا كان وعده معلقا على سبب وإلا فلا، سواء دخل الموعد في السبب أو لم يدخل<sup>1</sup>.

4- أن الواعد يلزمه الوفاء بوعده إذا كان معلقا على سبب، ودخل الموعد في السبب من أجل الوعد، فإنه يجب الوفاء به قضاء كما يجب الوفاء بالعقد، وهذا هو المشهور من الأقوال عند المالكية<sup>2</sup>.

هذه هي آراء الفقهاء في الوعد، والرأي الراجح هو وجوب الوفاء بالوعد قضاء، إلا إذا وجد ما يمنع من الوفاء، كموت الواعد أو إفلاسه<sup>3</sup>، لأن هذا القول هو الذي يتفق مع النصوص الواردة في الكتاب والسنة، الأمانة بالوفاء بالالتزام عقدا كان أو وعدا، والواصفة مخلف الوعد بالنفاق. والتي منها قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>4</sup>، وقوله جل شأنه: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾<sup>5</sup>، ويقول ﷺ "آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا ائتمن خان"<sup>6</sup>.

وعلى هذا القول، نصت المادة 71 فقرة أولى من القانون المدني الجزائري على أن الوعد يكون ملزما متى توفرت فيه جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب من خلالها إظهار الرغبة في التعاقد. وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين مثل الهبة والرهن الرسمي، فهذا الشكل يجب أيضا مراعاته في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد، وذلك طبقا للفقرة الثانية من ذات المادة.

<sup>1</sup> - أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، المرجع السابق، ج4، ص55-56.

<sup>2</sup> - أنظر، أبو عبد الله محمد أحمد عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، ج1، دار المعرفة، بيروت، د س ن، ص245-255.

<sup>3</sup> - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص367.

<sup>4</sup> - سورة المائدة، الآية 1.

<sup>5</sup> - سورة الاسراء، الآية 34.

<sup>6</sup> - أنظر، أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، ج1، ط1، المطبعة السلفية، القاهرة، 1400، ص27.

ويجب لصحة الوعد، أن يكون الواعد وقت إبرامه ذا أهلية للعقد الذي التزم بإبرامه، وعيوب الإرادة بالنسبة للواعد تقدر وقت الوعد أيضا، لأنه لا يصدر منه رضاء بعد، ذلك إذ أن العقد النهائي يتم بمجرد إعلان الموعد له رغبته. أما أهلية الموعد له، فيكفي في هذا الوقت أن يكون مميزا، على أن يكون أهلا للعقد الموعد به وقت إظهار رغبته فيه، وعيوب الإرادة بالنسبة إليه تقدر وقت الوعد ووقت التعاقد النهائي معا، إذ أنه يصدر منه رضاء في كل من هذين الوقتين، فيستلزم الأمر أن يكون رضاؤه صحيحا في كل منهما<sup>1</sup>.

فإذا أظهر الموعد له رغبته في إبرام العقد الموعد به خلال المدة المتفق عليها، تم العقد بمجرد ظهور هذه الرغبة دون حاجة إلى رضاء جديد من الواعد، فإذا كان العقد الموعد به بيعا مثلا وأظهر الموعد له رغبته ترتبت آثار عقد البيع فيصبح البائع ملتزما بتسليم المبيع والمشتري ملتزما بدفع الثمن. أما إذا نكل الواعد ورفض تنفيذ الوعد، جاز استصدار حكم قضائي، وقام هذا الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد، وذلك طبقا لما تقضي به المادة 72 من القانون المدني الجزائري.

والعقد في الفقه الإسلامي من حيث الصحة والعدم، أكثر تدرجا من القانون المدني. فهو ينقسم إلى عقد صحيح وعقد غير صحيح. والعقد الصحيح إما موقوف غير نافذ، أو نافذ غير لازم، أو نافذ لازم. والعقد غير الصحيح إما باطل أو فاسد. أما القانون المدني فيقسم العقد إلى عقد صحيح وعقد باطل. والعقد الباطل إما مطلق، أو نسبي. وهذا ما سنحاول دراسته تبعا.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص272-273.

## المطلب الثاني

### أقسام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني

لقد أولى فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى منهم والمحدثين، عناية خاصة بموضوع تقسيم العقود وذلك للتسهيل في فهمها واستيعاب أحكامها، ومن أبرز ذلك العقد من حيث الصحة والعدم إلى قسمين كما هو رأي الجمهور، أو ثلاثة كما هو رأي الحنفية.

كما أن فقهاء القانون المدني قد عنوا اهتماما بالغا لدراسة هذا الموضوع، فجعلوا العقد إما صحيح وإما باطل، والبطلان إما مطلق أو نسبي.

وفقا لما سبق، يمكن إثارة التساؤل التالي: كيف قسم فقهاء الشريعة والقانون العقد من حيث الصحة والعدم؟

وبناء على الإشكالية المثارة، سيخصص هذا المطلب لبيان أقسام العقد في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، ثم أقسام العقد في القانون المدني (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### أقسام العقد في الفقه الإسلامي

ينقسم العقد<sup>1</sup> في الفقه الإسلامي بحسب الوصف الذي يعطى له وبناء على مقدار استيفائه لأركانه وشروطه إلى عقد صحيح وعقد غير صحيح، ولا خلاف بين الفقهاء بشأن هذا التقسيم،

---

<sup>1</sup> - تنقسم العقود إلى أقسام متعددة تبعا لاعتبارات مختلفة، وقد يوصف العقد الواحد بأكثر من وصف ويدخل تحت أكثر من تقسيم إذا تعددت الاعتبارات فيه: فتقسم باعتبار وصف الشارع لها وترتب آثارها إلى صحيحة وغير صحيحة، وتنقسم من حيث الغرض المقصود منها إلى تملكات وإسقاطات وإطلاقات وتقييدات وشركات وتوثيقات وإستحفاظات، وتنقسم بحسب اكتفاء إرادة المتعاقدين أو اشتراط شيء آخر معها إلى عينية وغير عينية، وتنقسم باعتبار اتصال آثارها أو تأخرها إلى منجزة ومضافة ومعلقة، وتنقسم من حيث تسميتها وتكفل الشارع لها إلى مسماة وغير مسماة. محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 550 وما بعدها؛ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 479؛ عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 72 وما بعدها؛ محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص 115 وما بعدها؛ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 272 وما بعدها.

فالصحيح وغير الصحيح ضدان لا يجتمعان، ولهذا كان بديهيًا أن يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن العقد إما صحيح وإما غير صحيح.

ومن تتبع كتب فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى منهم والمحدثين، يكاد لا يجد خلافا في تقسيم العقد الصحيح، غير أن الخلاف على أشده في تقسيم العقد غير الصحيح. فما هو أساس الخلاف بين الفقهاء في تقسيم العقد غير الصحيح؟

سيتم دراسة العقد الصحيح (أولا)، ثم العقد غير الصحيح (ثانيا).

### أولا- العقد الصحيح

الصحيح لغة: عكس السقيم، فصحيح الأديم هو البراءة من كل عيب، وصححت الكتاب والحساب إذ كان سقيما فأصلحت خطأه<sup>1</sup>، والصحيح ضد الباطل<sup>2</sup>.

والصحة اصطلاحًا: استتباع الغاية، والغاية في المعاملات هي عبارة عن ترتب آثارها عليها<sup>3</sup>. وبهذا تكون الصحة في المعاملات هي ترتب آثار العقد الشرعية عليه<sup>4</sup>. وبعبارة أخرى فالصحة في عقود المعاملات: "ترتب ثمرته المطلوبة عليه"<sup>5</sup>.

فإذا كان الذي باشره المكلف سببا شرعيا كالبيع والنكاح وسائر العقود والتصرفات، قد استوفى أركانه وشروطه الشرعية المطلوبة، ترتب كل سبب أثره الشرعي الذي رتبته الشارع عليه كحل الانتفاع في البيع والاستمتاع في النكاح. وبذلك يعرف الفقهاء العقد الصحيح بأنه ما كان مستوفيا

<sup>1</sup> - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، المرجع السابق، ج2، 507-508.

<sup>2</sup> - أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص127.

<sup>3</sup> - أنظر، جمال الدين أبي محمد عبد الرحيم بن الحسن الآسنوي، نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول، ج1، عالم الكتب، القاهرة، 1343<sup>هـ</sup>، ص97.

<sup>4</sup> - أنظر، محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985، ص65؛ عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص293؛ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص80.

<sup>5</sup> - أنظر، علي بن محمد الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج1، ط1، دار الصميعي، الرياض، 2003، ص174.

أركانه وشروطه على وجه تترتب آثاره الشرعية عليه<sup>1</sup>. أو هو كما عرفه فقهاء الحنفية بأنه: "ما كان مشروعاً بأصله ووصفه"<sup>2</sup>. ويعنون بذلك أنه سليم من الخلل في أركانه وأوصافه، ويتحقق فيه ذلك بأن يكون بصيغة سليمة واضحة الدلالة على إرادة إنشائه، وصادر من أهل له في محل قابل لحكمه، ولم يعرض له من الأوصاف ما يجعله منهياً عنه شرعاً<sup>3</sup>.

وعلى هذا نصت المادة 217 من كتاب مرشد الحيران على أن: "العقد الصحيح الذي يظهر أثره بانعقاده هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً. والمراد بمشروعيته ذاته ووصفه أن يكون ركنه صادر من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه وأن تكون أوصافه صحيحة سالمة من الخلل وأن لا يكون مقروناً بشرط من الشروط المفسدة للعقد"<sup>4</sup>.

فإذا كان العقد بيعاً مثلاً لزم لصدوره صحيحاً أن يباشره شخصان متميزان بإيجاب وقبول متوافقين دالين على إنشائه في محل قابل لحكمه وهو المال المتقوم ولم يقترن به توقيت ولا جهالة في المبيع ولا عدم تقوم في الثمن، ولم تلابسه جهالة فاحشة ولم يصاحبه ما يوجب غرراً أو يفضي إلى نزاع أو يؤدي إلى فقد شرط من شروط صحته، ولا غير ذلك مما جعله الشارع سبباً للنهي عنه<sup>5</sup>.

وإذا كان العقد نكاحاً وجب أن يصدر من مميزين بعبارتين دالتين على معناه في محله وهو المرأة، غير مقارن كذلك لوصف من الأوصاف كرهه الشارع فيه ونهى عنه بسببه. كأن يكون بلا شهود أو كون المرأة محرمة من أسباب التحريم<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص408؛ علي الخفيف، أحكام...، المرجع السابق، ص328؛ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص482.

<sup>2</sup> - أنظر، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج4، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1314، ص44؛ أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، ج12، دار المعرفة، بيروت، 1989، ص190؛ صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، ط3، دار العلم لملايين، بيروت، 1983، ص266؛ المادة 108 من مجلة الأحكام العدلية، المرجع السابق، ص34.

<sup>3</sup> - علي الخفيف، أحكام...، المرجع السابق، ص328.

<sup>4</sup> - محمد قدري باشا، المرجع السابق، ص35.

<sup>5</sup> - عبد الرازق حسن فرج، المرجع السابق، ص19-20.

<sup>6</sup> - علي الخفيف، أحكام...، المرجع السابق، ص329.

وحكم العقد الصحيح أنه ينتج آثاره المترتبة عليه في الحال<sup>1</sup>، ما لم يعرض له ما يوقفه أو يحول دون لزمه. وهذا يعني أن العقد الصحيح قد يكون موقوفاً وقد يكون نافذاً، وهذا الأخير قد يكون لازماً وقد يكون غير لازم، وعليه ينقسم العقد الصحيح إلى قسمين هما<sup>2</sup>: العقد الصحيح النافذ (I)، والعقد الصحيح الموقوف (II). على الاختلاف حول الأخير بين الفقهاء.

## I - العقد الصحيح النافذ

العقد النافذ هو العقد الصحيح الذي يصدر من شخص يتمتع بالأهلية، وله ولاية إصداره سواء كانت هذه الولاية أصلية أو نيايية، كالعقد الذي ينشأه البالغ العاقل الرشيد لنفسه في ماله، أو يعقده الولي أو الوصي للقاصر، أو يعقده ممن وكل توكيلاً صحيحاً<sup>3</sup>.

وشروط نفاذ العقد كما وردت في الفقه الحنفي<sup>4</sup> هي: الملك والولاية وأن لا يتعلق بالشيء المتصرف فيه حق لغيره، فهي في مضمونها لا تخرج عن شرطين: أولهما في العاقد، وثانيهما في المعقود عليه.

فالشرط الذي في العقد هو أن يكون له حق التصرف فيما يبيعه أو يؤجره، كأن يكون مالكا أو وكيلاً للمالكة أو ولياً أو وصياً عليه، فإن لم يكن كذلك بأن كان فضولياً أو محجوراً عليه كالصبي المميز في تصرفاته المالية الدائرة بين النفع والضرر كان التصرف موقوفاً على إجازة ممن يملكها شرعاً.

أما الشرط الذي في المعقود عليه ألا يكون متعلقاً به حق لغيره، فإن تعلق به حق لغيره بأن كان مستأجراً أو مرهوناً كان التصرف موقوفاً على إجازة المستأجر أو المرتهن لتعلق أحدهما به.

<sup>1</sup> - أنظر، محمد سراج، نظرية العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 163.

<sup>2</sup> - زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، المرجع السابق، ج 6، ص 76.

<sup>3</sup> - أنظر، أحمد إبراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية، المطبعة الفنية، القاهرة، 1936، ص 94؛ عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية، 1969، ص 368؛ عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 77؛ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 556.

<sup>4</sup> - أنظر، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، شرح فتح القدير، ج 5، ط 1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1316<sup>هـ</sup>، ص 74؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج 7، ص 15؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج 6، ص 573؛ مجموعة علماء الهند تحت إشراف محمد عالمكير، الفتاوى المالكية المعروفة بالفتاوى الهندية، ج 3، ط 2، المطبعة الأميرية، مصر، 1310<sup>هـ</sup>، ص 3.

ولقد نصت على شروط النفاذ المادة 365 من مجلة الأحكام العدلية في بيانها عن أحكام أنواع البيوع وذلك بقولها: "يشترط لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكا أو وكيلًا لمالكه أو وليه أو وصيه وأن لا يكون في المبيع حق آخر"<sup>1</sup>. كما نصت المادة 182 من كتاب مرشد الحيران على أنه: "يشترط لنفاذ عقود المعاوضات الواردة على الأعيان المالية أو على منافعها أن يكون المتصرف في العين الواردة عليها مالكا لها أو وكيلًا عن مالكتها إن كان عاقلا بالغًا أو وليا أو وصيا عليه إن كان صغيرا أو كبيرا أو معتوها وأن لا يتعلق بالعين حق لغير المتصرف فيها"<sup>2</sup>.

وحكم العقد النافذ ترتب آثاره في الحال من غير توقف على إجازة أحد، فالملكية مثلا والتي هي أثر للبيع تثبت في الحال ويصبح المشتري مالكا بمجرد العقد<sup>3</sup>، سواء كان ترتيب الأثر فور صدوره كما في العقد المنجز، أو بعد فترة من الزمن كما في العقد المضاف إلى زمن المستقبل، فإنه تترتب آثاره بحلول الوقت الذي أضيف إليه<sup>4</sup>.

ومتى كان العقد نافذا لزم الوفاء به، لأن العاقد متى أنشأه إلا رغبة في الالتزام بأثره المترتب عليه، غير أن العقود تختلف بطبيعتها فوق ما تقتضيه حاجة المتعاقدين ومصالحهم في بقاء العقد لازما أو في فسخه والخروج عن الالتزام<sup>5</sup>. فقسم الفقهاء العقد الصحيح النافذ إلى لازم وغير لازم.

<sup>1</sup> - لجنة من العلماء برئاسة أحمد جودت باشا، المرجع السابق، ص65.

<sup>2</sup> - محمد قدرى باشا، المرجع السابق، ص29.

<sup>3</sup> - أنظر، علي حيدر، دُرر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص109.

<sup>4</sup> - محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص557.

<sup>5</sup> - محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص123.

## أ- العقد النافذ اللازم

الأصل في العقود الصحيحة النافذة اللزوم أي ليس لأحد طرفيها الانفراد بفسخها أو إبطالها، نظرا للقوة الملزمة للعقود<sup>1</sup>، ولأن الوفاء بالعقود أمر واجب وذلك مصداقا لقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>2</sup>.

والعقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ لا تدخلها الخيارات، لأن الخيار معناه أن يكون لأحد العاقدين الحق في فسخ العقد، وهو ما ينافي طبيعة العقد اللازم<sup>3</sup>.

وعليه، لقد عرف فقهاء الشريعة الإسلامية العقد النافذ اللازم بأنه: "ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير ولا خيار فيه"<sup>4</sup>. أو هو العقد النافذ العاري من الخيارات<sup>5</sup>.

وحكم هذا العقد أنه ينتج آثاره التي رتبها الشارع عليه من غير توقف على إجازة أحد، ويجب على كل واحد منهما الوفاء بمقتضاه، بحيث إذا امتنع عن الوفاء كان آثماً عاصياً أجبر على الوفاء به قضاء<sup>6</sup>.

غير أنه إذا كان لا يمكن لأحد المتعاقدين في العقد النافذ اللازم أن يستقل بفسخه والرجوع عنه، إلا أنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على فسخه، إذا كانت طبيعته لا تأتي ذلك.

وإذا كانت الاجتهادات الإسلامية متفقة على أن العقد متى اكتسب صفة اللزوم ليس لأحد العاقدين فيه الرجوع إلا باتفاقهما. غير أن هذه الاجتهادات قد اختلفت في الوقت الذي يكتسب فيه هذا العقد صفة اللزوم.

<sup>1</sup> - أنظر، عبد الرحمن الصابوني، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ج2، ط4، المطبعة الجديدة، دمشق، 1978-1979، ص192-193؛ محمد أبو زهرة، الملكية... المرجع السابق، ص421.

<sup>2</sup> - سورة المائدة، الآية 1.

<sup>3</sup> - محمد أبو زهرة، الملكية... المرجع السابق، ص422.

<sup>4</sup> - زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، المرجع السابق، ج6، ص75؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج7، ص234.

<sup>5</sup> - صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص270؛ المادة 114 من مجلة الأحكام العدلية، المادة 183 من مرشد الخيران.

<sup>6</sup> - أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص274.



فذهب فقهاء الشافعية<sup>1</sup> والحنابلة<sup>2</sup>، إلى أنه في عقد البيع وسائر العقود اللازمة القابلة للفسخ لا يكتسب العقد صفة اللزوم، إلا بعد أن ينقضي مجلس العقد بتفرق العاقدين بأبداهما، أما قبل ذلك فلكل واحد من العاقدين أن يرجع عن العقد. ويستند أصحاب هذا الرأي في إثباتهم، بحديث رسول الله ﷺ: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا"<sup>3</sup>. وفي رواية أخرى: "المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر"<sup>4</sup>. الحديث يفسر على أن العقد بعد تمامه واقتران الإيجاب والقبول يكون غير لازم، فلكل واحد من العاقدين حق الرجوع إلا أن يفتقا بأبداهما عن مجلس العقد فينقض المجلس ويلزم العقد<sup>5</sup>. هذه الحجة الكبرى التي يستند إليها أصحاب خيار المجلس.

في حين يرى فقهاء المالكية<sup>6</sup> والحنفية<sup>7</sup>، إلى أن العقد اللازم متى انعقد أصبح مبرما بمجرد تمام الإيجاب والقبول، وليس لأحد العاقدين الرجوع إلا موافقة الطرف الآخر. وأصحاب هذا الاتجاه يؤولون التفرقة الواردة في الحديث المتضمن خيار المجلس تأويلا على معنى يتفق مع مذهبهم<sup>8</sup>، وسيتدلون على اللزوم الفوري في العقود اللازمة بأدلة من الكتاب والسنة والقياس<sup>9</sup>.

ومن خلال هذين الرأيين، يتبين أن الراجح هو المذهب الذي لا يأخذ بخيار المجلس لأنه أقطع للخلاف بين المتبايعين، وأجرى مع الحاجة العملية إلى البتات السريع في مؤاخذه المرء بإرادته الجازمة المنشئة في التصرفات المدنية، ويتفق أيضا مع نظرة الشارع الإسلامي في سائر العقود الأخرى كعقد

<sup>1</sup> - أنظر، أبي إسحاق الشيرازي، المهذب، ج3، ط1، دار القلم، دمشق، 1996، ص11.

<sup>2</sup> - أنظر، موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج6، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، ص10.

<sup>3</sup> - أنظر، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، ج3، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1997، ص475؛ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج2، ص92.

<sup>4</sup> - أنظر، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، ج5، شركة مصطفى الباجي الحلبي وشركائه، مصر، 1971، ص208.

<sup>5</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر... المرجع السابق، ج2، ص35.

<sup>6</sup> - أنظر، مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج3، ط2، دار الفكر، 1980، ص234؛ محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط6، دار المعرفة، بيروت، 1982، ص170.

<sup>7</sup> - أنظر، برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج5، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1315<sup>هـ</sup>، ص81؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ج5، ص81؛ زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، المرجع السابق، ج5، ص283؛ فخر الدين عثمان بن علي الزيلي، المرجع السابق، ج4، ص3.

<sup>8</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي...، المرجع السابق، ج1، ص522-523.

<sup>9</sup> - محمد أبو زهرة، الملكية...، المرجع السابق، ص209-210.

النكاح مثلا الذي هو أعظم من عقد البيع شأنا وأكبر خطرا، إذ لم يجعل في شيء منها خيارا طبيعيا بعد تمام القبول<sup>1</sup>.

وإذا كان الأصل في العقود النافذة لزوم - كما قلنا -، أي لا يستطيع أحد أطرافها الانفراد بفسخها وذلك نظرا للقوة الملزمة للعقد، غير أن الشارع ولمصلحة العاقدين أو لطبيعة العقد نفسه أن يجعل ما هو لازم ليس بلازم، إما لأحد أطراف العقد ولكليهما<sup>2</sup>، وهذا ما يعرف بالعقد غير اللازم.

### ب- العقد النافذ غير اللازم

العقد الصحيح النافذ غير اللازم، هو العقد الذي يستطيع كل واحد من طرفيه أو أحدهما فقط، أن يتحلل من الرابطة التعاقدية بإرادته المنفردة، دون توقف على رضا الطرف الآخر<sup>3</sup>.

ومن خلال هذا التعريف، يتبين أن العقد النافذ غير اللازم ينقسم إلى قسمين: عقد نافذ غير لازم من الجانبين، وعقد نافذ غير لازم من جانب واحد.

### 1- العقد النافذ غير اللازم من الجانبين

هو العقد الذي يجوز فيه لكل من العاقدين حق فسخه ولو بدون رضا الطرف الآخر، وذلك كالوديعة والوكالة والعارية وغيرها. فالمودع عليه مكلف بالحفظ وليس له مصلحة في بقاء الوديعة تحت يده. فله أن يفسخ عقد الإيداع بمحض إرادته، والمودع يتمتع بحرية التصرف التي تجعله قادرا على استرداد وديعته. والموكل يتلقى الوكالة دون إلزام باستمرار فيملك الرجوع فيها، كما أن الوكيل يعطي وكالته للمدى الزمني الذي يريده أو إنجاز العمل الذي يرغب في إنجازه وله أن يرجع عند انتهائه أو

<sup>1</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي...، المرجع السابق، ج1، 523.

<sup>2</sup> - عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ج2، ص193.

<sup>3</sup> - أنظر، محمد حسنين، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988، ص53؛ عبد الفتاح تقية، خصائص القاعدة التنظيمية في الشريعة الإسلامية، م ج، 2012، عدد4، ص65.

عندما يريد. وكلك المعير فهو متبرع بمنفعة الشيء فله أن يرد العارية متى شاء، وكذا المستعير فله أن يستغني عن الانتفاع ويرد العارية متى شاء<sup>1</sup>.

## 2- العقد النافذ غير اللازم من جانب واحد

هو العقد الذي يكون فيه عدم اللزوم من جانب أحد العاقدين فقط، بمعنى أنه لازم بالنسبة لأحد العاقدين وغير لازم بالنسبة للآخر، كالمرتهن في عقد الرهن والمكفول في عقد الكفالة. فالمرتحن يكون الرهن مقرر لمصلحته فله أن يتنازل عنه بإرادته المنفردة، في حين أن الراهن لا يملك ذلك لتعلق حق المرتحن بالعين المرهونة، فهو ملتزم بإبرام الرهن ولا يملك الرجوع فيه. والمكفول فهو مستفيد من الكفالة فله أن يستغني عنها، بخلاف الكفيل فهو ملتزم أمام الدائن<sup>2</sup>.

وقد يكون العقد لازماً لطرفيه بحسب الأصل وهي عقود المعاوضات المالية، إلا أنه قد تطرأ عليه أمور تخلع منه صفة اللزوم<sup>3</sup>، كما لو اشترى الشخص شيئاً بشرط أن يكون له الخيار مدة معينة وذلك لتروي وإمعان النظر في الموضوع، وهذا هو خيار الشرط. وكما لو تبين للعاقد أن بالمعقود عليه عيباً لم يكن موجوداً عند المتعاقد فله أن يرجع في المبيع، وهذا هو خيار العيب. وكما لو تعاقد الشخص على شيء لم يكن قد رآه من قبل فله الخيار، وهذا هو خيار الرؤية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج9، ص207؛ أبو العباس أحمد بن إدريس السنهالجي القرافي، المرجع السابق، ج4، ص36؛ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المرجع السابق، ج2، ص21؛ زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، المرجع السابق، ج5، ص282؛ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي...، المرجع السابق، ج1، ص525، أنظر، عبد الفتاح تقيّة، خصائص القاعدة التنظيمية في الشريعة الإسلامية، م ج، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012، عدد4، ص65-66.

<sup>2</sup> - أنظر، زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، الأشباه والنظائر، دار الفكر، دمشق، 1999، ص400؛ محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع، ج8، ط1، دار ابن الجوزي، السعودية، 1425، ص271؛ علي حيدر، المرجع السابق، ج1، ص110؛ محمد أبو زهرة، الملكية...، المرجع السابق، ص224؛ عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ج2، ص194؛ عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص79-80؛ محمد حسنين، المرجع السابق، ص53.

<sup>3</sup> - عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص66.

<sup>4</sup> - أنظر، محمد سعيد جعفرور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هوم، الجزائر، 1998، ص10.

وأنواع الخيارات كثيرة اختلف الفقهاء في عددها، منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه، وأهم هذه الخيارات خيار شرط وخيار العيب وخيار الرؤية<sup>1</sup>.

فهذه الخيارات إذا وجدت في العقد كان غير لازم، وهذا ما نصت عليه المادة 115 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "البيع غير اللازم هو البيع النافذ الذي فيه أحد الخيارات"<sup>2</sup>.

وعدم اللزوم يكون كذلك إذا صدر من معيب الإرادة، وهذا حسب رأي جانب من الفقه، وعلى رأسهم المالكية، فمن اعترى إرادته أحد عيوبها له الخيار في فسخ العقد أو إمضائه<sup>3</sup>.

قلنا، أن العقد الصحيح النافذ هو الذي يصدر من شخص أهلاً لمباشرته وله ولاية إصداره. أما إذا صدر من شخص هو أهل لمباشرته، ولكن ليس له ولاية إنشائه، فيكون العقد إذاً موقوفاً.

## II - العقد الصحيح الموقوف

إن فقهاء الشريعة الإسلامية يشترطون لصحة العقد ونفاذه أن يكون للعاقدة ولاية على محل العقد وولاية على نوع التصرف. فإذا تخلف أحد هذين العنصرين كان العقد صحيحاً ولكنه لا ينفذ، بل يكون موقوفاً<sup>4</sup>، وذلك أن الولاية في الرأي الغالب في الفقه الإسلامي تعتبر شرط نفاذ لا شرط انعقاد<sup>5</sup>.

والولاية على محل العقد تكون بأن يثبت للمتعاقد حق الملك في هذا المحل أو النيابة عن المالك، وأن لا يتعلق بالمالك حق الغير كأن يكون مرهوناً أو مستأجراً، فغير المالك (الفضولي) ليست

<sup>1</sup> - راجع أنواع الخيارات: زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج6، ص2 وما بعدها؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج7، ص101 وما بعدها، أحمد إبراهيم بك، المعاملات...، المرجع السابق، ص101 وما بعدها؛ علي الخفيف، أحكام...، المرجع السابق، ص361 وما بعدها؛ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص303 وما بعدها.

<sup>2</sup> - لجنة من العلماء برئاسة أحمد جودت باشا، المرجع السابق، ص35.

<sup>3</sup> - أنظر، أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب الرعيبي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج6، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2007، ص36؛ أبي عبد الله محمد الخرشبي، شرح الخرشبي على مختصر خليل، ج5، ط2، المكتبة الكبرى الأميرية، مصر، 1318<sup>هـ</sup>، ص10 و152؛ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص6 و126.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر...، المرجع السابق، ج4، ص128؛ محمد حسنين، المرجع السابق، ص16.

<sup>5</sup> - محمد سعيد جعفرور، نظرات...، المرجع السابق، ص90.

له ولاية على محل العقد، وإن كان كامل الأهلية، فيكون العقد حينئذ موقوف على إجازة المالك، ومالك العين المرهونة والمستأجرة ليست له ولاية كاملة على محل العقد، وذلك لتعلق حق الدائن المرتهن أو المستأجر به فيكون العقد موقوفاً على إجازة المرتهن أو المستأجر<sup>1</sup>.

أما الولاية على التصرف فتكون باستكمال العاقد القدر الواجب من التمييز حسب نوع التصرف الذي يباشره، فتصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر تنعقد موقوفة على إجازة من يملكها من ولي أو وصي<sup>2</sup>.

فالعقد الموقوف إذا هو الذي يتوقف ترتب أثره عليه بالفعل على إجازة ممن يملكها شرعاً<sup>3</sup>. ولم يكن هذا النوع من العقد محل اتفاق بين فقهاء الشريعة الإسلامية ذلك أنهم اختلفوا في تحديد مرتبته بين الصحة والبطلان، وانقسموا في هذا إلى رأيين:

### أ- الرأي القائل بصحة العقد الموقوف

يرى أصحاب هذا الرأي أن العقد الموقوف قسم من العقود الصحيحة، وذلك لاستيفاء أركانه وشروط انعقاده، فهو ينطبق عليه تعريف العقد الصحيح من أنه مشروع بأصله ووصفه، كما ينطبق عليه حكم العقد الصحيح، فليس توقف أثره على الإجازة إلا كتوقف العقد المقترن بخيار عقدي على

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر... المرجع السابق، ج4، ص91؛ عبد الرازق حسن فرج، المرجع السابق، ص128.  
- Cf. Mohamed EL-ALFY, Les contrats valides et les contrats nuls en droit musulman, journal of law, Koweit, 1980, n<sup>o</sup>.2, p5.

<sup>2</sup> - محمد سعيد جعفر، نظرات... المرجع السابق، ص90.

<sup>3</sup> - أنظر، أبي القاسم محمد بن أحمد بن مجزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، د د ن، د س ن، ص391؛ محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص172؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1997، ص21-22؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ج4، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص1381؛ موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، ج6، ص294-295؛ زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، البحر... المرجع السابق، ج5، ص281؛ أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المرجع السابق، ج13، ص153؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ج5، ص309؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج6، ص569؛ أبي عبد الله محمد الخرشبي، المرجع السابق، ج5، ص292؛ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص12؛ أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القراني، المرجع السابق، ج3، ص380-382؛ أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج9، ص312.

إسقاطه لمن شرع له الخيار، والعقد المقترن بخيار عقدي هو جائز بالاتفاق<sup>1</sup>. وذهب إلى هذا الرأي كل من الحنفية<sup>2</sup>، والمالكية<sup>3</sup>، واتفق معهم الحنابلة في إحدى الروايتين<sup>4</sup>، والشافعية في المذهب القديم، وحكى عن المذهب الجديد أيضا القول بالوقف على الإجازة<sup>5</sup>. وأخذ بهذا الرأي كذلك الشيعة الامامية، والزيدية، والاباضية في إحدى الروايتين عندهم<sup>6</sup>.

واستدل أصحاب هذا الرأي بأدلة من الكتاب والسنة، كما استدلو أيضا بالقياس والمصلحة والمعقول. أما من الكتاب، فقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾<sup>7</sup>. وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾<sup>8</sup>. وقوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ﴾<sup>9</sup>. وجه الدلالة من هذه الآيات أن الله سبحانه وتعالى شرع البيع والتجارة وابتغاء المال، من غير فصل ما إذا كان العقد نافذا أو موقوفا، وسواء وجد الرضا من العاقدين في الابتداء، أم وجد عند صدور الإجازة من المالك في الانتهاء، فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، عجلي بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2005، ص26-27.

<sup>2</sup> - زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج6، ص76؛ أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المرجع السابق، ج13، ص154؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ج5، ص185؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج7، ص234.

<sup>3</sup> - أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، المرجع السابق، ص391؛ محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ج2، ص172؛ أبي عبد الله محمد الخرشبي، المرجع السابق، ج5، ص292؛ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص12.

<sup>4</sup> - ابن تيمية، المرجع السابق، ص225-226؛ موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، ج6، ص294-295.

<sup>5</sup> - أنظر، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج، ج3، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص403؛ أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج9، ص312؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج2، ص21-22.

<sup>6</sup> - عبد الرازق حسن فوج، المرجع السابق، ص53.

<sup>7</sup> - سورة البقرة، الآية 275.

<sup>8</sup> - سورة النساء، الآية 29.

<sup>9</sup> - سورة الجمعة، الآية 10.

<sup>10</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج6، ص576.

كما استدلووا أيضا بعموم قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾<sup>1</sup>. فالله سبحانه وتعالى يأمر عباده بالمعاونة على فعل الخيرات وهو البر وترك المنكرات وهو التقوى، وينهاهم عن التعاون عن المآثم والتناصر على الباطل<sup>2</sup>. فالفضولي قد قام بتصرفه هذا بالبر بالمالك والإحسان إليه وإعانتته على ما هو خير له، حتى ولو ثبت التعدي من جانبه، فلا ضرر يقع على المالك، لأنه مخير فإذا رأى المصلحة فيه نفذه وإلا رده<sup>3</sup>.

نوقش ذلك بأن تصرف الفضولي ليس من البر والتقوى بل من الإثم والعدوان<sup>4</sup>.

وقد أوجب بأن تصرف الفضولي ليس من الإثم والعدوان في شيء، لأن المالك قد يجيز العقد ويرضى به إذا تحققت له فائدة، وإذا لم تتحقق له فائدة فإن المالك لا يجيزه ولا يترتب عليه أي ضرر<sup>5</sup>.

أما من حيث السنة، فقد استدلووا بحديث عروة ابن أبي جعد البارقي، أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً يشتري به أضحية أو شاة، فاشترى شاتين، فباع إحداها بدينار، فأناه بشاة ودينار، فدعا له بالبركة في بيعه<sup>6</sup>. وجه الاستدلال على صحة العقد الموقوف أن عروة البارقي لم يكن موكلاً إلا بشراء بشراء شاة واحدة، ولا شك أن في بيعه إحدى الشاتين كان فضولياً، وقد أقره النبي ﷺ في هذا التصرف بل وأثنى عليه بدعائه بالبركة، ولو كان باطلاً لأمره النبي ﷺ بإعادة الدينار لصاحبه ورد الشاة<sup>7</sup>. فدل هذا على صحة تصرف الفضولي ومن ثم صحة العقد الموقوف.

<sup>1</sup> - سورة المائدة، الآية 3.

<sup>2</sup> - عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير، المرجع السابق، ج2، ص7.

<sup>3</sup> - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج4، ص103.

<sup>4</sup> - أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج9، ص317.

<sup>5</sup> - عبد المنعم عبده البرعي، المرجع السابق، ص193.

<sup>6</sup> - أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، المرجع السابق، ج3، ص438-439؛ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج2، ص539.

<sup>7</sup> - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج4، ص103.

وقد نوقش حديث عروة البارقي بأنه كان وكيلا عن النبي ﷺ وكالة مطلقة، بدليل أنه سلم وتسلم، وليس ذلك لغير المالك عند القائل بالجواز<sup>1</sup>.

أجيب بأن هذا لا يصح، لأن المنقول أمره أن يشتري له شاة واحدة وبهذا لا يصير وكيلا بمطلق التصرف. ولو فرض صحة هذا النقل لكان على سبيل المدح<sup>2</sup>.

وقد أعترض على الإسناد بهذا الحديث بأن في رواية أبي داود رجلا مجهولا، فالحدث لشيب الحى، فلا يكون حجة للجهالة في سنده، وبذلك لا يتم الاستدلال به<sup>3</sup>. كما أن إخراج البخاري له لا يدل على صحته، إذ كثير من الأحاديث المرسلة المذكورة في البخاري ليست بخارية على شرطه، فلا صحيح عنده إلا ما يورده بنص موصول<sup>4</sup>.

كما نوقش أيضا على الإسناد بهذا الحديث، أن ذكر البخاري أن شبيب بن غردقة لم يسمعه من عروة بل سمع الحى يتحدثون به، دليل على تضعيف الحديث<sup>5</sup>.

أجيب عن ذلك أن ذكر الحى في الحديث لا يلزم منه الجهالة في سنده، ومن ثم عدم الاستدلال به، بل أن ذكر الحى يدل أن شبيبا لم يسمعه من رجل واحد بل سمعه من رجال متعددين. كما أن ذكر البخاري إنكار شبيب سماعه من عروة لا يدل على تضعيف حديث البخاري، بل أراد بذكر الإنكار نقل الحديث بوجه أكد، إذ فيه إخبار بأن الحديث سمع من جماعة يمتنع تواطؤهم على الكذب<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> - شمس الدين محمد بن الخطيب الشريفي، المرجع السابق، ج2، ص22.  
<sup>2</sup> - أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المرجع السابق، ج13، ص154.  
<sup>3</sup> - أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج9، ص317.  
<sup>4</sup> - عبد الرازق حسن فرج، المرجع السابق، ص58.  
<sup>5</sup> - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج2، ص539.  
<sup>6</sup> - عبد الرازق حسن فرج، المرجع السابق، ص59.



كما نوقش أنه لو صح حديث عروة لما كان حجة، لأنه إذ أمره النبي ﷺ أن يشتري شاة فاشترى شاتين صار الشراء لعروة، لأنه اشترى كما أراد لما كما أمره النبي ﷺ. كما أن في هذا الخبر ليس فيه نص يدل على أن الشراء جوزه النبي ﷺ أو التزمه، ولا يجوز القول بما ليس في الخبر<sup>1</sup>.

كما استدلووا من السنة أيضا بحديث حكيم بن حزام، أن الرسول ﷺ دفع له دينار ليشتري له أضحية، فاشترى أضحية فأربح فيها دينارا، فاشترى أخرى مكانها، فجاء بالأضحية والدينار إلى رسول الله ﷺ فقال "ضح بالشاة وتصدق بالدينار"<sup>2</sup>.

وجه الدلالة على صحة العقد الموقوف أن حكيم بن حزام كان وكيلا بشراء شاة واحدة، فشراؤه الشاة الثانية وبيعه لها كان من قبيل الفضالة، وقد أقر الرسول ﷺ هذا البيع، ولو كان باطلا لرده، وأنكر على من صدر منه، ولما ضحى بالشاة وتصدق بالدينار<sup>3</sup>.

وقد نوقش أن حكيم بن حزام كان وكيلا عن النبي ﷺ وكالة مطلقة. أما إسناد الترمذي ففيه انقطاع<sup>4</sup>، حيث قال الترمذي: "حكيم بن حزام لا نعرفه إلا من هذا الوجه وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام"<sup>5</sup>.

وقد أوجب أنه لا يصح القول بأن حكيم بن حزام كان وكيلا عن النبي ﷺ وكالة مطلقة، لأن المنقول أن النبي ﷺ أمره أن يشتري له أضحية واحدة<sup>6</sup>. أما عدم سماع حبيب بن أبي ثابت من حكيم حكيم بن حزام يدعوا إلى القول بأن الحديث مرسل والأئمة الثلاثة يأخذون بالمرسل فصح الدليل<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ج8، ص437.

<sup>2</sup> - أنظر، أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترمذي، ج3، ط2، مصطفى الباجي الحلبي، مصر، 1968، ص549.

<sup>3</sup> - أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المرجع السابق، ج13، ص154؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج6، ص576؛ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج4، ص103.

<sup>4</sup> - أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج9، ص317.

<sup>5</sup> - أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة، المرجع السابق، ج3، ص549.

<sup>6</sup> - أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المرجع السابق، ج13، ص154.

<sup>7</sup> - عبد الرازق حسن فرج، المرجع السابق، ص57.

كما استدلو أصحاب هذا الرأي بحديث ابن عمر في قصة الثلاثة أصحاب الغار أن النبي ﷺ قال: "قال ثالث: اللهم إني استأجرت أجيروا بفرق الأرز، فلما قضى عمله قال: أعطني حقي، فعرضت عليه فرغب عنه، فلم أزل أزعه حتى جمعت منه بقرا ورعائها، فجاءني فقال: اتق الله: فقلت اذهب إلى ذلك البقر ورعائها فخذ. فقال: اتق الله ولا تستهزئ بي. فقلت: إني لا أستهزئ بك، فخذ. فأخذه"<sup>1</sup>. هذا الحديث دليل على جواز تصرف الرجل في مال الأجير بغير إذنه، ولكنه لما ثمره له ونماه وأعطاه أخذه ورضى به<sup>2</sup>. ولقد حث على ذلك النبي ﷺ حيث قال: "من استطاع منكم أن يكون مثل صاحب فرق الأرز فليكن مثله". قالوا ومن صاحب فرق الأرز يا رسول الله؟ فذكر حديث أهل الغار<sup>3</sup>.

نوقش على الاستدلال بهذا الحديث من وجهين:

1- أن هذا شرع لمن قبلنا وفي كونه شرع لنا خلاف مشهور، فإن قلنا ليس بشرع لنا لم يكن حجة.

2- أنه محمول على أنه استأجره بأرز في الذمة ولم يسلمه إليه، بل عينه له فلم يتعين من غير قبض فبقى على ملك المستأجر، لأن ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح.

ثم إن المستأجر تصرف فيه وهو ملكه فيصح تصرفه سواء اعتقده له أو للأجير ثم تبرع بما اجتمع منه على الأجر بتراضيهما<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج2، 156.

<sup>2</sup> - عبد المنعم عبده البرعي، المرجع السابق، 197.

<sup>3</sup> - أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، المرجع السابق، ج3، ص439-440.

<sup>4</sup> - أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج9، ص317-318.

أما من حيث القياس، فقاَسوا التصرف الموقوف كتصرف الفضولي على وصية المدين بدين مستغرق وبأكثر من الثلث، وعلى العقد المشروط فيه خيار، وعلى بيع المرهون الذي يكون موقوفاً على إجازة المرتهن<sup>1</sup>.

وقد نوقش بأن قياس التصرف الموقوف كتصرف الفضولي بالبيع على وصية المدين قياس مع الفارق، لأن الوصية تحتل الغرر وتصح بالمجهول والمعدوم بخلاف البيع، كذلك لا يصح قياسه على البيع المشروط فيه خيار، لأنه تم بين المالكين، فهو منعقد في الحال ثم ينتظر فسخه، فإذا مضت المدة ولم يفسخ لزم البيع<sup>2</sup>.

أما من حيث المصلحة، فإن تصرف الفضولي ومن في حكمه صحيحاً موقوفاً على الإجازة فيه مصلحة للفضولي والمالك والمشتري من غير ضرر ولا مانع شرعي، فإن مالك المبيع الذي باعه الفضولي قد كفى مؤونة طلب المشتري وعرض السلعة، وإلى هذا توافر للمشتري وصوله إلى طلبه وحاجته دون انتظار حضور المالك. كما توافر للفضولي صون كلامه من الإلغاء وما قصده من إعانته لغيره، وإنما تأخر الأثر إلى وقت الرضا حتى لا يضر المالك بإلزامه بما لا يرضى إذا تبين فيما بعد أنه لا يرضى بذلك<sup>3</sup>. وعليه، فالعقد الموقوف على الإجازة فيه رعاية للمصلحة وتيسير للناس في المعاملات ورفع الحرج والضيق عنهم.

أما من حيث المعقول، فالتصرف الموقوف هو تصرف صدر من أهله في محله<sup>4</sup> فلا يلغو، بل يتحقق وجوده ثم يمتنع نفاذه شرعاً لمانع فيتوقف على زوال ذلك المانع وبالإجازة يزول هذا المانع<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن همام، المرجع السابق، ج5، ص310؛ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج4، ص104.

<sup>2</sup> - أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج9، ص318.

<sup>3</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف ابن همام، المرجع السابق، ج5، ص310؛ علي الخفيف، أحكام...، المرجع السابق، ص318-319.

<sup>4</sup> - لأن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ، وأما في محله فلا أن محل العقد هو المال المتقوم، وانعدام الملك للعاقد لا يعني انعدام المالية والتقوم، بدليل أنه إذا باعه بإذن المالك جاز، والإذن لا يقلب غير المحل محلاً. أكمل الدين محمد بن محمود الباري، المرجع السابق، ج5، ص310.

<sup>5</sup> - أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المرجع السابق، ج13، ص154.

هذا فضلا عن أنه يثبت بالسبب الموقوف ملك موقوف، كما يثبت بالسبب البات ملك بات، ثم إن السبب إنما يلغو إذا خلا من الحكم شرعا، أما إذا تأخر عنه فلا يلغو، لأن الحكم تارة يتصل بالسبب وتارة يتأخر كما في البيع بشرط الخيار، وتصرف الفضولي هو تصرف موقوف يتأخر الحكم إلى إجازة المالك ولا ينعدم أصلا، لأن انعدام الحكم في الحال إنما هو لرفع الضرر عن المالك وفي تأخير الحكم إلى وجود الإجازة توفير لمنفعة تعود عليه، فإن شاء أجاز التصرف وإن شاء أبطله، فيكون فيه محض منفعة له، فلهذا انعقد السبب في الحال على أن يجعل إجازته في الانتهاء كإذنه في الابتداء<sup>1</sup>.

### ب- الرأي القائل بطلان العقد الموقوف

يري أصحاب هذا الرأي أن العقد الموقوف باطل، لأن صحة العقود حسب رأيهم لا تكتمل إلا بالأهلية والولاية، والإخلال بهاذين الشرطين يرتب البطلان<sup>2</sup>.

والقائلون بهذا الرأي هم فقهاء الشافعية في المذهب الجديد<sup>3</sup> والحنابلة<sup>4</sup> والظاهرية<sup>5</sup> والشيعة الامامية والزيدية والاباضية<sup>6</sup>.

وعلى غرار الفريق الأول استند أنصار هذا الاتجاه على أدلة من الكتاب والسنة، كما استدلوا بالقياس والمعقول. أما من حيث الكتاب، قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾<sup>7</sup>. هذه

<sup>1</sup> - أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المرجع السابق، ج13، ص154-155.

<sup>2</sup> - عجمي بخالد، المرجع السابق، ص33.

<sup>3</sup> - أبو زكريا يحيى الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج9، ص312؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج2، ص21.

<sup>4</sup> - موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، ج6، ص295-296.

<sup>5</sup> - أبو محمد علي بن أحمد بن حزم، المرجع السابق، ج8، ص434.

<sup>6</sup> - عبد الرازق حسن فرج، المرجع السابق، ص54.

<sup>7</sup> - سورة الأنعام، الآية 164.

الآية دليل على أن سعي الإنسان وكسبه يكون له لا لغيره، ومن يتصرف في شيء ليس له ولاية عليه، فتصرفه باطل<sup>1</sup>.

وقد نوقش الاستدلال بهذه الآية أنها تحمل الثواب والعقاب الأخروي دون أحكام الدنيا. ولو فرض ذلك فإن تصرف الإنسان وإن كان بحسب الأصل له، فإنه قد يكون لغيره بإذن سابق كما هو الشأن في الوكالة أو الإذن اللاحق والإجازة كما هو الحال في العقد الموقوف<sup>2</sup>.

أما السنة النبوية، روي عن حكيم بن حزام أنه قال: أتيت رسول الله ﷺ فقلت يأتيني الرجل يسألني عن البيع ما ليس عندي، ابتاع له من السوق ثم أبيعته؟ قال: "لا تبع ما ليس عندك"<sup>3</sup>. فهذا الحديث يدل بمقتضى ما فيه من نهي على أن يبيع الإنسان ما لا يملك لا ينعقد، لأنه لا ينعقد صحيحاً تصرف صدر فيه نهي من الشارع الحكيم، إذ مطلق النهي يوجب فساد المنهي عنه، والفساد من العقود غير مشروع<sup>4</sup>.

نوقش بأن المراد بالحديث هو أن يبيع الشخص شيئاً ليس عنده، ثم يشتريه، ثم يسلمه بحكم البيع السابق، وذلك غير ممكن لأن الحادث يثبت مقصوراً على الحال وحكم ذلك السبب ليس هذا بل أن يثبت بالإجازة من حين ذلك العقد<sup>5</sup>. وقصة الحديث أن حكيم بن حزام قال يا رسول الله ﷺ أن الرجل ليأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأشترىها فأسلمها إليه، فقال الرسول ﷺ: "لا تبع ما ليس عندك"<sup>6</sup>.

1 - أبو محمد علي بن أحمد بن حزم، المرجع السابق، ج8، ص434-435.

2 - عجمي بخالد، المرجع السابق، ص34.

3 - أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة، المرجع السابق، ج3، ص525.

4 - محمد أبو زهرة، الملكية...، المرجع السابق، ص396.

5 - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن همام، المرجع السابق، ج5، ص309.

6 - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج4، ص104.

أما القياس، فقد قاس أصحاب هذا الرأي العقد الوقوف على بيع الطير في الهواء والسّمك في الماء، وذلك لاتحاد العلة وهي عدم القدرة على التسليم، فكان حكمهما واحد وهو البطلان<sup>1</sup>. ويناقد هذا بأنه قياس مع الفارق، لأن بطلان بيع الطير في الهواء والسّمك في الماء يكمن في انعدام المحل في كل منهما، وليساً بمملوكين أصلاً، وما ليس بمملوك لأحد لا يكون محل للبيع<sup>2</sup>، العقد الموقوف ليس كذلك فهو تصرف صحيح صادر من أهله في محله ولا ينفذ إلا بإجازة صاحب الحق.

أما المعقول، فالولاية الشرعية هي أساس الانعقاد، فالولاية مثل الأهلية شرط لصلاحية العبارة لإبرام العقد، ولا ولاية إلا إذا كان العاقد ذا شأن في العقد بصفة مباشرة بأن يكون هو المالك، أو بصفة غير مباشرة بأن تكون له نيابة عن صاحب الشأن بولاية أو وكالة، وذلك لأن شرط انعقاد العقد أن يكون كل عاقد قادراً على تمكين من تعاقد معه من كل أحكام العقد المتعلقة به، فإذا لم تتوافر لدى العاقد هذه القدرة الشرعية فإن العقد لا ينعقد<sup>3</sup>. ويناقد هذا بأن الولاية الشرعية شرط من شروط النفاذ<sup>4</sup> لا من شروط الانعقاد، وتختلف شرط النفاذ يترتب عليه وقف نفاذ العقد على إجازة إجازة من يملكها شرعاً، لا أن يقال ببطلانه.

ومن خلال تتبع آراء الفريقين، يتضح بجلاء أن الخلاف حول اعتبار العقد الموقوف عقد صحيح أو باطل يكمن في تكييف كل فريق لشرط الولاية، فمن اعتبرها شرط انعقاد نادى بالبطلان، ومن اعتبرها شرط نفاذ نادى بالصحة، حيث يقول صاحب البدائع في مسألة الفضولي "وإن كان فضولياً فليس بشرط انعقاد عندنا، بل هو من شرائط النفاذ، فإن بيع الفضولي عندنا منعقد متوقف

<sup>1</sup> - أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المرجع السابق، ج13، ص153.

<sup>2</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن همام، المرجع السابق، ج5، ص310.

<sup>3</sup> - عبد الرازق حسن فرج، المرجع السابق، ص67؛ محمد أبو زهرة، الملكية...، المرجع السابق، ص396.

<sup>4</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن ابن همام، المرجع السابق، ج5، ص74؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج7، ص15.

على إجازة المالك، فإن أجازته نفذ، وإن رد بطل. وعند الشافعي (رحمه الله) هو شرط الانعقاد، لا ينعقد بدونه، وبيع الفضولي باطل عنده<sup>1</sup>.

والرأي الراجح، هو أن العقد الموقوف عقد صحيح، وذلك لما فيه من التيسير على الناس في معاملاتهم، وتحقيق مصالحهم، وإعانة بعضهم البعض دون ضرر يلحق بأحد المتعاقدين، وهذا فضلا على أن القول بالوقف يتفق مع مبدأ الرضائية في العقود، فلا يخرج شيء من ملك الشخص جبرا عنه أو دون رضاه وإجازته<sup>2</sup>.

وحالات العقد الموقوف متعددة أوصلها فقهاء الحنفية إلى ثمانية وثلاثين نوع<sup>3</sup> ويعتبر تصرف الصبي الدائر بين النفع والضرر، وتصرف الفضولي أبرز حالات العقد الموقوف<sup>4</sup>.

قلنا فيما تقدم أن العقد في الفقه الإسلامي ينقسم من حيث الصحة والعدم إلى عقد صحيح وعقد غير صحيح، ولا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا التقسيم، غير أن الخلاف على أشده في تقسيم العقد غير الصحيح.

## ثانيا- العقد غير الصحيح

انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية بصدد العقد غير الصحيح إلى فريقين: فريق أبي حنيفة وأصحابه ( I )، وفريق جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ( II ) .

### I - العقد غير الصحيح في المذهب الحنفي

ذهب فقهاء الحنفية إلى أن العقد غير الصحيح ينقسم إلى قسمين: باطل وفاسد، وذلك حسب ما تتركه المخالفة من خلل في العقد. فإذا كان الخلل في أركان العقد وما يترتب بهذه الأركان

<sup>1</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج6، ص569.

<sup>2</sup> - عبد الرازق حسن فرج، المرجع السابق، ص98.

<sup>3</sup> - محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج7، ص320.

<sup>4</sup> - محمد سعيد جعفر، نظرات...، المرجع السابق، ص91.

من شروط يكون العقد باطلا. أما إذا كان الخلل في وصف من أوصافه يكون العقد فاسدا، ذلك أن الاجتهاد الحنفي لاحظ أن المخالفات ليست على درجة واحدة، فهناك مخالفات في نواحي أساسية للعقد، وأخرى في نواحي فرعية<sup>1</sup>، ولتحقيق إرادة الشارع فيما شرع من الحق والعدل والمصلحة، فينبغي أن يتقدر الجزاء بقدر المخالفة أو الخلل قوة وضعفا<sup>2</sup>.

وعليه، فالعقد غير الصحيح عند فقهاء الحنفية ينقسم إلى قسمين: باطل وفساد. وقال صاحب البدائع في هذا الشأن: "وعندنا الفاسد قسم آخر وراء الجائر والباطل"<sup>3</sup>.

## 1-العقد الباطل

البطلان لغة: الضياع والخسران أو سقوط الحكم، يقال بطل الشيء بمعنى ذهب ضياعا وخسرانا أو سقط حكمه، والباطل نقيض الحق<sup>4</sup>.

أما اصطلاحا: فلما بدأت تتكون لغة الفقه الإسلامي واصطلاحاته، أخذ البطلان في لسان الفقهاء معنى عمليا تشريعا جديدا، فاستعملوه بمعنى عدم صحة العمل ذي الأثر الشرعي عندما يكون ذلك العمل غير معتبر في نظر الشارع، بحيث يعد وجوده كعدمه لمخالفة ناحية يوجب الشارع مراعاتها فيه، فلا يترتب عليه أثره الشرعي. ومن هنا، فإن البطلان هو عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتباري وآثاره في نظر الشارع<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، صاحب عبيد الفتاوي، تحول العقد، ط1، مكتبة الثقافة، عمان، 1997، ص53.

<sup>2</sup> - أنظر، فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2008، ص184.

<sup>3</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج7، ص366.

<sup>4</sup> - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، المرجع السابق، ج11، ص56؛ أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص20.

<sup>5</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي...، المرجع السابق، ج2، ص702-703.



ومن ثم يعرف العقد الباطل في اصطلاح الفقهاء بأنه: "مالا يكون مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه"<sup>1</sup>.

العقد الباطل في الفقه الحنفي إذن، هو الذي لا تتوافر له مقومات انعقاده، وهذه المقومات يجمعها ما يسمى "أصل العقد". فكل ما يخل بأصل العقد يؤدي إلى بطلانه. ويمكن رد أصل العقد الذي يسبب الإخلال به البطلان إلى التراضي وإلى المعقود عليه. ويدخل في التراضي كل من: توافق الإيجاب والقبول واتحاد مجلس العقد، وتوفر العقل أي التمييز في كل من العاقدين. أما المعقود عليه فيجمع بين وجود المال وأن يكون مقدور التسليم وأن يكون مالا متقوماً<sup>2</sup>.

والعقد الباطل معدوم شرعاً، والمعدوم لا يترتب عليه أثر من آثار العقد الصحيح وإن كان موجود صورة. ولا تلحقه الإجازة. ويمكن لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان<sup>3</sup>.

## 2- العقد الفاسد

الفساد لغة: يطلق على عدة معاني، فهو نقيض الصلاح، والمفسدة خلاف المصلحة<sup>4</sup>، وهو التلف والعطب والاضطراب وإلحاق الضرر<sup>5</sup>.

أما اصطلاحاً: لما نشأت الاجتهادات الفقهية واصطلاحاتها أطلق فقهاء الحنفية الفساد على معنى تشريعي مدني جديد، فاستعملوه للدلالة على حالة يعتبرون فيها العقد مختلاً في بعض نواحيه الفرعية اختلالاً يجعله في مرتبة بين الصحة والبطلان، فلا هو بالباطل غير المنعقد لأن المخالفة لنظامه

<sup>1</sup> - عبد الغني الغنيمي، المرجع السابق، ج2، ص24؛ زين الدين بن إبراهيم الشهير ابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج6، ص75؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج7، ص233.

<sup>2</sup> - أنظر، عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص410-411.

<sup>3</sup> - فتحي الدريني، النظريات...، المرجع السابق، ص382-383.

<sup>4</sup> - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، المرجع السابق، ج3، ص335.

<sup>5</sup> - أنظر، مجمع اللغة العربية، معجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص688.

التشريعي ليست مخالفة في ناحية جوهرية كما في حالة البطلان، ولا هو بالصحيح التام لأن فيه إخلال بنظام التعاقد ولو أن هذا الإخلال في ناحية فرعية غير جوهرية<sup>1</sup>.

ومن ثم يعرف العقد الفاسد في اصطلاح الفقهاء بأنه: "ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه"<sup>2</sup>. فالعقد الفاسد إذن، بخلاف العقد الباطل، هو العقد الذي يستحوذ على كل ما يدخل في "أصل العقد"، ولكن ينقصه صفة من الصفات أو وصف من الأوصاف التي يتطلبها الشرع في الأمور التي تدخل في أصل العقد والتي تعود كما أشرنا إلى التراضي وإلى المعقود عليه. والأوصاف التي يتطلبها الفقه الحنفي توافرها فيما يدخل في أصل العقد، والتي من شأن تخلفها أن يسبب فساد العقد، يمكن ردها بصفة عامة إلى ستة: أولها يتعلق بالتراضي وهو وجوب خلوه من الإكراه، والأوصاف الباقية تتعلق بالمعقود عليه، وهي الخلو من الجهالة الفاحشة والغرر والضرر والربا والشرط الفاسد<sup>3</sup>.

والعقد الفاسد لا تترتب عليه آثاره الشرعية المقررة له لو كان صحيحاً، ويلزم فسخه من قبل عاقيه دفعا للفساد عنه لأنه ليس محط رعاية الشارع. ولكن قد تترتب عليه أحيانا بعض الآثار إذا قام العاقد بتنفيذه، كما لو قبض المشتري المبيع بالبيع الفاسد بإذن مالكة، فإن بهذا القبض يملكه.

## ب- العقد غير الصحيح عند جمهور الفقهاء

ذهب جمهور الفقهاء من مالكية<sup>4</sup> وشافعية<sup>5</sup> وحنابلة<sup>6</sup> كما ذهب أهل الظاهر<sup>7</sup> إلى أن العقد العقد غير الصحيح قسم واحد فهو باطل أو فاسد، لا يترتب عليه أثره الشرعي.

<sup>1</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي...، المرجع السابق، ج2، ص729-730.

<sup>2</sup> - عبد الغني الغنيمي، المرجع السابق، ج2، ص24؛ محمد أمين الشهير ابن عابدين، المرجع السابق، ج7، ص233؛ زين الدين بن إبراهيم الشهير ابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج6، ص74.

<sup>3</sup> - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص412.

<sup>4</sup> - شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص54.

<sup>5</sup> - أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج9، ص169؛ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المرجع السابق، ج2، ص33؛ علي بن محمد الآمدي، المرجع السابق، ج1، ص175.

<sup>6</sup> - موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، روضة...، المرجع السابق، ص31.

<sup>7</sup> - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ج8، ص421.

إن العقد في نظر فقهاء هذه المذاهب ينقسم إلى قسمين: صحيح وباطل، فالصحيح هو ما توافرت جميع أركانه وشروطه بشكل يرتب الشارع آثاره عليه، وما عدا ذلك فهو باطل وقد يعبر عنه بالفساد من باب ترادف الألفاظ على المعنى الواحد، فلا فرق بين الباطل والفساد، فهما مترادفين عندهم متباينان عند الحنفية. وفي هذا الشأن يقول السيوطي: "الباطل والفساد عندنا مترادفان"<sup>1</sup>. ويقول الآمدي: "أما الفساد فمرادف للباطل، وهو عند أبي حنيفة قسم ثالث مغاير الصحيح والباطل"<sup>2</sup>. ويقول كذلك ابن قدامة: "الفساد مرادف للباطل، فهما إسمان لمسمى واحد، وأبو حنيفة أثبت قسما بين الباطل والصحيح"<sup>3</sup>.

وعليه فالباطل عند جمهور الفقهاء قد يطلق عليه بالفساد، فهما مترادفان مفهوما وسببا وحكما.

أما المفهوم فهو ارتفاع المشروعية وانعدامها.

وأما السبب فالقوات الأركان والشروط والأوصاف اللازمة.

وأما الحكم فانعدام الآثار المقصودة من التصرف، إذ لا يترتب أي أثر منهما<sup>4</sup>.

وانطلاق من ذلك، فإن العقد غير الصحيح لا يتنوع في نظر جمهور الفقهاء، فهم لا يفرقون بين الخلل في أصل العقد والخلل في وصفه اللازم، فالجزء واحد هو البطلان وقد يعبر عنه بالفساد من باب ترادف الألفاظ على المعنى الواحد، على عكس ما ذهب إليه الأحناف إذ فرقوا بينهما ورتبوا على الخلل في الأصل البطلان، ورتبوا على الخلل في الوصف الفساد.

<sup>1</sup> - جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المرجع السابق، ج2، ص33.

<sup>2</sup> - علي بن محمد الآمدي، المرجع السابق، ج1، ص175.

<sup>3</sup> - موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، روضة...، المرجع السابق، ص31.

<sup>4</sup> - فتحي الدريني، بحث...، المرجع السابق، ص252.

وعليه، فبيع الجنين في بطن أمه وبيع الحر والميتة والبيع بثمن مؤجل إلى وقت مجهول جهالة فاحشة كهروب الريح أو نزول المطر وبيع ما لا يقدر على تسليمه، كل ذلك باطل أو فاسد عندهم لا يترتب عليه أي أثر<sup>1</sup>.

فقهاء القانون المدني، اهتموا كذلك اهتماما بالغاً بموضوع تقسيم العقد من حيث الصحة والبطالان وفقاً لنظام خاص، وهذا ما سنحاول دراسته في الفرع التالي.

## الفرع الثاني

### أقسام العقد في القانون المدني

ينقسم العقد في القانون المدني إلى عقد صحيح وعقد باطل، ويقسم الفقه التقليدي البطلان إلى قسمين أساسيين: البطلان المطلق والبطلان النسبي، وإلى جانب هذا الفريق الغالب يوجد طائفة قليلة من الفقهاء نادى بجعل هذا التقسيم ثلاثي، أي أنها تضيف إلى المرتبتين السابقتين مرتبة ثالثة وهي الانعدام. أما الفقه الحديث فيرى أن البطلان واحد لا مرتب له، فهو عدم، والعدم لا تفاوت فيه<sup>2</sup>.

والمشروع الجزائري قد أخذ بالتقسيم الثاني للبطلان، ويتجلى ذلك من أنه خصص لنظرية البطلان قسم خاص في نصوصه الرئيسية التي ترسم القواعد العامة للعقد، عنوانه بـ "إبطال العقد وبطلانه" في المواد من 99 إلى 105 من القانون المدني. فما هو أساس هذا التقسيم؟

سنتناول تحت هذا العنوان العقد الصحيح (أولاً)، ثم العقد الباطل (ثانياً).

<sup>1</sup> - عبد الرازق حسن فوج، المرجع السابق، ص 29.

<sup>2</sup> - أنظر، أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاظ، 1987، ص 27.

## أولاً - العقد الصحيح

العقد الصحيح في القانون المدني هو العقد الذي تتوافر فيه أركان انعقاده وشروط صحته التي تتطلبها المشرع<sup>1</sup>. فلكي ينشأ العقد لابد من وجود التراضي بين طرفيه بأن يوجد حقيقة، كما يجب أن ينصب هذا التراضي على شيء معين وهو موضوع أو محل يرد عليه، ولا بد من أن يكون له سبب يرفع إليه أو غاية معينة يراد تحقيقها. ولذلك جرى فقهاء القانون المدني على القول بأن أركان العقد ثلاثة: التراضي والمحل والسبب.

وقد يضيف القانون إلى الأركان الثلاثة ركناً رابعاً هو الشكل المطلوب لانعقاد العقد، وهذا هو العقد الشكلي. وفي العقود العينية وهي القرض والعارية والوديعة قد يستلزم القانون ركناً رابعاً هو التسليم<sup>2</sup>.

وبالنسبة للتراضي<sup>3</sup> نصت المادة 59 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية". على أنه يشترط لصحته، أن يكون كل من طرفي العقد متمتعاً بالأهلية، وأن يكون رضاه خالياً من عيوب الإرادة المعروفة في القانون المدني (المواد من 81 إلى 90 منه).

أما بالنسبة إلى المحل وهو الالتزام الذي يترتب على العقد، فقد يكون هذا الالتزام التزاماً بإعطاء أو التزاماً بعمل أو التزاماً بالامتناع عن عمل، ولكي يكون صحيحاً، يجب أن يكون موجوداً عند إبرام العقد أو ممكن الوجود مستقبلاً، ومعيناً أو قابلاً للتعيين، ومشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب (المواد من 92 إلى 95 من القانون المدني).

<sup>1</sup> - محمد سعيد جعفرور، نظرات... المرجع السابق، ص32.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج1، ص73-74.

<sup>3</sup> - القانون المدني الجزائري قد جرى القانون المدني المصري في خطته إذ أطلق على "التراضي" تسمية "الرضاء" وهذا غير سديد، لأن التراض كركن في العقد يصدر من طرفين، بينما الرضا فهو يصدر من جانب واحد. أنظر، علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص28.

وأما بالنسبة إلى السبب، فهو الباعث الدافع إلى التعاقد، يشترط لصحته أن يكون مشروعاً إذ لو التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام وللآداب كان العقد باطلاً (المادة 97 من القانون المدني).

فإذا توافرت في العقد كل ما سبق بيانه نشأ صحيحاً وترتبت عليه آثاره فور انعقاده وذلك هو العقد الصحيح، ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء.

### ثانياً- العقد الباطل

يرى جانب من الفقهاء أن البطلان هو الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها<sup>1</sup>. وبذلك يكون البطلان هو الجزاء الذي فرضه القانون لعدم توفر ركن من أركان العقد، أو شرط من شروط صحته، حيث تختلف قوة الجزاء باختلاف نوع القاعدة التي لم تراعى في تكوين العقد، فإذا كانت القاعدة تحمي مصلحة عامة يكون الجزاء هو البطلان المطلق، بحيث لا يكون للعقد وجود في نظر القانون. أما إذا كانت تلك القاعدة تحمي مصلحة خاصة فيكون الجزاء هو البطلان النسبي، فيكون العقد موجوداً قانوناً إلى أن يطلب إبطاله ممن تقرر الجزاء لمصلحته<sup>2</sup>.

ومن خلال التعريف الذي سبق بيانه، يتبين أن البطلان جزاء قانوني لا يلحق التصرف ذاته وإنما يلحق آثاره، فالتصرف القانوني ليس له قيمة في ذاته وإنما القيمة للآثار التي يرتبها، وهي التي تنعت بالصحة أو البطلان، فإذا صحت نفذت، وإن بطلت شلت وفقدت فعاليتها.

ولقد وجه نقد لهذا التعريف مفاده أن التصرف القانوني كائن موجود وإن كان مجرد كائن قانوني، وإنكار وجود التصرف القانوني يتنافى مع مبادئ الصناعة القانونية المتفق عليها فقها وقضاء. وإذا كانت الآثار القانونية للتصرف مجرد نتيجة أو غاية فلا بد لها من وسيلة تؤدي إليها، وهذه

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص 532.

<sup>2</sup> - أنظر، بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقاه الإسلامي، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص 37.

الوسيلة هي التصرف القانوني ذاته، وطالما وجدت الآثار وجد التصرف القانوني التي يبعثها إلى الوجود<sup>1</sup>.

ومن خلال هذا النقد، عرف بعض الفقهاء البطلان بأنه وصف يلحق التصرف القانوني المعيب بسبب مخالفته لأحكام القانون المنظمة لإنشائه<sup>2</sup>. فالبطلان حالة يكون عليها التصرف المعيب لخلل لحقه بسبب مخالفة النصوص القانونية المنظمة لإنشاء التصرف، وليس جزاء وجه إلى آثاره مباشرة، فلا وجود للآثار بدون التصرف، ومن ثم يقتضي المنطق أن تلحق الصفة أولاً التصرف المعيب. أما الآثار فيلحقها الجزاء وهذه هي المرحلة الثانية.

وعلى ضوء ما تقدم، يمكن تعريف البطلان بأنه: "وصف يلحق التصرف القانوني المعيب لنشأته مخالفا لقاعدة قانونية أو اتفاقية، فيؤدي إلى توقيع جزاء يتمثل في شل فعالية التصرف، وافتقاده آثاره القانونية"<sup>3</sup>. فمرحلة وصف التصرف بأنه صحيح أو باطل مرحلة سابقة على مرحلة توقيع الجزاء من عدمه، فإذا ثبت صحة التصرف ترتبت آثاره القانونية المقصودة، وإذا ثبت العكس مخالفة القواعد القانونية، ثبتت صفة البطلان للتصرف، وحق توقيع الجزاء كمرحلة ثانية.

ومن منطلق التعريف السابق للبطلان، نستعرض تمييز البطلان عما يقاربه من النظم ( I )، ثم بعد ذلك نتناول أنواعه ( II ).

## I - تمييز البطلان عن بعض الأنظمة المشابهة

سوف نعالج تحت هذا العنوان، تمييز البطلان عن بعض المفاهيم القانونية التي قد تلتبس معه مثل عدم النفاذ والفسخ والعقد الموقوف.

<sup>1</sup> - أنظر، عبد الحكم فوده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، ط2، دار الفكر والقانون، الإسكندرية، 1999، ص22.

<sup>2</sup> - أنظر، عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص418.

<sup>3</sup> - عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص20.

## أ- تمييز البطلان عن عدم النفاذ في مواجهة الغير

كثيرا ما يقع الخلط بين بطلان العقد وعدم نفاذه أو عدم سريانه في مواجهة الغير، مع أن الأمرين مختلفين. فإذا كان البطلان هو عدم استجماع العقد لأركانه أو لشروط صحته عند تكوينه وأنه في كلتا الحالتين لا يرتب أثرا بين طرفيه ولا بالنسبة للغير، فإن المقصود بعدم النفاذ عدم جواز الاحتجاج بالعقد ولو كان صحيحا في مواجهة الغير، أي عدم سريانه في حق الغير مع بقائه منتجا لآثاره فيما بين طرفيه<sup>1</sup>.

ولا يقصد بالغير هنا من يعتبر أجنبيا تماما عن العقد، لأن عدم نفاذ العقد بالنسبة إلى الأجنبي تحكمه قاعدة نسبية أثر العقد. إنما يقصد بالغير كل من لم يشترك في العقد، ولكن يتعلق حقه بالتصرف موضوع العقد<sup>2</sup>.

ومن أمثلة عدم النفاذ في القانون الجزائري، العقد الذي يبرمه المريض مرض الموت، فهو لا ينفذ في حق الغير وهم هنا الورثة، إلا إذا أجازوه<sup>3</sup>. ومن ذلك العقد الذي يبرمه المدين المعسر إضرارا بدائنه، فهو صحيح ومنتج لآثاره فيما بين المتعاقدين، ولكن غير نافذ في مواجهة الدائن، إذا طعن فيه بالدعوى البوليصية<sup>4</sup>.

وبالنسبة للعقد القابل للإبطال يبيع ملك الغير، فهو قابل للإبطال بين عاقيه البائع والمشتري، ولكنه لا ينفذ في حق المالك الحقيقي. فإذا ما أجاز المشتري العقد يسقط حقه في

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، النظرية...، المرجع السابق، ج1، ص174-175؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج1، ص236.

<sup>2</sup> - أنظر، توفيق حسن فرج ومحمد جمال، مصادر وأحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص232-233؛ محمد سعيد جعفرور، نظرات...، المرجع السابق، ص41.

<sup>3</sup> - المادة 408 من القانون المدني.

<sup>4</sup> - المادة 191 من القانون المدني.



الإبطال، ومع ذلك لا يسري البيع في مواجهة المالك الحقيقي<sup>1</sup>. والإبطال يزول بالإجازة، غير أن عدم النفاذ يزول بإقرار الغير<sup>2</sup>.

### ب- تمييز البطلان عن الفسخ

الفسخ هو جزاء عدم تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزاماته، بعد أن يكون العقد قد نشأ صحيحا مستوفيا لكل شروطه، فيكون للعاقدين الآخر في العقود الملزمة للجانبين أن يتمسك بالفسخ لكي يتخلص من تنفيذ التزامه، إعمالا بمقتضى المادة 119 من القانون المدني.

فالفسخ إذن يفترض قيام عقد صحيح توافرت فيه الأركان والشروط، ولكن لا يقوم أحد طرفي العقد بتنفيذ ما يفرض عليه القانون من التزامات، فيقوم المتعاقد الآخر بطلب حل الرابطة العقدية حتى يتحلل مما عليه من التزام، ولهذا فإن الفسخ لا يكون إلا في العقود التي تولد التزامات متبادلة.

ويترتب على تطبيق بطلان العقد وفسخه كقاعدة عامة زوال كل آثاره، وهذا هو وجه التشابه بين النظامين. ويتمثل وجه الاختلاف في الأسباب التي أدت إلى زوال العقد، فينعدم سبب بطلانه لأنه لم ينعقد صحيحا ولم يستوف أركانه وشروطه، في حين أن انعدامه بسبب الفسخ فيرجع إلى عدم التنفيذ بعد أن نشأ صحيحا مستوفيا كل أركانه وشروطه المطلوبة<sup>3</sup>.

### ج- تمييز البطلان عن العقد الموقوف

يختلف البطلان عن حالة العقد الموقوف، ذلك أن العقد الموقوف في الفقه الإسلامي قد يكون صحيحا في ذاته، ولكنه لا يربط أثر بين طرفيه ولا يسري في مواجهة الغير<sup>4</sup>، ومثال ذلك في الشريعة الإسلامية العقد الذي يبرمه ناقص الأهلية فهو عقد صحيح ولكنه موقوف حتى يقره الولي أو

<sup>1</sup> - المادة 397 من القانون المدني.

<sup>2</sup> - المادة 398 من القانون المدني.

<sup>3</sup> - أنظر، علي فيلاي، الالتزامات، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 249.

<sup>4</sup> - توفيق حسن فرج ومحمد جمال، المرجع السابق، ص 234.

الوصي، فإذا أقره نفذ وإذا لم يقره بطل العقد. وحكم هذا العقد أنه لا يرتب آثاره إلا إذا أجاز من له الحق في ذلك، فإنه يصبح نافذا وتسري عليه أحكام العقد الصحيح النافذ. أما إذا لم تصدر الإجازة بأن رفض صاحب الشأن ذلك، فإن العقد الموقوف يبطل وعندئذ تسري عليه أحكام العقد الباطل<sup>1</sup>.

وعليه، فبين العقد الموقوف والعقد الباطل فارق جوهري. فمن جهة، أن العقد الباطل بطلانا مطلقا عقد معدوم لعدم استكمال أركانه وشروط صحته، في حين أن العقد الموقوف عقد نشأ صحيحا لكنه لا يرتب آثاره إلا بالإجازة<sup>2</sup>.

ومن جهة أخرى، فإن العقد القابل للإبطال يرتب آثاره إلى أن يقضي ببطلانه، فإذا أجاز من له الحق في طلب البطلان تأيد نهائيا وثبتت الآثار التي رتبها، في حين أن العقد الموقوف فإنه وإن كان قد انعقد صحيحا، إلا أنه لا يرتب آثاره إلا إذا أجاز من له الحق في إجازته<sup>3</sup>.

## II - أنواع البطلان

يتميز الفقه التقليدي بين ثلاث أنواع من البطلان: الانعدام، والبطلان المطلق، والبطلان النسبي. فيكون العقد منعما إذا لم يوجد ركن من أركانه، ويكون باطلا بطلانا مطلقا إذا استوفى هذه الأركان ولكن المحل أو السبب أو الشكل غير مستوفي لشروطه، ويكون العقد باطلا بطلانا نسبيا إذا كان رضا المتعاقدين مشوبا بعيب من عيوب الرضا، بأن كان صادرا من شخص ناقص الأهلية، أو شابه عيب من عيوب الإرادة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 83 من قانون الأسرة.

<sup>2</sup> - محمد سعيد جعفرور، نظرات...، المرجع السابق، ص52.

<sup>3</sup> - توفيق حسن فرج ومحمد جمال، المرجع السابق، ص234.

<sup>4</sup> - علي فيلاي، الالتزامات، المرجع السابق، ص250-251.

وظهرت نظرية الانعدام بمناسبة عقد الزواج في القانون الفرنسي، إذ لم ينص قانونه المدني على بطلانه إذا تخلف بعض شروطه الجوهرية كما في حالة اتحاد الجنس الزوجين<sup>1</sup> أو كما في حالة تولي إجراء الزواج من ليست له صفة في إجرائه، ولما كان الفقه وقت وضع القانون المدني متمسكا بقاعدة أن لا بطلان بدون نص، فقد عمد إلى وضع نظرية الانعدام ليواجه الحالات التي لم يرد بشأنها نص<sup>2</sup>. وقد هوجمت هذه التفرقة بين العقد المنعدم والعقد الباطل بطلانا مطلقا، على أساس أن التمييز ليس له فائدة ويصطدم مع المنطق. فأما أنه غير ذي فائدة فلأن آثار العقد الباطل بطلانا مطلقا هي نفس آثار العقد المنعدم وهي تتمثل في استحالة إجازته وسقوطه بالتقادم. فلا فائدة من اللجوء إلى فكرة الانعدام، إذ تكفي فكرة البطلان المطلق للوفاء بالغرض المقصود من الانعدام. وأما أن التمييز يصطدم مع المنطق فلأن العقد الباطل بطلانا مطلقا ليس له وجود قانوني، فهو يستوي في الانعدام مع العقد المنعدم ولا يمكن أن يقال إن العقد المنعدم أشد انعدامًا من العقد الباطل بطلانا مطلقا إذ لا تفوت في العدم<sup>3</sup>.

ويذهب بعض الفقهاء على النقيض مما تقدم، فيرى عدم الاقتصار على مراتب البطلان الثلاثة التي نادى بها الفقه التقليدي، بل تتعدد المراتب تبعا لإخلال أي شرط من شروط العقد التي يتطلبها القانون فتكون بذلك مراتب البطلان متدرجة من غير حصر دون قصرها على مراتب ثلاث<sup>4</sup>.

وإذا كان أصحاب هذا الرأي يحتجون بمرونته لإخضاع تفسير بعض مسائل البطلان على الخضوع للقواعد التقليدية، كما هو الحال في بيع ملك الغير وإمكان إجازته بإقرار المالك وهو أجنبي

---

<sup>1</sup> - وبعد تعديل القانون المدني الفرنسي سنة 2013 ( loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe ) والمادة 143 والتي تنص على أنه:  
"les mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe".

<sup>2</sup> - أنظر، أنور سلطان، مصادر الالتزام، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2007، ص154.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط... المرجع السابق، ج1، ص535-536.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية... المرجع السابق، ج2، ص608.

عن العقد<sup>1</sup>، وكما في بطلان عقد الشركة إذا لم يكن مكتوباً مع عدم استطاعة الشركاء الاحتجاج بهذا البطلان في مواجهة الغير<sup>2</sup>. إلا أن هذه الحالات الخاصة لها ما يفسرها تفسيراً ملائماً دون نقض القواعد الثابتة المستقرة في البطلان، لتحل محلها قواعد غير ثابتة يتزعزع من خلالها استقرار التعامل<sup>3</sup>.

وإذا استبعدنا فكرة التعدد اللامتناهي للبطلان كما سبق ذكره، فإن الأفضل التقسيم الثنائي للبطلان وهو البطلان المطلق والبطلان النسبي<sup>4</sup>. فالبطلان المطلق هو جزاء العقد الذي تخلف فيه ركن من أركانه أو شرط من شروط انعقاده، وهي الرضا والمحل والسبب والشكل في العقود الشكلية، فلا يكون لهذا العقد وجود قانوني ولا ينتج أي أثر. أما البطلان النسبي هو جزاء تخلف شرط من شروط الصحة، كما في حالة وجود عيب في الرضى (الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال) أو نقص أهلية العاقدين، وهو عقد مرتب لكافة آثاره القانونية غير أنه مهدد بالزوال إذا طلب ذلك من تقرر الإبطال لصالحه وهو ناقص الأهلية أو من شاب رضاه عيب<sup>5</sup>.

غير أننا إذا دققنا النظر في هذا التقسيم نجد أن للبطلان مرتبة واحدة وهي البطلان المطلق. ذلك أن العقد الباطل بطلاناً نسبياً يمر بمرحلتين، فالمرحلة الأولى وهي قبل أن يتعين مصير العقد، فيأخذ فيها حكم العقد الصحيح وتترتب عليه كافة آثاره القانونية. والمرحلة الثانية وهي بعد أن يتعين مصيره، فإما أن يستقر نهائياً بإجازته أو بالتقادم، وإما أن يحكم ببطلانه، فتزول جميع آثاره القانونية التي تترتب على هذا العقد وبأثر رجعي، ومن ثم لا يكون هناك فرق بينه وبين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 397 و398 من القانون المدني.

<sup>2</sup> - المادة 418 من القانون المدني.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص537.

<sup>4</sup> - Cf. Jean CARBONNIER, Droit civil, les obligations, edit. refondue, Presses Universitaires de France, Paris, 2000, p.204.

<sup>5</sup> - بلحاج العربي، النظرية...، المرجع السابق، ج1، ص172.

<sup>6</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج1، ص238-239.

ولقد تبني المشرع الجزائري، على غرار التشريعات الحديثة التقسيم الثنائي للبطلان، وقد تناول أحكامه في المواد من 99 إلى 105 من القسم الثاني مكرر من الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني المخصص للالتزامات والعقود.

ومن خلال ما سبق، يتبين أن الفقه الإسلامي له نظامه الخاص في تقسيم العقد من حيث الصحة والعدم. فالعقد الصحيح قد يكون نافذ وقد يكون موقوف غير نافذ، والعقد النافذ قد يكون غير لازم وقد يكون لازم. أما العقد غير الصحيح فيكون إما باطلاً أو فاسداً، على الخلاف في ذلك بين فقهاء الشريعة الإسلامية.

## المبحث الثاني

### التمييز بين العقود الباطلة والفاصلة

قلنا، فيما تقدم، إن العقد في الفقه الإسلامي ينقسم إلى عقد صحيح وعقد غير صحيح، وأن لا خلاف بين الفقهاء في هذا التقسيم، غير أن الخلاف على أشده في تقسيم العقد غير صحيح، فالحنفية يقولون أن العقد غير صحيح ينقسم بحسب موضع الخلل إلى قسمين: عقد باطل وعقد فاسد، وقد بنوا هذا التمييز على أساس التفرقة بين أصل العقد ووصفه اللازم. أمام جمهور الفقهاء فقد ذهبوا إلى أن العقد غير الصحيح قسم واحد، فهو عقد باطل أو عقد فاسد، عملاً بالأصل الشرعي العام القائم بعدم التفرقة بين البطلان والفساد.

وبناء على ما سبق، يمكن إثارة التساؤل التالي: ما هو أساس الخلاف بين الفقهاء في تقسيم العقد غير الصحيح؟ وما مدى التزام كل رأي بأصله؟

سيخصص هذا المبحث لبيان موقف الفقهاء من التمييز بين العقود الباطلة والفاصلة (المطلب الأول)، ثم الأساس الفقهي الذي بنوا عليه هذا التمييز (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### موقف الفقهاء من التمييز بين العقود الباطلة والفاسدة

يفرق فقهاء الحنفية بين البطلان والفساد في نطاق العقود المالية المنشئة للالتزامات المتقابلة كالبيع والإجارة والرهن والحوالة...، وعلى خلاف ذلك ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم التفرقة بين البطلان والفساد في العقود. ولكن عند عرض نصوص الفقهاء وتتبع مباحثهم، نجد كل مذهب من المذاهب له حصته في التفريق تحت عناوين مختلفة.

وعليه، سنتناول على التوالي موقف المذهب المالكي (الفرع الأول)، ثم المذهب الشافعي (الفرع الثاني)، ثم المذهب الحنبلي (الفرع الثالث)، وأخيراً المذهب الحنفي (الفرع الرابع)، من التمييز بين البطلان والفساد.

### الفرع الأول

#### التمييز بين الباطل والفاسد في المذهب المالكي

لم يفرق فقهاء المالكية بين الباطل والفاسد في العقود والتصرفات، عملاً بالأصل الشرعي العام في معنى الفساد والذي يشمل كل محرم، وهذا يفهم من خلال مصادرهم<sup>1</sup>، ولقد لخص ذلك ابن جزري حيث قال: "وذلك أن البيوع الفاسدة على ثلاثة أقسام: الأول: ما يمنع لتعلقه بمحظور خارج عن باب البيوع، كالبيع والشراء في موضع مغصوب، فهو لا يفسخ فات أو لم يفت. والثاني: ما نهي عنه ولم يخل فيه بشرط مشروط في صحة البيوع، كالبيع في وقت الجمعة، وبيع حاضر لباد، والتلقي، فاختلف هل يفسخ؟ أم لا؟ وقيل: يفسخ إن كانت السلعة قائمة. والثالث: إذا احتل فيه

<sup>1</sup> - أنظر، أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، مقدمات ابن رشد، ج3، ط2، دار الفكر للطباعة والنشر، 1980، ص203؛ صالح عبد السميع الآبي، جواهر الإكليل، ج2، المكتبة الثقافية، بيروت، د س ن، ص21؛ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص54.

شرط من شروط الصحة، فيفسخ، وترد السلعة إن كانت قائمة، فإن فاتت رد مثلها فيما له مثل، وهو: المكيل، والمعدود، والموزون، ورد قيمتها فيما لا مثل له<sup>1</sup>.

فهذا النوع الأخير من البيوع الفاسدة يشمل ما نهي عنه لذاته، وما نهي عنه لوصفه اللازم، فيوصف عند المالكية بالفاسد أو الباطل على السواء، على عكس ما ذهب إليه الحنفية إذ فرقوا بين النهي الوارد على الأصل والنهي الوارد على الوصف، فإذا كان النهي يرجع على أصل العقد بأن كان الخلل في أركانه وما يتعلق هذه الأركان من شروط انعقاد يكون العقد باطلا. أما إذا كان النهي يرجع إلى وصف لازم له بأن كان الخلل في شرط من شروط الصحة، فيكون العقد فاسدا، ولا تناقض في ذلك إذ تأخذ كل جهة حكمها الخاص بها.

وبذلك، يتبين أنه لا فرق بين العقد الباطل والعقد الفاسد عند المالكية، فلا يراد بالباطل ما نهي عنه لذاته والفاسد ما نهي عنه لوصفه اللازم، فهما سواء، ولهذا يقول الخشني: "كل بيع انعقد على فساده لم يجز بعد ذلك، وإن أسقطا الوجه الذي دخل من أجله الفساد"<sup>2</sup>.

ولقد قال المالكية إن البيع الفاسد يفيد شبهة الملك، ولهذا قال القرافي: "ونحن خالفنا أصلنا وراعنا الخلاف في المسألة، وقلنا: إن البيع الفاسد يفيد شبهة الملك فيما يقبل الملك"<sup>3</sup>. فهل هذا يعني أن المالكية خرجوا عن أصلهم العام المتمثل في أنه لا فرق بين الفساد والبطلان؟

حجة المالكية في القول بإفادة البيع الفاسد شبهة الملك، هو مراعاة الخلاف<sup>4</sup>. ومراعاة الخلاف أصل من أصول المالكية وهو: "إعمال المجتهد لدليل خصمه في لازم مدلوله، الذي أعمل في نقيضه دليل آخر"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزى، المرجع السابق، ص410.

<sup>2</sup> - أنظر، محمد بن حارث الخشني، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، الدار العربية للكتاب، 1985، ص117.

<sup>3</sup> - أنظر، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، شرح تنقيح الفصول، دار الفكر، بيروت، 2004، ص67.

<sup>4</sup> - شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، شرح...، المرجع السابق، ص139.

<sup>5</sup> - أنظر، حسن بن محمد المشاط، الجواهر الثمينة، ط2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1990، ص235.

كذهاب مالك إلى وجوب فسخ نكاح الشغار وثبوت الإرث إذا مات أحدهما، فالأصل عدم الميراث. فلما قال مالك ثبوت الميراث فقد أعمل دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار إذا وقع لدليل دل على ذلك، وهو عدم الفسخ، وعدم فسخ النكاح لازمه ثبوت الميراث بين الزوجين، فأعمل مالك دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار في لازم مدلوله وهو ثبوت الميراث، وهذا المدلول أعمل مالك نقيضه، وهو فسخ النكاح<sup>1</sup>.

وصورته في البيع الفاسد، أن مذهب الإمام مالك في البيع الفاسد هو البطلان ووجوب الفسخ مع فوات رد المبيع بيعا فاسدا إذا تصرف فيه المشتري ببيع أو هبة أو تصدق أو إعتاق لتضمنه شبهة الملك<sup>2</sup>. فأعمل مالك دليل الحنفية القاضي بعدم بطلان البيع الفاسد إذا تصرف فيه المشتري، وعدم بطلان البيع الفاسد يلازم ثبوت الملك. فأعمل مالك دليل خصمه هو عدم بطلان البيع الفاسد في لازم مدلوله وهو ثبوت الملك ونفاذ تصرف المشتري في البيع، وهذا المدلول أعمل مالك نقيضه وهو بطلان البيع الفاسد.

وعليه، تبين أن البيع الفاسد الذي يلحقه الفوت يشمل ما نهي عنه لذاته وما نهي عنه لوصفه اللازم، فهو يفيد شبهة الملك بناء على مراعاة الخلاف بينهم وبين الحنفية القائلين بأن البيع الفاسد يفيد الملك.

فتبين أن المالكية لم يخالفوا أصلهم القائل بعدم التفرقة بين الباطل والفاسد، وأن النهي يقتضي بطلان المنهي عنه لوصفه كما يقتضي بطلان المنهي عنه لأصله، وحتتهم في ذلك أن البيع الفاسد يفيد شبهة الملك بناء على مراعاة الخلاف. عكس فقهاء الحنفية، إذ البيع الباطل عندهم لا يفيد الملك ولا شبهة الملك، لأنه معدوم، والعدم لا أثر له، بخلاف البيع الفاسد فإن قبض المبيع بإذن

<sup>1</sup> - أنظر، أبي عبد الله محمد الأنصاري الرضاع، شرح حدود ابن عرفة، ط1، دار العرب الإسلامي، بيروت، 1993، ص265.

<sup>2</sup> - أنظر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النموي القرطبي، الكافي، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1992، ص357، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، شرح...، المرجع السابق، ص139؛ أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، المرجع السابق، ج3، ص203.



مالكه يفيد الملك في الجملة، ولكنه ملك غير لازم يجب على كل واحد من العاقدين فسخه رفعاً للفساد.

ألا يفهم من نفاذ تصرف المشتري في المبيع بيعاً فاسداً ببيع أو هبة أو تصدق أو غير ذلك أن المالكية يصححون البيع الفاسد في حالة الفوت؟

نقول، أن الحكم في البيع الفاسد هو الفسخ على كل حال سواء وجد الفوت أو لم يوجد، فكل من المتعاقدين لا يملك ما قبضه في البيع الفاسد، لأنه باطل والباطل لا يملك، فيلزم المشتري برد السلعة إلى البائع إذا كانت قائمة، ويلزم البائع برد الثمن إلى المشتري. أما إذا فاتت السلعة عند المشتري بعد قبضه لها ردت القيمة، ولهذا قال صاحب الكافي: "والفوت الذي يوجب القيمة في السلعة على المبتاع في هذا الباب أن يخرج السلعة من يده ومملكه ببيع أو عتق أو تدبير أو مكاتبة أو يتصدق أو يهب أو ينمي في يده قبض أو تخلف أسواقها"<sup>1</sup>.

ولقد أوضح ابن رشد هذه العبارة حيث قال: "أما القسم الثالث من البيوع وهو ما اختل فيه شرط من شرائط صحته فإنها تنفسخ على كل حال ولا خيار في ذلك لأحد المتبايعين وترد السلعة إلى البائع إن كانت قائمة أو قيمتها يوم القبض إن كانت فائتة ويرد البائع الثمن على المشتري"<sup>2</sup>.

فلا يقال أن المالكية يصححون البيع الفاسد في حالة الفوت أو يعطونه حكم الصحيح فيرتبون عليه آثاره، بل أن تصرف المشتري في المبيع بيعاً فاسداً ببيع أو هبة أو تصدق أو غير ذلك، نشأ عن شبهة العقد<sup>3</sup> وإذن البائع للتصرف فيه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النموي القرطبي، المرجع السابق، ص 357.

<sup>2</sup> - أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، المرجع السابق، ج 3، ص 203.

<sup>3</sup> - أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج 8، ص 226.

<sup>4</sup> - أنظر، عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي، نشر البنود على مراقي السعود، ج 1، مطبعة فضالة، المغرب، د س ن، ص 46.

ومع هذا، فإنهم يميزون في البيوع بين المحرمة والمكروهة، فالبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم إلى محرمة ومكروهة. فأما المحرمة فإنها إذا فاتت مضت بالقيمة. وأما المكروهة فإنها إذا فاتت صحت عنده، وربما صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده في ذلك<sup>1</sup>.

فيتلخص مما سبق، أن البيع الفاسد عند المالكية هو نفسه البيع الباطل، لا يترتب عليه أي أثر من الآثار المقصودة منه. أما إذا تصرف المشتري في المبيع بيعا فاسدا وتحقق الفوت ببيع أو هبة أو صدقة أو غير ذلك، تقرر الملك بالقيمة، ولا يعد هذا خروجا عن أصلهم في أن النهي يدل على الفساد، فالملك لم ينتقل لمجرد العقد الفاسد، وإنما هو لأمر آخر خارج عن نفس العقد، ولهذا أوجبوا رد العين، إذا كانت غير تالفة وعند التلف لم يقرروا الثمن الذي ورد العقد عليه، بل أوجبوا المثل إذا كان مثليا أو القيمة، فلم ينشأ ذلك إلا من شبهة العقد وإذن المشتري في قبض المبيع والتصرف فيه.

بخلاف فقهاء الحنفية، فالبيع الفاسد عندهم مخالف للبيع الباطل، إذ أن هذا الأخير لا يفيد الملك، لأنه معدوم والعدم لا يترتب أثرا. أما البيع الفاسد، فإنه يفيد الملك في الجملة، فيمتلك المشتري المبيع بقبضه، ولكنه ملك غير لازم يجب على كل واحد من العاقدين فسخه ورد ما قبضة ما لم يمنع ذلك مانع، لكي لا يتقرر الفساد.

فثبت جليا أن المالكية لم يخرجوا عن أصلهم القائل بعدم التفرقة بين الباطل والفساد، فالعقد غير المستوفي لأركانه الأساسية وشروطه المطلوبة يكون باطلا أو فاسدا، فهما مترادفان سواء كان الخلل في أصل العقد أو وصفه اللازم. أما ما يترتب على العقد الفاسد من بعض آثار العقد الصحيح، إنما هو لأمر خارج عن نفس العقد الفاسد، وليس خروجا عن أصلهم العام.

<sup>1</sup> - محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، المرجع السابق، ج2، ص193.

## الفرع الثاني

### التمييز بين الباطل والفساد في المذهب الشافعي

الأصل العام عند فقهاء الشافعية أن البطلان والفساد مترادفان، فالنهي عن الشيء لوصفه الملازم كالنهي عنه لذاته كلاهما يقتضي الفساد، الذي هو بمعنى البطلان، فلا يترتب عليهما أي أثر من الآثار المقصودة.

وعليه، فالعقد في نظر فقهاء الشافعية ينقسم إلى قسمين: صحيح وباطل، وإن صح قلت: صحيح وفساد. فالصحيح هو ما استوفى أركانه وشروطه بشكل يرتب الشارع جميع آثاره عليه، وما عدا ذلك فهو باطل وقد يعبر عنه بالفساد من باب ترادف الألفاظ على المعنى الواحد.

فلا فرق بين العقد الباطل والعقد الفاسد، فكلاهما عقد غير صحيح يعتبر وجوده كعدمه في نظر الشارع، فلا يترتب عليهما أي أثر من الآثار المقصودة للعقد الصحيح وذلك لمخالفة ركن من أركانه أو شرط من شروطه.

وعليه يمكن طرح الإشكال التالي: هل فقهاء الشافعية خرجوا عن هذا الأصل العام وناقضوه أم لا؟

فقهاء الشافعية لم يناقضوا أصلهم العام القاضي بترادف البطلان والفساد، وأن النهي يقتضي بطلان المنهي عنه أصلا ووصفا، فقد قال العلائي: "وأما الشافعي، فلم ينتقض قوله في المسألة بصورة أصلا، لأنه قال بالفساد في المنهي عنه لعينه، أو لوصفه اللازم، وأن النهي عنه لغيره المجاور له لا يقتضي فسادا، بل إن دل دليل من خارج على فساده، فذاك لمعنى آخر غير المنهي... فكل موضع ورد فيه النهي، ولم يقل الشافعية لا يرجع النهي إلى عينه، ولا إلى وصفه اللازم، وكل ما رجع النهي

فيه إلى أحد هذين قال فيه بالفساد، فقد طرد أصله في المواضع كلها، مع صحته، واعتضاده بالأدلة الراجحة"<sup>1</sup>.

ولكن هذا لا يعني بأن فقهاء الشافعية لم يفرقوا بين البطلان والفساد، فهناك مواضع أقروا فيها بهذه التفرقة ورتبوا عليها بعض الآثار، وذلك تمييزاً بينها وبين التصرفات الباطلة التي لا يترتب عليها أي أثر من الآثار المقصودة.

إلا أن هذا التباين بين البطلان والفساد في بعض الأبواب والمسائل الفقهية، ليس على أصل الحنفية في تفرقتهم بين المنهي عنه لوصفه اللازم والمنهي عنه لأصله. وفي هذا الصدد يقول السبكي: "وفرق أصحابنا بين الباطل والفساد فرقا ليس على أصول الحنفية"<sup>2</sup>.

ووجه تفرقتهم بين الباطل والفساد، أنهم رأوا في بعض المسائل الفقهية أن التصرفات قد يحتل فيها بعض الشروط، ومع ذلك يرتبون عليها بعض آثار الصحيح، بخلاف ما احتل فيها ركن من أركانها فلا يترتب عليها أي أثر من آثار الصحيح، فأطلقوا على القسم الأول الفاسد، وأطلقوا على القسم الثاني الباطل تمييزاً بينهما، ليس على أصل الحنفية أن الفاسد ما شرع بأصله ولكنه امتنع لاشتماله على وصف، والباطل ما لم يشرع بالكلية لا أصلاً ولا وصفاً<sup>3</sup>.

والأبواب والمسائل التي فرقوا فيها بين الفساد والبطلان، حصرها النووي في أربعة وهي: الحج، والعارية، والكتابة، والخلع. وفي هذا الصدد يقول الاسنوي: "البطلان والفساد عندنا مترادفان، فنقول مثلاً، بطلت الصلاة وفسدت... إذا علمت ذلك، فقد ذكر أصحابنا فروعا مخالفة لهذه القاعدة فرقوا فيها بين الفساد والباطل. وقد حصرها النووي في تصنيفه المسمى (بالدقائق) في أربعة وهو: الحج،

<sup>1</sup> - أنظر، العلائي، تحقيق في أن النهي يقتضي الفساد، ط1، دار الفكر، دمشق، 1982، ص401.

<sup>2</sup> - أنظر، تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي الشبكي، الأشباه والنظائر، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991، ص98.

<sup>3</sup> - شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، المرجع السابق، ج8، ص421؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج4، ص704.

والعارية، والكتابة، والخلع ولم يذكر صورها"<sup>1</sup>. ويقول الزركشي: "الفاقد والباطل سواء في الحكم عندنا واستثنى النووي الحج والخلع والكتابة والعارية"<sup>2</sup>.

وهناك من زاد على هذه الأربعة على أساس قاعدة كل عقد صحيح غير مضمون، مثل الإجارة والهبة وغيرهما. يقول الاسنوي في هذا الشأن: "وما ذكره النووي في حصر التفرقة في الأربعة ممنوع، بل يتصور أيضا في كل عقد صحيح غير مضمون، كالإجارة، والهبة، وغيرهما"<sup>3</sup>. ويقول كذلك الزركشي: "وبلغني عن الشيخ (زين الدين الكتاني) أنه استدرك أربعة أخرى، وهي الوكالة والإجارة وعقد الجزية والعتق"<sup>4</sup>.

وبذلك يظهر وجه التفرقة بين الفساد والبطلان عند الشافعية في معرض بيانهم للقاعدة الفقهية التي أشار إليها الاسنوي، ولقد ذكرها النووي بعبارة: "وحكم فاسد العقود حكم صحيحها في الضمان وعدمه"<sup>5</sup>. وبعبارة أوضح: ما اقتضى صحيحه الضمان فيقتضي فساده، ومالا يقتضي صحيحه الضمان لا يقتضيه فساده<sup>6</sup>.

فهذه القاعدة مسلم بها عند الشافعية، وهي تضبط المواضع التي يستوي فيها العقد الصحيح والفاقد في الضمان دون الباطل، فقد بينوا أن القيد بالفاقد في القاعدة يخرج الباطل وأن الباطل ما اختل بعض أركانه كفقدان الإيجاب والقبول واختلال بعض شروط العاقدين. وأن الفاسد: ما وجد

---

<sup>1</sup> - أنظر، جمال الدين أبي محمد عبد الرحيم بن الحسن الاسنوي، التمهيد في تخریج الفروع على الأصول، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1981، ص59.

<sup>2</sup> - أبي عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي المعروف بالزركشي، المرجع السابق، ج2، ص143.

<sup>3</sup> - جمال الدين أبي محمد عبد الرحيم بن الحسن الاسنوي، التمهيد...، المرجع السابق، ص60.

<sup>4</sup> - أبي عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي المعروف بالزركشي، المرجع السابق، ج2، ص144.

<sup>5</sup> - شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، المرجع السابق، ج4، ص282.

<sup>6</sup> - أبي عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي المعروف بالزركشي، المرجع السابق، ج2، ص144.

فيه شرط فاسد كأن يشترط السيد على عبده المكاتب كون كسبه بينهما أو كانت الكتابة على عوض فاسد كأن يكتبه على خنزير أو أجل فاسد كأجل مجهول<sup>1</sup>.

وأبرز ما يدل على ذلك ما ذكره الاسنوي، حيث قال: "...بل يتصور أيضا الفرق في كل عقد صحيح غير مضمون، كالإجارة، والهبة، وغيرها. فإنه لو صدر من سفيه، أو صبي، وتلفت العين في يد المستأجر والمنتهب، وجب الضمان، واو كان فاسدا لم يجب ضمانها كما صرح هو به في باب الإجارة، وباب الهبة، لأن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه"<sup>2</sup>.

ويقول كذلك الزركشي: "فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه، ومعنى (ذلك) أن ما اقتضى صحيحه الضمان بعد التسليم كالبيع والقرض والعمل في القراض والإجارة والعارية فيقتضي فساده (أيضا الضمان)، لأنه أولى بذلك، وما لا يقتضي صحيحه الضمان بعد التسليم كالرهن والعين المستأجرة والأمانات كالوديعة، والتبرع كالهبة والصدقة لا يقتضيه فساده أيضا، لأنه لا جائز أن يكون الموجب له هو العقد، لأنه لا يقتضيه ولا اليد، لأنها (إنما) جعلت بإذن المالك"<sup>3</sup>.

ومن بين المسائل التي فرق فيها فقهاء الشافعية بين الفاسد والباطل نذكر منها:

**1- الخلع:** كل ما أوجب بينونة وأثبت المسمى، فهو الخلع الصحيح. وكل ما أسقط الطلاق بالكلية، أو أسقط بينونة، فهو الخلع الباطل. وكل ما أوجب بينونة من حيث كونه خلعا، وأفسد المسمى، فهو الخلع الفاسد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، المرجع السابق، ج8، ص421؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج4، ص704.

<sup>2</sup> - جمال الدين أبي محمد عبد الرحيم بن الحسن الاسنوي، التمهيد...، المرجع السابق، ص60.

<sup>3</sup> - أبي عبد الله بدر الدين محمد بن بشار بن عبد الله الشافعي المعروف بالزركشي، المرجع السابق، ج2، ص144.

<sup>4</sup> - جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المرجع السابق، ج2، ص33.

**2- الكتابة:** فالصحيح منها ما أوقعت العتق، وأوجبت المسمى. والفاصلة ما أوقعت العتق، وأوجبت عوضاً في الجملة. والباطلة ما لا توجب عتقاً بالكلية بأن احتل بعض أركانها. فالباطلة لاغية، والفاصلة تشارك الصحيحة في بعض أحكامها<sup>1</sup>.

**3- العارية:** فقد صور الإمام الغزالي في الوسيط في باب العارية، فإنه حكى الخلاف في صحة إعاره الدراهم، والدنانير، ثم قال بعد ذلك ما نصه: "فإن أبطلناها في طريق أهل العراق أنها مضمونة، لأنها إعاره فاسدة، وفي طريق المراوزة أنها غير مضمونة لأنها غير قابلة للإعارة فهي باطلة"<sup>2</sup>.

**4- الوكالة:** فإنها تفسد بالتعليق ويستفيد بها جواز التصرف. والباطلة لاختلال العاقد كتوكيل الصبي والمرأة في النكاح فهي لاغية<sup>3</sup>.

وعليه، يتبين أن فقهاء الشافعية لم يبنوا تفرقتهم بين الفساد والبطان على ما ذهب إليه فقهاء الحنفية، بل إن تفرقتهم مردها أنهم وجدوا في بعض التصرفات قد تحتل فيها بعض الشروط ويرتبون عليها بعض آثار الصحيح، فيطلقون عليها لفظ الفساد تمييزاً بينها وبين الباطل الذي احتل فيه ركن من الأركان فلا يترتب عليه أي أثر من الآثار المقصودة.

غير أن هذه الآثار لم تترتب على تلك التصرفات باعتبارها ذاتها لأنها غير مشروعة، بل مبنية على التخصيص، لأن الأصل العام هو ترادف الفساد والبطان، فخصصوا هذا الأصل في بعض المسائل الفقهية التي يحتل فيها بعض الشروط ومع ذلك يترتب عليها بعض آثار الصحيح. وفي هذا، يقول الزركشي نقلاً عن أبو الحسن السبكي: "ونحن لا نرتب على الفساد شيئاً من الأحكام الشرعية،

<sup>1</sup> - جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المرجع السابق، ج2، ص33.

<sup>2</sup> - أنظر، أبي عبد الله بدر الدين محمد بن بشار بن عبد الله الشافعي المعروف بالزركشي، البحر المحيط، ج1، ط2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1992، ص323.

<sup>3</sup> - أبي عبد الله بدر الدين محمد بن بشار بن عبد الله الشافعي المعروف بالزركشي، المنشور...، المرجع السابق، ج2، ص144.

لأنه غير مشروع لكن لنا قاعدة: وهي إذا كان للفعل عموم وبطل الخصوص قد لا يعمل بالعموم. فالمسائل التي رتب الأصحاب عليها حكما من العقود الفاسدة هي من هذا القبيل"<sup>1</sup>.

وبناء على ما سبق، يتبين أن فقهاء الشافعية لم يناقضوا أصلهم العام القاضي بتزادف الفساد والبطلان وبأصلهم في أن النهي يقتضي بطلان المنهي عنه أصلا ووصفا، وإنما تخصيص من هذا الأصل لانتقض في ذلك.

### الفرع الثالث

#### التمييز بين الباطل والفاسد في المذهب الحنبلي

فقهاء الحنابلة لا يفرقون بين الباطل والفاسد، فهما مصطلحان مترادفان، متباينان عند الحنفية. يقول ابن اللحام: "(الباطلان) و(الفساد) مترادفان عندنا، وعند الشافعية. وقال أبو حنيفة: إنهما متباينان. ف(الباطل) عنده: ما لم يشرع بالكلية، كبيع المضامين والملاقيح. و(الفاسد) ما شرع أصله، ولكن امتنع لاشتماله على وصف محرم، كالربا"<sup>2</sup>.

غير أنه وجدت مسائل أقروا بتفرقتهم بين الفاسد والباطل، ويعود السبب في ذلك إلى ما يلي:

**أولا-** المسائل التي فرق فيها فقهاء الحنابلة بين الفاسد والباطل هي مسائل الدليل، ولا يعد ذلك خروجاً عن أصلهم، وإنما وجدت لهذه المسائل أدلة خاصة اقتضت أن تترتب عليها بعض الآثار المقررة للعقد الصحيح، على الرغم ما فيها من خلل الذي يقتضي كأصل عام عدم ترتب أي أثر في ذلك<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أبي عبد الله بدر الدين محمد بن بشار بن عبد الله الشافعي المعروف بالزركشي، البحر...، المرجع السابق، ج1، ص324.

<sup>2</sup> - أنظر، أبي الحسن علاء الدين بن محمد بن عباس البعلبي الحنبلي المعروف بابن اللحام، القواعد والفوائد الأصولية، ط1، المكتبة العصرية، بيروت، 1998، ص152.

<sup>3</sup> - أبي الحسن علاء الدين بن محمد بن عباس البعلبي الحنبلي المعروف بابن اللحام، نفس المرجع، ص152.



وذكر ابن اللحام خمسة عشر مسألة من مسائل الدليل، التي وجدت فيها أدلة خاصة اقتضت تخصيصها من الأصل العام، والقاضي بترادف البطلان والفساد. ومن بين أهم هذه المسائل:

**1- الكتابة:** فإذا كانت من لا يصح العقد منه، تكون باطلة لا يترتب عليها أي أثر، فالعقد هنا باطل من أصله لا يترتب عليه العتق. وأما إذا كانت بعوض مجهول، فهي فاسدة لا تبطل من أصلها ولكل واحد منهما فسخها، ويترتب عليها العتق بالأداء دون الإبراء.

**2- الوكالة:** فالمخالفة من الوكيل تقتضي فساد الوكالة لا بطلانها، فيفسد عقد الوكالة ويصير الوكيل متصرفاً بمجرد الإذن. وهذا الظاهر من كلام الكثير من الأصحاب. وهناك وجه آخر هو أن الوكالة تبطل بذلك كالوديعة.

**3- النكاح:** فالفساد من النكاح: ما يسوغ فيه الاجتهاد أو كان مختلفاً فيه. والباطل: ما أجمع على بطلانه، فلا يترتب عليه شيء من أحكام الصحيح، إلا في الطلاق إذا تزوجها في عدة من غيره: هل يفسخ أم لا؟ فيه روايتان. وأما الفاسد المختلف فيه، فيثبت له أحكام الصحيح<sup>1</sup>.

**ثانياً- المسائل التي حكموا عليها بالفساد هي:** المسائل المختلف في فسادها بين العلماء. والمسائل التي حكموا عليها بالبطلان هي: المسائل المجمع على بطلانها، أو الخلاف فيها شاذ. يقول ابن النجار: "وفرق أصحابنا وأصحاب الشافعي بين الباطل والفساد في الفقه في مسائل كثيرة. ولذلك قال الجمهور: المنهي عنه فاسد وباطل، سواء كان النهي لعينه أو لوصفه. ومن المسائل التي فرق فيها الجمهور بين الفاسد والباطل الحج والنكاح والوكالة والخلع والإجارة. قال في (شرح التحرير) قلت: "غالب المسائل التي حكموا عليها بالفساد إذا كانت مختلفاً فيها بين العلماء. والتي حكموا

<sup>1</sup> - أبي الحسن علاء الدين بن محمد بن عباس البعلبي الحنبلي المعروف بابن اللحام، المرجع السابق، ص 153 - 155

عليها بالبطلان إذا كانت مجمعا عليها. أو الخلاف فيها شاذ. ثم وجدت بعض أصحابنا قال: الفاسد في النكاح ما يسوغ فيه الاجتهاد. والباطل ما كان مجمعا على بطلانه"<sup>1</sup>.

وبناء على ذلك، أصطلح فقهاء الحنابلة على إطلاق وصف الفساد على العقود المختلف في فسادها بين العلماء، وترتب عليها بعض أحكام العقد الصحيح. وإطلاق وصف البطلان على العقود المجمع على بطلانها أو كان الخلاف فيها شاذ، فلا يترتب عليها شيء من أحكام العقد الصحيح.

وبذلك نقول أن تفرقة فقهاء الحنابلة بين الفساد والبطلان في بعض الأبواب والمسائل الفقهية مبنية على أساسيين:

1- وجود أدلة شرعية خاصة توجب بعض التصرفات بعض آثار الصحيح.

2- قاعدة المجمع والمختلف في فسادها، فما انعقد الإجماع على فساده يكون باطلا من أصله. وما وقع خلاف في فساده فلا يكون باطلا، ومع ذلك يترتب عليه بعض آثار الصحيح.

وأبرز ما يبين تفرقة فقهاء الحنابلة بين الفساد والبطلان في بعض المسائل الفقهية، ما ذكره ابن رجب في القاعدة الخامسة والأربعون حول اختلاف فقهاء الحنابلة فيما إذا وقع التعدي في عقود الأمانات، هل تنفسخ بذلك بحيث تبطل بالتعدي فلا تبقى منعقدة، أم تظل منعقدة بعد التعدي مفيدة بعض آثار الصحيح؟ فذكر الأصل العام في ذلك فقال: "عقود الأمانات هل تنفسخ بمجرد التعدي فيها أم لا. المذهب أن الأمانة المحضة تبطل بالتعدي والأمانة المتضمنة لأمر لا تبطل على الصحيح"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوح الحنبلي المعروف بابن النجار، شرح الكوكب المنير، ج1، مكتبة العبيكان، الرياض، 1993، ص474.

<sup>2</sup> - أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب، المرجع السابق، ص64.

ثم ذكر مسائل مخرجة على هذا الأصل منها<sup>1</sup>:

**1- الوديعة:** فالمشهور أنها تبطل بالتعدي فلا يجوز له الإمساك ووجب الرد على الفور، لأنها

أمانة محضة وقد زالت بالتعدي فلا تعود بدون عقد متجدد.

**2- الوكالة:** فظاهر من كلام كثير من الأصحاب أن مخالفة الوكيل تقتضي فساد الوكالة لا

بطلانها، فيفسد عقد الوكالة ويصير الوكيل متصرفا بمجرد الإذن. وهناك وجه آخر أن الوكالة تبطل

كالوديعة لزوال الائتمان والإذن في التصرف فكان منوطا به.

**3- الشركة والمضاربة:** فالمعروف من المذهب أنهما تفسدان بالتعدي ويصير ضامنا، ويصح

تصرفه لبقاء الإذن فيه. وقيل تبطلان بالتعدي.

**4- الرهن:** إذا تعدى المرتهن زال ائتمانه ويبقى مضمونا عليه، ولم يبطل. وقيل يبطل العقد.

**5- الاستئجار:** إذا استأجره لحفظ شيء مدة، فحفظه في بعضها ثم ترك الحفظ. قيل لا

يبطل بل يزول الاستئمان ويصير ضامنا. وقيل يبطل العقد فلا يستحق شيئا من الأجرة.

**6- الوصية:** إذا تعدى الوصي في التصرف، فيه احتمالين:

أحدهما: لا يبطل بل تزول أمانته ويصير ضامنا كالوكيل.

الثاني: تبطل لأنه خرج من حيز الأمانة بالتفريط، فزالت ولايته بانتفاء شرطها كالحاكم إذا

فسق.

وإذا ترتب على هذه العقود الفاسدة بعض آثار الصحيح، فهل سبب ترتب تلك الآثار هو

انعقاد تلك العقود الفاسدة أم لا؟

قسم ابن رجب العقود الفاسدة إلى نوعين:

<sup>1</sup> - أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب، المرجع السابق، ص 64-65.

**النوع الأول:** العقود الجائزة كالشركة، والمضاربة، والوكالة. ففسادها لا يمنع نفوذ التصرف فيها بالإذن لكن خصائصها تزول بفسادها، فلا يصدق عليها أسماء العقود الصحيحة إلا مقيدة بالفساد.

**النوع الثاني:** العقود اللازمة التي لا يتمكن العبد من الخروج منه بقوله كالإحرام فهو منعقد لأنه لا سبيل إلى التخلص منه إلا بإتمامه أو الإصرار عنه.

والعقود اللازمة التي يتمكن العبد من الخروج منه فهو منقسم إلى قسمين:

**أحدهما:** ما يترتب عليه حكم مبنى على التغليب والسراية والنفوذ فهو منعقد، كالنكاح والكتابة يترتب عليهما الطلاق والعتق، فلقوتهما ونفوذهما انعقد العقد المختص بهما ونفذا فيه وتبعهما أحكام كثيرة من أحكام العقد، ففي النكاح يجب المهر بالعقد حتى لو طلقها قبل الدخول لزمه نصف المهر على وجه ويستقر بالخلوة وتعتد فيه من حيث الفرقة لا من حيث الوطاء وتعتد للوفاة فيه قبل الطلاق، وفي الكتابة تستتبع الأولاد والاكساب.

**الثاني:** ما لا يترتب عليه ذلك كالبيع والإجارة فالمعروف في المذهب أنه غير منعقد ويترتب عليه أحكام الغصب<sup>1</sup>.

فهذه المسائل يجري فيها التفرقة بين الفساد والبطلان، فتقسم إلى صحيحة وفسادة يترتب عليها بعض أحكام الصحيح، وباطلة لا يترتب عليها شيء. وما عدا ذلك فلا تكون إلا صحيحة وباطلة وبطلانها مترادف لفسادها.

ويتأكد تفرقة فقهاء الحنابلة بين الفساد والبطلان في بعض الأبواب والمسائل الفقهية من خلال قاعدة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، فهذه القاعدة تضبط المواضع التي يستوي فيها العقد الصحيح والفساد في الضمان دون الباطل.

<sup>1</sup> - أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب، المرجع السابق، ص 65-66.

وفي ذلك يقول ابن رجب في القاعدة السابعة والأربعون: "كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده. وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده. ونعني بذلك أن العقد الصحيح إذا كان موجبا للضمان فالفساد كذلك وإذا لم يكن الصحيح موجبا للضمان فالفساد كذلك فالبيع والإجارة والنكاح موجبة للضمان مع الصحة فكذلك مع الفساد. والأمانات كالمضاربة والشركة والوكالة والوديعة وعقود التبرعات كالهبة لا يجب الضمان فيها مع الصحة. فكذلك مع الفساد وكذلك الصدقة"<sup>1</sup>.

ويقول ابن اللحام: "إذا قبض العين في العقد الباطل. فإنها تكون مضمونة عليه على كل حال، سواء كانت العين مضمونة فيه، أو غير مضمونة. وإن قبضها في الفاسد - وكانت صحيحة العين فيه، غير مضمونة - ففساد كذلك"<sup>2</sup>.

بعض متأخري الحنفية فهموا من تفرقة مقدميهم بين الفساد والبطلان في بعض المسائل الفقهية، أن ذلك مخالفة للقاعدة العامة التي تقضي بترادف البطلان والفساد. يجيب ابن اللحام في ذلك: "والذي يظهر - والله أعلم - أن ذلك ليس مخالفة للقاعدة. وبيانه: أن الأصحاب إنما قالوا (البطلان) و(الفساد) مترادفان في مقابلة قول أبي حنيفة، حيث قال: ما لم يشرع بالكلية: هو باطل. وما شرع أصله وامتنع لاشتماله على وصف محرم: هو الفاسد. فعندنا كل ما كان منهيًا عنه، إما لعينه أو لوصفه، ففساد وباطل. ولم يفرق الأصحاب في صورة من الصورتين بين الفساد والباطل في المنهي عنه. وإنما فرقا بين الفساد والباطل في مسائل الدليل"<sup>3</sup>.

فابن اللحام أقر أن الأصل العام عند الحنابلة هو ترادف البطلان والفساد وهو يقابل الأصل العام عند الحنفية القاضي بالتفريق بينهما في المنهي عنه لعينه والمنهي عنه لوصفه اللازم، غير أن فقهاء الحنابلة فرقوا بين البطلان والفساد في مسائل الدليل.

<sup>1</sup> - أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب، المرجع السابق، ص 67.

<sup>2</sup> - أبي الحسن علاء الدين بن محمد بن عباس البعلبي الحنبلي المعروف بابن اللحام، المرجع السابق، ص 154.

<sup>3</sup> - أبي الحسن علاء الدين بن محمد بن عباس البعلبي الحنبلي المعروف بابن اللحام، نفس المرجع، ص 152.

والمقصود بمسائل الدليل، المسائل التي وجد فيها اختلال يقتضي كأصل عام عدم ترتب عليها أي اثر من الآثار المقرر لها لو كانت صحيحة، ولكن وجدت أدلة شرعية خاصة أوجبت لها بعض آثار الصحيحة، وليس ذلك خروجاً عن الأصل العام وإنما تخصيص منه.

وبناء على ما سبق، يتبين أن فقهاء الحنابلة فرقوا في مسائل كثيرة بين البطلان والفساد، ليس على الوجه الذي ذهب إليه الحنفية، وليس على وجه مخالفة القاعدة العامة، بل بمقتضى اعتبارات شرعية خاصة.

## الفرع الرابع

### التمييز بين الباطل والفساد في المذهب الحنفي

يفرق المتقدمون من فقهاء الحنفية بين الباطل والفساد في المعاملات والعبادات. فإذا كان مورد النهي عين التصرف بأن فقد أركانه وما يتعلق بهذه الأركان من شروط انعقاد، يكون التصرف باطلا معدوماً شرعاً وخارجاً عن اعتبار الشارع، ومثال ذلك بيع الحر، والمضامين - ما في أصلاب الآباء -، الملاقيح - ما في أرحام الأمهات -، لأن البيع مبادلة مال بمال شرعاً، والحر ليس بمال والماء في الصلب أو الرحم لا مالية، فلم يكن محلاً للبيع شرعاً فصار هذا البيع عبثاً لحلولة في غير محله. ونظيره في العبادات كالصلاة بغير طهارة، لأن الشرع قصر الأهلية لأداء الصلاة على كون المصلي طاهراً عن الحدث والجنابة فتتعدم الأهلية بانعدام صفة الطهارة.

أما إذا كان مورد النهي وصف ملازم يكون التصرف فاسداً، لأن الفساد عبارة عن فائت الوصف دون الأصل، ومن أمثلة ذلك الربا، فإنه قبيح لمعنى اتصل بالبيع وصفاً وهو انعدام المساواة التي هي شرط جواز البيع في هذه الأموال شرعاً. والبيع بالشرط الفاسد يكون مشرعاً بأصله موجب لحكمه وهو الملك إذ تاييد بالقبض، فالمشروع إيجاب وقبول من أهله في محله، وبالشرط الفاسد لا يختل شيء من ذلك، فهو ليس معدوماً لأصله بل يكون مغيراً لوصفه، فيكون فاسداً وليس من ضرورة

صفة الفساد انعدام الأصل. ونظيره في العبادات كالصوم يوم عيد الفطر وأيام النحر والتشريق، مشروع بأصله وهو الإمساك لله تعالى في وقت طاعة وقربة قبيح بوصفه وهو الإعراض عن ضيافة الله في وقت الصوم، فالنهي يتعلق بوصفه وهو أنه يوم عيد الفطر<sup>1</sup>.

والمشهور من أقوال فقهاء الحنفية أنهم يفرقون بين البطلان والفساد في المعاملات دون العبادات، لأن المقصود من العبادة هو الطاعة والقربة، وهذا لا يتحقق إلا بأدائها على الوجه الذي رسمه الشارع، والنهي عنها يقتضي المعصية، فيتناقض أثر العبادة وحكم النهي، إذ الأول قصد القربة والثاني معصية فيتناهيان، فكان فسادها مرادف لبطلانها بفوات ركن أو شرط، فالعبادة الفاسدة هي الباطلة بما فات فيها ركن أو شرط، بخلاف المعاملة فالمقصود منها ثبوت الملك أو الانتفاع ويثبت ذلك مع الحرمة<sup>2</sup>.

فالتمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد في المذهب الحنفي يقوم على أساس التمييز بين أصل العقد ووصفه اللازم. فأصل العقد يمكن رده إلى ثلاث عناصر أساسية التي لا يوجد العقد الصحيح بدونها وهي:

1-صيغة العقد: أو التعبير عن الإرادة ويتم ذلك بصدور إيجاب وقبول متطابقين في مجلس العقد، وهذا التعبير عن الإرادة هو ركن العقد، بل هو ركنه الوحيد.

2-العاقدان: وهما اللذان يصدر عنهما التعبير بالإيجاب والقبول ويشترط فيهما التمييز والتعدد، فمن انعدم لديه التمييز لا يعتد شرعا بالتعبير الصادر عنه كالمجنون والمعتوه والصغير غير المميز، ومن صدر من أحدهم تعبير عن الإرادة فهذا التعبير لا وجود له شرعا، إذا يفترض وجود

<sup>1</sup> - أنظر، أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، أصول السرخسي، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1993، ص80-81؛ عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي، ج1، الشركة الصحافية العثمانية، 1308هـ، ص270 وما بعدها.

<sup>2</sup> - أنظر، محمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحسيني الحنفي الخراساني البخاري، تيسير التحرير، ج2، مؤسسة جواد للطباعة والتوزيع، بيروت، د س ن، ص236؛ ابن أمير الحاج الحلبي، التقرير والتحبير، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، ص394؛ عبد العلي محمد بن نظام الدين محمد السهالوي، فواتح الرحموت، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002، ص429.

عاقدين أحدهما يصدر منه الإيجاب والآخر يصدر منه القبول، فالعقد لا يتم بالإرادة المنفردة بل بإرادتين متطابقتين.

3-المعقود عليه: أو محل العقد ويشترط فيه أن يكون موجودا أو ممكنا أي مقدور التسليم، معينا أو قابل للتعين، صالحا للتعامل فيه أي مالا متقوما مملوكا.

أما أوصاف العقد التي يتطلبها الفقه الحنفي توافرها فيما يدخل في أصل العقد والتي من شأن تحققها أن يسبب فساد العقد، ترجع إلى شرط التمييز في عنصر العاقدين وشروط المحل الثلاثة. فشرط التمييز الذي يقوم عليه التراضي يجب أن يكمله وصف ملازم لصحة العقد، وهو خلو الرضا من الإكراه. وشرط أن يكون المحل موجودا مقدور التسليم يكمله وصفين، فالوجود يجب أن لا يدخله غرر، والقدرة على التسليم يكملها أن تكون هذه القدرة من غير ضرر. وشرط أن يكون المحل معينا أو قابل للتعين يكمله وصف، وهو نفس الوصف الذي يكمل وجود المحل أي انتفاء الغرر. وشرط أن يكون المحل صالحا للتعامل فيه يكمله وصفين، أن يكون المحل خاليا من الشرط الفاسد، وأن يكون خاليا من الربا<sup>1</sup>. فالأسباب التي تجعل العقد فاسدا في المذهب الحنفي بالرغم من انعقاده هي: الإكراه، والغرر، والضرر، والشرط الفاسد، والربا.

والعقد الباطل معدوم شرعا، والمعدوم لا يترتب عليه أي أثر من آثار العقد الصحيح وإن كان موجودا بصورة، ففي البيع الباطل لا يملك المبيع ولو بالقبض وفي الإجارة الباطلة لا يجب الأجر وفي الرهن لا يتعلق به الضمان ولا يملك الحبس للمدين، ولا تلحقه الإجازة ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ولا يسري عليه التقادم. أما العقد الفاسد، فالأصل فيه أنه لا ينتج أثرا لأنه عقد غير صحيح، ومع أنه عقد غير صحيح فهو مع ذلك منعدم وله وجود شرعا لا وجود مادي فحسب. فهو عقد قائم ولكن يجوز لكل من العاقدين أن يتمسك بفسخه، ولا ينتقل به الملك قبل القبض، أما بعد القبض يثبت الملك في الجملة ولكنه ملك من نوع خاص.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر...، المرجع السابق، ج4، ص125-127؛ محمد حسنين، المرجع السابق، ص13-16.



وباستقراء نصوص الفقهاء والأصوليين وتتبع مباحثهم يجد أن التمييز بين البطلان والفساد لا يشمل جميع التصرفات، بل يقتصر فقط على العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة، تنقل الملكية. وفي هذا الشأن يفصل الأستاذ الزرقا فيقول: "إن التمييز بين الفساد والبطلان لا يجري إلا في العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة، أو تنقل الملكية.

أ- فيدخل في هذا الضابط عقود البيع والإجارة والرهن والحوالة والصلح عن مال والمخارجة والقسمة والشركة والمزارعة وأمثالها، لأنها تنشئ التزامات متقابلة. ويدخل أيضا عقد القرض والهبة، لأنهما ينقلان الملكية. فكل ذلك، مما يتميز فساده عن بطلانه، يعتبر مع الفساد منعقدا.

ب- ويخرج من هذا الضابط جميع التصرفات الأخرى التالية:

1- التصرفات الفعلية مطلقا.

2- التصرفات القولية التي ليست من قبيل العقود، بل من تصرف الإرادة المنفردة كالطلاق والإعتاق، والوقف والإبراء، والكفالة، وكذلك الإقرار.

3- العقود غير المالية كالزواج والوكالة والوصاية والتحكيم، فإن الوكالة والوصاية والتحكيم عقود تفويض.

4- العقود المالية التي لا تنشئ التزامات متقابلة ولا تنقل الملكية كالإيداع الإعارة.

حتى إن الفقهاء لا يصورون الفساد في الإعارة إلا عندما تكون لقاء عوض فتأخذ حكم الإجارة.

فكل هذه الأنواع من التصرفات التي تخرج من ذلك الضابط لا يعتبر لها إلا مرتبة وجود وعدم، أو صحة وبطلان. وليس بينهما مرتبة ثالثة هي الفساد. بل إن فسادها وبطلانها بمعنى واحد في الدلالة على عدم وجودها الاعتباري في نظر الشرع"<sup>1</sup>.

وإذا قلنا، أن البطلان والفساد في العقود مترادفان عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، ومتباينان عند فقهاء الحنفية. فتساءل: ما هو أساس التمييز بين البطلان والفساد؟

## المطلب الثاني

### أساس التمييز بين البطلان والفساد

إن من يتأمل أنظار فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع، يجد أن أساس الخلاف بين الحنفية وجمهور الفقهاء يرجع إلى قاعدة أصولية اختلف الفقهاء في الاعتماد عليها لتفريع مسائلهم الفقهية، تتمثل في الأثر المترتب على نهي الشارع عن تصرف ما كالعقد لعدم توافر أركانه أو شروطه المطلوبة. فإذا كان أثر النهي عن التصرفات الشرعية هو الجزاء المترتب على ما تركه المخالفة من خلل. فهل الجزاء واحد في كل المخالفات؟ أم أن الجزاء يتقدر بقدر المخالفة قوة وضعفاً؟

سيخصص هذا المطلب لتعريف النهي وما يتعلق بأقسامه (فرع أول)، ثم بيان أثر النهي عن التصرفات (فرع ثاني).

## الفرع الأول

### النهي وما يتعلق بأقسامه كأساس للتفرقة

إذا كان التمييز بين البطلان والفساد، يرجع إلى مسألة معروفة في أصول الفقه وهي أثر النهي عن التصرفات الشرعية. فما تعريف النهي؟ وما هي أقسامه؟

<sup>1</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي...، المرجع السابق، ج2، ص735-736.

وفي هذا السياق، سيتم تعريف النهي لغة واصطلاحاً (أولاً)، ثم بيان تقسيماته (ثانياً).

## أولاً- تعريف النهي

النهي لغة: خلاف الأمر<sup>1</sup>، يقال نهاه عن كذا ينهاه نهياً وانتهى عنه وتناهى أي كف، وتناهوا عن المنكر أي نهى بعضهم بعضاً<sup>2</sup>. ويقال نهاه عن كذا أي منعه عنه، ومنه سمي العقل نهية، لأنه ينهى صاحبه عن الوقوع فيما يخالف الصواب ويمنعه عنه<sup>3</sup>.

أما اصطلاحاً: فهو عند أهل الأصول "استدعاء ترك الفعل بالقول ممن هو دونه، وقيل هو اقتضاء كف عن فعل على وجه الاستعلاء"<sup>4</sup>، أو هو "اللفظ الدال على طلب الكف عن الفعل على وجه الاستعلاء"<sup>5</sup>. أو هو "طلب الامتناع عن الإيجاب على أبلغ الوجود مع بقاء اختيار للمخاطب فيه وذلك بوجوب الانتهاء"<sup>6</sup>.

فهذه التعريفات بعضها قريب من بعض ويمكن جمعها في اللفظ الدال على طلب الكف عن الفعل طلباً جازماً على وجه الاستعلاء<sup>7</sup>.

## ثانياً- تقسيمات النهي

النهي ينقسم على ثلاثة أقسام:

**1- ما يرجع إلى ذات المنهي عنه أو ما هو قبيح لعينه: القبح الذي يرجع إلى ذات المنهي عنه**

أو جزئه نوعان:

<sup>1</sup> - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، المرجع السابق، ج15، ص343.

<sup>2</sup> - محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المرجع السابق، ص284.

<sup>3</sup> - أنظر، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، إرشاد الفحول تحقيق الحق في علم الأصول، ج1، ط1، دار الفضيلة، الرياض، 2000، ص495؛ محمد مصطفى شلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الجامعة، بيروت، د س ن، ص401.

<sup>4</sup> - عبد العزيز البخاري، المرجع السابق، ج1، ص256.

<sup>5</sup> - محمد مصطفى شلي، أصول... المرجع السابق، ص401.

<sup>6</sup> - أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، أصول... المرجع السابق، ج1، ص79.

<sup>7</sup> - أنظر، إبراهيم محمد سلقيني، الميسر في أصول الفقه الإسلامي، ط3، دار الفكر، بيروت، 1996، ص342.

النوع الأول: ما قبح وضعاً كالكفر والعبث والكذب، فواضع اللغة وضع هذه الأسماء لأفعال عرفت قبيحة في ذاتها عقلاً.

النوع الثاني: ما قبح لعينه شرعاً كبيع الحر والنهي عن بيع الملاقيح - ما في أرحام الأمهات - والمضامين - ما في أصلاب الآباء -، لأن البيع مبادلة مال بمال شرعاً والحر ليس بمال، والماء في الصلب أو الرحم لا مالية فيه، فصار هذا البيع عبثاً لحلولة في غير محله، فالتحق بالقبيح وضعاً بواسطة عدم المحل شرعاً<sup>1</sup>.

**2-** ما يرجع إلى وصف ملازم للمنهي عنه أو لوصف لا ينفك عنه: وهو ما كان النهي لوصف ملازم للعمل المنهي عنه، وهذا الوصف لا يمكن أن ينفك عن الأصل كالنهي عن الصوم يوم العيد وأيام التشريق والبيع المشتمل على الربا أو بشرط فاسد.

فالنهي عن الصوم يوم العيد ليس لذات الصوم، لأن الصوم عبادة، وإنما النهي عنه للإعراض عن ضيافة الله تعالى في هذا اليوم، إذ الناس يعتبرون فيه ضيوفاً لله تعالى، فالصيام يكون إعراضاً عن هذه الضيافة. وكذلك البيع المشتمل على الربا، فإنه قبيح لمعنى اتصاله بالبيع وصف وهو عدم المساواة التي هي شرط جواز البيع في هذه الأموال شرعاً. ومثله البيع المشتمل على شرط فاسد، لأن الشرط يتضمن منفعة، وهذه المنفعة التي يتضمنها الشرط تعتبر زيادة خالية من عوض، فتكون شبيهة بالربا<sup>2</sup>.

ولقد ذكر القرافي الفرق بين هذه الحالة والحالة التي قبلها فقال في تحريره: "إن كان العقد أربعة عوضان، وعاقدان، فمتى وجدت الأربعة من حيث الجملة سالمة عن النهي، فقد وجدت الماهية المعتبرة شرعاً سالمة عن النهي، فيكون النهي إنما تعلق بأمر خارج عنها، ومتى انحرم واحد من الأربعة، فقد عدت الماهية لأن الماهية المركبة كما تعدم لعدم كل أجزائها تعدم لعدم بعض أجزائها، فإذا باع سفيه من سفيه خمرًا بخنزير، فجميع الأركان معدومة، فالماهية معدومة، والنهي والفساد في نفس

<sup>1</sup> - أنظر، حافظ الدين النسيقي، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، د س ن، ص142-143.

<sup>2</sup> - إبراهيم محمد سلقيني، المرجع السابق، ص347.

الماهية، وإذا باع رشيد من رشيد ثوبا بخنزير، فقد ركن من الأربعة، وهو أحد العوضين، فتكون الماهية معدومة شرعا، ولا فرق في ذلك بين واحد من الأربعة، أو اثنين أو أكثر، فإذا باع رشيد فضة بفضة، فالأركان الأربعة موجودة سالمة عن النهي الشرعي فإذا كانت إحدى الفضتين أكثر، فالكثرة وصف حصل لأحد العوضين فالوصف متعلق النهي دون الماهية<sup>1</sup>.

**3-** ما يرجع إلى وصف مجاور له غير لازم: فالنهي يرجع لأمر خارجي مجاور للمنهى عنه، ومثاله النهي عن البيع وقت النداء، فالنهي ليس راجعا إلى ذات الشيء ولا إلى صفة من صفاته، وإنما راجع إلى أمر خارج عن البيع لما فيه من الاشتغال عن السعي إلى الجمعة. كذلك الصلاة في الأرض المغصوبة، منهى عنها لمعنى شغل ملك الغير بنفسه وذلك مجاورا لفعل الصلاة جمعا غير متصل به وصفا، فكان قبحا لمعنى في غيره. ومثاله من الأفعال وطء الرجل زوجته في حالة الحيض، فإنه حرام منهى عنه، ولكن لمعنى استعمال الأذى، واستعمال الأذى مجاور للوطء جمعا غير متصل به وصفا، ولهذا جاز له أن يستمتع بها فيما سوى موضع خروج الدم عند بعض الفقهاء<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني

### أثر النهي على التصرفات

إذا كان النهي راجعا إلى ذات المنهى عنه أو عنصر من عناصره يكون التصرف (أو العقد) باطلا بإجماع الفقهاء<sup>3</sup>. فلهذا كان بيع الميتة وبيع الحر وبيع الأجنة في بطون أمهاتها باطلا. فكل هذه التصرفات مما نص الفقهاء والأصوليون على فسادها المرادف لبطلانها باتفاق، لا يترتب عليها أي أثر شرعي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القراني، الفروق، المرجع السابق، ج2، ص147-148.

<sup>2</sup> - أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، أصول... المرجع السابق، ج1، ص80-81.

<sup>3</sup> - أنظر، مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ط10، شركة الخنساء، بغداد، 2002، ص311.

<sup>4</sup> - العلائي، تحقيق... المرجع السابق، ص177.

وإذا كان النهي لوصف لازم للمنهى عنه (أي وصف لا ينفك عنه)، فهو محل اختلاف بين الفقهاء، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى فساد المنهى عنه بمعنى بطلانه فلا يصلح سببا لترتيب الآثار عليه، لأن النهي عن التصرف لوصفه اللازم كالنهي عنه لذاته أو لعنصر من عناصره<sup>1</sup>، ولهذا كان الصوم يوم العيد باطل. فإذا نذر صومه لا يجب عليه الوفاء به، وإذا أصبح صائما يوم العيد ثم أفطر لا يجب عليه القضاء، وكذلك عقد الربا يقع باطلا لا يثبت به الملك ولا حل الانتفاع.

فالشارع الحكيم إذا شرع أمرا من الأمور ونهى عنه عند اتصافه بوصف خاص لازم له، ثم أتى به المكلف متصفا بتلك الصفة لم يكن آتيا بالأمر المشروع، فلا يصلح هذا الأمر الموصوف سببا لما رتب عليه الشارع من الثمرات. فالوصف اللازم لا يفارق الموصوف فلا نستطيع صرف النهي إلى الوصف وحده بل يتعداه إلى الموصوف فلا يكون سببا لما رتبته الشارع عليه مجردا من الوصف فيقع باطلا<sup>2</sup>.

في حين أن فقهاء الحنفية فرقوا بين النهي عن التصرف لذاته (أو لعنصره) وبين النهي عنه لوصفه اللازم، وبنوا على هذا الأصل التفریق بين العقد الباطل والعقد الفاسد<sup>3</sup>، حيث أن النهي في الأول أخرج الشيء المنهى عنه من المحلية لحكمه فلم ينتهض سببا، وفي الثاني لا يخرج من كونه محلا للحكم فلم تبطل سببته في الجملة للفرق الظاهر بين أن يصدر العقد ممن هو عدم الأهلية أو وروده على غير محله وبين أن يصدر ممن هو أهل في محله مع فقد شرط من شروط صحته<sup>4</sup>.

فالعقد الفاسد موجود وصحيح بأصله والنهي مسلط على الوصف فقط، فلوجود الأصل تترتب عليه بعض الآثار، فيثبت الملك إذا قبض كل من المتعاقدين ما تعاقد عليه بإذن الآخر، ولكنه ملك غير طيب للنهي عنه فيجب فسخه خروجاً عن المعصية.

<sup>1</sup> - مصطفى إبراهيم الزلي، المرجع السابق، ص 311.

<sup>2</sup> - محمد مصطفى شلي، أصول...، المرجع السابق، ص 406.

<sup>3</sup> - مصطفى إبراهيم الزلي، المرجع السابق، ص 311.

<sup>4</sup> - محمد مصطفى شلي، أصول...، المرجع السابق، ص 407.

وحقيقة الخلاف بين هذين الفريقين في أمرين:

**أحدهما:** أن النهي المطلق<sup>1</sup> عن القرينة عند جمهور العلماء يوجب البطلان وانعدام أصل المشروعية، سواء أكان مورد النهي أصل التصرف أو وصفه اللازم، لأن التصرف - أصلا ووصفا لازما - يؤلف في نظر الجمهور وحدة كاملة لا تقبل التجزئة. أما إذا كان النهي مقترن بما يدل على أنه لمعنى في غير التصرف أي لوصف مجاور منفك فإن النهي عنه يكون صحيحا لسلامة التصرف من المفسدة أصلا ووصفا ولكنه يفيد الكراهة لمكان النهي عن المجاور.

وعلى هذا، فالأصل العام عند الجمهور انصراف النهي المطلق إلى الذات أصلا ووصفا لازما، واقتضاء القبح الذاتي وهذا يستلزم البطلان<sup>2</sup>.

وعليه، فالتصرف إما صحيحا وإما باطلا ولا وساطة، والباطل يطلق عليه الفاسد، فهما مترادفان<sup>3</sup> مفهوما وسببا وحكما.

فالمفهوم، ارتفاع المشروعية أصلا وانعدامها.

أما السبب، فلفوات الركن أو الشرط أو الوصف اللازم.

وأما الحكم، فانعدام الآثار المقصودة من التصرف، إذ لا يترتب أي أثر منها<sup>4</sup>.

ولقد استدلل الجمهور على أن النهي المطلق الذي لم يقترن بما يدل على أنه للوصف المجاور،

يوجب البطلان بما يلي:

<sup>1</sup> - المراد بالنهي المطلق الذي لم يقترن به ما يدل على أنه للذات أو للوصف اللازم. عبد العزيز البخاري، المرجع السابق، ج1، ص258.

<sup>2</sup> - فتحي الدريني، بحوث...، المرجع السابق، ص251.

<sup>3</sup> - جمال الدين أبي محمد عبد الرحيم بن الحسن الآسنوي، نهاية...، المرجع السابق، ج1، ص96.

<sup>4</sup> - فتحي الدريني، بحوث...، المرجع السابق، ص252.

1- فقد روت السيدة عائشة أن النبي ﷺ قال: "من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد"<sup>1</sup>. فالحديث فيه تأكيد على أن الفعل الذي وقع على الشكل الذي حكم الشارع بمنعه وخالف مقتضى اعتباره، مهور رد أي مردود، والفعل المردود فعل باطل لا يعترف الشارع بوجوده ولا يرتب عليه الآثار<sup>2</sup>.

2- أجمع سلف الأمة على الاستدلال ببطلان التصرفات بمجرد النهي عنها، ففهموا بطلان الربا بقوله: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾<sup>3</sup>. فإذا ثبت أن النهي عن الربا اقتضى بطلانه مع أن النهي فيه راجع إلى أمر خارج عن العقد وهو الزيادة، ثبت أن النهي إذا كان راجعا إلى نفس العقد أو كان راجعا إلى ركن فيه يدل على البطلان.

واستدل عمر رضي عنه على بطلان نكاح المشركات بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ﴾<sup>4</sup>.

3- لو اعتبرنا العقد موجودا في نظر الشارع مع وصف الفساد، فإما ألا نرتب عليه أحكاما وبذلك لا فرق بين الباطل والفساد، وإما أن نرتب عليه أحكام العقد كما اتفق المتعاقدان، وهذا غير جائز لما يتضمن من إقرار الشارع لما نهى عنه ويبيح ما حرمه، وإما أن نرتب أحكام تتفق مع غرض الشارع من غير نظر إلى غرض المتعاقدين، وهذا غير جائز أيضا لما فيه من نقض لمبدأ التراضي وهو أساس العقود<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، أبي الحسن الحنفي المعروف بالسندي، سنن ابن ماجه، ج1، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1996، ص17؛ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، المرجع السابق، ج5، ص12.

<sup>2</sup> - أنظر، محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، ط1، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، 1993، ص99.

<sup>3</sup> - سورة البقرة، الآية 275.

<sup>4</sup> - سورة البقرة، الآية 221.

<sup>5</sup> - فتحي الدريني، بحوث...، المرجع السابق، ص255.



4- أن النهي عن الشيء يدل على تعلق المفسدة بعين التصرف، أو بما يلازمه من وصف متصل، لأن الشارع لا ينهى عن المصالح، وإنما ينهى عن المفسد، وفي الحكم عليها بالبطلان أبلغ الطرق لإعدام المفسد<sup>1</sup>.

5- أنه لو لم يفسد لزم من نفيه حكمة يدل عليها النهي، ومن ثبوته حكمة تدل عليها الصحة، واللازم باطل، لأن الحكمتين إن كانتا متساويتين تعارضتا وتساقطتا، فكان فعله كالا فعل، فامتنع النهي عنه لخلوه عن الحكمة، وإن كانت حكمة النهي مرجوحة، فأولى لفوات الزوائد من مصلحة الصحة، وهي مصلحة خالصة، وإن كانت راجحة امتنعت الصحة، لخلوه عن المصلحة أيضا، بل لفوات قدر الرجحان من مصلحة النهي<sup>2</sup>.

6- إن النهي عنها مع ربط الحكم بها يفضي إلى التناقض في الحكمة، لأن نصبها سببا تمكين من التوسل ونهي عن التوسل، ولأن حكمها مقصود الآدمي، ومتعلق غرضه، فتمكينه منه حث على تعاطيه، والنهي منع من التعاطي، ولا يليق ذلك بحكمة الشارع<sup>3</sup>.

7- المطلق في كل شيء انصرافه إلى الكامل دون الناقص، لأنه هو الموجب الأصلي، إذ الناقص موجود من وجه دون وجه، ومع شبهة العدم لا يثبت حقيقة الوجود، والكمال في الأمر أن يكون المأمور به حسن لعينه لا لغيره، فكذلك الكمال في النهي أن يكون المنهي عنه قبيح لعينه لا لغيره وهذا يستلزم البطلان<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، روضة... المرجع السابق، ص114.

<sup>2</sup> - محمد بن علي بن محمد الشوكاني، إرشاد... المرجع السابق، ج1، ط1، ص499.

<sup>3</sup> - موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، روضة... المرجع السابق، ص114.

<sup>4</sup> - أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، أصول... المرجع السابق، ج1، ص82.

8- النهي مشارك للأمر في الطلب والاقتضاء، وخالف له في طلب الترك، والأمر دليل الصحة، فليكن النهي دليل الفساد المقابل للصحة، ضرورة كون المنهي مقابلاً للأمر، وإنه يجب أن يكون حكم أحد المتقابلين مقابلاً للآخر<sup>1</sup>.

9- أن النهي يقتضي المعصية، والمشروعية تقتضي الرضى، لأن المشروعية استبعاد من الشارع لعباده بوضع طريق يوصل إلى رضى الله تعالى، والمعصية لا تجامع المشروعية للتضاد، فوجب القول برفع مشروعية التصرف المنهي عنه أصلاً، دفعا للتناقض، إذ المعصية والمشروعية لا يجتمعان<sup>2</sup>.

أما عند الحنفية، فالأصل العام في النهي المطلق بمعناه الحقيقي، انصرافه إلى "الغير"، ولا ينصرف إلى عين التصرف إلا بدليل، فحينئذ يكون قبيحا لعينه فلا يكون مشروعاً.

ويتجه على الجمهور من النقد لما أتى به من أدلة لإثبات إفادة النهي المطلق عدم المشروعية أو البطالان:

يتجه عليهم في الحديث الذي رواه السيدة عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: "من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد"<sup>3</sup>. فمعنى قوله "رد" أي غير مقبول طاعة وقربة، أما أن لا يكون سبباً للحكم فلا، وقد قامت أدلة شرعية على صحة كثير من الصور المنهي عنها كالاستيلاء وطلاق الحائض وذبح شاة الغير وأمثالها، ليس عليه أمرنا، ثم ليست رد بهذا المعنى<sup>4</sup>.

على أن الحديث إنما أراد منه ﷺ الفاعل، وتقديره من أدخل في ديننا ما ليس منه فالفاعل رد، أي مردود، ومعنى كونه مردود أنه غير مثاب عليه. أو مردود بمعنى غير مقبول، وما لا يكون مقبولاً

<sup>1</sup> - علي بن محمد الأمدي، المرجع السابق، ج2، ص235.

<sup>2</sup> - أنظر، محمد الأزيمري، حاشية مرآة الأصول، ج1، د د ن، د س ن، ص325.

<sup>3</sup> - أبو الحسن الحنفي المعروف بالسندي، المرجع السابق، ج1، ص17؛ أبوا داود سليمان بن الأشعث السجستاني، المرجع السابق، ج5، ص12.

<sup>4</sup> - أنظر، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، ج3، د د ن، د س ن، ص202-203.

هو الذي لا يكون مثابا عليه، ولا يلزم من كونه غير مثاب عليه، أن لا يكون سببا لترتب أحكامه الخاصة به عليه، وهو عين محل النزاع<sup>1</sup>.

ويتجه على الجمهور في استدلالهم بإجماع الصحابة وعلماء الشرع في الاعصار، على أنهم كانوا يحتجون بمجرد المناهي على البطلان. فهو أن هذا يصح في بعض الأمة، أما من جميعها فلا، ولا حجة في قول البعض. ثم نسلم استدلالهم بالمنهي على التحريم والمنع فقط، أما البطلان فلا<sup>2</sup>، إذ الحرمة تجامع المشروعية بحكم الشرع، ولا تناقض.

والدليل على ذلك حديث ابن عمر حينما طلق امرأته وهي حائض، فذكر ذلك عمر للنبي ﷺ فقال: "مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهرا أو حاملا"<sup>3</sup>.

فالنهي عن طلاق الحائض، منعا من الإضرار بها بإطالة العدة عليها، لم يبطل حكم الطلاق، بل ثبت حكمه وأثره الديني وهو الفرقة الزوجية، مع ثبوت الحرمة، بحكم الشرع، بدليل أمر النبي ﷺ المطلق بالخروج من المعصية، وهو المراجعة، ولو لم يقع الطلاق المنهي عنه، لما أمر الرسول ﷺ بذلك، والمراجعة ترفع المعصية فقط، ولكنها لا ترفع أثر الطلاق الواقع، ولا تناقض في ذلك<sup>4</sup>.

ويتجه عليهم كذلك في أن المطلق ينصرف إلى الكامل، أننا نسلم أن الكمال في القبيح لعينه إن أريد به يكون في الحسيات فقط، أما إن أريد به الشرعيات فهو ممنوع، لأن الكمال فيه ينصرف إلى الوصف دون الأصل، لأنه لو كان قبيحا لعينه كما قال جمهور الفقهاء لخرج المنهي من حقيقته وكان نسخا، والنهي ضد النسخ، لأن النهي ينصرف في المخاطب بالمنع من فعل المنهي عنه اختياره، والنسخ تصرف في الحكم المنسوخ برفع مشروعيته، بحيث لا يبقى المنسوخ متصور الوجود شرعا، أي ليس ممكنا، فيصبح مستحيلا شرعا.

<sup>1</sup> - علي بن محمد الآمدي، المرجع السابق، ج2، ص235-236.

<sup>2</sup> - أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المرجع السابق، ج3، ص203.

<sup>3</sup> - أنظر، أبي الحسين مسلم بن الحجاج ابن مسلم القشيري النيسابوري، الجامع الصحيح، ج4، د د ن، د س ن، ص181.

<sup>4</sup> - فتحي الدريني، بحث...، المرجع السابق، ص280.

ويتجه عليهم في استدلالهم بقياس النهي المطلق على الأمر المطلق، من حيث أن الثاني يوجب الحسن الذاتي إجماعاً، فيكون الأول موجبا للقبح الذاتي، فالجواب أن قياس النهي المطلق على الأمر المطلق قياس مع الفارق.

ويتجه عليهم كذلك في أن النهي يقتضي المعصية، والمشروعية تقتضي الرضا، والمعصية لا تجتمع المشروعية للتضاد، وأجيب أنه يمنع التضاد بينهما وذلك لاختلاف جهة المشروعية وجهة المعصية<sup>1</sup>.

**ثانيهما:** إذا وجدت القرينة على أن النهي مورده الوصف اللازم للمنهي عنه كالنهي عن عقد الربا لاشتماله على الزيادة.

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن النهي عن العمل لوصف لازم يقتضي فساد كل من أصل العمل ووصفة بمعنى بطلانه، فلا يترتب عليه أي أثر من آثاره المقصودة منه<sup>2</sup>.

واستدل الجمهور على ذلك بما يلي:

- أثر النهي يوجب القبح العيني الذي يستلزم البطلان، لأن المطلق ينصرف إلى الكامل والكمال في الذات لا في الوصف. وأما النهي المقترن بما يدل أنه لوصف لازم مقترن بالأصل يوجب البطلان أيضاً، لأن فساد الوصف يوجب فساد الأصل، فالتصرف وحدة كاملة لا انفصال الوصف عن الأصل<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - محمد الأزميري، المرجع السابق، ج1، ص325.

<sup>2</sup> - أنظر، مصطفى سعيد الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1982، ص348.

<sup>3</sup> - فتحي الدريني، بحوث...، المرجع السابق، ص289.

- التصرفات الشرعية وإن وردت قبيحة لمعنى اتصل بها وصفا لازما إلا أنها غير مشروعة، لأن ذلك الوصف لا يفارق المنهي عنه ومع وجوده لا يكون مشروعا، فبه يخرج من أن يكون مشروعا أصلا، فتكون باطلة<sup>1</sup>.

- مرتبة الفساد تؤدي إلى التناقض، إذ لا تجتمع المشروعية والحرمة مطلقا، والتناقض في الشرع ممنوع، فوجب القول برفع مشروعية التصرف المنهي عنه دفعا للتناقض<sup>2</sup>.

- إن الشارع الحكيم إذا طلب عملا ما ونهى عن أن يكون متصفا بوصف خاص، تبين أنه طلب هذا العمل خاليا من ذلك الوصف المنهي عنه، فإذا وقع متصفا به لم يكن هو العمل الذي طلبه الشارع، فلا يبني عليه الأثر المقصود من خلاله<sup>3</sup>.

- قوله ﷺ: "من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد"<sup>4</sup>. هذا الحديث فيه دليل واضح على أن أي فعل متى صدر مخالف لأمر الشارع صار "رد" أي مردود، فلا يكون معتبرا في نظره ولا يرتب عليه الأحكام المقصودة منه، سواء كانت المخالفة راجعة إلى ذاته وحقيقته، أم إلى وصف من أوصافه اللازمة له<sup>5</sup>.

أما الحنفية فذهبوا إلى أن النهي عن العمل لوصف لازم يقتضي فساده لا بطلانه، لأن النهي منصب على الوصف وحده، فيكون الأصل باق على مشروعيته حتى إذا زال الوصف كان مشروعا، لأن فوات الوصف لا يخل بحقيقة الأصل، فتأخذ كل جهة حكمها الخاص بها، فيكون الأصل مشروعا، وتتفني المشروعية عن الوصف، فيكون العمل حينئذ فاسدا وهي مرتبة أدنى من البطلان<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، أصول... المرجع السابق، ج1، ص82-83.

<sup>2</sup> - فتحي الدريني، بحوث... المرجع السابق، ص289.

<sup>3</sup> - إبراهيم محمد السلقيني، المرجع السابق، ص349.

<sup>4</sup> - أبو الحسن الحنفي المعروف بالسندي، المرجع السابق، ج1، ص17؛ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، المرجع السابق، ج5، ص12.

<sup>5</sup> - إبراهيم محمد السلقيني، المرجع السابق، ص349.

<sup>6</sup> - محمد مصطفى شلبي، أصول... المرجع السابق، ص406-407.

وبذلك يتميز هذا النوع من العقود عن غيره، فيتميز عن الباطل لأن مخالفة نظامه الشرعي ليست مخالفة في ناحية جوهرية كما في حالة بطلان العقد، كما يتميز عن العقد الصحيح لأن فيه إخلالا بنظام التعاقد ولو أن هذا الإخلال في ناحية فرعية غير جوهرية، ولهذا وجب أن يكون قسم بين الصحيح والباطل، وهو الفاسد<sup>1</sup>.

وعليه، يكون العقد صحيحا إذا كان مشروعاً بأصله ووصفه، وفاسداً إذا كان مشروعاً بأصله دون وصفه، وباطلاً إذا كان غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه. وفي هذا الشأن يقول عبد العزيز البخاري: "وأعلم أن الصحة عندنا قد يطلق أيضاً على مقابلة الفساد كما يطلق على مقابلة الباطل فإذا حكمنا على شيء بالصحة فمعناه أنه مشروع بأصله ووصفه جميعاً بخلاف الباطل فإنه ليس بمشروع أصلاً وبخلاف الفاسد فإنه مشروع بأصله دون وصفه"<sup>2</sup>.

ولقد استدل فقهاء الحنفية على أن النهي عنه لوصف لازم صحيح بأصله فاسد بوصفه بما يلي:

- أن موجب النهي يقتضي الانتهاء، والانتهاه يتحقق بشيء والمعدوم ليس بشيء، فكان من ضرورة صحة النهي بأن يكون موجبا للانتهاه، كون المنهي عنه مشروعاً، فكيف يستقيم جعل المنهي عنه غير مشروع بحكم النهي بعدما كان مشروعاً، وبه تبين أن النهي ضد النسخ، فالنسخ تصرف من الشارع في المشروع برفع مشروعيته، فينعدم المنهي عنه شرعاً، بخلاف النهي لأنه تصرف في منع المخاطب من أداء ما هو مشروع في الأصل، فيكون انعدام الأداء منه انتهاء عما نهي عنه، فيبقى المشروع مشروعاً كما كان وبصير الأداء فاسداً، لأنه فيه ترك الانتهاء الواجب بالنهي<sup>3</sup>.

- الأصل في المنهي عنه من المشروعات، أن يكون صحيحاً أصلاً، فيعمل على أصله، ولا يجوز الخروج عليه إلا عند الضرورة، وهي منحصرة فيما إذا دل الدليل على أن القبح لعينه أو لجزئه،

<sup>1</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي...، المرجع السابق، ج2، ص729-730.

<sup>2</sup> - عبد العزيز البخاري، المرجع السابق، ج1، ص259.

<sup>3</sup> - أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، أصول...، المرجع السابق، ج1، ص85-86.

فترفع المشروعية أصلاً. أما إذا دل الدليل على أن النهي لوصف لازم، فلا يمكن إبطاله، لأن صحة الأجزاء والشروط كافية في صحة الشيء، وترجيح الصحة بصحة الأجزاء، أولى من ترجيح البطلان بالوصف الخارجي، وإذا لم تكن الضرورة قائمة يعمل النهي على أصله وهو أن يكون المنهي عنه موجوداً شرعاً، أي صحيحاً<sup>1</sup>.

- أن النهي يوجب كون المنهي عنه ممكناً، أي متصور الوجود شرعاً ليتحقق اختيار الشارع له بالنهي، فمن أطاعه نال ثوابه ومن عصاه استحق عقابه، ولا يتحقق ذلك إلا فيما هو مشروع، فبهذا يتبين أن موجب النهي إنما يتحقق في العقود الشرعية إذا كانت مشروعة بعد النهي، فأما صفة القبح فهو ثابت بمقتضى النهي، ولكن لا يصح لإثباته على وجه يبطل المقتضى، لأن المقتضى إنما يثبت ليصحح المقتضى لا ليبطله، وبذلك يكون مقتضى النهي انصرافه إلى الوصف، دون الأصل، وبطلان الوصف لا يوجب بطلان الأصل<sup>2</sup>.

- إن الشارع قد وضع أسباب الأحكام ليرتب عليها أثرها كلما وجدت، بغض النظر عن حرمتها، أو ما يقتزن بها من أوصاف منهيّة، إذ لا تنافي بين حرمة الشيء وترتب أثره عليه، فإذا وجدت مثلاً حقيقة البيع بتوافر الأركان والمحل، وجب أن يترتب عليه أثره من الملك، حتى ولو كانت متصفة بوصف منهي عنه متى لم يكن مخللاً بركنها أو محلها، ويستحق الفسخ نظراً لوجود الوصف المنهي عنه<sup>3</sup>.

- إذا كانت الماهية سالمة من المفسدة، وكان النهي في وصف خارج عنها، لو قلنا ببطلان العقد مطلقاً - كما يرى الجمهور - لكان في هذا تسوية بينه وبين العقد الذي لم تسلم ماهيته من المفسدة، ولو قلنا بصحة العقد مطلقاً، لسوينا بينه وبين العقد الذي سلمت ماهيته وسلم وصفه من المفسدة، وذلك غير جائز.

<sup>1</sup> - أنظر، عبيد الله بن مسعود البخاري، التوضيح في حل غوامض التنقيح، ج1، مطبعة محمد علي الصبيحي وأولاده، مصر، 1957، ص218-219.

<sup>2</sup> - أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، أصول...، المرجع السابق، ج1، ص86-87.

<sup>3</sup> - العلائي، المرجع السابق، ص200.

فإن التسوية بين مواطن الفساد، وبين السالم من الفساد خلاف القواعد، فتعين أن يقابل الأصل بالأصل والوصف بالوصف.

ويصف الإمام القرافي هذا التأصيل لنظرية الفساد في أصولي الحنفية بقوله: "وهو فقه حسن"<sup>1</sup>.

وإذا كان النهي عن التصرف راجعا لوصف غير لازم (مجاور) للمنهي عنه، فجمهور العلماء يرى أن النهي لا يقتضي بطلان العمل ولا فساده، بل يبقى صحيحا تترتب عليه آثاره المقصودة منه إلا أنه يقع مكروها لعدم التلازم بين التصرف وما جاوره، فتثبت المشروعية والسببية لأصل التصرف ويسلط النهي على ما جاوره، ولذلك تترتب الآثار ويكون آثما ديانة لا قضاء<sup>2</sup>، وبذلك يقع البيع وقت النداء صحيحا مرتبا آثاره من ثبوت الملك وحل الانتفاع به وإن كان آثما بترك السعي إلى صلاة الجمعة.

وذهب أهل الظاهر إلى أن النهي يقتضي الفساد والذي هو البطلان، فلا فرق بين المنهي عنه لذاته، والمنهي عنه لوصفه اللازم، والمنهي عنه للمجاور المنفك<sup>3</sup>، ونقل الآمدي هذا القول عن مالك رضي الله عنه، وعن أحمد في إحدى الروايتين عنه حيث قال: "ولا نعرف خلافا في أن ما نهي عنه لغيره أنه لا يفسد كالنهي عن البيع وقت النداء يوم الجمعة، إلا ما نقل عن مذهب مالك وأحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه"<sup>4</sup>.

وحاصل ما سبق، أن هناك اختلاف بين الفقهاء بشأن التمييز بين العقود الباطلة والفاصلة، وهذا الاختلاف لم يقف عند التكييف من حيث الأركان والشروط، بل تجاوز الأمر إلى الآثار المترتبة على كل منهما.

<sup>1</sup> - أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، الفروق، المرجع السابق، ج2، ص148-149.

<sup>2</sup> - محمد مصطفى شلي، أصول...، المرجع السابق، ص405.

<sup>3</sup> - مصطفى سعيد الحن، المرجع السابق، ص348.

<sup>4</sup> - علي بن محمد الآمدي، المرجع السابق، ج2، ص232.



## الفصل الثاني

### الآثار المترتبة عن العقود الباطلة والفاصلة

عني فقهاء الشريعة الإسلامية، عناية فائقة من جهة تقسيم العقود، فجعلوا العقد يتدرج من حيث الصحة والبطلان، تدرجا قد لا يضاهيه في القانون المدني وفقهه. فالعقد في الفقه الإسلامي ينقسم إلى صحيح وغير صحيح، وأن لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا التقسيم، فالصحيح وغير الصحيح نقيضان لا يجتمعان. والمتبع لكتب فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى منهم والمحدثين يكاد لا يجد خلافا في تقسيم العقد الصحيح<sup>1</sup>.

غير أن الخلاف على أشده في ما يقابل العقد الصحيح، إذ انقسم الفقهاء إلى فريقين: فجمهور الفقهاء يرى أن ما يقابل العقد الصحيح هو عقد باطل غير منعقد. وقال الحنفية أن ما يقابل العقد الصحيح هو عقد باطل أو عقد فاسد، وذلك حسب درجة المخالفة، وإن كان كل منهما يندرج تحت عدم الصحة<sup>2</sup>. وبناء على تفريقهم بين العقد الباطل والعقد الفاسد، تميزت آثار كل منهما عن الآخر.

كما أن فقهاء القانون المدني، أولوا اهتماما بالغا لدراسة هذا الموضوع، فجعلوا العقد إما صحيح وإما باطل، والبطلان إما مطلقا أو نسبيا<sup>3</sup>.

وبناء على ما سبق، يمكن طرح الإشكال التالي: ماهي الآثار المترتبة على العقود الباطلة والفاصلة في كل من الفقهاء؟

<sup>1</sup> - محمد سعيد جعفر، نظرات... المرجع السابق، ص78.

<sup>2</sup> - محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص125؛ عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص310.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط... المرجع السابق، ج1، ص538-539؛ محمد حسنين، المرجع السابق، ص85.

ومن خلال الإشكالية المثارة، سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين أساسيين، حيث سنتناول في الأول منهما الآثار المترتبة عن العقود الباطلة، في حين سنخصص الثاني للآثار المترتبة عن العقود الفاسدة.

## المبحث الأول

### الآثار المترتبة عن العقود الباطلة

العقد الباطل عند فقهاء القانون، يتفق في حالاته وآثاره عن العقد الباطل في الفقه الإسلامي<sup>1</sup>. فالعقد الباطل في الفقهين لا وجود له إلا من حيث الصورة في الخارج، ولا يترتب عليه أي أثر، إلا أنه قد يترتب على العقد الباطل آثار في كل من الفقهين. ومن خلال ما سبق يمكن طرح الإشكال التالي: كيف يمكن أن يكون للعقد الباطل وجود قانوني؟ وكيف ينتج العقد الباطل أثرا كتصرف شرعي؟ فهل هذا خروجاً عن الأصل العام؟

المشرع الجزائري الذي جعل بمقتضى المادة الأولى من التقنين المدني، مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون. هل أخذ بنظرية البطلان في الفقه الإسلامي؟

وعليه، سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: سنتناول في الأول الآثار المترتبة عن العقود الباطلة في الفقه الإسلامي. أما الثاني، سنخصصه للآثار المترتبة عن العقود الباطلة في القانون المدني.

<sup>1</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي...، المرجع السابق، ج2، ص771.

## المطلب الأول

### الآثار المترتبة عن العقود الباطلة في الفقه الإسلامي

العقد الباطل في الفقه الإسلامي قسم مشترك بين الحنفية وجمهور الفقهاء، من حيث ثبوت حكمه، فهو غير منعقد وغير موجود، وبالتالي لا يترتب عليه أي أثر. والعقد الباطل إذا لم يكن له وجود شرعي فإن له وجوداً فعلياً، وإن لم ينتج أثراً كتصرف شرعي، فمن الجائز أن ينتج أثراً كواقعة مادية<sup>1</sup>. وهذا ما يقودنا إلى إثارة الإشكالية التالية: ما هي الآثار المترتبة على العقد الباطل في الفقه الإسلامي؟

تحت هذا العنوان، سيتم التطرق إلى النتيجة الأساسية للعقد الباطل (الفرع الأول)، ثم الحالات الاستثنائية التي يكون للعقد الباطل فيها أثر (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### النتيجة الأساسية للعقد الباطل

العقد الباطل ليس له وجود شرعي، فهو عدم والعدم لا أثر له، فبيع الحر، وبيع الملاقح وبيع المضامين<sup>2</sup> باطل، لأن البيع مبادلة مال بمال شرعاً والحر ليس بمال والماء في صلب أو الرحم لا مالية، فصار هذا البيع عبثاً لحلولة في غير محله<sup>3</sup>. وكذلك بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل ونحوهما<sup>4</sup> أو الصبي المميز فيما يضره ضرراً محضاً<sup>5</sup>، كلها باطلة، لأن أهلية التصرف شرط انعقاد، والأهلية لا تثبت

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر...، المرجع السابق، ج4، ص135.

<sup>2</sup> - الملاقح: ما في بطون الحوامل من الأجنة. أما المضامين: ما في أصلاب الفحول من الماء. أنظر، محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج9، ص395.

<sup>3</sup> - حافظ الدين النسيفي، المرجع السابق، ج1، ص142-143.

<sup>4</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج6، ص533؛ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج5، ص191؛ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص5.

<sup>5</sup> - أبي عبد الله محمد الخرشبي، المرجع السابق، ج5، ص292.

بدون عقل ، فلا يثبت الانعقاد بدونه. وكذلك يكون باطلا بيع الميتة أو الدم وبيع الخنزير أو خمر من مسلم، لانعدام المالية والتي هي ركن البيع<sup>1</sup>.

وهكذا، كل عقد لم تتوافر أركانه ومقوماته وشروطه، فهو باطل لا ينتج عنه أي أثر من الآثار التي وضعها الشارع للعقد الصحيح<sup>2</sup>، لاقتضاء القاعدة العامة: "لا يثبت الفرع والأصل باطل، ولا يحصل المسبب والسبب غير حاصل"<sup>3</sup>.

وذلك لأن الأسباب إذا لم تستكمل شرائطها ولم تنتف موانعها، فلا تقع مسبباتها شاء المكلف أو أبي، لأن المسببات ليس وقوعها أو عدم وقوعها لاختياره. وأيضا، فإن الشارع لم يجعلها أسبابا مقتضية إلا مع وجود شرائطها وانتفاء موانعها، فإن لم تتوفر لم يكتمل السبب أن يكون سببا شرعيا<sup>4</sup>.

والعقد الباطل وإن كان ليس له وجود شرعي إلا أن له صورة في الخارج<sup>5</sup>، وهو ما يسمى بالوجود الحسي، فإذا ما تباع مجنونان وجدت صورة العقد ووجد للعقد حسا<sup>6</sup>. والمراد بالوجود الحسي، ما يدركه الحس من سمع وبصر من كلام المتعاقدين ورؤية الكتابة أو الإشارة مما يتكون منه العقد<sup>7</sup>.

يقول الكاساني موضحا حكم البيع الباطل: "ولا حكم لهذا البيع أصلا، لأن الحكم للموجود ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة، لأن التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية والمحلية شرعا، كما لا وجود للتصرف الحقيقي إلا من الأهل في المحل حقيقة، وذلك نحو بيع الميتة والدم

<sup>1</sup> - زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج6، ص76.

<sup>2</sup> - محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص88.

<sup>3</sup> - أنظر، أحمد بن يحيى الونشريسي، إيضاح المسالك على قواعد الإمام مالك، مطبعة فضالة، المغرب، 1980، ص266.

<sup>4</sup> - أنظر، أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، ج1، ط1، دار ابن عفان، السعودية، 1997، ص345.

<sup>5</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج7، ص377.

<sup>6</sup> - علي الخفيف، أحكام...، المرجع السابق، ص330.

<sup>7</sup> - أحمد إبراهيم بك، العقود...، المرجع السابق، ص648.

والعذرة والبول وبيع الملاقيح والمضامين وكل ما ليس بمال، وكذا بيع أم الولد والمدبر والمكاتب والمستسعى، لأن أم الولد حرة من وجه، وكذا المدبر فلم يكن مالا مطلقا والمكاتب حر يدا، فلم يكن مالا على الإطلاق، والمستسعى عند أبي حنيفة بمنزلة المكاتب، وعندهما: حر عليه دين، وكذا بيع الخنزير من مسلم، لأنه ليس بمال في حق المسلم، وكذا بيع الخمر لأنها ليست بمنقومة في حق المسلم، لأن الشرع أسقط تقومها في حق المسلمين حيث أهانها عليهم فيبطل ولا ينعقد، لأنه لو انعقد إما أن ينعقد بالمسمى وإما أن ينعقد بالقيمة، لا سبيل إلى الأول لأن التسمية لم تصح، ولا سبيل إلى الثاني لأنه لا قيمة له، إذ التقويم يبنى عن العزة والشرع أهان المسمى على المسلم، فكيف ينعقد بقيمة ولا قيمة له، وإذا لم ينعقد فيبطل ضرورة... واختلف مشايخنا في بيع العبد والميتة والدم: قال عامتهم: يبطل، وقال بعضهم: يفسد، والصحيح أنه يبطل، لأن المسمة ثنا ليس بمال أصلا، وكون الثمن مالا في الجملة شرط انعقاد. وكذا اختلفوا فيما إذا قال: بعت بغير ثمن، قال بعضهم: يبطل، وإليه ذهب الكرخي من أصحابنا، وقال بعضهم: يفسد ولا يبطل، كما إذا باع وسكت عن ذكر الثمن<sup>1</sup>.

ويقول كذلك ابن نجيم: "الباطل والفساد عندنا في العبادات مترادفان وفي النكاح كذلك... أما في البيع، فمتباينان فباطله ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه، وفساده ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه، وحكم الأول أنه لا يملك بالقبض وحكم الثاني أنه يملك به. وأما في الإجارة فمتباينان، قالوا: لا يجب الأجر في الباطلة، كما إذا استأجر أحد الشريكين شريكه لحمل طعام مشترك، ويجب أجر المثل في الفاسدة، وأما في الرهن فقال في جامع الفصولين: فاسده يتعلق به الضمان، وباطله لا يتعلق به الضمان بالإجماع، ويملك الحبس للدين في فاسده دون باطله، ومن الباطل: لو رهن شيئا بأجر نائحة أو مغنية، وأما في الصلح فقالوا: من الفاسد الصلح على إنكار بعد دعوى فاسدة. والصلح الباطل: الصلح عن الكفالة والشفعة وخيار العتق وقسم المرأة وخيار الشرط وخيار البلوغ، ففيها يبطل الصلح ويرجع الدافع بما دفع كذا في جامع الفصولين<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج 7، ص 377-379.

<sup>2</sup> - زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، الأشباه...، المرجع السابق، ص 400-401.

وقد نصت المادة 219 من كتاب مرشد الحيران على أن: "العقد الباطل هو ما ليس مشروعاً لا أصلاً ولا وصفاً أي ما كان ركنه أو في محله خلل بأن كان الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلاً للعقد أو كان المحل غير قابل لحكم العقد، وهو لا ينعقد أصلاً ولا يفيد الملك في الأعيان المالية ولو بالقبض"<sup>1</sup>.

وبناء على ذلك، يتبين أن العقد الباطل لا وجود له شرعاً، فلا تترتب عليه أي أثر من الآثار المقررة للعقد الصحيح، لأنه لا ينعقد على أي حال كان، فالنسبة للركن فصدور العقد من غير أهله، وبالنسبة للمحل فلعدم قابلية المحل للحكم شرعاً. ولا عبرة بالوجود الحسي للعقد في الخارج بين المتعاقدين، إذ العبرة بالوجود الشرعي الذي يترتب عليه الحكم.

وهذه النتيجة الشرعية لعدم ترتب آثار العقد، هي الجزاء المدني للحفاظ على نظام التعاقد والتقييد بالأحكام الشرعية والالتزام بها، لأن الإنسان إذا علم أنه لا يحصل على ثمار العقد إذا خالف أحكامه، فإنه يتجنب المخالفة، حتى لا تكون أعماله معرضة للهدم والإهدار، وتكون لغوا لا قيمة لها<sup>2</sup>.

ويتفرع عن النتيجة الأساسية للعقد الباطل، وهي عدم ترتب الأثر المقرر شرعاً، نتائج عامة تعتبر كخصائص للعقد الباطل. وهذا ما سنحاول دراسته تبعا:

### أولاً- إذا بطل الأصل بطل ما في ضمنه<sup>3</sup>

هذه القاعدة متفق عليها بين الفقهاء، قال ابن نجيم: "إذا بطل المتضمن (بالكسر) بطل المتضمن (بالفتح)"<sup>4</sup>، ومعنى ذلك أن ما ثبت ضمناً، إذا بطل أصله لا يبقى له حكم<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - محمد قدرى باشا، المرجع السابق، ص36.

<sup>2</sup> - محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص88-89.

<sup>3</sup> - زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، الأشباه...، المرجع السابق، ص463؛ المادة 52 من مجلة الأحكام العدلية.

<sup>4</sup> - زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، الأشباه...، نفس المرجع، ص463.

<sup>5</sup> - علي حيدر، المرجع السابق، ج1، ص54.

ومن أمثلة ذلك إذا باع شخص بيعا باطلا، واشتمل عقد البيع على شروط مع تحديد الثمن، فإذا بطل البيع تبطل الشروط ويبطل الثمن المحدد في العقد<sup>1</sup>. إذا بطلت الشركة بطلت الوكالة التي في ضمنها<sup>2</sup>. إذا تضمن عقد الصلح إبراء، فظهر أن ذلك الصلح باطل، فإذا بطل الصلح يكون الإبراء الذي فيضمنه باطلا أيضا<sup>3</sup>.

ويستثنى من هذه القاعدة إذا تصالح الشفيع والمشتري ببدل معلوم على حق الشفعة فالصلح غير صحيح ولكن كان إسقاطا للشفعة، فهنا ومع بطلان الصلح لم يبطل إسقاط الشفعة الذي هو من الصلح، وبذلك فقد بطل المتضمن ولم يبطل المتضمن<sup>4</sup>.

ولقد استثنى كذلك الشافعية والحنابلة من هذه القاعدة العقود الجائزة، كالشركة والمضاربة والوكالة، فإن فساده لا يمنع نفوذ التصرف فيها بالإذن، ولكن خصائصها تزول بفسادها فلا يصدق عليها أسماء العقود الصحيحة إلا مقيدة بالفساد<sup>5</sup>، أي أن العقود الفاسدة المتضمنة للإذن إذا صدرت صدرت من المأذون صحت<sup>6</sup>.

### ثانيا- إذا بطل العقد بطل ما بني عليه

لأن ما بني على الباطل فهو باطل، مثال ذلك إذا تم التقابض بين الطرفين في المبيع والثمن بعد العقد الباطل، يعتبر هذا التقابض باطل، لأنه مبني على العقد الباطل، فإذا بطل العقد بطل ما بني

<sup>1</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي...، المرجع السابق، ج2، ص720.

<sup>2</sup> - علي باشا، المرجع السابق، ص29.

<sup>3</sup> - علي حيدر، المرجع السابق، ج1، ص55.

<sup>4</sup> - زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، الأشباه...، المرجع السابق، ص465.

<sup>5</sup> - أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب، المرجع السابق، ص65.

<sup>6</sup> - أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بھادر بن عبد الله الشافعي المعروف بالزركشي، المنشور...، المرجع السابق، ج3، ص15.

عليه، ولا يعتبر التقابض بيعا بالتعاطي، لأن قصد الطرفين متجه إلى تنفيذ العقد، وليس إلى إنشاء عقد جديد<sup>1</sup>.

### ثالثا- العقد الباطل لا تلحقه الإجازة

النظر الفقهي أن محل الإجازة إنما يكون في العقد المنعقد، فإن لم ينعقد فلا يمكن الحديث عن الإجازة<sup>2</sup>. وبذلك يكون محل الإجازة في العقد الصحيح الموقوف الذي يمس حقا لغير المتعاقدين، فذلك الغير أن يجيزه إن شاء فينفذ عليه أو أن يرفضه فيبطل<sup>3</sup>. كبيع مال الغير، فإنه موقوف على إجازة المالك، فإن أجازه نفذ. وكبيع الصبي المميز، فإنه موقوف على إجازة من يملكها من ولي أو وصي، لأنه تصرف يحتمل النفع والضرر، فإن أجازه نفذ<sup>4</sup>.

والعقد الباطل ليس قائما متوقفا ليمكن إنقاذه بالإجازة، بل هو لغو عديم الاعتبار في نظر الشرع، فكأنه لم يوجد أصلا. وعلى هذا قرر الفقهاء أن العقد إذا بطل لعدم أهلية العاقد، كما لو باع الصبي غير المميز أو المجنون شيئا باطلا، فلا يقبل الإجازة، بل يجب إنشاء العقد من جديد إن أريد ذلك<sup>5</sup>.

وبهذا يتميز العقد الباطل عن العقد الموقوف، في أن هذا الأخير عقد منعقد لتوافر ركنه وشرائط انعقاده وهذا على عكس العقد الباطل، كما أن العقد الموقوف يكون موقوف على إجازة من يملكها شرعا إن شاء أجازه فينفذ عليه أو يرفضه فيبطل، ولا شيء من ذلك في العقد الباطل فهو معدوم لم ينعقد أصلا، فلا تلحقه الإجازة<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، الأشباه...، المرجع السابق، ص463؛ المادة 1566 من مجلة الأحكام العدلية؛ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي...، المرجع السابق، ج2، ص720.

<sup>2</sup> - أنظر، عبد الحفيظ عبدو رواس قلعة جي، بطلان العقد في الفقه الإسلامي، مجلة الحقوق، السنة الثامنة والعشرون، 2004، عدد02، ص203.

<sup>3</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي...، المرجع السابق، ج2، ص722.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر...، المرجع السابق، ج4، ص128؛ محمد سعيد جعفرور، نظرات...، المرجع السابق، ص90.

<sup>5</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي...، المرجع السابق، ج2، ص723.

<sup>6</sup> - محمد سعيد جعفرور، نظرات...، المرجع السابق، ص102.



## رابعاً- العقد الباطل لا يحتاج إلى فسخ، ولا يحتاج به أمام القضاء

العقد الباطل لا يحتاج إلى فسخ، لأنه غير قائم أصلاً، ولا يحتاج به أمام القضاء، ولا يحتاج لحكم حاكم لنقضه<sup>1</sup>، لأن الفسخ يقع على العقد المنعقد الموجود، والباطل غير منعقد وغير موجود، فلكل من العاقدين أن يعتبر العقد الباطل معدوماً، ويتصرف بملكه على أساس هذا الاعتبار. فإذا كان العقد الباطل بيعاً، فإنه لا يحتاج إلى فسخ، وللبائع أن يبيع العين المبيعة ثانية أو يستهلكها، لأنها لا تزال في ملكه، فإن طالبه المشتري بتسليم المبيع رد طلبه وتسقط دعواه، ولا يقبل القاضي احتجاجه بالعقد الباطل، لأن القاضي يقرر بطلان العقد بنفسه ويدفع الاحتجاج به<sup>2</sup>.

كما لا يحق لأحد العاقدين أن يجبر الطرف الآخر على تنفيذ العقد، وإذا تم تنفيذ العقد باختيار العاقد، كان له أن يسترد ما تسلمه تنفيذاً للعقد الباطل حتى ولو كان يعلم البطلان، وبالتالي إعادة الحال إلى ما كانت عليه<sup>3</sup>. وتطبيقاً لذلك، لو تسلم المشتري شيئاً بعقد باطل وتصرف فيه لأخر بالبيع مثلاً، فإن هذا التصرف لا يمنع البائع من استرداد هذا الشيء من يد المشتري الثاني، لأن البائع باع ما لا يملك، وما بني على باطل فهو باطل<sup>4</sup>.

وفي هذا الإطار، جاء في الفتاوى الخانية: "والبيع الباطل لا يفيد الملك وإن اتصل به القبض حتى ولو كان البيع عبداً فأعتقه لا ينفذ... ولو باع أم الولد وسلمها لا يملكها المشتري وكذا معتق البعض وكذلك المدبر عندنا... والمشتري بالميتة والدم لا يملك وإن قبض"<sup>5</sup>.

أما المذهب المالكي، فيحرم الغير في العقد الباطل، إذ يجعل الرد يفوت بخروج المبيع عن يد المشتري ببيع صحيح أو عتق أو هبة أو صدقة، وتعلق حق للغير بالبيع كرهنه وبإجارته اللازمة. غير

<sup>1</sup> - شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص71.

<sup>2</sup> - محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص93.

<sup>3</sup> - محمد حسنين، المرجع السابق، ص21.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر...، المرجع السابق، ج4، ص134.

<sup>5</sup> - أنظر، فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندى الفرغاني الحنفي، الفتاوى الخانية، ج2، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1310<sup>هـ</sup>، ص133-134.

أنه إذا فات رد المبيع على هذا النحو وجب على المشتري أن يرد للبائع القيمة إذا كان المبيع قيميا أو المثل إذا كان المبيع مثليا<sup>1</sup>.

وإذا كان العقد الباطل معدوما، غير موجودا، فهذا لا يتناقض مع رفع دعوى لتقرير البطلان، خاصة إذا كان قد تم تنفيذ العقد، وكذلك إذا كان سبب البطلان فيه خفاء واشتباه، فالطرف المتمسك بالبطلان يحتاج إلى المبادرة بالادعاء ليضمن إلى رأي القاضي وتقديره، ولا شك أن حكم القاضي يكون كاشفا للبطلان وليس منشئا<sup>2</sup>.

### خامسا- العقد الباطل لا يسري عليه حكم التقادم

التقادم مرور الزمن، بانقضاء فترة معينة على حق سقوطه، أو لاعتباره سببا لكسب الحق<sup>3</sup>، وبما أن العقد الباطل معدوم، والعدم لا ينقلب وجودا بطول الأمد، فلا يعتبر إذن التقادم سببا لمشروعيتها، وكسب الحق وطلب تنفيذ محله. فلو مضت مدة عشر سنوات على عقد باطل والمشتري لم يقبض المبيع حتى انقضت المدة، ثم رفع البائع دعوى على المشتري يلزمه من خلالها قبض المبيع وأداء الثمن، فللمشتري أن يدفع دعوى البائع بحجة بطلان البيع. وكذا لو أن البائع لم يقبض الثمن، ورفع المشتري دعوى على البائع يلزمه بتسليم المبيع بعد التقادم، فإن للبائع أن يدفع دعواه ببطلان البيع. ويقبل القاضي منهما هذا الدفع رغم ترك الادعاء بالبطلان مدة التقادم، لأن العقد الباطل لا يحتاج إلى الادعاء أمام القاضي لتقريره<sup>4</sup>.

أما إذا كان البيع باطلا وتم تنفيذه بالتقاضي، ومضت مدة التقادم مثلا عشر سنوات أو خمس عشر سنة، ثم رفع البائع دعوى يطلب من خلالها استرداد المبيع بحجة بطلان البيع، فيرد طلبه ويبقى المبيع في يد المشتري استثناء، وذلك بسبب القبض ومضي الزمن عليه، ولأن البطلان لا يحتاج إلى

<sup>1</sup> - أنظر، أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الكبير، ج3، دار إحياء الكتب العربية، د س ن، ص74-75؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر... المرجع السابق، ج4، ص134.

<sup>2</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي...، المرجع السابق، ج2، ص724-725.

<sup>3</sup> - محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص94.

<sup>4</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي...، المرجع السابق، ج2، ص726.

الادعاء أمام القضاء، فإن استرداد المبيع بعد التنفيذ يحتاج إلى رفع دعوى<sup>1</sup>. ومثال ذلك يقال فيما لو رفع المشتري دعوى على البائع يطلبه من خلالها استرداد الثمن لبطلان البيع بعد مضي مدة التقادم على أداء الثمن، فيرد طلبه بتقادم الحق المدعى به<sup>2</sup>.

وعليه، فالأصل أن العقد الباطل غير منعقد لا يترتب عليه أي أثر من الآثار المقررة للعقد الصحيح، غير أنه قد يترتب عليه بعض الآثار كاستثناء. وهذا ما ستحاول دراسته تبعا.

## الفرع الثاني

### الحالات الاستثنائية التي يكون للعقد الباطل فيها أثر معتبر

قد يترتب على العقد الباطل بعض الآثار التي تترتب على حالة انعقاده، وهذه الآثار تعد استثناء من النتيجة الأساسية السلبية للعقد الباطل، كما أن هذه الآثار لا تنتج عن ذات العقد، وإنما ناتجة عن أسباب أخرى اقترنت بالعقد أو صاحبتة أو حصلت بعده كواقعة مادية<sup>3</sup>، فيترتب على ذلك بعض الآثار الفرعية للعقد الصحيح.

وفي هذا، يقول الشاطبي: "الأسباب الممنوعة أسباب للمفاسد لا للمصالح، كما أن الأسباب المشروعة أسباب للمصالح لا للمفاسد... وأما في الأسباب الممنوعة، فالأنكحة الفاسدة ممنوعة، وإن أدت إلى إلحاق الولد، وثبوت الميراث، وغير ذلك من الأحكام، وهي مصالح، والغصب ممنوع للمفسدة اللاحقة للمغصوب منه، وإن أدى إلى مصلحة الملك عند تغير المغصوب في يد الغاصب، أو غيره من وجوب الفوت. فالذي يجب أن يُعلم... أن المصالح الناشئة عن الأسباب الممنوعة ليست ناشئة عنها في الحقيقة، وإنما هي ناشئة عن أسباب أخرى مناسبة لها"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 94

<sup>2</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي...، المرجع السابق، ج 2، ص 726.

<sup>3</sup> - محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 89.

<sup>4</sup> - أبي إسحاق إبراهيم بن مرسى بن عبد اللحيمي الشاطبي، المرجع السابق، ج 1، ص 374 - 375.

فلا يقال أن ترتب بعض الآثار المقررة للعقد الصحيح على العقد الباطل، ناتجة عن العقد الباطل، وإنما هي ناشئة لأمر خارج عن نفس العقد، وليس هذا خروجاً عن أصلهم العام والقاضي أن العقد الباطل لا يترتب عليه الأثر المقرر شرعاً للتصرف.

والأمثلة التالية توضح ذلك:

### أولاً - عقد الزواج

الأصل العام أن الزواج الباطل لا يترتب عليه حكم الزواج الصحيح وأثره، من حل الاستمتاع، ووجوب المهر، والنفقة، والميراث، ولكن إذا أعقبه دخول فيكون له وجود فعلي، وترتب عليه بعض الآثار كاستثناء، فتستحق المرأة به المهر، ويثبت به نسب الولد من الرجل، وتحتسب على المرأة العدة من تاريخ المفارقة، ويدراً به الحد ويمحو وصف الزنا. وثبوت هذه الآثار الاستثنائية في الزواج الباطل لم تترتب على ذات العقد، وإنما ترتبت على واقعة الدخول المقترنة بالعقد الباطل<sup>1</sup>.

يقول الكاساني: "وأما النكاح الفاسد فلا حكم له قبل الدخول، وأما بعد الدخول فيتعلق به أحكام منها: ثبوت النسب، ومنها: وجوب العدة وهو حكم الدخول في الحقيقة، ومنها: وجوب المهر، والأصل فيه أن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة؛ لانعدام محله، أعني: محل حكمه وهو الملك؛ لأن الملك يثبت في المنافع، ومنافع البضع ملحقمة بالأجزاء، والحر بجميع أجزائه ليس محلاً للملك؛ لأن الحرية خلوص، والملك ينافي الخلوص، ولأن الملك في الآدمي لا يثبت إلا بالرق، والحرية تنافي الرق، إلا أن الشرع أسقط اعتبار المنافي في النكاح الصحيح؛ لحاجة الناس إلى ذلك. وفي النكاح الفاسد بعد الدخول؛ لحاجة النكاح إلى درء الحد، وصيانة مائه من الضياع بثبات النسب، ووجوب العدة وصيانة البضع المحترم عن الاستعمال من غير غرامة ولا عقوبة توجب المهر، فجعل

<sup>1</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي...، المرجع السابق، ج2، ص716-717؛ محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص89-90؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر...، المرجع السابق، ج4، ص138؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص274.

منعقدا في حق المنافع المستوفاة لهذه الضرورة، ولا ضرورة قبل استيفاء المنافع وهو ما قبل الدخول، فلا يجعل منعقدا قبله...<sup>1</sup>.

## ثانيا- ضمان المقبوض في العقد الباطل

اختلف الفقهاء حول ما إذا كان البيع باطلا وقبض المشتري المبيع بإذن البائع، فذهب اتجاه إلى أن المشتري إذا قبض المبيع في العقد الباطل، يكون مضمونا في يده، فإذا تلف المبيع أو هلك في يد المشتري، فيكون مضمونا عليه بالمثل إذا كان مثليا<sup>2</sup>، أو بالقيمة إذا كان قيميا<sup>3</sup>، وكذلك يضمن زيادته لحصولها بيده بغير إذن الشرع. ذلك أن المشتري قبض المبيع على سبيل المعاوضة بدفع الثمن، وبطلان البيع إنما يمنع انتقال الملكية به، ولكنه لا يلغي فكرة المعاوضة الثابتة فيه، والتي لم يسلم المبيع إلا على أساسها، ومن المقرر أن القبض على سبيل البدلية يوجب الضمان<sup>4</sup>.

كما أن المشتري قبض المبيع على سبيل المعاوضة، يكون مضمونا كالمقبوض على سوم الشراء. فهذا الأخير هو عقد مضمون على قابضه بالمثل أو القيمة إذا تبين له الثمن، لأن صاحبه لم يسلمه إلا على أساس المعاوضة والضمان<sup>5</sup>. فالمبيع المضمون في العقد الباطل ليس بأدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء.

واستثنى من ذلك، إذا كان المبيع مما لا يجوز تملكه شرعا كالميتة، فضمانه على بائعه وإن قبضه المشتري<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص615.

<sup>2</sup> - عرفت المادة 145 من مجلة الأحكام العدلية المال المثلي بقولها: "المثلي ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به كالقمح والزيت".

<sup>3</sup> - عرفت المادة 146 من نفس المجلة المال القيمي بقولها: "القيمي ما لا يوجد له مثل في السوق أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة كالدواب والبهائم".

<sup>4</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي...، المرجع السابق، ج2، ص717.

<sup>5</sup> - محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج7، ص119.

<sup>6</sup> - شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص71.

ويذهب اتجاه آخر إلى أن المبيع المقبوض في البيع الباطل يكون أمانة في يد المشتري، فلا يضمنه إلا في حالات التعدي أو التقصير، كالوديعة في يد الوديع، لأن العقد الباطل لا يترتب حكمه وأثره، فيبقى مجرد القبض بإذن المالك، فلا يوجب الضمان على القابض إلا بالتقصير أو التعدي. فيبقى المبيع على ملك البائع أمانة عند المشتري فلو هلك لا يضمنه. وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية، إذ جاء في المادة 370 منها على أن: "البيع الباطل لا يفيد الحكم أصلاً فإذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع في البيع الباطل كان المبيع أمانة عند المشتري فلو هلك بلا تعد لا يضمنه"<sup>1</sup>.

وقد تناول فقهاء الحنفية هذين الرأيين، إذ ورد في البدائع للكاساني: "ثم إذا باع مالا بما ليس بمال حتى بطل البيع، فقبض المشتري المال بإذن البائع، هل يكون مضمونا عليه أو يكون أمانة؟ اختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: يكون أمانة؛ لأنه مال قبضه بإذن صاحبه في عقد وجد صورة لا معنى، فالتحق العقد بالعدم وبقي إذن بالقبض، وقال بعضهم: يكون مضمونا عليه، لأن المقبوض على حكم هذا البيع لا يكون دون المقبوض على سوم الشراء، وذلك مضمون فهذا أولى"<sup>2</sup>.

وورد في فتح القدير: "والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه أي في البيع الباطل (يكون أمانة عند بعض المشايخ) هو أبو نصر بن أحمد الطواويسى وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة (لأن العقد غير معتبر فبقي) مجرد (القبض بإذن المالك) وذلك لا يوجب الضمان (وعند البعض) كشمس الأئمة السرخسي وغيره (يكون مضمونا) بالمثل أو القيمة وهو قول الأئمة الثلاثة لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الأول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - لجنة من العلماء برئاسة أحمد جودت باشا، المرجع السابق، ص 65.

<sup>2</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج 5، ص 379.

<sup>3</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن همام، المرجع السابق، ج 5، ص 187.

وجاء في تبين الحقائق: "فلو هلك عند المشتري لم يضمن لأن العقد في الباطل غير معتبر فبقى القبض بإذن المالك وقيل يضمن لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الأول قول أبي حنيفة والثاني قولهما"<sup>1</sup>.

ويقول ابن عابدين في هذا الصدد: "(لأنه أمانة) وذلك لأن العقد إذا بطل بقى مجرد القبض بإذن المالك وهو لا يوجب الضمان إلا بالتعدي. قوله (وصحح في القنية ضمان إلخ) قال في الدرر: وقيل يكون مضمونا لأنه يصير كالمقبوض على سوم الشراء، وهو أن يسمى الثمن فيقول اذهب بهذا فإن رضيت به اشتريته بما ذكر، أما إذا لم يسمه فذهب به فهلك عنده لا يضمن، نص عليه الفقيه أبو الليث، قيل وعليه الفتوى. كذا في العناية. قال في العزيمة: الذي يظهر من شروح الهداية عود الضميرين في عليه، وعليه إلى أن حكم المقبوض على سوم الشراء ذلك تعويلا على كلام الفقيه، إلا أن القول الثاني في مسألتنا مرجح على القول الأول. لكن في النهر واختار السرخسي وغيره أن يكون مضمونا بالمثل أو القيمة، لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء، وهو قول الأئمة الثلاثة. وفي القنية إنه الصحيح لكونه قبض لنفسه فشابهه الغصب. وقيل الأول قول أبي حنيفة، والثاني قولهما..."<sup>2</sup>.

ومن خلال هذين الرأيين، نرى أن القول الراجح هو أن العقد الباطل يكون مضمونا في يد المشتري، لأن هذا الأخير قبضة لنفسه ولتحقيق مصلحة له، فيكون مضمونا كالمقبوض على سوم الشراء، وهذا هو المرجح في الفقه الحنفي، وبه قال الأئمة الثلاثة الآخرون.

جاء في مواهب الجليل: "وإنما ينتقل ضمان الفاسد بالقبض: هذا قول ابن القاسم، وأمام مالك فقال في التوضيح: وإن قلنا: إن الضمان في المبيع يباع فاسدا ينتقل بالقبض فالمالك لا ينتقل بذلك بل لا بد من ضميمة الفوات"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج4، ص44.

<sup>2</sup> - محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج7، ص246-247.

<sup>3</sup> - أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب، المرجع السابق، ج6، ص254.

ورد في المجموع: "متى اشترى شيئاً فاسداً لشرط مفسد أو لسبب آخر، لم يجز له قبضه، فإن قبضه لم يملكه بالقبض، سواء علم فساد البيع أم لا، ولا يصح تصرفه فيه ببيع ولا إعتاق، ولا هبة ولا غيرها، ويلزمه رده إلى البائع وعليه مؤنة الرد كالمغصوب، وكالمقبوض بالسوم..."<sup>1</sup>.

وجاء في المغنى: "فإن تلف المبيع في يد المشتري، فعليه ضمانه بقيمته يوم التلف. قال القاضي. ولأن أحمد نص عليه في الغصب، ولأنه قبضه بإذن ماله، فأشبهه العارية"<sup>2</sup>.

ولقد ورد في المحلى: "وكل من باع بيعاً فاسداً فهو باطل ولا يملكه المشتري وهو باق على ملك البائع وهو مضمون على المشتري إن قبضه ضمان الغصب سواء، والتمن مضمون على البائع إن قبضه ولا يصححه طول الزمان ولا تغير الأسواق ولا فساد السلعة ولا ذهابها ولا موت المتبايعين أصلاً"<sup>3</sup>.

وبذلك فالبيع الباطل، وإن لم يترتب عليه حكمه، فقد كان له في قبض المبيع أثراً جعله مضموناً.

### ثالثاً- انقلاب العقد

ومما يتصل بالأثار الاستثنائية للعقد الباطل، انقلاب هذا الأخير إلى عقد آخر صحيح، إذ توافرت في العقد الباطل أركان وشروط عقد آخر، لا يتنافى مع عرض العاقدين، فينصرف إليه، وإن أعتبر باطلاً في موضوعه، وهذا ما تحكمه القاعدة الفقهية: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"<sup>4</sup>. فالألفاظ والمباني هي الوسيلة والمقاصد والمعاني هي الغاية، والعبرة للغاية لا للوسيلة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج9، ص454-455.

<sup>2</sup> - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغنى، المرجع السابق، ج6، ص328.

<sup>3</sup> - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ج8، ص421.

<sup>4</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي...، المرجع السابق، ج2، ص718-719.

<sup>5</sup> - عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص307.



ومن تطبيقات هذه القاعدة، عقد البيع الذي ينفي فيه العاقدان الثمن صراحة، فينقلب البيع إلى هبة، لأنه تملك بلا عوض. عقد الإيجار الذي يتم بين المتعاقدين مع نفي الأجرة، فينقلب إلى إعارة<sup>1</sup>. الكفالة في دين بشرط براءة المدين حوالة. الحوالة بشرط عدم براءة المدين كفالة. الهبة بشرط العوض بيع. الإعارة بشرط العوض إجارة. الوصاية في حال حياة الموصى وكالة. الوكالة بعد موته وصاية، لأن المنظور إليه المعاني<sup>2</sup>.

في حين يذهب اتجاه إلى عدم انقلاب العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح، بحجة أن العقد الأصلي باطل معدوم، والانقلاب لا يكون في المعدوم، وهذا هو الرأي الراجح عند الحنفية<sup>3</sup>.

والاتجاه الأول أوجه، والقواعد الفقهية تؤيده، فالأصل أن يحمل كلام العاقل على الصحة ما أمكن، والقاعدة الفقهية تقول: "اعمال الكلام أولى من اهماله"<sup>4</sup>، ومن صور اعمال الكلام حملة على المجاز<sup>5</sup>، فيعتبر مثلا البيع والإجارة مجازا عن الهبة والإعارة<sup>6</sup>.

إذا تعددت أجزاء العقد ولحق البطلان بعض هذه الأجزاء ولم يلحق البعض الآخر، أو حكم بوقف العقد في بعض هذه الأجزاء، فهل يقتصر البطلان والوقف على الجزء الذي قام به سبب البطلان أو الوقف أم يتصف العقد جميعه بالبطلان والوقف؟

هذه هي فكرة انتقاص العقد لدى الفقهاء المسلمين، وستتناول في هذا الصدد أن نبين أحكام انتقاص العقد في كل المذاهب الأربعة.

<sup>1</sup> - محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 91.

<sup>2</sup> - محمد سراج، المرجع السابق، ص 176.

<sup>3</sup> - محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج 8، ص 475.

<sup>4</sup> - جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المرجع السابق، ج 1، ص 211.

<sup>5</sup> - زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، الأشباه...، المرجع السابق، ص 150.

<sup>6</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي...، المرجع السابق، ج 2، ص 719.

ذهب فقهاء الحنفية<sup>1</sup> إلى أن البيع إذا كان في شق منه صحيحا وفي شق باطلا، ذهب الإمام أبي حنيفة إلى عدم جواز انتقاص العقد، فيبطل العقد فيهما سواء سمي لكل واحد منهما ثمنا أم لم يسم، وعند صاحبه إذا عين ابتداء لكل شق حصته من الثمن، جاز انتقاص العقد، فيكون بقاء الشق الصحيح فقط ويبطل الشق الآخر، لأنه إذا بين ثمنهما صار صفتين مستقلتين تجوز فيهما التجزئة، فيتقدر الفساد بقدر المفسدة. وفي هذه الحالة ينتقص العقد فيبقى الشق الصحيح قائما. أما إذا لم يسم لكل واحد منهما ثمنا، فيكون بيعا بالحصص ابتداء، وهذا لا يجوز لأن الصفقة متحدة فلا يمكن وصفها بالصحة والعدم، فيبطل العقد فيهما ولا ينتقص العقد.

وإذا كان البيع في شق منه نافذا وفي شق موقوفا، ينعقد البيع في الشقين، فإذا سقط الشق الموقوف لعدم إجازة ممن يملكها شرعا، جاز البيع في الشق النافذ، وهذا رأي الأئمة الثلاثة، وخالفهم زفر بحجة أن محل العقد مجموع والمجموع لا يتجزأ.

وذهب فقهاء المالكية<sup>2</sup> إلى أن البيع إذا كان في شق منه صحيحا وفي الشق الآخر باطلا، فرأي يذهب إلى عدم جواز انتقاص العقد، فيبطل العقد في الشقين معا. ويذهب الرأي الثاني إلى جواز انتقاص العقد، فيبقى الشق الصحيح، ويزول الشق الباطل بقسطه من الثمن.

وإذا كان البيع في شق منه نافذا وفي شق منه موقوفا، صح البيع في الشقين، فأصبح لازما في شقه، وموقوفا على الإجازة في الشق الآخر، فإذا تمت الإجازة نفذ البيع في الشقين معا، وإذا لم تتم الإجازة سقط الشق الموقوف وجاز البيع في الشق النافذ.

وذهب فقهاء الشافعية<sup>3</sup> إلى أن العقد إذا كان في شق منه صحيحا، وفي شق باطلا، وهذا الأخير يشمل الموقوف، لأن العقد الموقوف في المذهب الشافعي يشمل الباطل. رأي ينتقص العقد،

<sup>1</sup> - مجموعة علماء الهند تحت إشراف محمد عالمكير، المرجع السابق، ج3، ص131؛ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج4، ص60-61.

<sup>2</sup> - أبي القاسم محمد بن أحمد بن مجزي الكلبي الغرناطي، المرجع السابق، ص409.

<sup>3</sup> - أبي إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج3، ص54-56.

فيسقط الشق الباطل، ويبقى الشق الصحيح، وللمشتري الخيار بين فسخ المبيع وبين إمضائه، لأنه يلحقه ضرر بتفريق الصفقة فيثبت له الخيار. فإذا اختار إمضاء البيع ففيه قولان: أحدهما دفع جميع الثمن، والثاني دفع قسط الشق الصحيح من الثمن، وعلى هذا القول الثاني للبائع الخيار كما يثبت للمشتري أو ليس له الخيار. وفي رأي آخر لا ينتقص العقد، فتكون الصفقة كلها باطلة، وحجة ذلك، وجهان: أحدهما الجمع بين حلال وحرام، فما أجمع حرام وحلال إلا وغلب الحرام الحلال، والثاني جهالة الثمن، لأنه إذا سقط الشق الصحيح من الثمن، يصير الشق الباطل بما بقي من الثمن، وذلك مجهول في حالة العقد.

وذهب فقهاء الحنابلة<sup>1</sup> إلى جواز انتقاص العقد، سواء كان العقد ليس معاوضة، أو كان المبيع مما ينقسم عليه الثمن بالأجزاء، أو كان المبيعان مما لا ينقسم عليهما الثمن بالأجزاء. ففي هذه المسائل يبقى الشق الصحيح في العقد قائما، ويسقط الشق الباطل، ولا خيار للمشتري إذا كان عالما بالحال، أي عالما بأن أحد شقي العقد باطل، لأنه دخل على بصيرة، وإن لم يكن يعلم فله الخيار بين فسخ المبيع وبين إمضائه. أما البائع فلا خيار له، لأنه رضي بزوال ملكه عما يجوز بيعه بالتقسيط. ويوجد رأي آخر يذهب إلى عدم انتقاص العقد، لأن البيع صفقة واحدة ولا يمكن أن تتفرق.

الآن، وقد بينا الآثار المترتبة عن العقد الباطل في الفقه الإسلامي، نتصدى لموضوع الآثار المترتبة عن العقد الباطل في القانون المدني.

<sup>1</sup> - موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج6، ص335-338.

## المطلب الثاني

### الآثار المترتبة عن العقود الباطلة في القانون المدني

قلنا فيما سبق، أن العقد الباطل بطلانا مطلقا كوجه عام ليس له وجود من الناحية القانونية، فلا يترتب عليه أي أثر، وذلك بسبب عدم توافر أركانه أو اختلال ركن منها اختلالا يؤدي إلى انهيائه. أما العقد الباطل بطلان نسبي أو القابل للإبطال هو عقد توافرت جميع أركانه، فهو منعقد منتجا لكل آثاره، كل ما في الأمر أن الخلل يصيب هنا أحد أركانه، وهذا الخلل ليس له من الجسامة، بحيث يؤدي إلى انهيء العقد، ولكنه يمنح للعائد المتضرر من وجوده الحق في إهدار العقد، فيلحق بالعقد الباطل بطلان مطلق إذا ما قضى بإبطاله، فلا يعود هناك فرق بين البطلان النسبي والبطلان المطلق.

والعقد الباطل أو القابل للإبطال بعد تقرير إبطاله، وإن كان لا وجود له كعقد، ولكنه يوجد كواقعة مادية، وهو بهذه المثابة قد ينتج أثرا قانونيا، كما أنه في حالات استثنائية ينتج أثره باعتباره عقد. وهذا ما يقودنا إلى إثارة التساؤل التالي: كيف ينتج العقد الباطل أثر قانوني؟

الإجابة عن الإشكالية، تكون من خلال تناول الآثار العرضية للعقد الباطل (الفرع الأول)، ثم الآثار الأصلية للعقد الباطل (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### الآثار العرضية للعقد الباطل

الأصل العام، أن العقد الباطل ليس له وجود من الناحية القانونية فلا يترتب عليه أي أثر، إلا أنه كواقعة قانونية قد ينتج بعض الآثار القانونية كأثر عرضي<sup>1</sup>. ومن ذلك الزواج الباطل في القانون

<sup>1</sup> - أنظر، مندر الفضل، مصادر الالتزام وأحكامها، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص184.

الفرنسي، فهو ينتج آثار عرضية منها ثبوت البنية الطبيعية ووجوب العدة، وهذه الآثار لا تترتب على الزواج من حيث أنه عقد، ولكن تترتب عليه باعتباره واقعة مادية<sup>1</sup>. ولعل من أبرز الآثار العرضية التي تترتب بمناسبة العقد الباطل: نظرية تحول العقد، ونظرية إنقاص العقد، وأخيرا نظرية الخطأ عند تكوين العقد التي تنسب للفقهاء الألماني (إهرنج).

### أولا - نظرية تحول العقد

تنص المادة 105 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد". يتضح من خلال هذه المادة أن التقنين المدني الجزائري أخذ بنظرية تحول العقد. وهذه النظرية صاغها فقهاء الألمان في القرن التاسع عشر، وأخذ بها القانون المدني الألماني بنصه عليها في المادة 140 منه<sup>2</sup>.

وتتلخص هذه النظرية في أن العقد الباطل إذا انطوى رغم بطلانه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، متى تبين أن نية المتعاقدين، كانت تنصرف إلى إبرامه<sup>3</sup>. وبذلك يكون العقد الباطل قد أنتج أثرا عرضيا لا أصليا<sup>4</sup>.

ومن تطبيقات نظرية تحول العقد، تحول الكمبيالة التي لم تسوف شروطها الشكلية إلى سند دين صحيح. وتحول القسمة الباطلة إلى قسمة مهينة صحيحة. وتحول الوعد بجائزة إلى إيجاب<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية... المرجع السابق، ج2، ص619.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط... المرجع السابق، ج1، ص546.

<sup>3</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج1، ص264؛ بلحاج العربي، النظرية... المرجع السابق، ج1، ص196.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر... المرجع السابق، ج4، ص100.

<sup>5</sup> - بلحاج العربي، النظرية... المرجع السابق، ج1، ص197.

ومن خلال ما سبق ذكره، يتضح أنه يلزم لتحويل العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح اجتماع شروط ثلاثة: بطلان العقد الأصلي، أن يتضمن عناصر عقد آخر، انصراف إرادة المتعاقدين إلى هذا العقد الآخر. ولتوضيح هذه الشروط على نحو من الإيجاز نقول:

فيجب أولاً أن يوجد عقد أصلي باطل أو قابل للإبطال، وتم تقرير إبطاله. فإذا كان العقد الأصلي صحيحاً فلا يتحول إلى عقد آخر. مثل ذلك عقد هبة صحيحة لا يتحول إلى عقد وصية، ولو كانت نية المتعاقدين تنصرف إلى إبرام عقد الوصية، لأن الهبة صحيحة فلا محل للتحويل.

ويجب أن يكون البطلان كلياً لا جزئياً، لأن في هذه الحالة نكون أمام نظرية إنقاص العقد لا تحويله. فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح<sup>1</sup>، كما سنرى فيما بعد.

ويجب ثانياً أن يتضمن العقد الأصلي الباطل جميع عناصر العقد الجديد، دون أن يضاف إلى هذا العقد عنصر جديد. أما إذا لم يتضمن العقد الباطل جميع عناصر العقد الآخر فلا يجوز استكمالها بغية تحويله<sup>2</sup>.

ويجب أخيراً انصراف إرادة المتعاقدين إلى العقد الصحيح لو أنهما تبينا أن العقد الأصلي باطل، وعلى هذا لا يتم التحويل بناء على إرادة المتعاقدين الحقيقية، لأن الإرادة الحقيقية انصرفت إلى العقد الأصلي الباطل، بناء على إرادتهما المحتملة التي يفترض أنها اتجهت إلى العقد الجديد الصحيح لو تنبه المتعاقدين إلى بطلان العقد القديم<sup>3</sup>.

فإذا توافرت هذه الشروط يتم تحويل العقد الأصلي وهو العقد الباطل، فيصبح هذا الأخير منعدم الوجود، ويرتب العقد الجديد وهو العقد الصحيح كافة آثاره.

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج 1، ص 265.

<sup>2</sup> - علي فيلاي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 280.

<sup>3</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 171.

## ثانيا- نظرية إنقاص العقد

تنص المادة 104 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال، فيبطل العقد كله". إن المقصود بنظرية إنقاص العقد، إنقاص الشق الباطل وإبقاء العقد صحيحا بشقه الآخر. وهذا ما يسمى كذلك بالبطلان الجزئي، إذ يبطل جزء من العقد دون الجزء الآخر الذي يبقى صحيحا مرتبا لكافة آثاره باعتباره عقدا مستقلا<sup>1</sup>.

ويتبين من دراسة المادة 104 سالفه الذكر، أن المشرع الجزائري يشترط لإنقاص العقد أن يكون العقد باطلا في جزء منه فقط أو شرط من شروطه، فإذا كان العقد صحيحا في كل بنوده أو باطلا، فلا مجال لإعمال هذه النظرية، أي الانتقاص<sup>2</sup>.

ويشترط كذلك أن يكون العقد قابلا للانقسام، لأنه إذا لم يكن قابلا للانقسام يترتب على بطلان جزء منه بطلان العقد بأكمله<sup>3</sup>. أما إذا كان الانقسام يغير من طبيعة العقد، فيكون غير قابل للانقسام، وبالتالي فلا مجال لإعمال نظرية إنقاص العقد<sup>4</sup>.

ويشترط أخيرا أن لا يكون الشق الباطل هو الباعث الدافع إلى التعاقد، ومعنى آخر لولا هذا الشق لما أبرم المتعاقدان العقد. فإذا كان هذا الشق الباطل هو الذي حمل المتعاقد على إبرام العقد فلا يجوز إنقاص العقد، ولا ينتقص الجزء الباطل من العقد دون الجزء الآخر<sup>5</sup>.

وانتقاص العقد من خلال ما سبق، يكون بالإرادة المشتركة للطرفين، غير أنه هناك حالات يكون الانتقاص بنص القانون، بغض النظر عما تتجه إليه إرادة المتعاقدين. ومن أمثلة ذلك أنه يجوز

<sup>1</sup> - علي فيلاي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 281-282.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج 1، ص 266.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، النظرية...، المرجع السابق، ج 1، ص 189.

<sup>4</sup> - علي فيلاي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 283.

<sup>5</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج 1، ص 266-267.

للقاضي أن يعفي الطرف المدعن من الشروط التعسفية<sup>1</sup>، حتى ولو تبين أن الطرف الآخر ما كان ليبرم العقد لولا هذه الشروط.

ومن أمثلة ذلك أيضا جواز تعديل العقد بحكم القاضي في حالة الظروف الطارئة، طبقا لنص المادة 107 فقرة 3 من القانون المدني الجزائري والتي تقضي: "...غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

### ثالثا- نظرية الخطأ عند تكوين العقد

قد يكون العقد باطلا أو قابلا للإبطال، ويكون سبب البطلان آتيا من جهة أحد المتعاقدين، ولكن المتعاقد الآخر يعتقد صحة العقد ويظمن إلى ذلك، ويبنى تعامله على هذا الاعتقاد. فإذا تقرر بطلان العقد ترتب من وراء ذلك ضرر لم يكن في حسبانته. فهل يرجع بالتعويض على من كان سبب البطلان آتيا من جهته؟ وعلى أي أساس قانوني يكون هذا الرجوع؟

ولتوضيح ذلك نأتي بالأمثلة التالية: قد يكون العقد باطلا لانعدام الرضا، كشخص يترك خاتمه عند متناول آخر، فيختم هذا به عقد، ويظمن إليه الطرف الآخر. وكمدير شركة يصدر سندات غير صحيحة، ويظمن إليها من يشتري هذه السندات. وقد لا يكون هناك توافق بين الإيجاب والقبول، كما إذا عدل الموجب عن إيجابه قبل تلاقي القبول بالإيجاب، ولكن المتعاقد الآخر يظمن إلى أن العقد قد تم. وقد يرجع سبب البطلان إلى المحل أو السبب، كأن يبيع شخص شيئا غير موجود أو غير متوافر فيه شروط المحل، أو التزام البائع لسبب غير مشروع، واطمن المشتري لذلك. وقد يكون البطلان نسبيا لا مطلقا، ويرجع إلى نقص الأهلية، كأن يقدم قاصر إلى التعاقد، ويظمن من تعاقد معه إلى صحة العقد، وقد يرجع البطلان النسبي إلى عيب من عيوب الرضا، كأن

<sup>1</sup> - المادة 110 من القانون المدني الجزائري.



يقع أحد المتعاقدين في غلط لا يشترك معه فيه الطرف الآخر، فيطمئن هذا الأخير إلى أن التعاقد صحيح. وكمن يتعامل الشخص من غير المالك معتقد أنه المالك<sup>1</sup>.

ومن خلال هذه الأمثلة يتبين أن المسؤولية إذا قامت، فإنها تقوم على أساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية<sup>2</sup>، لأنه ليس هناك عقد تؤسس عليه مسؤولية التعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته.

غير أن الفقيه إهرنج (Jhering) أسس المسؤولية في هذه الحالة على العقد، وذلك لكي ييسر على الطرف الآخر الرجوع على المتسبب في البطلان بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة الحكم ببطلان العقد.

واستخلص من ذلك أن العقد الباطل بالرغم من بطلانه ينشئ التزاما بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية. ولم يقتصر على التطبيقات التي وجدها في القانون الروماني آنذاك في ألمانيا، بل رسم مبدأ عاما يقضي بأن كل متعاقد تسبب ولو بحسن النية في إيجاد مظهر تعاقدى اطمئن إليه المتعاقد الآخر، بالرغم من بطلان العقد الذي قام عليه هذا المظهر، يلتزم بمقتضى هذا العقد الباطل أن يعرض من أصابه من ضرر بسبب اطمئنانه إلى العقد<sup>3</sup>.

ويبرر إهرنج هذه المسؤولية العقدية، إلى أن كل من يدخل في علاقة تعاقدية مع آخر يلزم في نفس الوقت أن يهبئ له عقدا صحيحا، أي يلتزم بعدم ارتكاب أي خطأ عند التعاقد<sup>4</sup>، وبعبارة أخرى أن كل متعاقد عند إقدامه على إبرام العقد يتعهد للطرف الآخر بإبرام عقد صحيح، وهذا

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص552-553.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج1، ص270.

<sup>3</sup> - أنظر، إهرنج، أعماله المختارة، ج2، ص10 وما يليها؛ مقتبس عن عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص553-554.

<sup>4</sup> - إهرنج، أعماله المختارة، ج2، ص28-30؛ مقتبس عن أنور سلطان، المرجع السابق، ص167.

التعهد ضمني، وعلى ذلك إذا تقرر بطلان العقد يكون المتعاقد قد أخل يتعهده الضمني، ولذا يسأل عن تعويض الطرف الذي اطمئن إلى العقد<sup>1</sup>.

والتعويض في هذه الحالة لا يكون عن المصلحة الإيجابية لأن العقد ليس صحيحاً، وإنما يكون عن المصلحة السلبية. والمقصود بالمصلحة السلبية الضرر الذي أصاب المتعاقد من جراء عدم صحة العقد كالمصاريف التي تكبدها في سبيل الصفقة، فبتعويضه عن هذه المصلحة تعود الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد. أما المصلحة الإيجابية، فإنها تتضمن عنصرين: الخسارة اللاحقة والكسب الفائق؛ بمعنى المصاريف والربح الذي كان سيحققه المتعاقد لو كانت الصفقة وليدة عقد صحيح، والمتعاقد غير مكلف بالتعويض عن المصلحة الإيجابية إذ أن التعويض هنا يكون في حالة عدم تنفيذ عقد صحيح<sup>2</sup>.

وقد ضرب إهرنج مثلاً يوضح الفرق بين التعويضين: شخص حجز غرفة في فندق وتخلف عن الحضور. فإذا كان العقد صحيحاً كان مسؤولاً عن تعويض المصلحة الإيجابية، وفي مثل هذه الحالة يرجع عليه صاحب الفندق بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من عدم تنفيذ العقد الصحيح، ويتقاضى أجر الغرفة منه سواء طلب آخرون تأجير الغرفة أم لم يطلبها أحد. أما إذا نشأ العقد باطلاً ومع ذلك صاحب الفندق اطمأن إلى صحته، فإنه لا يرجع على من أقدم على التعاقد معه إلا بالمصلحة السلبية فقط، فيطلب تعويضاً عن الضرر الذي أصابه من جراء توهمه صحة العقد، ليعود بهذا التعويض إلى الحالة التي كان عليها لو لم يوجد هذا المظهر الخداع من المتعاقد، وذلك بعد إثبات أن الغرفة التي ضمن أنها حجزت قد طلبها آخرون فرفض الطلب<sup>3</sup>.

ويضرب إهرنج مثلاً آخر بقوله لو أن تاجراً باع عشرة صناديق من السجائر، وكان العقد صحيحاً ولكن لم ينفذ المشتري العقد رغم تكبد البائع مصاريف نقلها، فللبائع أن يطلب تعويضاً

<sup>1</sup> - إهرنج، أعماله المختارة، ج2، ص1-100؛ مقتبس عن محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج1، ص270.

<sup>2</sup> - عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص662.

<sup>3</sup> - إهرنج، أعماله المختارة، ج2، ص18-22؛ مقتبس عن عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية...، المرجع السابق، ج2، ص626.

عن المصلحة الإيجابية والمتمثلة في الخسارة التي لحقت من عدم تنفيذ العقد، والكسب الفائت الذي كان سيحدث لو تسلم المشتري الصفقة. أما إذا كان العقد باطلاً بأن كان المشتري لم يطلب إلا صندوقاً واحداً مثلاً، ولكنه وقع خطأً مادي في برقية المشتري جعل البائع يعتقد أن المطلوب عشرة صناديق، فليس للبائع الحق في التعويض إلا عن المصلحة السلبية حتى يعود البائع إلى الحالة التي كان عليها من قبل، وهي الوفاء بمصاريف التسليم دون الكسب الذي سيحدث لو تمت الصفقة<sup>1</sup>.

والملاحظ أن نظرية إهرنج لا تقيم مسؤولية المتعاقد على عقد الضمان الضمني، ففي القانون الروماني ليس كل تبادل للإرادتين يشكل عقداً، ومن ثم فإن إهرنج يقيم المسؤولية على العقد الباطل ذاته ليس كواقعة مادية يمكن أن ترتب خطأً تقصيرياً، بل على العقد الباطل كعمل قانوني<sup>2</sup>.

هذه النظرية لاقت قبولاً في بعض التشريعات وعلى الأخص القانون المدني الألماني، فهذا التشريع وإن لم يأخذ بها كنظرية عامة إلا أنه أورد لها بعض التطبيقات. فتنص المادة 122 على أنه إذا كان إعلان الإرادة باطلاً طبقاً للمادة 118 (إرادة غير جدية)، أو إذا كان قد أبطل طبقاً للمادة 119 (الغلط)، أو طبقاً للمادة 120 (الخطأ في نقل الإرادة)، فإنه يجوز للطرف الآخر أن يطالب بالتعويضات عن الضرر الذي أصابه بسبب اعتقاده صحة إعلان هذه الإرادة، دون أن يجاوز مقدار التعويض حدّ ماله من المصلحة في أن تكون الإرادة صحيحة. ولا يكون التعويض واجباً إذا كان الطرف الآخر يعلم أو يجب ضرورة أن يعلم سبب البطلان أو القابلية للإبطال. وهذا النص تطبيقاً لنظرية الخطأ عند تكوين العقد في فرض الإرادة غير الجدية وفرض الغلط، فإذا تقرر البطلان في هذه الفروض، فمن كان سبب البطلان آتياً من جهته يلتزم بالتعويض للطرف الآخر مادام هذا الأخير حسن النية؛ أي أنه لم يكن يعلم، ولم يكن في استطاعته أن يعلم ببطلان العقد، ويبقى الالتزام بالتعويض قائماً حتى ولو كان الطرف الأول حسن النية. فالمسؤولية هنا مادية، ومن كان سبب البطلان آتياً من جهته هو الذي يتحمل التبعة. ولا يكاد يوجد فرق من حيث النتائج العملية بين

<sup>1</sup> - إهرنج، أعماله المختارة، ج2، ص18-22؛ مقتبس عن عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص556.

<sup>2</sup> - عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص663.

هذه المسؤولية المادية والمسؤولية التعاقدية المبنية على خطأ تعاقدى مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس<sup>1</sup>.

كما نصت المادة 307 من ذات القانون على أن الطرف الذي يعلم أو يجب ضرورة أن يعلم، عند إتمام عقد يرمي إلى عمل مستحيل، باستحالة هذا العمل، يلتزم بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذي أصابه من جراء اعتقاده صحة العقد دون أن يتعدى هذا التعويض مصلحة الطرف الآخر في أن يكون العقد صحيحاً. على أنه لا محل للالتزام بالتعويض إذا كان الطرف الآخر يعلم أو يجب ضرورة أن يعلم بهذه الاستحالة. فهذا النص تطبيق آخر للنظرية في فرض بطلان العقد لاستحالة المحل، حيث أنه إذا تقرر بطلان العقد التزم المتعاقد الذي كان سبب البطلان آتياً من جهته بالتعويض، بشرط أن يكون المتعاقد الآخر الذي يطالب بالتعويض حسن النية؛ أي لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم سبب البطلان<sup>2</sup>.

وعلى الرغم من أن المادة الأولى خاصة ببطلان الإرادة والمادة الثانية خاصة ببطلان التصرف بسبب محله، إلا أنهما تتفقان في أن التعويض يكون عن المصلحة السلبية التي تعيد المتعاقد إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، دون المصلحة الإيجابية التي تتعلق بعد تنفيذ العقد<sup>3</sup>، غير أنهما يختلفان من حيث أن المادة 122 تجعل المسؤولية مادية، ولا تشترط أي خطأ عند الطرف الذي أتى سبب البطلان من جانبه، فقد يكون هذا الطرف حسن النية ولم يثبت من جانبه أي تقصير ومع ذلك يكون مسؤولاً. أما المادة 307 فتشترط أن يثبت في جانب الطرف المسؤول خطأ، فهو إما أن يكون عالماً باستحالة تنفيذ العقد وفي هذه الحالة يكون سيء النية، وإما أن يكون في استطاعته أن يعلم

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية... المرجع السابق، ج2، ص628.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية... نفس المرجع ج2، ص629.

<sup>3</sup> - عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص664.

بمذه الاستحالة وفي هذه الحالة يكون مقصرا، فهو في كلتا الحالتين مخطئ والمسؤولية هنا مبنية على الخطأ<sup>1</sup>.

ولقد أخذ بعض الفقهاء الفرنسيين بنظرية الخطأ في تكوين العقد على أساس الاتفاق الضمني الذي يتعهد بمقتضاه كل من المتعاقدين بضمان صحة العقد. واستند الأستاذ "سالي" إلى أن بيع ملك الغير باطل، وهو سبيل إلى التعويض إذا كان المشتري يجهل أن الشيء مملوك للغير، والالتزام بالتعويض ليس مصدره خطأ البائع فقد يكون حسن النية، وإنما هو عقد الضمان الذي بموجبه يتعقد المتعاقد ضمنيا بضمان صحة العقد<sup>2</sup>. غير أن غالبية الفقهاء الفرنسيين لا يأخذون بمذه النظرية على أساس أنه لا يمكن إقامة المسؤولية العقدية على العقد الباطل، فهو معدوم لا يترتب عليه أي أثر، فإذا ثبتت المسؤولية في هذا الخصوص فإنها تكون مسؤولية تقصيرية<sup>3</sup>.

أما المشرع الفرنسي، فلم يأخذ بمذه النظرية، وإنما أقام المسؤولية على أساس القواعد العامة للمسؤولية غير التعاقدية، وذلك بعد تعديله للقانون المدني الفرنسي سنة 2016<sup>4</sup>، حيث تنص المادة 1178 في فقرتها الأخيرة على أنه:

« indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle».

والمشرع الجزائري، فلم يأخذ بمذه النظرية كذلك، فقد وضع قاعدة عامة مقررة في المسؤولية التقصيرية بأن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من كان سبب في حدوثه بالتعويض<sup>5</sup>. إذ تنص المادة

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية... المرجع السابق، ج2، ص629.

<sup>2</sup> - أنظر، سالي، الالتزامات في القانون الألماني، فقرة 161؛ مقتبس عن عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط... المرجع السابق، ج1، ص558.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، النظرية... المرجع السابق، ج1، ص201.

<sup>4</sup> - Ordonnance n° 2016- 132 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>5</sup> - بلحاج العربي، النظرية... المرجع السابق، ج1، ص201-202.

124 من القانون المدني على أنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

وتجدر الإشارة هنا أن المشرع الجزائري قد طبق المسؤولية عن البطلان في بعض النصوص ومنها:

1- حالة استعمال القاصر طرقا احتيالية لإخفاء نقص أهليته. فإذا أخفى القاصر نقص أهليته عن المتعاقد الآخر بطرق احتيالية، ثم طلب إبطال العقد لهذا السبب. فهنا المتعاقد الآخر يستطيع طلب إبطال العقد للتدليس، وذلك استنادا إلى المادة 86 من القانون المدني والتي تنص 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". ويستطيع مطالبته بالتعويض<sup>1</sup>.

2- نصت المادة 399 من القانون المدني على أنه: "إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع، فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية". فهنا النص يجعل البائع مسؤولا ليس في حالة سوء نيته (المسؤولية على أساس الخطأ)، بل في حالة حسن النية أيضا، إذ تقوم المسؤولية هنا على أساس تحمل التبعة.

وعليه، إذا كان أحد المتعاقدين قد تسبب في بطلان العقد، فإذا أقامت المسؤولية، فإنها تكون على أساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية. وفي هذه الحالة يكون التعويض أثرا عرضيا للعقد الباطل باعتباره واقعة مادية<sup>2</sup>.

وفي الواقع، أن نظرية الخطأ عند تكوين العقد كما صورها إهرنج ورد المسؤولية فيها إلى فكرة عقد الضمان الضمني، إنما دعت إليها الضرورة في ذلك الوقت، إذ كان القانون السائد في ألمانيا قبل

<sup>1</sup> - نلاحظ أن بعض التقنيات العربية نصت على ذلك صراحة، وعلى سبيل المثال القانون المدني المصري، حيث نصت المادة 119 منه على أنه: "يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته". عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص510.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، النظرية...، المرجع السابق، ج1، ص202.

وضع التقنين المدني هو القانون الروماني، وهذا القانون لم يضع قاعدة عامة في شأن المسؤولية التقصيرية فلم يكن كل خطأ سببا في المسؤولية، بل كان القانون الروماني يحدد الأفعال المشروعة التي تستوجب مسؤولية فاعلها، ولم يكن من بين هذه الأفعال ما يمكن أن تؤسس عليها المسؤولية في حالة بطلان العقد. فلجأ إهرنج إلى صياغة نظرية الخطأ عند تكوين العقد، وجعل مصدر الالتزام عقدا، لما عجز أن يجعله الفعل الضار. أما الآن فقد انتفت هذه العلة لأن القاعدة العامة في جميع التشريعات الحديثة أن كل خطأ يوجب مسؤولية فاعله بتعويض الضرر الناجم عنه<sup>1</sup>.

فضلا عن ذلك، أنه من غير المنطقي أن يكون المتعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته حسن النية يجهل كل الجهل سبب البطلان، ثم نقول أنه أحل التزام تعاقدية يؤدي إلى مسؤولية تعاقدية، فهذه الحقيقة فكرة الخطأ المفترض أو تحمل التبعة المفروضة في هذا المجال<sup>2</sup>.

وحاصل ما سبق، لا يصح اعتبار الخطأ في تكوين العقد موجبا للمسؤولية العقدية، وإنما تكون المسؤولية التي تترتب عليه مسؤولية تقصيرية، واعتبار العقد الباطل واقعة مادية. وفي هذه الحالة، يكون العقد الباطل قد أنتج أثرا عرضيا، لا باعتباره عقدا، بل باعتباره واقعة مادية.

غير أنه، يمكن للعقد الباطل أن ينتج كاستثناء أثرا أصليا باعتباره عقدا. وهذا ما سنحاول التطرق إليه تبعا.

<sup>1</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 168 - 169.

<sup>2</sup> - عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص 668.

## الفرع الثاني

### الآثار الأصلية للعقد الباطل

ذكرنا فيما سبق، أن العقد الباطل منعدم لا يترتب عليه أي أثر، غير أنه استثناء من هذه القاعدة قد تترتب على العقد الباطل في بعض الحالات آثاره الأصلية، وذلك ضمنا لاستقرار المعاملات ووجوب حماية حسن النية<sup>1</sup>.

ومن بين العقود الباطلة التي ترتب آثارها العقد الصوري الذي يعتبر قائما بالنسبة للحقوق التي كسبها الغير بحسن النية، وهذا يشمل دائني المتعاقدين والخلف الخاص، طبقا لنص المادة 198 من القانون المدني والتي تنص على ما يلي: "إذا أبرم عقد صوري، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري". فالعقد الصوري هو عقد ليس له وجود بالنسبة للمتعاقدين، ومع ذلك يعتبر قائما بالنسبة للغير، فله أن يتمسك به متى كان حسن النية، فينتج كل آثاره القانونية بالرغم من بطلانه.

ومن ذلك، الرهن الصادر من غير المالك في أحوال نص عليها القانون، فيبقى ينتج آثاره الأصلية بالرغم من بطلانه، إذا كان الدائن المرتهن حسن النية، طبقا لمقتضى المادة 885 من القانون المدني والتي تنص على أنه: "يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن، الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته، أو فسخه، أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا ثبت أن الدائن كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن.

<sup>1</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق، ص166.



ومن ذلك أيضا، الشركة التي قضى بطلانها بعد أن باشرت نشاطها وتعاملت مع الغير بمظهر الشركة، فإنها تصير شركة واقعية، وتعتبر التصرفات التي قامت بها الشركة مع الغير صحيحة ومنتجة لجميع آثارها<sup>1</sup>.

ومن خلال كل ما سبق، يتبين أن المشرع الجزائري الذي جعل بموجب المادة الأولى من التقنين المدني، مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الاحتياطي الأول للقانون، لم يأخذ بنظرية البطلان في الفقه الإسلامي، بل تبني على غرار التشريعات الحديثة، التقسيم الثنائي للبطلان.

فالعقد الباطل بطلانا مطلقا في القانون المدني يتفق مع العقد الباطل في الفقه الإسلامي، من حيث عدم وجوده إلا من حيث الصورة في الخارج، وبالتالي عدم ترتب عليه أي أثر، كمبدأ عام.

أما العقد الباطل بطلان النسبي أو القابلية للإبطال، فإذا دققنا النظر وجدنا أنه لا وجود للبطلان النسبي، لأن هذا الأخير يمر بمرحلتين: يكون في المرحلة الأولى منتجا لآثاره القانونية التي كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحا، وفي المرحلة الثانية، إذا تقرر البطلان فيعدم وجوده القانوني، وتزول جميع الآثار القانونية بأثر رجعي، ولا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الباطل بطلانا مطلقا<sup>2</sup>.

فالعقد الباطل بطلانا نسبيا في فقه القانون المدني، إما أن يكون صحيحا مرتبا لجميع آثاره القانونية، إذا لحقته الإجازة أو ورد عليه التقادم، أو باطل بطلانا مطلقا إذا تقرر بطلانه، فلا وجود له، وبالتالي لا يترتب عليه أي أثر من الآثار القانونية.

ومما سلف ذكره، يتبين أن البطلان درجة واحدة لا تفاوت أو نوع واحد لا تعدد، والحالات التي تندرج ضمن البطلان النسبي، ليست من معنى البطلان في شيء. فهذه الحالات بعضها ناشئ عن نقص الأهلية، فتندرج في الفقه الإسلامي تحت اسم "عدم النفاذ". فالعقد الموقوف أو غير النافذ هو الذي يتوقف ترتب أثره عليه بالفعل على إجازة ممن يملكها شرعا.

<sup>1</sup> - أنظر، إبراهيم سيد أحمد، العقود والشركات التجارية، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999، ص121.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط... المرجع السابق، ج1، ص537-538.

في حين أن باقي الحالات الناشئة عن عيوب الإرادة، فتندرج في الفقه الإسلامي تحت اسم "عدم اللزوم". فمن اعتدى إرادته أحد عيوب الرضا فله الخيار في فسخ العقد أو إمضائه.

ومن خلال ما سبق توضيحه، يتبين أن الفقه المدني قد مزج بين عدم النفاذ وعدم اللزوم، ثم جمع بينهما تحت ما يسمى بالبطلان النسبي<sup>1</sup>. أما الفقه الإسلامي فلم يخلط بين ذلك، فيكون هذا التقسيم أدق تصورا وأحكم منطقاً.

قلنا فيما سبق، أن الفقه الحنفي تميز عن غيره من المذاهب الفقهية بتفريقه بين العقد الباطل والعقد الفاسد، وبناء على هذا التفريق تميزت نتائج كل منهما عن الآخر. ولقد تناولنا الآثار المترتبة عن العقد الباطل عند فقهاء الشريعة الإسلامية، لأنه قسم مشترك بين الحنفية وجمهور الفقهاء. وفيما يلي سنتطرق إلى الآثار المترتبة عن العقد الفاسد عند فقهاء الحنفية.

## المبحث الثاني

### الآثار المترتبة عن العقود الفاسدة

نظرية الفساد في الفقه الإسلامي، انفرد بها المذهب الحنفي دون المذاهب الإسلامية الأخرى. وبناء على تفريقهم بين العقد الباطل والفساد، فقد تميزت آثار كل منهما عن الآخر. ولقد بينا آثار العقد الباطل فيما سبق، ومن هنا يمكن طرح الإشكال التالي: كيف رتب الفقه الحنفي للعقد الفاسد آثار مختلفة عن العقد البطلان؟

ومن خلال هذه الإشكالية المثارة، يمكن تقسيم المبحث إلى مطلبين، سيخصص الأول منهما للفساد المترتب على غير الإكراه أي الفساد المترتب على اتصال وصف منهى عنه شرعاً، والثاني سنتعرض فيه للفساد المترتب على الإكراه.

<sup>1</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي...، المرجع السابق، ج2، ص775.

## المطلب الأول

### الفساد المترتب على اتصال وصف منهى عنه شرعا

الأصل في العقد الفاسد أنه لا ينتج أثرا قبل القبض، فهو والباطل سواء، وإن كان الفرق بينها في أن الأول مشروع الأصل دون الوصف والثاني غير مشروع الأصل والوصف. أما بعد القبض فقد ينتج بعض الآثار. فما الآثار المترتبة عن العقد الفاسد؟

سنتناول في الفرع الأول العقد الفاسد قبل القبض. أما الفرع الثاني سنخصصه للعقد الفاسد بعد القبض.

## الفرع الأول

### العقد الفاسد قبل القبض

حكم العقد الفاسد قبل القبض، هو حكم العقد الباطل من أنه لا يترتب عليه أي أثر من الآثار المترتبة على العقد الصحيح، وإن كان الفارق المميز بينهما أن الأول مشروع الأصل دون الوصف، فهو منعقد ولكن يجب فسخه رفعا للفساد المترتبة عن النهي لتخلف شرط الصحة، والثاني غير مشروع الأصل والوصف، فهو معدوم<sup>1</sup>.

وبناء على ذلك، فإن العقد الفاسد لا ينتقل به الملك قبل الإذن بالقبض صراحة أو دلالة<sup>2</sup>، وليس لأحد العاقدين مطالبة الآخر بتنفيذ العقد، وكل منهما أن يمتنع عن التنفيذ. ففي عقد البيع الفاسد مثلا لا يملك المشتري المبيع ولا يستطيع البائع إجبار المشتري على دفع الثمن، كما أن المشتري لا يستطيع إجبار البائع على تسليم المبيع، لأن كلا من البائع والمشتري يملك فسخ العقد،

<sup>1</sup> - فتحي الدريني، النظريات...، المرجع السابق، ص385.

<sup>2</sup> - كما إذا قبض المشتري المبيع في مجلس العقد بوجود البائع ولم يمنعه، كان الإذن منه بالقبض دلالة. برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، المرجع السابق، ج5، ص230؛ ابن الهمام، المرجع السابق، ج5، ص230؛ عبد الغني الغنيمي، المرجع السابق، ج2، ص28.

فكان الفسخ قبل القبض بمنزلة الامتناع عن الإيجاب والقبول، فيملكه كل واحد منهما كالفسخ بخيار شرط المتعاقدين<sup>1</sup>.

والعقد الفاسد أيضا لا تلحقه الإجازة كالباطل، يقول الزيلعي: "الفساد لا يجوز بالإجازة ولا يرتفع الفساد به"<sup>2</sup>. لأن إرادة الشارع تتجه إلى إعدامه بدليل النهي، والإجازة تصرف إرادي يصدر من صاحب الحق فيها، يكون الغرض منه الإبقاء على العقد الذي ترد عليه<sup>3</sup>، فتضادا، ومضادة الشارع باطلة، فما يؤدي إليها وهو الإجازة فباطل كذلك.

على أن العقد الفاسد وإن كان غير صحيح، فهو مع ذلك موجود، لأنه منعقد لمشروعية أصله بتوافر أركانه ومقوماته، ويبقى النهي مسلطا على وصفه، ولكن وجوده مهدد بالزوال عن طريق الفسخ. فيجب فسخه إعداما له ورفعاً للفساد، كأثر للنهي الذي استوجب سبب الفساد فيه لجهالة أو غرر أو ضرر أو ربا أو اقتترانه بشرط فاسد<sup>4</sup>.

ووجوب الفسخ ثابت حقا لله تعالى، لأن فعله معصية، فعلى العاقد التوبة منها بفسخه<sup>5</sup>، فهو ليس حقا شخصيا تعود مصلحته إلى صاحبه، حتى يتصرف فيه وفقا لرغبته الخاصة، وإنما هو حق عام تتعلق به المصلحة العامة، ولهذا كان الفسخ في حق الناس كافة<sup>6</sup>. ومن ثم، يجب على كل واحد من العاقدين فسخه رفعاً للفساد، ولا يتوقف فسخ العقد من أحدهما على رضا الطرف الآخر، بل يستقل كل واحد منهما بفسخه. كما على القاضي فسخه بناء على طلب أحد العاقدين أو

<sup>1</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج7، ص369.

<sup>2</sup> - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج5، ص182.

<sup>3</sup> - أنظر، محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دار هومو، الجزائر، 2000، ص25.

<sup>4</sup> - فتحي الدريني، النظريات...، المرجع السابق، ص385..

<sup>5</sup> - زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج6، ص99.

<sup>6</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج7، ص369.

بدون طلب، لكونه معصية وجب رفعها، وإن أصرا على إمساكه وعلم به القاضي، فله فسخه جبرا عليهما<sup>1</sup>.

وإن العقد الفاسد يستحق الفسخ لغيره لا لعينه، فلو أمكن دفع الفساد وإزالته بدون فسخ العقد، فلا يفسخ وينقلب صحيحا وينتج جميع الآثار المقررة للعقد الصحيح منذ إنشائه، بخلاف الباطل، كالفساد بجهالة الثمن. فقد ذهب أبو حنيفة والصاحبان - خلافا لزفر- إلى تصحيحه بتحديد المتعاقدان الأجل الصحيح قبل الافتراق من مجلس العقد، أو تحديده قبل فسخ العقد، فيزول المفسد في الحالتين وينقلب صحيحا. وكذلك فيجوز تصحيح العقود الربوية برد الزيادة الربوية لو قائمة لا رد ضمانها. وتصحيح البيع غير المقدور على تسليمه إلا بتحمل ضرر يلحق البائع، بتسليمه للمشتري باختياره ورضاه. وتصحيح العقود المقترنة بشروط فاسدة بإسقاط هذه الشروط<sup>2</sup>.

فإذا تم تصحيح العقد الفاسد على النحو الذي سبق، ترتبت كافة آثار العقد الصحيح، منذ إنشائه لا منذ تصحيحه، توفيقا بين مصلحة المتعاقدين وبين ما يقتضيه الشرع ما أمكن، وهذا خير من إهداره بالبطلان، لأن قيام سبب البطلان في الوصف العارض حال دون ترتب العقد آثاره عليه، فإذا زال المانع عاد الممنوع، كما تقول القاعدة الفقهية<sup>3</sup>.

أما إذا لم يرتفع الفساد أو كان لا يمكن رفعه، بقي العقد فاسدا ووجب فسخه، وحق الفسخ يثبت لكل من الطرفين المتعاقدين، فيحق لكل واحد منها إبطال العقد ويحق له الاحتجاج بفساده واستحقاق الفسخ. فإن لم يفعل ذلك اختيارا، وجب على القاضي أن يفسخ العقد الفاسد، لكونه معصية لما ورد فيه من النهي، ولمخالفته نظام الشرع فوجب فسخه.

<sup>1</sup> - أنظر، محمد كمال ابن مصطفى ابن محمود الطرابلسي الحنفي، الفتاوى الكاملة في الحوادث الطرابلسية، د س ن، 1895، ص77.  
<sup>2</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، 7، ص368؛ زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج6، ص136؛ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج4، ص60؛ أنظر، إبراهيم علي أحمد الشال الطنجي، طرق تصحيح العقد الفاسد، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، 2007، ص167 وما بعدها.  
<sup>3</sup> - المادة 24 من مجلة الأحكام العدلية.

ومتى أراد أحدهما فسخ العقد وجب علم الطرف الآخر حتى يلزمه ذلك الفسخ وعند أبي يوسف لا يشترط العلم<sup>1</sup>، ويكون الفسخ بالقول كأن يقول أحد العاقدين فسخت أو نقضت أو ردت، ونحول ذلك فيفسخ العقد ولا يحتاج إلى حكم القضاء، ولا إلى رضا الطرف الآخر، لأن هذا العقد إنما أستحق الفسخ حقا لله تعالى فيظهر في حق الكل، فكان فسخا في حق الناس كافة فلا تقف صحته على القضاء ولا على الرضا. كما يكون الفسخ بالفعل وهو أن يرد المبيع على بائعه على أي وجه ما بيع أو هبة أو صدقة أو إعارة أو إيداع، بأنه باعه أو وهبه أو تصدق عليه أو أعاره منه أو أودعه إياه<sup>2</sup>.

ولا يحق لأحد الطرفين أن يسقط حق الفسخ بإرادته، لأن حق الفسخ ثبت حقا لله تعالى، فلا يملك العاقد أن يسقطه بإرادته. وفي هذا المعنى يقول صاحب البدائع: "الفسخ في البيع الفاسد لا يبطل بصريح الإبطال والإسقاط، بأن يقول: أبطلت أو أسقطت أو أوجبت البيع أو ألزمته، لأن وجوب الفسخ عنه ثبت حقا لله تعالى للفساد، وما ثبت حقا لله تعالى خالصا لا يقدر العبد على إسقاطه مقصودا"<sup>3</sup>.

وإذا توفي أحد العاقدين لا يبطل حق الفسخ، فللوارث أن يفسخ العقد، لأن الثابت لوارث عين ما كان للمورث، فيفسخ المشتري في مواجهة ورثة البائع، ويفسخ البائع في مواجهة ورثة المشتري<sup>4</sup>.

فإذا تم التقابض في العقد الفاسد، فإنه كذلك مستحق الفسخ، غير أنه ينتج بعض الآثار. وهذا ما سنحاول دراسته تبعا.

<sup>1</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ج5، ص231.

<sup>2</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج7، ص369-370.

<sup>3</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، نفس المرجع، ج7، ص371.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر...، المرجع السابق، ج4، ص158.

## الفرع الثاني

### العقد الفاسد بعد القبض

قلنا فيما سبق، أن العقد الفاسد مستحق الفسخ بحكم الشرع قبل القبض، غير أنه إذا تم التقابض بين العوضين كأن يكون العقد بيعا مثلا، فسلم البائع المبيع إلى المشتري وسلم المشتري الثمن إلى البائع برضاهما، دون غضب، فإن الملك ينتقل إلى المشتري ويكون قبضه للمبيع قبضا صحيحا.

ويشترط أن يكون القبض بإذن البائع، فإن قبضه بغير إذنه لا يصح القبض بأن نراه عن القبض أو قبض بغير محضر منه بغير إذنه، فإن لم ينهه عن القبض ولا أذن له في القبض صريحا، فقبض المشتري المبيع على مرأى من البائع في مجلس العقد وسكت البائع ولم يمنعه إياه عن القبض، يكون القبض بالإذن دلالة. والإذن دلالة قبل انقضاء المجلس كاف، لأن البيع تسليط من البائع للمشتري على قبض المبيع، إذ أن مراد البائع هو تمليك المشتري المبيع ويكون ذلك بالقبض<sup>1</sup>. يقول الزيلعي في هذا المعنى: "ويشترط أن يكون القبض بأمر البائع والمراد به إذنه لأنه بغير إذنه لا يفيد الملك على ما عرف ولا بد له من إذن صريح بعد الافتراق وقبله في المجلس يكتفي بالدلالة لأن البيع تسليط منه على القبض إذ مراده أن يملك المشتري ولا يكون ذلك إلا بالقبض فكان ذلك تسليطا منه عليه"<sup>2</sup>.

والرأي الراجح، أنه لا بد من الإذن الصريح وإلا كان القبض غير صحيح، لأن الإذن بالقبض إذنا بما فيه تقرير الفساد، فلا سبيل إثباته بطريق الدلالة<sup>3</sup>.

وإذا قبض المشتري المبيع بإذن مالكة، فإنه يفيد الملك في الجملة، ولكنه ملك من نوع خاص، فهو ملك ضروري مفترض، بمعنى قد اقتضت الضرورة، فلم يكن له حكم الملك الكامل الناشئ عن

<sup>1</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ج5، ص230.

<sup>2</sup> - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج4، ص61.

<sup>3</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج7، ص377.

العقد الصحيح أصالة<sup>1</sup>، بدليل أنه مضمون بالقيمة أو بالمثل لا بالثمن المسمى المحدد المتفق عليه في العقد، لأن التسمية فسدت بفساد العقد<sup>2</sup>.

ويفيد انطلاق التصرف دون الانتفاع بعين المملوك كالبيع والهبة والصدقة والرهن والإجارة، ونحو ذلك مما ليس فيه انتفاع بعين المملوك، لأن هذه التصرفات تزيل حق الانتفاع. أما التصرفات التي تتعلق بعين الشيء، في الانتفاع بالعين، كأكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار، فلا تباح للمشتري شراء فاسداً، لأن الثابت بالبيع الفاسد ملك خبيث، والمملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع بعين المملوك، لأنه واجب الرفع والبطلان. يقول الكاساني في هذا المعنى: "ومنها: أن هذا الملك يفيد المشتري انطلاق تصرف ليس فيه انتفاع بعين المملوك بلا خلاف بين أصحابنا، كالبيع والهبة والصدقة والإعتاق والكتابة والرهن والإجارة ونحو ذلك، مما ليس فيه انتفاع بعين المبيع. وأما التصرف الذي فيه انتفاع بعين المملوك، كأكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار والاستمتاع بالجارية، فالصحيح أنه لا يجزى، لأن الثابت بهذا البيع ملك خبيث، والمملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع لأنه واجب الرفع، وفي الانتفاع به تقرر له، وفيه تقرير الفساد، ولهذا لم يفسد الملك قبل القبض تحرزا من تقرير الفساد على ما ذكرنا في موضعه إن شاء الله تعالى"<sup>3</sup>.

وذهب بعض الحنفية إلى أن المشتري بعقد فاسد بعد القبض لا يملك التصرف في العين فحسب، بل يملك العين نفسها والتصرف فيها<sup>4</sup>.

ومهما يكن من أمر، فإن الملك الذي ينتقل إلى المشتري بالقبض ملك غير لازم، يجب على كل واحد من العاقدين فسخه، وهو ملك مضمون بالقيمة أو بالمثل لا بالمسمى، ويفيد انطلاق التصرف دون الانتفاع بعين بالشيء بأي وجه من وجوه الانتفاع، لأنه ملك خبيث.

<sup>1</sup> - فتحي الدين، النظريات...، المرجع السابق، ص 387.

<sup>2</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ج 5، ص 131؛ المادة 371 من مجلة الأحكام العدلية.

<sup>3</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج 7، ص 376.

<sup>4</sup> - زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج 6، ص 100-101.



ولكن هنا بعد القبض، خلافا لما بيناه قبله، يجب التمييز بين حالتين: إما أن يكون الفساد راجعا إلى البطل أي صلب العقد، وإما أن يكون راجعا إلى غير البطل.

فإن كان الفساد راجعا إلى البطل (صلب العقد) كالبيع بالخمر والخنزير ونحو ذلك، فلكل واحد من العاقدين يملك حق الفسخ من غير رضا الطرف الآخر، كما كان ذلك قبل القبض، لأن الفساد الراجع إلى البطل، فساد في صلب العقد، فلا يقوم العقد إلا به، فكان الفساد قويا، فيؤثر في صلب العقد بسلب اللزوم منه، فيظهر عدم اللزوم في حقهما جميعا<sup>1</sup>.

وإن كان الفساد راجعا إلى غير البطل، كالبيع بشرط فاسد أو إلى أجل مجهول، ففي قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - يملك كل واحد منهما حق الفسخ، لأنه مستحق الفسخ حقا للشرع فانتهى اللزوم عن العقد، وإذا كان غير لازم فلكل من العاقدين فسخه. وعلى قول محمد - رحمه الله - يكون حق فسخ العقد لصاحب الشرط أو الأجل دون سواه، فلا يملك المتعاقد الآخر حق فسخ العقد، لكون من له منفعة الشرط قادرا على تصحيح العقد بإسقاط الشرط، فإذا أسقط من له منفعة الشيء حقه زال سبب الفساد وانقلب العقد صحيحا<sup>2</sup>.

وحاصل ما سبق، أن العقد الفاسد وإن أفاد المملك بالقبض، فهو مستحق الفسخ، فينظر فيه فإن كان الفساد واقعا في صلب العقد، فلكل واحد من العاقدين فسخه، كما كان ذلك لهما قبل القبض، وذلك لقوة الفساد، وإن كان الفساد يعود لشرط زائد، كشرط ينتفع به أحد العاقدين، فلكل واحد من العاقدين الفسخ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي قول محمد: حق الفسخ لمن شرط له المنفعة لا غير. وقد ورد في تبين الحقائق: "...وأما بعد القبض فإن كان الفساد في صلب العقد بأن كان راجعا إلى أحد البطلين كالبيع بالحمير أو الخنزير فكذلك ينفرد أحدهما بالفسخ لقوة الفساد وإن كان الفساد لشرط زائد بأن باع إلى أجل مجهول أو غيره مما فيه منفعة لأحد المتعاقدين يكون لمن له منفعة الشرط الفسخ دون الآخر عند محمد لأن منفعة الشرط إذا كانت عائدة إليه كان قادرا على

<sup>1</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج7، ص369.

<sup>2</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ج5، ص231.

تصحيحه بحذف الشرط فكان في حقه بمنزلة الصحيح لقدرتة عليه فلو فسخ الآخر لأبطل حقه عليه، وعندهما لكل منهما فسخه لأنه مستحق النقص حقا للشرع فانتفى الزوم عن العقد"<sup>1</sup>.

ولا يستمر الحق في فسخ العقد الفاسد مطلقا، فإذا تصرف العاقد في المعقود عليه بعد قبضه بإذن صاحبه في عقد صحيح مزيلا للملك كبيع أو تصدق أو هبه أو نحوه، سقط حق الفسخ حماية للغير حسن النية، ويتقرر حق البائع في المثل أو القيمة، لأنه تصرف في مملوك له، فينفذ تصرفه ولا يجوز للبائع نقض تصرف المشتري، لأنه حصل على تسليط منه<sup>2</sup>.

وإذا كان التصرف لا يقبل الفسخ كالإعتاق والرهن، فيبطل كذلك حق الفسخ، فينقطع حق الاسترداد وتلزمه القيمة<sup>3</sup>. وهذا بخلاف الإجارة فإنه لا يبطل حق الفسخ، فلو أجر رجل شيء حق للمالك الأول فسخ الإجارة، ثم يفسخ البيع بسبب الفساد، لأن الإجارة وإن كانت عقدا لازما، إلا أنها تفسخ بالعدر، ولا عذر أقوى من رفع الفساد. ولو أوصى شخص بالمبيع بيعا فاسدا، صحت الوصية، ويجوز فسخها، ما دام الموصي حيا، لأن الوصية تصرف غير لازم حياة الموصي، فلو مات الموصي قبل الفسخ، سقط حق الفسخ، لأن الملك انتقل إلى الموصى له، كما ينتقل بالبيع<sup>4</sup>.

ويبطل حق الفسخ كذلك إذا تغير المعقود عليه زيادة أو نقصان أو تغيرا يخرج من صورته الأولى. كما ورد تفصيله فقهاء الحنفية على النحو التالي:

إذا تغير المبيع بالزيادة في يد المشتري، فإما أن تكون الزيادة متصلة أو منفصلة. فإذا كانت الزيادة متصلة متولدة من الأصل كالسمن والجمال، فإنها لا تمنع الفسخ، وللبائع أن يسترد الأصل مع الزيادة، لأن هذه الزيادة تابعة للأصل حقيقة، والأصل مضمون الرد فكذلك التبعية، كما في الغصب. وإذا كانت الزيادة المتصلة غير متولدة من الأصل، كما إذا كان المبيع كخلط الدقيق بالعسل أو

<sup>1</sup> - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج4، ص64.

<sup>2</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج7، ص371.

<sup>3</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ج5، ص233-234.

<sup>4</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج7، ص371-373.

السمن، فإنها تمنع الفسخ، لأنه لو فسخ، إما أن يفسخ على الأصل وحده ولا سبيل إلى ذلك لتعذر الفصل، وإما أن يفسخ على الأصل والزيادة جميعا ولا سبيل إلى ذلك أيضا، لأن الزيادة لم تدخل تحت البيع، لا أصلا ولا تبعا، فلا تدخل تحت الفسخ<sup>1</sup>.

أما إذا تغير المبيع زيادة منفصلة، فإن كانت متولدة من الأصل، كالولد واللبن والثمرة، فلا تمنع الفسخ، وللبائع أن يسترد الأصل مع الزيادة التابعة للأصل، لكونها متولدة منه، فالأصل مضمون الرد، وكذلك الزيادة، كما هو مقرر في حالة الغصب. وإن هلكت الزيادة دون تعدد، فلا ضمان على المشتري، وإذا استهلكها ضمن. ولو هلك المبيع والزيادة قائمة، فللبائع أن يسترد الزيادة ويضمن قيمة المبيع وقت القبض، لأنهما كانا مضمومي الرد، إلا أنه تعذر استرداد المبيع لفوات المحل وصار مضمون القيمة، فبقيت الزيادة على حالها مضمونة الرد كما كانت. وإن كانت الزيادة غير متولدة، كالهبة والصدقة والكسب، فإنها لا تمنع الفسخ، وللبائع أن يسترد الأصل مع الزيادة، لأن الأصل مضمون الرد، وبالرد يفسخ العقد من الأصل، فتبين أن الزيادة حصلت على ملكه، إلا أنها لا تطيب له، لأنها لم تحدث في ضمانه، بل في ضمان المشتري. ولو هلكت الزيادة دون تعدد في يد المشتري، فلا ضمان عليه، لأن المبيع يباع فاسدا مضمون بالقبض، والقبض لم يرد على الزيادة لا أصلا ولا تبعا. وإن استهلكها المشتري ضمن عن الصاحبين، ولم يضمن عند أبي حنيفة. ولو هلك المبيع وهذه الزيادة قائمة في يد المشتري، تقرر عليه ضمان قيمة المبيع والزيادة للمشتري تقرر ضمان القيمة، وهذا بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع، كما في الغصب<sup>2</sup>.

ويخلص مما تقدم، أن الزيادة المتصلة غير المتولدة هي التي تبطل حق الفسخ دون غيرها من أنواع الزيادات، ولا تضمن المنفصلة المتولدة بالهلاك وتضمن بالاستهلاك، وكذلك غير المتولدة عند الصاحبين، وعند أبي حنيفة لا تضمن بالاستهلاك. ويقول ابن عابدين في هذا المعنى: "وبه علم أن الزيادة بأقسامها الأربع لا تمنع الفسخ، إلا المتصلة غير المتولدة كالكسب فإنها لا تمنع الفسخ، وأنه

<sup>1</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج7، ص373.

<sup>2</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، نفس المرجع، ج7، ص373-374.

يضمن المنفصلة المتولدة بالاستهلاك لا بالهلاك، وكذا غير المتولدة عندهما لا عنده، وهذا التقرير أيضا موافق لما في البحر عن جامع الفصولين. قوله (سوى منفصلة غير متولدة) أي كالكسب، وهذا استثناء من قوله (ويضمنها باستهلاكها) فإن هذه لا تضمن بالاستهلاك عند الإمام كما علمته<sup>1</sup>.

وإذا تغير المبيع بالنقصان في يد المشتري، فإن كان النقصان بآفة سماوية أو كان بفعل المبيع أو بفعل المشتري، فإنه لا يمنع الاسترداد، لأن المبيع يباع فاسدا إذا نقص في يد المشتري لا يبطل حقه في الرد، إذ لو بطل لكان الرد مستحقا عليه، وللبائع أن يأخذ المبيع مع ارش النقصان، لأن المبيع يباع فاسدا يضمن بالقبض كالمغصوب والقبض ورد عليه بجميع أجزائه وأوصافه فصار مضمونا بجميع الأجزاء والأوصاف<sup>2</sup>. ولو زال سبب النقصان رجع المشتري على البائع بالأرش الذي دفعه إليه<sup>3</sup>.

وإن كان بفعل أجنبي كان البائع مخيرا بين الرجوع على المشتري وهو يرجع على الأجنبي بما نقص، وبين الرجوع على الأجنبي مباشرة وهذا لا يرجع بشيء على المشتري، كما في الغصب، لأنه لما أخذ قيمة النقصان من المشتري فقد تقرر ملكه في ذلك الجزء من وقت البيع فيه، فتبين أن الجناية حصلت على ملك مقرر له، فيرجع عليه، والأجنبي لم يملك، فلا يرجع<sup>4</sup>.

وإن كان النقصان بفعل البائع فلا شيء على المشتري، لأنه صار مستردا بفعله، حتى أنه لو هلك المبيع في يد المشتري ولم يوجد منه حبس على البائع، يهلك على البائع. وإن وجد منه حبس ثم هلك ينظر: إن هلك سراية جناية البائع فلا ضمان على المشتري، لأنه صار مستردا بفعله، وإن هلك لا من سراية جناية البائع فعلى المشتري ضمانه ولكن يطرح منه حصة النقصان بالجناية لأنه استرد ذلك القدر بجنائته<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج7، ص303.

<sup>2</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج7، ص374.

<sup>3</sup> - محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج7، ص304.

<sup>4</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج7، ص374.

<sup>5</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، نفس المرجع، ج7، ص375.

وإذا تغير شكل المعقود عليه في العقد الفاسد تغيرا يخرج من صورته التي كان عليها، كما لو كان ثوبا فقطعه المشتري وخاطه قميصا أو بطنه وحشاه، بطل حق الفسخ وتقرر عليه قيمته، كالغصب<sup>1</sup>.

وإذا كان المعقود عليه أرضا فبني عليها، بطل حق الفسخ، وعلى المشتري ضمان قيمة الأرض وقت الغصب، وهذا رأي أبي حنيفة رحمة الله عليه، لأن البناء تصرف من المشتري حصل بتسليط من البائع، فيبطل حق الفسخ، بخلاف الغصب. أما عند الصاحبان - رحمهما الله - لا يبطل حق الفسخ وينقض البناء، كما في الغصب<sup>2</sup>.

هذه عموما الآثار المترتبة عن العقود الفاسدة التي انفرد بها الفقه الحنفي دون غيره. وإلى جانب هذه الآثار يتميز الفساد المترتب عن الإكراه ببعض الخصوصيات، وهذا ما سنحاول دراسته تبعا.

## المطلب الثاني

### الفساد المترتب على الإكراه

أولى الفقه الإسلامي للإكراه اهتماما بالغاً، ومن أبرز مظاهر هذا الاهتمام، أن الفقه عالج في إطار نظرية عامة ولم يعالجه كتصرف معين من التصرفات<sup>3</sup>. الأمر الذي جعل فقهاء الشريعة الإسلامية يفردون له كتاباً خاصاً وأحكاماً وآثاراً مفصلة بالنسبة إلى العقود وسائر التصرفات القولية والفعالية من مدنية وجزائية ودينية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ج5، ص234.

<sup>2</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج7، ص375-376.

<sup>3</sup> - أنظر، محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هوم، الجزائر، 2002، ص124.

<sup>4</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي...، المرجع السابق، ج1، ص450-451.

والإكراه في الفقه الإسلامي هو حمل الغير على فعل ما لا يرضاه<sup>1</sup>، أو هو "دعوة الإنسان غيره إلى فعل من الأفعال أو قول من الأقوال بالإيعاد والتهديد وإنزال الأذى الشديد إن لم يجب داعيه"<sup>2</sup>.

وقد عرفه السرخسي: "الإكراه اسم لفعل بفعله المرء فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عن الخطاب... ولذلك لا ينعدم أصل القصد والاختيار بالإكراه كيف ينعدم ذلك وإنما طلب منه أن يختار أهون الأمرين عليه"<sup>3</sup>. كما عرفه عبد العزيز البخاري بأنه: "حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف بقدر الحامل على إيقاعه ويصير الغير خائفاً به فاتت الرضاء بالمباشرة"<sup>4</sup>.

وقد عرفته المادة 948 من مجلة الأحكام العدلية بأنه: "الإكراه هو إجبار أحد على أن يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه بالإخافة ويقال له المكره (بفتح الراء) ويقال لمن أجبر مجبر ولذلك العمل مكره عليه وللشيء الموجب للخوف مكره به"<sup>5</sup>.

ويقسم الفقهاء الإكراه بالنظر إلى شدته ودرجة تأثيره، بحسب قوة الوسيلة المرهبة المستعملة فيه إلى نوعين: تام وغير تام، أو على حد تعبير الفقهاء الأصوليين: إكراه ملجئ وإكراه غير ملجئ. فالإكراه الملجئ أو التام هو ما يكون التهديد فيه بقتل النفس، أو إتلاف عضو من الأعضاء، لأن حرمة الأعضاء كحرمة النفس تبعاً لها، أو بالضرب الشديد الذي يخشى منه تلف النفس أو

<sup>1</sup> - أنظر، سعد الدين التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج2، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، مصر، 1957، ص196.

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة، الملكية...، المرجع السابق، 453.

<sup>3</sup> - أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج24، ص38-39.

<sup>4</sup> - عبد العزيز البخاري، المرجع السابق، ج4، ص383.

<sup>5</sup> - لجنة من العلماء برئاسة أحمد جودت باشا، المرجع السابق، ص138-139.

العضو، أو إتلاف جميع المال<sup>1</sup>. فإذا كان بشيء من هذا، كان الإكراه ملجئاً، إذ يصبح المكره آلة في يد المكره، فيصير الفعل منسوباً إلى المكره بهذا الطريق<sup>2</sup>.

والإكراه غير الملجئ أو غير التام هو التهديد بخاطر جسيم، أي دون ما تقدم ذكره، مما يشق على النفس احتمالاً كالتهديد بالضرب الذي لا يؤدي إلى تلف النفس أو العضو، كإتلاف بعض المال<sup>3</sup>.

جاء في البدائع: "أما بيان أنواع الإكراه فنقول: إنه نوعان: نوع يوجب الإلجاء والاضطرار طبعاً، كالقتل والقطع والضرب الذي يخاف فيه تلف النفس أو العضو، قل الضرب أو كثر، ومنهم من قدره بعدد ضربات الحد وأنه غير شديد، لأن المعول عليه تحقق الضرورة، فإذا تحققت فلا معنى لصورة العدد، وهذا النوع الإكراه يسمى إكراهاً تاماً، ونوع لا يوجب الإلجاء والاضطرار، وهو الحبس والقيود والضرب الذي لا يخاف منه التلف، وليس فيه تقدير لازم سوى أن يلحقه منه الاغتصاب البين من هذه الأشياء، أعني الحبس والقيود والضرب، وهذا النوع من الإكراه يسمى إكراهاً ناقضاً"<sup>4</sup>.

وجاء في تبين الحقائق في هذا المعنى: "والإكراه نوعان ملجئ وغير ملجئ فالملجئ هو الكامل وهو أن يكرهه بما يخاف على نفسه أو على تلف عضو من أعضائه فإنه يعدم الرضا ويوجب الإلجاء ويفسد الاختيار وغير الملجئ قاسر وهو أن يكرهه بما لا يخاف على نفسه ولا على تلف عضو من أعضائه كالإكراه بالضرب الشديد أو القيد أو الحبس فإنه يعدم الرضا ولا يوجب الإلجاء ولا يفسد الاختيار"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - محمد أبو زهرة، الملكية...، المرجع السابق، ج454-455؛ محمد مصطفى شلبي، المدخل...، المرجع السابق، ص582؛ محمد سعيد جعفرور، نظرية...، المرجع السابق، ج128؛ عبد العزيز البخاري، المرجع السابق، ج4، ص383.

<sup>2</sup> - أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج24، ص39.

<sup>3</sup> - محمد أبو زهرة، الملكية...، المرجع السابق، ج455؛ محمد مصطفى شلبي، المدخل...، المرجع السابق، ص582؛ محمد سعيد جعفرور، نظرية...، المرجع السابق، ج130.

<sup>4</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج10، ص103.

<sup>5</sup> - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج5، ص181.

ورد في شرح التوضيح: "وهو إما ملجئ بأن يكون يفوت النفس أو العضو وهذا معدم للرضا ومفسد للاختيار وإما غير ملجئ بأن يكون بحبس أو قيد أو ضرب وهذا معدم للرضا غير مفسد الاختيار"<sup>1</sup>. وجاء في التلويح شرحاً له: "الإكراه هو حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ولا يختار مباشرته لو خلى ونفسه فيكون معدماً للرضا لا للاختيار إذ الفعل يصدر عنه باختياره لكنه قد يفسد الاختيار بأن يجعله مستنداً إلى اختيار آخر وقد لا يفسده بأن يبقى الفاعل مستقلاً في قصده وحقيقة الاختيار هو القصد إلى مقدور متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه على الآخر فإن استقل الفاعل في قصده فصحيح وإلا ففساد وبهذا الاعتبار يكون الإكراه إما ملجئاً بأن يضطر الفاعل إلى مباشرة الفعل خوفاً من فوات النفس أو ما هو في معناه كالعضو وإما غير ملجئ بان يتمكن الفاعل من الصبر من غير فوات النفس أو العضو"<sup>2</sup>.

كما نصت المادة 949 من ذات المجلة على النحو الآتي: "والإكراه على قسمين القسم الأول هو الإكراه الملجئ الذي يكون بالضرب الشديد المؤدي إلى إتلاف النفس أو قطع عضو والثاني هو الإكراه غير الملجئ الذي يوجب الغم والألم فقط كالضرب والحبس غير المبرح المديد"<sup>3</sup>. ونصت المادة 192 من مرشد الحيران على ما يلي: "الإكراه نوعان ملجئ وغير ملجئ فالإكراه الملجئ يعدم الرضا ويفسد الاختيار ويكون التهديد بإتلاف النفس أو عضو أو بعض عضو أو بضرب مبرح يخاف منه تلف نفس أو عضو أو بإتلاف كل المال. والإكراه الغير الملجئ يعدم الرضا أيضاً ولكنه لا يفسد الاختيار ويكون التهديد بالحبس والقيد المديد وبالضرب الغير المتلف على حسب الأحوال"<sup>4</sup>.

والفرق بين الإكراه الملجئ وغير الملجئ، أن الأول يؤثر في التصرفات القولية والتصرفات الفعلية، والثاني يؤثر في التصرفات القولية فقط دون التصرفات الفعلية. وبناء على ذلك، فالأول يرفع

<sup>1</sup> - عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري، المرجع السابق، ج2، ص196.

<sup>2</sup> - سعد الدين التفتازاني، المرجع السابق، ج2، ص196.

<sup>3</sup> - لجنة من العلماء برئاسة أحمد جودت باشا، المرجع السابق، ص139.

<sup>4</sup> - محمد قدرى باشا، المرجع السابق، ص31.



المسؤولية عن المكره ويلحقها بالمكره فهو الذي يضمن الضرر الناشئ عن عمل المكره، والثاني لا يرفع المسؤولية عن المكره، فهو الذي يضمن الضرر الناشئ عن عمله. وفي هذا الصدد تنص المادة 1007 من مجلة الأحكام العدلية على أنه: "كما أن الإكراه الملجئ يكون معتبرا في التصرفات القولية على ما ذكر في المادة السابقة كذلك في التصرفات الفعلية. وأما الإكراه غير الملجئ فيؤثر في التصرفات القولية فقط ولا يعتبر في التصرفات الفعلية وبناء عليه لو قال أحد لآخر أتلف مال فلان وإلا أقتلك أو أقطع أحد أعضائك وأتلف ذلك يكون الإكراه معتبرا ويلزم الضمان على المجبر فقط. وأما لو قال أتلف مال فلان وإلا أضربك وإلا أحبسك وأتلف ذلك فلا يكون الإكراه معتبرا ويلزم الضمان على المتلف فقط حيث كان ذلك مما يحتمل عادة"<sup>1</sup>.

وبما أن الإكراه غير الملجئ يشق على المكره أن يتحمله، فهو مع ذلك يختلف باختلاف الناس ومنازلهم، فلا يمكن ضبط الأذى الذي لا يبالي به عادة، ولا يمكن وضع حدود فاصلة، ربما يعتبر إكراها في حق شخص بينما لا يكون كذلك في حق غيره، لذا يكون أمره متروك لتقدير القضاء، فيبحث تأثيره على كل شخص على حدى. ولذا ورد في تبين الحقائق في هذا المقام ما نصه: "وليس في ذلك لا يزداد عليه ولا ينقص منه لأن نصب المقادير بالرأي ممتنع بل يكون ذلك مفوضا إلى رأي الإمام لأنه يختلف باختلاف أحوال الناس فمنهم من لا يتضرر إلا بضرب شديد وحبس مديد ومنهم من يتضرر بأدنى شيء كالشرفاء والرؤساء يتضررون بضربة سوط أو بعرك أذنه لا سيما في الملاء من الناس أو بحضرة السلطان فيثبت في حقه الإكراه بمثله لأن فيه هوانا وذلا أعظم من الألم"<sup>2</sup>.

ويشترط الفقه الإسلامي لتحقيق الإكراه، أن يكون المكره قادرا على تنفيذ ما هدد به، وأن يغلب على ظن من وقع عليه الإكراه، أن المكره جاد فيما يهدد به وأن الإيذاء واقع عليه لا محالة إذا لم يمثل لإرادته وينفذ ما أمره به. جاء في الهداية: "ثم كما تشترط قدرة المكره لتحقيق الإكراه يشترط

<sup>1</sup> - لجنة من العلماء برئاسة أحمد جودت باشا، المرجع السابق، ص 144.

<sup>2</sup> - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج 5، ص 182.

خوف المكره وقوع ما يهدده به وذلك بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير محمولا على مادعى إليه من فعل"1.

وفي هذا الصدد ورد في البدائع: "وأما شرائط الإكراه فنوعان: نوع يرجع إلى المكره، ونوع يرجع إلى المكره. أما الذي يرجع إلى المكره فهو أن يكون قادرا على تحقيق ما أوعده به، لأن الضرورة لا تتحقق إلا عند القدرة..."2.

وقد نصت المادة 1003 من مجلة الأحكام العدلية على هذا المعنى على أنه: "يشترط أن يكون الجبر مقتدرا على إيقاع تهديده بناء عليه من لم يكن مقتدرا على إيقاع تهديده وإجرائه لا يعتبر إكراهًا". ونصت كذلك المادة 1004 من ذات المجلة على أنه: "يشترط خوف المكره من وقوع المكره به يعني يشترط حصول غالب ظن غالب للمكره بإجراء الجبر المكره به ان لم يفعل المكره عليه"3.

فإذا لم يتحقق هذا الشرط لم يتحقق الإكراه، فإذا كان المكره غير قادرا على إيقاع وعيده، سواء لعجزه أو لاستطاعة المكره من الهرب، وكان المكره عالما بعدم قدرته ولم يغلب على ظنه وقوع ما هدد به، كان التهديد لغوا لا قيمة له، فلا يكون الإكراه معتبرا"4.

وعليه، ورد في المبسوط: "ثم إن الإكراه يعتبر معنى في المكره ومعنى في المكره ومعنى فيما أكره عليه ومعنى فيما أكره به فالمعنى في المكره تمكنه من إيقاع ما هدد به فإنه لم يكن متمكنا من ذلك فإكراهه وفي المكره المعتبر أن يصير خائفا على نفسه من جهة المكره في إيقاع ما هدد به عاجلا لأنه ملجأ محمولا طبعاً إلا بذلك..."5.

1 - برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، المرجع السابق، ج7، ص293.

2 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج10، ص104.

3 - لجنة من العلماء برئاسة أحمد جودت باشا، المرجع السابق، ص144.

4 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص214؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص360.

5 - أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج24، ص39.

وكذلك نصت المادة 195 من مرشد الحيران على الوجه الآتي: "يشترط لاعتبار الإكراه المعدوم للرضا أن يكون المكره قادرا على إيقاع ما هدد به وأن يخاف على المكره عليه فإن كان مجبر غير قادر على إيقاع ما هدد به فلا يكون الإكراه معتبرا"<sup>1</sup>.

ويرى الإمام أبو حنيفة - رحمة الله عليه - أن الذي له القدرة على الجبر والتهديد هو السلطان فقط، فغير السلطان لا يستطيع إيقاع ما هدد به، لأن القدرة والمنعة لم تكن إلا للسلطان، أي الذي يملك تنفيذ ما توعد وهدد هو السلطان من غير أن يمنعه أحد<sup>2</sup>.

ويرى صاحباً أبي حنيفة محمد وأبو يوسف - حمهما الله - إلى أن الإكراه يتحقق من السلطان وغيره، لأن أساس الإكراه هو إلحاق الأذى بالمكره، وهذا يتحقق في كل قوي مسلط، سلطاناً كان أو غيره ما دامت له القدرة<sup>3</sup>.

وبناء على ما سبق، يتبين أن سبب الخلاف بين الإمام وصاحبيه، إنما هو خلاف زمان، ففي زمان الإمام أبي حنيفة - رحمة الله عليه - لم يكن لغير السلطان القدرة على الإكراه، ثم تغير الحال في زمانهما، فأصبح لكل من له قدرة على ذلك، فتغيرت الفتوى. يقول الزيلعي في هذا السياق: "وما روي عن أبي حنيفة رحمه الله من أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان فذلك محمول على ما شهد في زمانه من أن القدرة والمنعة لم تكن في ذلك العصر إلا للسلطان فأجاب على ما شاهد وفي زمانهما كان لكل مفسد متصلص قدرة على ذلك لفساد الزمان فافتيا ما شاهد، وبه يفتى"<sup>4</sup>.

وما ذهب إليه صاحباً أبا حنيفة في عدم التمييز بين الإكراه من السلطان أو من غيره، هو أقوم من رأي الإمام أبي حنيفة، فما دام التهديد قد وقع من شخص قادر على تنفيذ ما هدد به، وجاء في تهديده بحيث يظن من وقع عليه الإكراه جديته وقدرته على إيقاع ما توعد به، فيكون

<sup>1</sup> - محمد قدرى باشا، المرجع السابق، ص32.

<sup>2</sup> - برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، المرجع السابق، ج7، ص293.

<sup>3</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج10، ص104.

<sup>4</sup> - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج5، ص182.

الإكراه قد تحقق، وذلك بغض النظر أن يكون سلطان أو عامة الناس. ورد في المحلى لابن حزم: " ولا فرق بين إكراه السلطان أو اللصوص، أو من ليس سلطانا كل ذلك سواء"<sup>1</sup>.

ويشترط الفقه كذلك أن تكون الوسيلة التي يضغظ بها على إرادة المكره على درجة كبيرة من الشدة، بحيث يكون الشيء المهدد به مما يشق على المكره تحمله، وذلك بكون المكره به متلفا نفس المكره أو عضوا من أعضائه أو ضرب مبرح<sup>2</sup>.

فإذا لم تكن الوسيلة مؤلمة كالضرب اليسير والسب والشتم فلا يكون إكراها، وبالتالي لا أثر له على صحة العقود، إذ في إمكان المكره دفعه، وهذا يختلف باختلاف الناس وأحوالهم من سن وجنس وقوة وضعف ومنصب وجاه وظرف زمان ومكان، وغيرها من الظروف المعبرة، وهذا متروك للسلطة التقديرية للقاضي<sup>3</sup>.

وفي هذا الصدد، نصت المادة 194 من مرشد الحيران: "يختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص وسنهم وضعفهم ومناصبهم وجاههم ودرجة تأثرهم وتألمهم من الحبس والضرب وكثرة وقلة وشدة وضعف"<sup>4</sup>.

ولا يشترط في وسيلة الإكراه أن تكون مادية، فلب وسيلة أدبية تكون أكثر تأثيرا بالنسبة لبعض الأشخاص، فلو أن الزوج منع زوجته من أهلها حتى تبرئه من مهرها يكون هذا إكراها، وذلك لو منع الوالد ابنته البكر من الزفاف لزوجها حتى أقرت له بقبض ميراثها من أمها، فلا يصح إقرارها لكونها مكرهة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ج8، ص335-336.

<sup>2</sup> - محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج9، ص184.

<sup>3</sup> - أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج24، ص51-52؛ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج5، ص182؛ برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، المرجع السابق، ج7، ص294.

<sup>4</sup> - محمد قدرى باشا، المرجع السابق، ص31.

<sup>5</sup> - محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج9، ص194.

ويشترط كذلك الفقهاء في الإكراه ليكون مؤثرا في العقد، أن يكون بغير حق، أي أن لا يكون مشروعاً، وهو ما يقصد به الوصل إلى غرض غير مشروع، فإن كان الإكراه بحق وهو الذي يقصد منه غرض مشروع تقاعس المكلف عن تحقيقه، فلا تأثير له، كما كراه القاضي المدين المماطل عن تنفيذ واجب عليه وهو قادر، أو إجبار مالك الأرض أو الدار التي تلتصق بالمسجد أو طريق عام على بيعها توسعة لهما، أو إجبار مكلف عن أداء حق عام للدولة كالخراج والزكاة، وجبر عمال السلطان على بيع أموالهم لرد ما جمعوه من الناس ظلماً، أو إجبار محتكر على إخراج السلع المحتكرة التي يحتاجها الناس وذلك بعرضها للسوق وبيعها جبراً إذا امتنع، ونحو ذلك من الجبر الشرعي الذي لا يعتد فيها بالإكراه، لأن الغرض منها تحقيق غرض مشروع.

ففي المذهب المالكي، جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ما يلي: "ولقوله جبراً حراماً أي وأما لو أجبر على البيع جبراً حلالاً كان البيع لازماً كجبره على بيع الدار لتوسعة المسجد أو الطريق أو المقبرة أو على بيع سلعة لوفاء دين أو لنفقة زوجة أو ولد أو الأبوين ومن الجبر الحلال الجبر على البيع لأجل وفاء ما عليه من الخراج الحق كما قال شيخنا العدوي"<sup>1</sup>.

وفي المذهب الحنفي، جاء في المبسوط: "فيكون هذا إكراهها على إقامة ما هو مستحق عليه وذلك لا يوجب الضمان على المكروه كما لو أكرهه على أن يؤدي زكاة ماله أو يكفر يمينه"<sup>2</sup>.

وفي المذهب الشافعي، ورد في المجموع: "فقال أصحابنا: المكروه على البيع إن كان إكراهها بغير حق لم يصح بيعه بلا خلاف، لما ذكره المصنف، فغن كان بحق صح، وصورة الإكراه بحق أن يكون عليه دين ومعه متاع يمكن بيعه فيه، فيمتنع من بيعه بعد امتناع المالك من الوفاء والبيع، قال القاضي أو الطيب في كتاب التفليس والأصحاب: القاضي بالخيار إن شاء باع ماله بغير إذنه لوفاء الدين، وإن شاء أكرهه على بيعه، عززه بالحبس وغيره حتى يبيعه، والله أعلم"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص6.

<sup>2</sup> - أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج24، ص101.

<sup>3</sup> - أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج9، ص186.

وفي المذهب الحنبلي، ورد في كشف القناع على هذا المعنى: "إلا يكره بحق، كالذي يكره الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه أي على شراء ما يوفى عليه من دين، فيصح العقد، لأنه قول حمل عليه بحق فصح، كإسلام المرتد"<sup>1</sup>.

ولا يصح الإكراه على الإقرار، كمن أكره القاضي رجلا على تهديده بالضرب أو الحبس حتى يقر على نفسه بجد أو قصاص، ويعتبر الإقرار في هذه الحالة باطلا؛ لأن الإقرار متمثل بين الصدق والكذب، ويحتج به إذا رجح جانب الصدق على جانب الكذب، والتهديد بالضرب أو الحبس يمنع رجحان جانب الصدق على جانب الكذب، فكان الإقرار باطلا<sup>2</sup>.

وفي هذا السياق، نصت المادة 200 من مرشد الحيران على أنه: "لا يصح الإقرار بالإكراه فمن أكره إكراها معتبرا على الإقرار وعلم بدلالة الحال أنه إن لم يقر بما أكره عليه يوقع به المكروه ما هدد به من إتلاف أو حبس أو ضرب وهو قادر على إيقاعه فأقر خائفا وقع ذلك فلا يعتبر إقراره ولا يلزمه بشيء مما أقر به"<sup>3</sup>.

وأما المذهب المالكي، فقد اختلف في الأخذ بالإقرار واضطرب المذهب على ثلاثة أقوال: فهناك قول يذهب إلى قبوله جملة، وقول ثان يذهب إلى عدم قبوله جملة، والقول الثالث يذهب إلى التمييز بين القبول إذا عين ما أعرف به من قتل وسرقة وبين عدم القبول إذا لم يعين. يقول الخطاب في هذا الصدد: "وقال القرطبي في شرح مسلم في آخر باب الديات. شرط صحة الإقرار أن لا يكون بإكراه، وأما المحبوس والمتهدد فاختلف في أخذه بإقراره، واضطرب المذهب في إقراره بعد الحبس والتهديد هل يقبل جملة أو لا يقبل جملة، أو الفرق فيقبل إذا عين ما اعترف به من قتل وسرقة، أو لا يقبل إذا لم يعين. ثلاثة أقوال"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج4، ص1380.

<sup>2</sup> - أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج24، ص70.

<sup>3</sup> - محمد قدرى باشا، المرجع السابق، ص32.

<sup>4</sup> - أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب الرعيبي، المرجع السابق، ج7، ص216.

ويشترط الفقه كذلك لتحقيق الإكراه، أن يكون الخطر الذي يهدد المكره حالا، غير مؤجل، فإذا غاب المكره عن بصره يزول الإكراه، بمعنى إذا أقدم من وقع عليه الإكراه على فعل في غياب المكره، فلا يكون الإكراه حينئذ معتبرا، لأنه يكون فعله طوعا بعد زوال الإكراه. ولذلك جاء في الفتاوى الخانية: "وإذا غاب المكره عن بصر من أكرهه يزول الإكراه"<sup>1</sup>.

ونصت المادة 1005 من مجلة الأحكام العدلية على هذا المعنى فيما يلي: "إذا فعل المكره عليه في حضور المجرم أو من يتعلق به يكون الإكراه معتبرا. وأما إذا فعله في غياب المجرم أو من يتعلق به فلا يعتبر لأنه يكون قد فعله طوعا بعد زوال الإكراه. مثلا لو أكره أحد آخر على بيع ماله وذهب المكره وباع ماله في غياب المجرم ومن يتعلق به فلا يعتبر الإكراه ويكون البيع صحيحا ومعتبرا"<sup>2</sup>.

وقد نصت المادة 196 من مرشد الحيران على ما يلي: "إذا عقد المكره العقد في غياب المجرم ولم يرسل المجرم أحدا ليرده إليه إن لم يفعل فلا يعتبر الإكراه ويكون قد عقده طوعا"<sup>3</sup>.

ويستفاد من هذه النصوص، أنه إذا نفذ المكره ما أكره عليه في غياب المجرم، لا يتحقق الإكراه ويكون تصرفه صحيحا، لمظنة تخلص المكره مما أكره عليه. أما إذا نفذ ما أكره عليه في حضرة المجرم، يكون الإكراه حالا.

والخطر الذي يقع على المكره يهدده في نفسه لا في غيره، ولكن استحسانا يعتبر إكراها كل خطر جسيم يهدد الابن أو الأب أو الزوجة أو كل رحم محرم، لأن التهديد بالابن أو الأب أو كل ذي محرم يخلق من الحزن ما يلحق به نفسه أو أكثر. جاء في المبسوط: "ولو قيل له لتقتل ابنك هذا أو أباك أو لتبيعن عبدك هذا بألف درهم فباعه فالقياس أن البيع جائز لأنه ليس بمكره على البيع

<sup>1</sup> - فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندی الفرغاني، المرجع السابق، ج3، ص483.

<sup>2</sup> - لجنة من العلماء برئاسة أحمد جودت باشا، المرجع السابق، ص144.

<sup>3</sup> - محمد قدری باشا، المرجع السابق، ص32.

فالمكره من يهدد في نفسه ولكنه استحسّن فقال البيع باطل لأن البيع يعتمد تمام الرضا وبما هدد به ينعدم رضاه فالإنسان لا يكون راضيا عادة يقتل أبيه أو ابنه...<sup>1</sup>.

والأصل في الإكراه أن يقع من أحد المتعاقدين على الآخر، ولكنه قد يقع من الغير. فإذا وقع الإكراه من الغير كان التصرف فاسدا، وتلحقه الإجازة. جاء في الفتاوى الخانية: "ولو أكره السلطان رجلا على الشراء والقبض ودفع الثمن والبائع غير مكره فلما اشترى المكره وقبضه أعتقه أو دبره أو كاتب أمة فوطئها أو قبلها بشهوة كان إجازة للشراء. ولو أن المشتري اشترى ولم يقبض حتى أعتقه البائع نفذ عتقه وبطل البيع وان أعتقه المشتري قبل القبض نفذ اعتاقه استحسانا. ولو أعتقه معا قبل القبض كان إعتاق البائع أولى. ولو كان البائع مكرها والمشتري غير مكره لا يصح اعتاق المشتري قبل القبض ويصح بعد القبض فان أجاز البائع بعدما أعتقه المشتري ينفذ البيع ولا ينفذ العتق قبل القبض ولو كان البائع والمشتري جميعا مكرهين فان أجاز البيع بغير إكراه جاز وإن أجاز أحدهما بطل خياره ويبقى خيار الآخر ولو أكره على بيع جاريتته ولم يسم أحدا فباعها من إنسان كان فاسدا ولو أكره على البيع فوهب جازه ولو أكره على هبة جاريتته لعبد الله فوهبها لعبد الله وزيد جازت الهبة في حصة زيد وبطلت في حصة عبد الله...<sup>2</sup>.

يُميز الفقه الإسلامي بين الإكراه في التصرفات الفعلية، وبين الإكراه في التصرفات القولية. فالإكراه في التصرفات الفعلية التي فيها عدوان على الغير، إنما إن كانت مما يباح عند الضرورة كغصب مال الغير وإتلافه، فيؤثر فيها الإكراه الملجئ ويكون الحامل (المكره) هو المسؤول عن الفاعل (المكره)، ولا يؤثر فيها الإكراه غير الملجئ إذ يكفي للمسؤولية فيها الاختيار الصحيح ولا يشترط الرضا، فيكون الفاعل هو المسؤول دون الحامل (المكره)، لنقصان الإكراه غير الملجئ بالنسبة إلى خطورة الفعل المكره عليه، لأنه ليس مفسدا لاختيار الفاعل.

<sup>1</sup> - أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج24، ص143-144.

<sup>2</sup> - فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندی الفرغاني، المرجع السابق، ج3، ص485-486.



وإن كان مما لا يباح عند الضرورة كقتل الغير، فلا يبيحه الإكراه مطلقا، حتى لو أكره عليه بالقتل، لكن إذا أطاع من أكرهه، فقتل من طلب منه قتله، فإن العقوبة الخاصة وهي القصاص تكون على الحامل المكره لا على الفاعل<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة، إلى أن الإكراه الملجئ في التصرفات الفعلية لا ينقل الفعل ممن وقع عليه الإكراه إلى الحامل (المكره)، بل يصبح ممن وقع عليه الإكراه آلة في يد الكره، فيصير الفعل منسوبا إلى المكره وكأنه صدر منه. وفي هذا المعنى، يقول السرخسي: "وزعم بعض مشايخنا رحمهم الله أن أثر الإكراه التام في الأفعال من المكره إلى المكره وهذا ليس بصحيح فإنه لا يتصور نقل الفعل الموجود من شخص إلى غيره والمسائل تشهد بخلاف هذا أيضا فإن البالغ إذا أكره صبيا على القتل يجب القود على المكره وهذا الفعل في محله غير موجب للقود فلا يصير موجبا بانتقاله إلى محل آخر ولكن الأصح أن تأثير الإكراه في جعل المكره آلة للمكره فيصير الفعل منسوبا إلى المكره بهذا الطريق وجعل المكره آلة لا باعتبار أن بالإكراه فينعدم الاختيار منه أصلا ولكن لأنه يفسد اختياره به لتحقيق الالغاء فالمرء مجبول على حب حياته ودا يحمله على الإقدام على ما أكره عليه فيفسد به اختياره من هذا الوجه والفساد في معارضة الصحيح كالمعدوم فيصير الفعل منسوبا إلى المكره لوجود الاختيار الصحيح منه والمكره يصير كآلة للمكره لانعدام اختياره حكما في معارضة الاختيار الصحيح..."<sup>2</sup>.

والإكراه في التصرفات القولية، فقد اختلف الفقهاء في أثر الإكراه فيها، فذهب الأحناف إلى أنه لا تعتبر إقرارات المكره، لأن اعتبار الإقرار إنما كان لترجيح جانب الصدق فيه على جانب الكذب، وبالإكراه يترجح جانب الكذب على جانب الصدق فلا يعتبر<sup>3</sup>.

أما التصرفات القولية التي لا تحمل الفسخ كالزواج والطلاق والرجعة، فهذه التصرفات تقع صحيحة نافذة لا اثر للإكراه فيها. جاء في المبسوط في هذا المعنى: "أن رجلا خرج مع امرأته إلى

<sup>1</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي...، المرجع السابق، ج1، ص456-457؛ بدران أبو العيين بدران، المرجع السابق، ص511.

<sup>2</sup> - أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج24، ص39.

<sup>3</sup> - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج5، ص182.

الجبل ليمتار العسل فلما تدلى من الجبل وضعت السكين على الجبل فقالت لتطلقني ثلاثا أو لا قطعنه فطلقها ثلاثا ثم جاء إلى رسول الله ﷺ ليستفتي فقال عليه الصلاة والسلام لا قيلولة في الطلاق وأمضى طلاقه وذكر نظير هذا عن عمرو بن شرحبيل رضي الله عنه أن امرأته كانت مبغضة لزوجها فراودته على الطلاق فأبى فلما رآته نائما قامت إلى سيفه فأخذته ثم وضعت على بطنه ثم حركته برجلها فلما استيقظ قالت له والله لأنفذك به أو لتطلقني ثلاثا فأتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فاستغاث به فشتمها وقال ويحك ما حملك على ما صنعت فقالت بغضى إياه فأمضى طلاقه وهو دليل لنا على أن طلاق المكره واقع<sup>1</sup>.

وعند الشافعي لا تجوز هذه التصرفات مع الإكراه. ورد في البدائع: "أما الذي لا يحتمل الفسخ، فالطلاق والعتاق والرجعة والنكاح واليمين والنذر والظهار والفيء والإيلاء والتدبير والعفو عن القصاص، وهذه التصرفات جائزة مع الإكراه عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا تجوز. واحتج بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: "عفوت عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه". فلزم أن يكون حكم كل ما استكره عفوًا، ولأن القصد إلى ما وضع له التصرف شرط جوازه، ولهذا لا يصح تصرف الصبي والمجنون، وهذا الشرط يفوت الإكراه، لأن المكره لا يقصد بالتصرف ما وضع له، وإنما يقصد دفع مضرة السيف على نفسه"<sup>2</sup>.

وهذا أيضا قول المذهب الحنبلي والمالكي. قال ابن حزم في المحلى: "ومن طريق ثابت العرج قال: سألت كل فقيه بالمدينة عن طلاق المكره؟ فقالوا: ليس بشيء ثم أتيت ابن الزبير. وابن عمر فردا على امرأتي، وكان قد أكره على طلاقها ثلاثا، وصح هذا أيضا عن جابر بن زيد. والحسن. وعطاء. وطاوس. وشريح. وعمر بن عبد العزيز. وهو قول مالك. والأوزاعي. والشافعي. وأحمد. وأبي سليمان. وجميع أصحابهم"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج24، ص41.

<sup>2</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج10، ص117-118.

<sup>3</sup> - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ج8، ص332.

أما إذا كانت تصرفات المكره القولية تحمل الفسخ كالبيع والإجارة، فقد اتفق الفقهاء على أنها لا تكون صحيحة، ولكنهم اختلفوا بعد ذلك. ذهب أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف ومحمد، إلى أن الإكراه يفسد العقد ولا يبطله، لأن الإكراه يعدم الرضا لا الاختيار، والرضا شرط صحة العقود لا شرط انعقاد، وتختلف شرط الصحة يترتب عليه فساد العقد. كما أن ركن العقد قائم لا خلل فيه، لأن العقد صدر من أهله مضاف إلى محل قابل لحكمه، غير أن الخلل الذي أفسد العقد هو عدم الرضا، والرضا - في اجتهاد الحنفية - شرط صحة يتعلق بالعقد المكره لا شرط انعقاد<sup>1</sup>.

ونصت المادة 203 من مرشد الخيران على رأي هذا الفريق بأنه: "عقد المكره ينعقد فاسد لا باطل فيقبل الإجازة فإن أجاز المكره بعد زوال الخوف صراحة أو دلالة ينقلب صحيحاً"<sup>2</sup>.

وبناء على كون هذه العقود فاسدة، يملك العاقد المعقود عليه إذا قبضه كما يملك ذلك في العقد الفاسد بدون الإكراه، ثم يكون للمكره بعد زوال الإكراه عنه، فإن شاء فسخ العقد، وإن شاء أجزاه، وبالإجازة يزول الفساد، ولا ينقطع حق المكره في الفسخ وإن كان العاقد قد تصرف في المعقود عليه وتداولته الأيدي، بخلاف سائر العقود الفاسدة لا تلحقها الإجازة، لأن فسادها لحق الشرع فلا يزول برضا العبد، وعقد المكره فساد له حق العبد وهو عدم رضاه فيزول بإجازته ورضاه<sup>3</sup>.

وذهب زفر بن هذيل، تلميذ أبي حنيفة، إلى أن العقود التي تقع تحت تأثير الإكراه تكون موقوفة، فلا تبني عليها أثارها إلا إذا أجازها العاقد المكره بعد زوال الإكراه. وحجة زفر أن العقد مع الإكراه لو كان فاسداً ما ارتفع الفساد بالإجازة، لأن الفساد لا يجعله الإجازة صحيحاً، وإنما الذي تلحقه الإجازة العقد الموقوف، فكان كعقد الفضولي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج5، ص182-183.

<sup>2</sup> - محمد قدرى باشا، المرجع السابق، ص33.

<sup>3</sup> - برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، المرجع السابق، ج7، ص295؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج10، ص126.

<sup>4</sup> - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج5، ص182.

وهكذا نرى أن العقد مع الإكراه في المذهب الحنفي فاسد عند فريق من الفقهاء وموقوف عند آخر. وقد لخص الكاساني موقف هذا المذهب بقوله: "وأما النوع الذي يحتمل الفسخ، فالبيع والشراء والهبة والإجارة ونحوها، فالإكراه يوجب فساد هذه التصرفات عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر رحمه الله يوجب توقفها على الإجازة كبيع الفضولي"<sup>1</sup>.

والواقع أن العقد مع الإكراه يشبه العقد الموقوف من جهة، ويشبه العقد الفاسد من جهة أخرى. فيتفق بيع المكره مع البيع الموقوف بأن يرد على البيع إجازة العاقد المكره، وهو البائع، قبل القبض وبعده، فينقلب صحيحا، بخلاف البيع الفاسد بغير الإكراه، فلا يقبل الإجازة أصلا. والعاقد غير المكره يلزمه البيع إذا قبض المبيع، فلا يحق له الفسخ، بخلاف البيع الفاسد بغير الإكراه، فلكل من العاقدين فسخه حتى بعد القبض. والمشتري في بيع المكره إذا تصرف بالمبيع، لا يسقط حق البائع في الفسخ، بخلاف البيع الفاسد بغير الإكراه فإن التصرف في المبيع يسقط حق البائع في الفسخ.

ويتفق بيع المكره مع البيع الفاسد، بأن يجوز لكل من البائع والمشتري فسخ البيع قبل القبض، بخلاف البيع الموقوف، فلا يملك أحد فسخه إلا من توقف لمصلحته. وتصرف المشتري بالمبيع بعد القبض في البيع الفاسد، تصرفا غير قابل للفسخ، فإن حق البائع ينقطع بالفسخ، بخلاف البيع الموقوف، فإنه يحق لصاحبه فسخه<sup>2</sup>.

ف رأي زفر أقوى دليلا وأوجه، لأن جمهور الحنفية قالوا: أن تصرف المكره يقبل الإجازة بعد زوال الإكراه، فلو كان فاسدا لما صحت إجازته، لأن الفاسد لا يجوز بالإجازة، بل يجب فسخه شرعا.

وذهب الفقه المالكي إلى أن العقد بالإكراه منعقد صحيح، ولكنه غير لازم، فيكون للعاقد المكره الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه أي الإجازة. ورد في حاشية الدسوقي: "وأما الإكراه على

<sup>1</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج10، ص126.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر...، ج4، ص175-176.

البيع فهو غير لازم ويرد المبيع إن شاء البائع بالثمن قولاً واحداً<sup>1</sup>. وجاء في شرح الخرشني على متن خليل أن: "والمعنى أن شرط لزوم البيع أن يصدر من مكلف وهو الرشيد الطائع فإن صدر من غيره كصبي أو سفیه أو مكره لم يلزم"<sup>2</sup>.

كما جاء في مواهب الجليل للحطاب: "إذا كان شرط لزوم البيع التكليف ممن أجبر عليه أي على البيع جبراً حراماً، إما بأن يكره على البيع نفسه أو يكره على دفع مال ظلماً فيبيع متاعه لذلك، وكالذمي يضغط فيما يتعدى عليه به من جزية أو غيرها فلا يلزمه لانتفاء شرط لزومه الذي هو التكليف"<sup>3</sup>.

وذهب فقهاء الشافعية<sup>4</sup> والحنابلة<sup>5</sup> إلى أن التصرف مع الإكراه يقع باطلاً، ويستوي في ذلك التصرفات التي تحتل الفسخ كالبيع والإجارة، والتصرفات التي لا تحتل الفسخ كالنكاح والطلاق والإعتاق.

وبعد عرض هذه الآراء، فالأولى أن يؤخذ برأي الفقه المالكي القائل بعدم لزوم العقد المبرم تحت الإكراه، لأن جعل جزاء الإكراه عدم لزوم العقد من شأنه ألا يعرقل ترتيب المعاملات لآثارها. فعقد المكره صحيح مرتب لآثاره، غير أنه يخول للمكره، طلب فسخ العقد أو إمضائه<sup>6</sup>.

ومن خلال ما سبق، يتضح جلياً الفرق بين البطلان والفساد، فإذا كان البطلان جزاء لإخلال "أصل العقد"، فإن الفساد جزاء لإخلال "وصف العقد". وعليه، يتبين أن العقد الفاسد

<sup>1</sup> - شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص6.

<sup>2</sup> - أبي عبد الله محمد الخرشني، المرجع السابق، ج5، ص9.

<sup>3</sup> - أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، المرجع السابق، ج6، ص41.

<sup>4</sup> - أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج9، ص186؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج2، ص12؛

شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حنيفة ابن شهاب الدين الرملي، المرجع السابق، ج3، ص387.

<sup>5</sup> - محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج8، ص108؛ منصور يوسف بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج4، ص1380.

<sup>6</sup> - محمد سعيد جعفرور، نظرية...، المرجع السابق، ص153.

يشبه العقد الصحيح من ناحية مشروعية أصله، ويشبه العقد الباطل من ناحية تعلق نهي الشارع لما اتصف به من وصف.

وترتيباً على ذلك، فإن العقد الباطل عند فقهاء الحنفية هو الذي لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه، في حين أن العقد الفاسد هو الذي يكون مشروعاً بأصله دون وصفه. أما فقهاء المذاهب الأخرى فلا يفرقون بين أصل العقد والخلل في وصفه اللازم. فما يقابل العقد الصحيح عند جمهور الفقهاء فهو عقد باطل وقد يعبر عنه بالفاسد، من باب ترادف الألفاظ على المعنى الواحد فقط، فلا فرق بين الباطل والفاسد، فهما مترادفان عندهم، متباينان عند الحنفية. هذا فيما يخص الفقه الإسلامي.

أما فيما يخص القانون المدني، فقد قسم فقهاء هذا القانون البطلان إلى نوعين: بطلان مطلق وبطلان نسبي. والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً يتفق مع العقد الباطل في الفقه الإسلامي، فإن وجد فعلاً، فهو معدوم اعتباراً، أي غير منعقد. أما العقد الباطل بطلاناً نسبياً، فهو عقد مرتب لجميع آثاره القانونية، إلى أن يطلب صاحب المصلحة إبطاله، فإذا تقرر بطلانه زالت جميع الآثار القانونية التي ترتبت على هذا العقد، ويكون للبطلان أثر رجعي، فيلحق بحالة البطلان المطلق.

ونظرية الفساد في الفقه الإسلامي، لا تقابل نظرية البطلان النسبي أو القابلية للإبطال في القانون المدني، بل يختلفان من جهة أن الفساد جزاء مقرر لحماية النظام الشرعي في التعاقد يقصد به إيجاد مرتبة ثالثة بين الصحة والبطلان، يقف عندها العقد المخالف لنظامه، وذلك للتفريق بين المخالفة الجوهرية الموجبة للبطلان، والمخالفة الفرعية كجهالة مفضية إلى نزاع بين المتعاقدين. أما البطلان النسبي أو القابلية للإبطال، فليس مرتبة ثالثة بين الصحة والبطلان، بل هو حق إبطال العقد الصحيح ممنوح لأحد المتعاقدين حماية له من ضرر محتمل لم يتحقق رضاه به. فهو جزاء مقرر لحماية حق خاص، لا للنظام الشرعي العام كما في نظرية الفساد<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي...، المرجع السابق، ج2، ص776-777.

ومن جهة أخرى، فالفساد لا يزول بإجازة الطرفين، بل يبقى العقد مستحقاً للفسخ بإرادة كل من الطرفين وإرادة القاضي بناء على طلب كل ذي مصلحة، فإذا لم يفعلاً اختياراً، تدخل القاضي لفسخه جبراً. أما البطلان النسبي في القانون المدني، فهو عكس ذلك تماماً، فيمكن إزالته بالإجازة الصريحة أو الضمنية، كما يمكن إسقاط حق طلب الإبطال بالتقدم<sup>1</sup>.

ومن خلال كل ما سبق، يتبين أن البطلان النسبي في القانون المدني لا يقابل الفساد في الفقه الإسلامي، فهو يختلف عنه اختلافاً جوهرياً كما سبق ذكره. فالبطلان النسبي أو القابلية للإبطال في القانون المدني وفقهه يقابل عدم النفاذ وعدم اللزوم عند فقهاء الإسلام.

الآن، وقد عرفنا أن البطلان والفساد من الجزاءات المدنية المترتبة على ما تتركه المخالفة من خلل في نظام التعاقد، ونظراً لخصوصية المسائل المتعلقة بعقد الزواج، فإن تأثير تلك الجزاءات عليه، كان محل جدل كبير بين الفقهاء، وهذا ما سنحاول توضيحه في الباب الثاني.

---

<sup>1</sup> - محمد سعيد جعفرور، نظرات...، المرجع السابق، ص 138.

## الباب الثاني

تأثير العقود الباطلة والفاصلة على عقد الزواج



بيننا في أكثر من موضع، أن العقد في الفقه الإسلامي ينقسم إلى عقد صحيح وغير صحيح، ومن يتتبع كتب فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى منهم والمحدثين، يكاد لا يجد خلافا في تقسيم العقد الصحيح، غير أن الخلاف على أشده في تقسيم العقد غير الصحيح<sup>1</sup>.

فالعقد غير الصحيح عند فقهاء الحنفية ينقسم بحسب درجة الخلل إلى قسمين: عقد باطل وعقد فاسد، وقد بنوا هذا التقسيم على أساس التمييز بين أصل العقد ووصفه<sup>2</sup>. أما جمهور الفقهاء، فالعقد غير الصحيح عندهم هو عقد باطل وقد يعبر عنه بالعقد الفاسد من باب ترادف الألفاظ على المعنى الواحد، وذلك عملا بالأصل الشرعي العام القائم على عدم التفرقة بين العقد الباطل والعقد الفاسد<sup>3</sup>.

والعقد في القانون المدني وفقهه إما صحيح أو باطل. والبطلان إما مطلق أو نسبي<sup>4</sup>.

ولما كان عقد الزواج من أهم العقود المدنية وأعظمها شأنًا، فإنه يتبادر في ذهننا التساؤل التالي: ما مدى التزام كل رأي بتطبيق أصله القاضي بترادف أو تباين البطلان والفساد؟

وعلى ضوء ما سبق، وحتى تكون دراستنا وافية لكل جوانب الموضوع، سنحاول تقسيم هذا الباب إلى فصلين رئيسيين، نتناول في الأول إجراءات ممارسة دعوى الزواج غير الصحيح، ثم نتعرض في الفصل الثاني إلى التمييز بين عقود الزواج غير الصحيحة.

<sup>1</sup> - محمد سعيد جعفرور، نظرات...، المرجع السابق، ص78.

<sup>2</sup> - زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج6، ص75؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج7، ص366؛ صاحب عبيد الفتاوي، المرجع السابق، ص53.

<sup>3</sup> - جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المرجع السابق، ج2، ص33؛ علي بن محمد الأمدي، المرجع السابق، ج1، ص175؛ موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، روضة...، المرجع السابق، ص31.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص538-539؛ محمد حسنين، المرجع السابق، ص85.

## الفصل الأول

### إجراءات ممارسة دعوى الزواج غير الصحيح

بطلان عقد الزواج أو فسخه يتم كقاعدة بحكم قضائي. ولما كانت الأحكام القضائية لا يمكن تصور صدورها إلا عن طريق جملة من الإجراءات التي يتخذها المتقاضي من أجل إدخال النزاع إلى ساحة القضاء، ولعلى الدعوى هي الوسيلة للالتجاء إلى القضاء.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة، نجد أنه لم يتضمن أي نص إجرائي في ذلك، كما أنه لم يشر بتاتا إلى إحالة إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>1</sup>، ولو أن العمل وفقه هو الجاري في المحاكم ولو بدون إحالة، وهو ما يتبين من جل القرارات الصادرة عن المحكمة العليا.

وبما أن قانون الأسرة وباعتباره قانونا خاصا كان ينبغي أن يشتمل هو نفسه على نصوص خاصة التي تحدد إجراءات رفع الدعاوى أمام قسم شؤون الأسرة ومن بينها دعوى بطلان عقد الزواج أو فساده.

وبناء على ما سبق، يمكن طرح الإشكال التالي: ماهي إجراءات ممارسة دعوى بطلان عقد الزواج أو فساده؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية، سنحاول تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين رئيسيين، بحيث سنتطرق في المبحث الأول إلى الإجراءات السابقة للنظر في دعوى بطلان عقد الزواج أو فساده، ثم سنتناول في المبحث الثاني للإجراءات اللاحقة لدعوى بطلان عقد الزواج أو فساده.

---

<sup>1</sup> - قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21 المؤرخة في 23 أبريل سنة 2008.

## المبحث الأول

### الإجراءات السابقة للنظر في دعوى بطلان عقد الزواج أو فساده

الغرض من إتباع الإجراءات القانونية هو الوصول إلى حكم يتمكن الشخص من خلاله تنفيذ الالتزام الذي يطالب به، وطريق الوصول إلى الحكم هو رفع الدعوى.

فالدعوى عنصر مهم من عناصر القضاء المدني، بل يمكن القول أنها الجزء الأهم والفعال في هذا النمط من القضاء، لأن من خلالها يتم الانتقال من القضاء الفردي القائم على شريعة الغاب، إلى القضاء الحكومي المنظم، الذي تشرف عليه الدولة، بعد أن منعت الفرد من استفتاء حقه بيده. فهل تستحق أي دعوى بطلان أو فساد عقد الزواج النظر فيها؟

تحديد فكرة الدعوى من أكثر الأمور صعوبة ودقة، ويعود ذلك إلى اختلافها ببعض المفاهيم القضائية، الأمر الذي يستلزم التعريف بها وتمييزها عن بعض المراكز القانونية التي تتداخل معها. ولما كان القانون يستلزم شروطا في الدعوى لكي تقبل أمام القضاء، أضحي من الضروري تناول شروط الدعوى بالبحث (المطلب الأول). ولما كانت المحاكم مقسمة حسب اختصاصها، فمن اللازم أن نبحث في هذه المسألة (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### دعوى بطلان عقد الزواج أو فساده وشروط قبولها

فمن الماكذ أن بيان وإيضاح أي مفهوم، يساعد على فهم وتحديد هذا الأمر المراد بيانه وإيضاحه بدقة ودون تداخل وتقاطع مع الأمور الأخرى، وهذا ما سنعتمد عليه في هذا المطلب، فإننا سنعرف الدعوى من حيث اللغة، ثم نورد التعاريف التي أوردها فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون (الفرع الأول). ثم بعد ذلك نتطرق الى شروط قبول الدعوى (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### دعوى بطلان عقد الزواج أو فساده

دعوى بطلان عقد الزواج أو فساده، لا تختلف مبدئياً عن الدعاوى المدنية والتجارية والعقارية. ولهذا فإننا سنحاول أن نتحدث في هذا الفرع على تعريف الدعوى من حيث اللغة، ثم نورد التعاريف التي أوردها الفقهاء المسلمون اعتزازاً لهذا الفقه، ثم نعمد على إبراز التعريف القانوني للدعوى تشريعاً وفقها (أولاً)، ثم بعد ذلك نميز الدعوى عن بعض المراكز التي تتداخل معها (ثانياً).

#### أولاً- تعريف الدعوى

قبل تعريف الدعوى اصطلاحاً لا بد من بيان المعنى اللغوي، وذلك لتوضيح الارتباط بين المعنى الاصطلاحي لأي لفظ من الألفاظ بأصل المعنى الذي وضع من أجله اللفظ في اللغة، وفي هذا السياق نعرف الدعوى لغة (أ) واصطلاحاً (ب).

#### أ-الدعوى في اللغة

الدعوى جمعها دعاوى بفتح الواو وكسرها، وبعضهم قال الفتح أولى، وبعضهم الكسر أولى، ومنهم من سوى بينهما<sup>1</sup>. والدعوى لغة يراد بها معان عدة:

قد تتضمن الدعوى معنى الطلب والتمني، يقال ادعيت الشيء، طلبته لنفسي وتمنيته<sup>2</sup>. يقول سبحانه وتعالى: ﴿لَهُمْ فِيهَا فَلَكَهَةٌ وَلَهُمْ مَّا يَدْعُونَ﴾<sup>3</sup>. أي يطلبون ويتمنون. ومنه حديث جابر، حيث قال: "غزونا مع النبي ﷺ وقد تاب معه ناس من المهاجرين حتى كثروا، وكان من المهاجرين رجل لعاب فكسع أنصاريًا، فغضب الأنصاري غضباً شديداً حتى تداعوا، وقال الأنصاري: يا لأنصار،

<sup>1</sup> - أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص74.

<sup>2</sup> - معجم اللغة العربية، المرجع السابق، ص286.

<sup>3</sup> - سورة يس، الآية56.

وقال المهاجري: يا للمهاجرين، فخرج النبي ﷺ فقال: ما بال دعوى أهل الجاهلية<sup>1</sup>. هذا من قبيل الطلب لأنهم كانوا يدعون بعضهم بعضا من الأمر الشديد، وهو قولهم: يا لفلان.

وقد تطلق أيضا بمعنى الدعاء، كما في قوله تعالى: ﴿دَعَوْهُمْ فِيهَا سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ وَتَحِيَّتُهُمْ فِيهَا سَلَامٌ وَعَآخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾<sup>2</sup>. ذكرت الآية الكريمة أن دعاء أهل الجنة تنزيه الله وتعظيمه. كما يقال دعوت الله تعالى وأدعوه دعاء، إذ ابتهلت إليه بالسؤال ورغبت فيما عنده من الخير<sup>3</sup>.

وقد تستعمل أيضا بمعنى الزعم، يقال ادعى فلان كذا، زعم أن له فيه حقا، سواء أكان هذا الزعم حقا أم باطلا<sup>4</sup>. ولكن الدعوى لا تطلق في لسان العرب إلا على القول الذي لم يؤيد بالحجة والبرهان، فيسمى صاحبه مدعيا. أما إذا أيده بالحجة والبرهان، فإنه يصبح عندها محقا لا مدعيا، لذلك يقال لمسيلمة الكذاب مدعي النبوة، لأنه عجز عن إثباتها، ولا يقال للرسول ﷺ مدعي النبوة، لأنه قد أثبتها بالمعجزة<sup>5</sup>.

وتستعمل الدعوى بمعنى إضافة الإنسان إلى نفسه شيئا، سواء أكان ملكا أو استحقاقا أو صفة أو نحو ذلك، من غير تقييد بحال المنازعة<sup>6</sup>. وهي في هذا المعنى مأخوذة من قولهم: ادعى فلان

<sup>1</sup> - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج2، ص508.

<sup>2</sup> - سورة يونس، الآية10.

<sup>3</sup> - أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص74.

<sup>4</sup> - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، المرجع السابق، ج14، ص261.

<sup>5</sup> - أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج17، ص29؛ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج4، ص290.

<sup>6</sup> - أنظر، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، ط1، ج11، ددن، 1956، ص369؛ موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج14، ص275.

شيئا إذا أصابه إلى نفسه بأن قال هو لي<sup>1</sup>. ويقترَب هذا المعنى تعريف البعض بأنها: قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره<sup>2</sup>.

## ب- الدعوى في اصطلاح الفقهاء

عرف فقهاء المالكية الدعوى بأنها: "طلب معين، أو ما في ذمة معين، أو ما يترتب عليه أحدهما معتبرة شرعا لا تكذبها العادة"<sup>3</sup>.

فقوله (طلب معين) إشارة إلى أن السلعة معينة، اشتراها فأصبحت ملكه، أو أزيلت عن ملكه بسبب غير مشروع كالغصب، تشمل دعوى العين.

وقوله (ما في ذمة معين) تشمل دعوى الدين في الذمة.

وقوله (معين) الثانية، إشارة إلى الحالة التي يكون فيها معين بالشخص، كالدعوى على زيد، أو الحالة التي يكون فيها معين بالصفة، كدعوى الدية على العاقلة، أو دعوى القتل على جماعة، أو أنهم أتلفوا شيئا متمولا.

وقوله (ما يترتب عليه أحدهما) إشارة إلى ما يترتب على المعين من مقاصد، كدعوى المرأة التي طلقها زوجها أو ارتد، فيترتب على هذه الحالة تحرير نفسها، وهي معينة.

أو ما يترتب على ما في ذمة معين، كدعوى الوارث أن أباه مسلما أو كافرا، فيترتب له الميراث.

<sup>1</sup> - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج4، ص290.

<sup>2</sup> - أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج17، ص29؛ عبد الغني الغنيمي، المرجع السابق، ج4، ص26؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ج6، ص137.

<sup>3</sup> - أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، الفروق، المرجع السابق، ج4، ص153.

وقوله (معتبر شرعا) احترازا من الدعاوى التافهة التي لا قيمة لها، فإن الحاكم لا ينظر في مثل هذه الدعوى لعدم ترتب عليه نفع شرعي<sup>1</sup>.

ويؤخذ على هذا التعريف، أنه غير جامع وغير مانع. غير جامع لخروج دعوى دفع التعرض، والتي يقصد بها حماية الحق. غير مانع، لدخول الدعوى بمعناها اللغوي، وذلك لعدم تقييد الطلب لكونه في مجلس القضاء، فكان ينبغي الإشارة إلى ذلك، للترقية بين الدعوى بمعناها اللغوي والدعوى بمعناها الاصطلاحي<sup>2</sup>.

عرف بعض فقهاء الحنفية الدعوى بأنها "طلب أو مطالبة" فقالوا: "مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته"<sup>3</sup>. ولا يبتعد عن هذا التعريف ما جاءت به مجلة الأحكام العدلية في المادة 1613 بقولها: "الدعوى هي طلب أحد حقه من آخر في حضور الحاكم ويقال للطالب المدعي وللمطلوب منه المدعى عليه"<sup>4</sup>. وبذلك فالدعوى هي طلب إنسانا حقا على غيره بقول أو كتابة لدى القاضي حال المنازعة، بإضافة الحق إلى نفسه أو لمن يمثله<sup>5</sup>.

ما يأخذ على هذا التعريف أنه غير جامع، لخروج التصرفات القولية الأخرى التي تحدث أمام القضاء، كالشهادة والإقرار، فهذه التصرفات ليست مطالبة بحق<sup>6</sup>. كما أن هذا التعريف غير مانع، لدخول دعوى الفضولي، إذ أنه يطالب بحق على غيره عند الحاكم، لغيره لا لنفسه ولمن يمثله. وهذه الدعوى غير صحيحة بمفهومها الاصطلاحي، وإن كانت داخلة في المفهوم اللغوي للدعوى، لأن

<sup>1</sup> - أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، الفروق، المرجع السابق، ج4، ص153.

<sup>2</sup> - أنظر، محمد إبراهيم البدارين، الدعوى بين الفقه والقانون، ط2، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص35.

<sup>3</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ج6، ص137؛ أكمل الدين محمد بن محمود الباري، المرجع السابق، ج6، ص137.

<sup>4</sup> - لجنة من العلماء برئاسة أحمد جودت باشا، المرجع السابق، ص231.

<sup>5</sup> - علي حيدر، المرجع السابق، ج4، ص173.

<sup>6</sup> - أنظر، محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، الدر المختار، ط1، دار الكتب، بيروت، 2002، ص510.

المراد من ذلك تعريف الدعوى بالمعنى الشرعي، فالأصح أن يقال في تعريف الدعوى: "طلب إنسان حقا له أو لمن يمثله على غيره لدى الحاكم"<sup>1</sup>.

وذهب البعض إلى تعريف الدعوى بأنها "قول" فقالوا: "قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه"<sup>2</sup>. يقترب من هذا التعريف ما جاء به بعض فقهاء الحنفية في تعريفهم للدعوى فقالوا بأنها: "قول يطلب به الإنسان حق على الغير لنفسه"<sup>3</sup>.

كما عرفت فئة أخرى الدعوى بأنها "إخبار" فقالوا: "إخبار بحق له على غيره عند الحاكم"<sup>4</sup>.

الحاكم"<sup>4</sup>.

كما عرفوا أيضا الدعوى بمعنى "الإضافة" فقالوا: "إضافة الشيء إلى نفسه حال المنازعة"<sup>5</sup>.

ويؤخذ على هذه التعاريف، بكونها لا تفرق بين الدعوى بمعناها اللغوي، والدعوى بمعناها الاصطلاحي، لأنها أغفلت ذكر المكان الذي يجب أن تكون فيه الدعوى، وهو مجلس القضاء، فكان ينبغي الإشارة إلى ذلك، لأن التعريف الاصطلاحي هو المعتمد في نظر الشرع.

ذهب فقهاء الشافعية إلى أن الدعوى في حقيقتها إخبار، فعرف بعضهم الدعوى بأنها: "إخبار عن وجوب حق على غيره عند حاكم"<sup>6</sup>. ولا يتعد عن هذا المعنى بأنها: "إخبار عن وجوب

---

<sup>1</sup> - أنظر، محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص79.

<sup>2</sup> - محمد بن علي بن عبد الرحمن الحصكفي، المرجع السابق، ص510؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج8، ص3-4.

<sup>3</sup> - أنظر، عبد الله بن محمود الموصللي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، ط1، دار الرسالة، دمشق، 2009، ص269.

<sup>4</sup> - عبد الغني الغنيمي، المرجع السابق، ج4، ص26.

<sup>5</sup> - أنظر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبوي، مجمع الأنهر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998، ص343؛ أبي البركات عبد الله بن أحمد النسفي، كنز الدقائق، ط1، دار البشائر، بيروت، 2011، ص494؛ مجموعة علماء الهند تحت إشراف محمد عالمكير، المرجع السابق، ج4، ص2.

<sup>6</sup> - أنظر، محمد المرصفي، نفاث ولطائف منتجة، مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1345<sup>هـ</sup>، ص393؛ شمس الدين محمد بن خطيب الشريبي، الشريبي، المرجع السابق، ج4، ص613؛ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، المرجع السابق، ج8، ص333.



حق للمخبر على غيره عند حاكم"<sup>1</sup>. وعرف البعض الآخر الدعوى بأنها: "إخبار بحق له على غيره عند حاكم"<sup>2</sup>.

كل هذه التعريفات جامعة مانعة للدعوى. جامعة لكل أركان الدعوى، مانعة من دخول الشهادة والإقرار ودعوى الفضولي<sup>3</sup>.

وذهب فقهاء الحنابلة إلى تعريف الدعوى بأنها: "إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره، أو في ذمته"<sup>4</sup>. اشتمل هذا التعريف على نوعي الدعوى: دعوى العين بقولهم: "في يد غيره"، وغيره"، ودعوى الدين بقوله: "في ذمته" أي الغير<sup>5</sup>.

ويعترض على هذا التعريف أنه غير مانع، لأنه لا يفرق بين الدعوى بمعناها اللغوي، والدعوى بمعناها الشرعي<sup>6</sup>. كما أن هذا التعريف أغفل المكان الذي يجب إنشاء الإضافة فيه، وهو مجلس القضاء، فالمطلوب تعريف الدعوى في نظر الشارع، لا الدعوى مطلقاً<sup>7</sup>.

كما يؤخذ أيضاً على هذا التعريف أنه غير جامع، لأنه وإن اشتمل على دعوى الأعيان والديون، إلا أنه لم يشمل دعاوى إيقاف الدين، والإبراء، لأنها لا تتضمن إضافة الشيء<sup>8</sup>.

ومن زاوية القانون، لم تحظ الدعوى القضائية بعناية من المشرع الجزائري وقت وضعه لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، فلم يستجيب إلى من نادى بوجوب تعريف للدعوى، اعتقاداً منه بأن

<sup>1</sup> - أنظر، أحمد الحجازي بن بدير القشيني، تحفة الحبيب شرح نظم غاية التقريب، المطبعة اليمنية، مصر، 1314<sup>هـ</sup>، ص214.

<sup>2</sup> - أنظر، شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، على المنهاج شرح جلال الدين محمد أحمد المحلي، ج4، ط3، مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1956، ص334.

<sup>3</sup> - أحمد محمد لطفي أحمد، أصول التنظيم القضائي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص184-185.

<sup>4</sup> - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، المرجع السابق، ج11، ص369؛ أنظر، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج6، ط1، مؤسسة الرسالة، د ب ن، 2000، ص600؛ موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج14، ص275.

<sup>5</sup> - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح...، المرجع السابق، ج6، ص600.

<sup>6</sup> - زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج7، ص191.

<sup>7</sup> - أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص185.

<sup>8</sup> - زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج7، ص191.

هذه المسألة تغلب عليها الصفة الفقهية، فحاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنص وحيد (المادة 13)، ولم يعرف فيه الدعوى، وإنما عالج فيه شروط قبولها، تاركا للفقه العناية بها.

والدعوى في نظر رجال القانون تشغل مركزا وسطا بين القانون الموضوعي (المدني) والقانون الإجرائي<sup>1</sup>، مما أدى إلى الاختلاف في إيجاد تعريف جامع مانع للدعوى.

فعرف البعض الدعوى بأنها: "سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على تقرير حق أو حمايته<sup>2</sup>. ولا يتعد عن هذا المعنى ما جاء به بعض الفقهاء في تعريفهم للدعوى بأنها: "سلطة الالتجاء إلى القضاء، يقصد الوصول إلى احترام القانون"<sup>3</sup>. وعرفها البعض بأنها: "وسيلة قانونية يتوجه يتوجه بها الشخص إلى القضاء للحصول على تقرير حق له أو حمايته"<sup>4</sup>. ومنهم من عرف الدعوى بأنها: "الأداة أو الوسيلة الإجرائية في يد كل شخص يدعي حقا أو يطلب حماية له أمام مرفق القضاء"<sup>5</sup>. كما عرفها البعض بأنها طلب يقدمه شخص أمام المحكمة لتفصل في نزاع قائم بينه وبين غيره حول حق يزعم أنه هو صاحبه<sup>6</sup>.

كل هذه التعريفات تدور حول أن الدعوى القضائية هي مجرد وسيلة أو أداة قانونية حددها القانون للأفراد، لحماية حقوقهم، أو للدفاع عن القانون. كما أنها مجرد رخصة أو حقا وليس واجبا، فالشخص حرا في استعمالها أو عدم استعمالها، لأن الحق الموضوعي الذي تحميه الدعوى لصاحبه مطلق الحرية في استعماله<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص13.

<sup>2</sup> - أنظر، أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص114.

<sup>3</sup> - أنظر، محمود السيد التحيوي، الصفة غير العادية وآثارها في رفع الدعوى القضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص9.

<sup>4</sup> - أنظر، نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص22.

<sup>5</sup> - أنظر، يعقوبي عبد الرزاق، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ضوء اجتهادات الجهات القضائية العليا، ج1، دار هومه، الجزائر، الجزائر، 2018، ص37.

<sup>6</sup> - أنظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومه، الجزائر، 1996، ص328.

<sup>7</sup> - أنظر، نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999، ص191.

وذهب رأي من الفقه إلى تعريف الدعوى القضائية بأنها الحق نفسه، وبعبارة أخرى فالدعوى هي ذات الحق متحركاً إلى القضاء. فالحق يبقى هادئاً ما لم ينازع فيه، فإذا وقع اعتداء عليه، ينشط ويتحرك في شكل دعوى قضائية. فالحق يمثل حالة قانونية هادئة، والدعوى تمثل حالة قانونية نفسها وقت التحرك. ودليل ذلك أن الحق والدعوى يولدان ويعيشان معا فيبقى أحدهما ما بقي الآخر، وأن الدعوى مثل الحق وصفا فهي إما عينية أو شخصية عقارية أو منقولة، وأن موضوع الدعوى هو موضوع الحق ذاته<sup>1</sup>.

وفي الواقع هناك ارتباط وثيق بين الحق والدعوى التي تحميه، إلا أن ذلك لا يعني أنهما شيء واحد، فهما متباينان موضوعاً وسبباً، فموضوع الحق هو المنفعة التي يخولها القانون لصاحبه، في حين أن موضوع الدعوى هو الحصول على حكم يؤيد أو ينفي هذا الادعاء. أما سبب الحق، فهو الواقعة القانونية المنشئة له عقد كانت أو عمل غير مشروع... إلخ، بينما سبب الدعوى هو النزاع بين الخصوم نتيجة الاعتداء على الحق<sup>2</sup>.

فضلاً عن ذلك، يمكن تصور وجود أحدهما دون الآخر، فيمكن وجود الحق دون أن تحميه دعوى كما هو الحال في الالتزام الطبيعي، كما يمكن وجود دعوى دون حق تستند إليه كما هو الحال في دعوى الحيازة. كما أن الحق الموضوعي قد تحميه أكثر من دعوى، فحق الملكية إذا اعتدى عليه يمكن أن تحميه دعوى الملكية ودعوى الحيازة ودعوى التعويض<sup>3</sup>.

وذهب رأي من الفقهاء إلى القول بأن الدعوى وإن لم تكن هي الحق ذاته، فإنها جزء من الحق، لا يكتمل وجوده إلا بها، ويترب على ذلك أنه لا وجود لدعوى دون أن تستند على حق، ولا وجود لحق دون دعوى قضائية تحميه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي، ط2، مطبعة الاعتماد، مصر، 1921، ص314-319.

<sup>2</sup> - أنظر، أحمد خليل، أحمد هندي، نبيل إسماعيل عمر، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص199.

<sup>3</sup> - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص116.

<sup>4</sup> - محمد السيد التحيوي، المرجع السابق، ص10.

وهذا في الواقع خلط بين الحماية القانونية التي يتمتع بها الحق قبل أن يعتدى عليه، وبين الحماية القضائية كصورة خاصة للحماية القانونية، والتي معناها حق الشخص في الحماية القانونية بواسطة القضاء. فإذا كانت الحماية القانونية عنصرا في الحق، فلا حاجة إلى الحماية القضائية وأدائها إلا بعد اللجوء إلى القضاء، وعليه لا يمكن اعتبارها عنصرا فيه<sup>1</sup>.

وذهب البعض إلى أن الدعوى هي حق إجرائي يثبت للمدعي في مواجهة المدعى عليه ويجد مصدره في القانون الإجرائي، ويكون المدعى عليه طرفا سلبيا، ليس ملزما بأداء شيء نحو هذا الحق، وإنما يكون في حالة خضوع للآثار القانونية التي رتبها هذا الحق<sup>2</sup>.

فإذا كانت الدعوى بهذا التحليل حق إجرائي يتمتع به كل صاحب حق، فإن الحق في الدعوى بهذا المعنى يختلف عن الحق في اللجوء إلى القضاء، والذي كفله الدستور لكل الأشخاص<sup>3</sup>.

### ثانيا- تمييز الدعوى عن المراكز القانونية المختلفة

الدعوى بالمعنى المتقدم تتميز عن بعض المراكز التي تتداخل معها، فهي تتميز عن الحق الذي تحميه (أ)، وعن المطالبة القضائية التي تباشر الدعوى بواسطتها (ب)، وعن الخصومة التي تنشأ بمجرد مباشرتها (ج)، وعن حق الالتجاء إلى القضاء (د).

### أ- الدعوى والحق

سبق الإشارة إلى التمييز بين الدعوى والحق، فالدعوى وفقا للنظرية التقليدية ذات الحق التي تحميه، والحق وفقا لهذه النظرية يبقى خاملا أو راقدا طالما لم يتم نزاع حوله، فإذا أعتدي عليه ينشط ويتحرك في صورة دعوى من أجل حمايته. فالحق بهذا المفهوم يمثل حالة قانونية ساكنة، والدعوى تمثل

<sup>1</sup> - بوبشير محمد أمقران، المرجع السابق، ص15 - 16.

<sup>2</sup> - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص193.

<sup>3</sup> - نبيل صقر، المرجع السابق، ص27 - 28.

الحالة القانونية نفسها وقت التحرك. ودليل ذلك أن الحق والدعوى يولدان ويعيشان معا فيبقى أحدهما ما بقي الآخر، وموضوعهما واحد وأوصافهما واحدة<sup>1</sup>.

فصاحب الدعوى وفقا لأصحاب هذه النظرية هو صاحب الحق، كحق الزوجة في رفع دعوى فسخ عقد الزواج بعد بلوغها سن الرشد. وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2001/02/21 بما يلي: "إن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون"<sup>2</sup>.

والدعوى وفقا للنظرية الحديثة ليست هي ذات الحق، فهما يختلفان من حيث سبب كل منهما، فسبب الحق، قد يكون تصرفا قانونيا أو واقعة قانونية، في حين أن سبب الدعوى فهو النزاع حول الحق<sup>3</sup>.

فصاحب الدعوى يمكن أن يكون شخص آخر غير صاحب الحق، لاستحالة هذا الأخير مباشرة الدعوى بنفسه، كما هو الشأن بالنسبة للولي أو الوصي الذي يباشر دعاوى القاصر. وعلى هذا يجري قضاء المحكمة العليا، حيث قضت بتاريخ 1998/05/17 بأنه: "من المقرر قانونا يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا"<sup>4</sup>.

## ب-الدعوى والمطالبة القضائية

الدعوى القضائية كما رأيناها هي سلطة أو وسيلة حددها القانون لحماية الحقوق، فهي مجرد رخصة لصاحب الحق مطلق الحرية في استعمالها أو عدم استعمالها، فإذا استعمل صاحب الحق هذه الرخصة نشأت المطالبة القضائية. فالمطالبة القضائية هي إجراء قضائي يكفي لصحته وقبوله، إتباع

<sup>1</sup> - عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق، ص 314-319.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ أش م، 2001/02/21، ملف رقم 255711، م م ع، 2002، عدد2، ص 424.

<sup>3</sup> - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 116.

<sup>4</sup> - المحكمة العليا، غ م، 1998/05/17، ملف رقم 167835، م ق، 1997، عدد2، ص 77.

الطالب الإجراءات التي نص عليها القانون<sup>1</sup>، كرفع الزوجة دون وليها دعوى الطلاق أو فساد عقد الزواج.

وتطبيقاً لذلك، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006/10/11 على أنه: "ترفع دعوى الطلاق أو التطليق قبل البناء، من طرف الزوجة وليس من طرف الولي"<sup>2</sup>.

### ج- الدعوى والخصومة القضائية

الخصومة هي مجموعة الإجراءات التي تبدأ من وقت افتتاحها بالمطالبة القضائية إلى وقت انتهائها بصدور حكم في موضوعها أو انقضائها لأي سبب<sup>3</sup>. وبذلك، فالخصومة هي الوسط الإجرائي التي تعيش فيه الدعوى التي تم افتتاحها بواسطة الطلب القضائي حتى صدور حكم في موضوعها أو انقضاء هذا الوسط قبل صدوره<sup>4</sup>.

وبالرغم من أن الخصومة لم تنشأ إلا نتيجة استعمال الدعوى بواسطة الطلب القضائي، إلا أن الدعوى تختلف عن الخصومة، فالأولى تستند دائماً إلى الحق، في حين أن الثانية تقوم بمجرد اتخاذ الإجراءات الشكلية التي نص عليها القانون دون النظر إلى شروط قبول الدعوى. كما أن انقضاء الخصومة لا يؤدي مباشرة إلى انقضاء الحق في الدعوى، والذي يمكن استعماله من جديد بإنشاء خصومة جديدة، ما لم تنقض الدعوى لسبب آخر كالتردد<sup>5</sup>، في حين أن انقضاء الدعوى يتبعه بالضرورة انقضاء الخصومة، ما لم تكن الدعوى قابلة للانتقال<sup>6</sup>، فإذا كانت الدعوى شخصية لصيقة بشخص أحد المتقاضين، كوفاة الزوج رافع دعوى الطلاق، فالخصومة المتضمنة له تنقضي بوفاة، ولا تنتقل إلى الورثة، طبقاً لإحكام الفقرة الثانية من المادة 220 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

<sup>1</sup> - أنظر، مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، ط1، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 2004، ص174-175.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 2006/10/11، ملف رقم 369494، م م ع، 2007، عدد2، ص449.

<sup>3</sup> - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص118.

<sup>4</sup> - أحمد خليل، أحمد هندي، نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص201.

<sup>5</sup> - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص118-119.

<sup>6</sup> - المادة 220 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

التي تنص على أنه: "يمكن أيضا أن تنقضي الخصومة بوفاة أحد الخصوم، ما لم تكن الدعوى قابلة للانتقال".

وفي هذا السياق، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2013/04/11 على أنه: "يعد الطلاق من الحقوق الشخصية للصيقة بشخص الزوج. تنقضي خصومة الطلاق، بوفاة أحد الزوجين"<sup>1</sup>.

#### د- التمييز بين الدعوى وحق الالتجاء إلى القضاء

يعتبر حق الالتجاء إلى القضاء أو ما يطلق عليه بحق التقاضي من الحقوق للصيقة بالشخصية، يثبت لكل شخص بمقتضى أهلية الوجوب، فهو من الحقوق العامة التي كفلها الدستور، بحيث يمكن لكل شخص أن يمارسه<sup>2</sup>.

فإذا كان رافع الدعوى هو صاحب الحق الذي يدعيه كانت الدعوى وحق الالتجاء إلى القضاء شيئا واحدا. أما إذا لم يكن رافع الدعوى هو صاحب الحق نفسه الذي يدعيه، فلا يكون رافع الدعوى قد باشر دعواه وإنما يكون قد باشر مجرد حقه العام في الالتجاء إلى القضاء<sup>3</sup>.

ويترتب على هذه التفرقة بين الدعوى وحق الالتجاء إلى القضاء، أنه إذا تنازل صاحب الدعوى عن رفعها أمام القضاء، كان هذا التنازل صحيحا، لأنه تنازل عن حق من الحقوق الخاصة. أما حق الالتجاء إلى القضاء فلا يجوز التنازل عنه، لأن التنازل عن الحقوق العامة يكون مخالفا للنظام العام<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ ش أم، 2013/04/11، ملف رقم 0740083، م م ع، 2013، عدد2، ص280.

<sup>2</sup> - أنظر، عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، ط2، ددن، 2015، ص56.

<sup>3</sup> - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص120.

<sup>4</sup> - مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص176.

إذا كانت الدعوى القضائية هي الوسيلة القانونية لحماية الحقوق بواسطة القضاء، فليس معنى ذلك أنه يتضح منذ البداية أن من يستعملها هو صاحب الحق فعلا، وإنما هناك شروط ألزمها القانون لكي تقبل أمام القضاء، وهذا ما سنحاول دراسته تبعا.

## الفرع الثاني

### شروط قبول الدعوى

إن الحديث عن الشروط التي يتطلبها القانون لقبول الدعوى<sup>1</sup>، سواء تلك المتعلقة ببطان عقد الزواج أو فساده، أو غيرها من دعاوى شؤون الأسرة، يستوجب علينا أن نفرق بين الشروط المتعلقة بشخص المدعي والمدعى عليه وهي: الصفة والمصلحة والأهلية (أولا). وبين الشروط المتعلقة بالحق في الدعوى القضائية ذاتها وهي: وجوب احترام الميعاد القانوني لرفعها، وكونها لم تسقط بالتقادم ولم يسبق الفصل في موضوعها، وأن لا يكون قد أتفق على التحكيم بصددها، أو تم الصلح بين الخصوم (ثانيا).

### أولا-الشروط المتعلقة بالشخص المدعي والمدعى عليه

الشروط اللازمة لقبول دعوى بطلان أو فساد عقد الزواج بصفة خاصة ودعاوى الأحوال الشخصية بصفة عامة والتي تتعلق بشخص المدعي والمدعى عليه هي: الصفة والمصلحة والأهلية. ولقد كانت المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية الملغى تنص على هذه الشروط الثلاثة، ولكن المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اقتصر على شرطي الصفة (أ) والمصلحة (ب)، وهو ما يجعلنا نتساءل عن السبب من وراء ذلك؟

<sup>1</sup> - راجع اختلاف الفقه في تحديد الشروط الواجب توفرها في الدعوى القضائية. محمود السيد التحيوي، المرجع السابق، ص 9 وما بعدها.



## أ-الصفة

بالرغم من التداخل الحاصل بين الصفة والمصلحة واختلاف موقف الفقه بشأنهما<sup>1</sup>، إلا أن الراجح فقها هو تمييز الشرطين عن بعضهما<sup>2</sup>، خصوصا وأن المشرع الجزائري وضع حدا للحدل، حيث ذكرهما معا في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وبذلك يمكن تعريف الصفة بأنها: "الحالة التي يظهر بها الإنسان أمام القضاء"<sup>3</sup>. وبعبارة أخرى: "العلاقة التي تربط طرفي أو أطراف الدعوى بموضوعها"<sup>4</sup>. ولا يتعد عن هذا المعنى بأنها: "العلاقة المباشرة التي تربط أطراف الدعوى (مدعيا كان أو مدعى عليه) بموضوع النزاع"<sup>5</sup>.

وشرط الصفة في الدعوى أن يكون الطلب والدفع لصاحب الحق المباشر سواء كان مدعيا أو مدعى عليه أم متدخلًا، وسواء باشرها بنفسه أو بنائبه كالولي أو الوصي للقاصر أو الوكيل بالنسبة للموكل.

فإذا كان رافع الدعوى هو صاحب الحق محل المطالبة، ففي هذه الحالة يكون رافع الدعوى مرتبطًا مباشرة بالحق المدعى به، وهنا تجتمع كلا من الصفة والمصلحة في نفس الشخص. حيث قضت المحكمة العليا بهذا الخصوص في قرارها الصادر بتاريخ 2006/10/11 على أنه: "ترفع دعوى الطلاق أو التطليق قبل البناء، من طرف الزوجة وليس من طرف الولي"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - يرى بعض الفقهاء بأن الصفة هي شرط لقبول المصلحة بمعنى رافع الدعوى هو صاحب الحق المراد حمايته أو من ينوب عنه كالولي أو الوصي بالنسبة للقاصر أو الوكيل بالنسبة للموكل، ويرى البعض الآخر بأن الصفة في رفع الدعوى تكون لصاحب الحق وحده، ويفرق البعض بين المصلحة الشخصية والمباشرة والصفة على اعتبار أنه توجد حالات ترفع فيها الدعوى لا من صاحب الحق بل من يقوم مقامه، ويرى فريق أن الصفة هي السلطة الشرعية لرفع الدعوى أو هي الوصف الذي يوصف به رافع الدعوى أوراق الخصومة. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص124؛ مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص184؛ أنظر، عبد الوهاب بوضرسة، النظرية العامة والخاصة لقبول الدعوى بين النظرية والتطبيق، دار هوم، الجزائر، 2005، ص141.

<sup>2</sup> - أنظر، الطيب زروقي، الكامل في العرائض القضائية، ج1، ط1، مطبعة الفسيولة، الجزائر، 2010، ص7.

<sup>3</sup> - عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق، ص329.

<sup>4</sup> - يعقوبي عبد الرزاق، المرجع السابق، ج1، ص29.

<sup>5</sup> - أنظر، سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج1، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص45.

<sup>6</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 2006/10/11، ملف رقم 369494، م م ع، 2007، عدد2، ص449.

وإذا كان رافع الدعوى ممثلاً عن صاحب الحق، بسبب استحالة هذا الأخير مباشرة الدعوى شخصياً بسبب عذر مشروع، ففي هذه الحالة يعطى هذا التمثيل القانوني للممثل صلاحية اتخاذ إجراءات رفع الدعوى ومباشرتها<sup>1</sup>، كما هو الشأن بالنسبة لمباشرة الولي أو الوصي أو المقدم إجراءات التقاضي نيابة عن القاصر أو المحجور عليه أو المفقود طبقاً للمواد 81-87-92-104-111 من قانون الأسرة.

وفي هذه الحالة يقع على القاضي التأكد أولاً من صحة التمثيل ثم بعد ذلك يبحث عن مدعى توفر عنصر الصفة لدى صاحب الحق، فقد يصح التمثيل مع فساد الصفة، فترفض الدعوى لانعدام الصفة رغم صحة التمثيل، لأن هذه الأخيرة ليست من شروط قبول الدعوى بل هي من شروط صحة إجراءات الخصومة<sup>2</sup>.

وتكون الصفة في الدعوى للنيابة العامة في المسائل المتعلقة بشؤون الأسرة، طبقاً للمادة 3 مكرر من قانون الأسرة والتي تنص على أنه: "تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".

أبرز أمر 02/05 المتعلق بقانون الأسرة في المادة 3 مكرر منه أن للنيابة العامة الصفة في الدعوى باعتبارها طرفاً أصلياً في القضايا التي خصها المشرع بنصوص خاصة ومن ذلك دعاوى الأحوال الشخصية أو للدفاع عن النظام العام<sup>3</sup>، فيكون لها ما للخصوم من حقوق وعليها ما عليهم من التزامات، فلها رفع الدعوى ابتداءً، وتبدي طلباتها ودفعها، ولها حق الطعن في الحكم الصادر في الدعوى<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ج1، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص10.

<sup>2</sup> - أنظر، بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، منشورات بغداوي، الجزائر، 2009، ص35.

<sup>3</sup> - المادة 257 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>4</sup> - أنظر، محمد فتحي نجيب، محمود محمد غنيم، قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، ط1، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص100.

واستعمال النيابة العامة لهذه الصفة باعتبارها طرفاً أصلياً في مسائل شؤون الأسرة، لا يعني أنها تنحاز إلى أحد أطراف الدعوى فتكون خصماً للآخر بالمعنى القانوني، فالهدف الذي دفع المشرع لإعطائها هذا المركز في قضايا شؤون الأسرة، هو ضمان التطبيق السليم للقانون والدفاع عن النظام العام، ولا يتحقق ذلك إذا كانت منحازة لأحد الخصوم<sup>1</sup>.

وإذا لم تقم النيابة العامة باستعمال الرخصة التي حولها القانون لرفع الدعوى ابتداءً كطرف أصلي، وقام صاحب الشأن برفع الدعوى، فإنه يجب إخطار النيابة العامة، وذلك تحت طائلة البطلان، لأنها تعتبر جزءاً من تشكيل المحكمة<sup>2</sup>، ما لم تكن قد تدخلت في الدعوى رغم عدم إخطارها، فلا يقضي بالبطلان، لعدم تحقق الغاية من الإخطار<sup>3</sup>.

وبهذا، فإن إبلاغ النيابة العامة، هو إجراء جوهري، يؤدي الإخلال به انتهاكاً لقاعدة قانونية من قواعد النظام العام. وفي هذا الشأن، قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1984/02/03 بأنه: "من المقرر قانوناً أنه يجب إبلاغ النائب العام على القضايا المتعلقة بحالة الأشخاص، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لإجراء جوهري وانتهاكاً لقاعدة قانونية من قواعد النظام العام. ولما كان قضاة الاستئناف، وافقوا على حكم قضى بالطلاق دون إبلاغ الملف المتعلق به إلى النائب العام فإنهم بقضائهم هذا خرقوا أحكام المادة 141 من ق.إ.م. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، سي بوعزة إيمان، دور النيابة العامة في المسائل الأسرية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018-2019، ص68.

<sup>2</sup> - أنظر، ناصر جبر القرم، دور القضاء الشرعي في إصلاح الأسرة، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص135.

<sup>3</sup> - محمد فتحي نجيب، محمود محمد غنيم، المرجع السابق، ص103.

<sup>4</sup> - المجلس الأعلى، غ أ ش، 1984/02/03، ملف رقم 34762، م ق، 1989، عدد4، ص108.

وفي نفس السياق، أوجبت المحكمة العليا إطلاع النيابة العامة على ملف القضية باعتبارها طرفاً أصلياً، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 11 / 10 / 2006 والذي قضت بأنه: "يجب إطلاع النيابة العامة باعتبارها طرفاً أصلياً، على قضايا الأحوال الشخصية"<sup>1</sup>.

وبإعطاء النيابة العامة هذه الصفة بمقتضى المادة 3 مكرر من قانون الأسرة، يمكن لها رفع دعوى بطلان عقد الزواج أو فسادها، كرفع دعوى بطلان عقد الزواج للإخلال بركن الرضا، حيث اعتبرت المحكمة العليا أن التراضي ركن يترتب عليه بطلان عقد الزواج، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 18/07/2000 والذي يقضي بأنه: "بيطل الزواج بانعدام ركن الرضا. ولا يحق للقضاة إجبار المرأة غير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج"<sup>2</sup>.

كما يمكن للنيابة العامة رفع دعوى البطلان إذا تزوج رجل بامرأة تحرم عليه حرمة مؤبد أو مؤقتة، فإن عقد الزواج في هذه الحالة يكون باطلاً، استناداً لنص المادة 34 من قانون الأسرة. وتطبيقاً لذلك، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 11/10/2006 على أنه: "البناء بالزوجة وهي حامل من غير زواج شرعي، يبطل عقد الزواج، ويحمل الزوجة مسؤولية الطلاق"<sup>3</sup>.

وشرط الصفة يمكن إثباته بأي طريق من طرق الإثبات وعلى الجهات القضائية معاينة ثبوتها أو رفضها. وتأكيداً لذلك، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 25/02/1998 بأنه: "من المقرر قانوناً أنه لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزاً لصفة... ومن المقرر قانوناً أنه يجوز للقاضي بناء على طلب... بإجراء الخبرة أو التحقيق في الكتابة أو في أي إجراء آخر... ومن الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس قد أخطأوا عندما اعتبروا أن الصفة مسألة تتعلق بالشكل في حين أنها تشكل في حد ذاتها مسألة تتعلق بالموضوع إذ يجب على الجهات القضائية معاينة ثبوتها

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 11/10/2006، ملف رقم 401317، م م ع، 2007، عدد2، ص489.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 18/07/2000، ملف رقم 249128، م ق، 2003، عدد2، ص267.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 11/10/2006، ملف رقم 371562، م م ع، 2007، عدد2، ص457.

أو دحضها باللجوء إلى إجراءات تحقيق مناسبة طبقاً لمقتضيات المادة 43 من قانون الإجراءات المدنية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار"<sup>1</sup>.

ويترتب على فقدان صفة المدعي أو المدعى عليه، أنه يحكم القاضي بعدم قبول الدعوى، وإذا سهى أو أخطأ وقبل الدعوى ثم فصل فيها دون التحقق من توافر شرط الصفة، يحق للخصم أن يطعن في هذا الحكم لمخالفته للقانون ويطلب إلغاء الحكم ومن جديد التصدي بعدم قبول الدعوى<sup>2</sup>.

### ب- المصلحة

إن شرط المصلحة يعتبر من أهم الشروط الواجب توفرها لقبول دعوى الأحوال الشخصية أو غيرها من الدعاوى المدنية، يقال عادة تعبير عن هذا المعنى "المصلحة مناط الدعوى" "وألا دعوى بغير مصلحة"<sup>3</sup>، تنزيه القضاء من الاشتغال بأوقاته الثمينة بمسائل لا تعود بنفع على صاحبها ولا تدفع عنه ضرر. والمصلحة في هذا، هي: "الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من رفعها"<sup>4</sup>. ويقترب عن هذا المعنى تعريف البعض بأنها: "الفائدة العملية التي يرمي صاحب الحق في الدعوى إلى الحصول عليها من وراء ممارسته لهذا الحق"<sup>5</sup>. أو كما عرفها البعض بأنها: "المنفعة التي يجنيها المدعي من التجائه إلى القضاء"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ ع، 1998/02/25، ملف رقم 150865، م ق، 1998، عدد1، ص74.

<sup>2</sup> - أنظر، عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومه، الجزائر، 2013، ص52-53.

<sup>3</sup> - أنظر، عثمان التكروري، الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ط1، مكتبة الثقافة، عمان، 1997، ص53؛ أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص121؛ سليمان بارش، المرجع السابق، ج1، ص13.

<sup>4</sup> - الطيب زروقي، المرجع السابق، ج1، ص6.

<sup>5</sup> - أحمد خليل، أحمد هندي، نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص204.

<sup>6</sup> - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص121.

ولقد تعرض قانون الإجراءات المدنية والإدارية لهذا الشرط بنصه في المادة 13 على أنه: "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون". وكما أن المصلحة شرطا لقبول الدعوى، فهي أيضا شرطا لقبول أي طلب أو دفع أو طعن في الحكم<sup>1</sup>. وحتى تكون المصلحة جديرة بالاعتبار يجب أن تتوافر فيها أوصاف أو شروط معينة وهي: أن تكون المصلحة قانونية، وأن تكون قائمة أو محتملة.

ويقصد بالمصلحة القانونية، أن تستند إلى حق أو مركز قانوني يعترف به القانون ويحميه<sup>2</sup>، بحيث يكون الغرض من الدعوى حماية هذا الحق أو المركز القانوني إذا نوزع فيه، كرفع دعوى بطلان عقد الزواج لانعدام ركن الرضا الذي يعترف به القانون ويحميه في حالة الإخلال به، وهو ما نص عليه المشرع في المواد 4 و 9 و 33 من قانون الأسرة. وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 18/07/2000 بما يلي: "بيطل الزواج بانعدام ركن الرضا. ولا يحق للقضاة إجبار المرأة غير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج"<sup>3</sup>.

وبطلان عقد الزواج لوجود موانع شرعية بين الزوجين كدخول الزوج بزوجه وهي حامل يعتبر مانع من موانع الزواج استنادا للمواد 09 مكرر و 23 و 32 من قانون الأسرة. وفي هذا الشأن، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 11/10/2006 بأن: "البناء بالزوجة وهي حامل من غير زواج شرعي، يبطل عقد الزواج، ويحمل الزوجة مسؤولية الطلاق"<sup>4</sup>.

وفسخ عقد الزواج لمانع الرضا استنادا للمادتين 27 والمادة 34 من قانون الأسرة. وتأكيدا على ذلك، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 18/01/2000 بأنه: "من الثابت شرعا

<sup>1</sup> - أنظر، فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د س ن، ص 15؛ بوبشير محمد أمقران، المرجع السابق، ص 36.

<sup>2</sup> - أنظر، محمد إبراهيم، الوجيز في الإجراءات المدنية، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 24.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 18/07/2000، ملف رقم 249128، م ق، 2003، عدد 2، ص 267.

<sup>4</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 11/10/2006، ملف رقم 371562، م م ع، 2007، عدد 2، ص 457.

أنه يفسخ الزواج بسبب الرضاع. وإن القرار المطعون فيه لما قضى بتأييد الحكم المستأنف القاضي بفسخ الزواج المبرم بين الطرفين بسبب الرضاع طبق صحيح القانون"<sup>1</sup>.

وينحصر دور القاضي في التحقق من ذلك بالبحث عن الحماية التي قررها القانون للحق أو المركز القانوني المدعى به، حتى يتسنى له النظر في الدعوى من حيث الأصل، ويستعمل للقيام بذلك سلطته التقديرية على مستوى الوقائع والقانون"<sup>2</sup>.

أما المصلحة القائمة، أن يكون حق رافع الدعوى أو المركز القانوني المراد حمايته، قد أعتدي عليه بالفعل، فيتحقق بذلك الضرر الذي يبرر الالتجاء إلى القضاء"<sup>3</sup>. فمعيار المصلحة القائمة وقوع الضرر فعلا على الحق أو المركز القانوني الذي يقصد حمايته، فإذا لم يحدث الاعتداء لم يتحقق الضرر الذي ينشأ الحاجة إلى الحماية القانونية.

فالأصل أن الدعوى لا تكون مقبولة إلا إذا بنيت على مصلحة قائمة، ولكن أجازت معظم التشريعات استثناء قبول دعاوى التي تكون فيها المصلحة محتملة، كأن يكون الغرض من الدعوى الاحتياط لدفع ضرر محقق يعلم وجوده عادة، أو إثبات حق يخشى زوال دليل ثبوته عند رفع الدعوى"<sup>4</sup>. وفي هذا المعنى نصت المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بما يلي: "...وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

ومثال ذلك دعاوى سماع الشهود، كأن يرفع الزوج المدعي دعوى سماع شهود، نتيجة معرفته مؤخرا أنه رضع خلال صغره وقبل الفطام رضاعة مشبعة من أم المدعى عليها بواسطة الشاهد، فيخشى المدعي فوات فرصة سماع أقوال الشاهد عند نظر دعوى الموضوع، كما لو كان مريضا يخشى

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 2000/01/18، ملف رقم 232324، م ق، 2001، عدد1، ص261.

<sup>2</sup> - أنظر، أحمد الجندوبي، حسين بن سليمة، أصول المرافعات المدنية والتجارية، ددن، تونس، 2001، ص167-168.

<sup>3</sup> - أنظر، سليمان بن أحمد العليوي، الدعوى القضائية بين الشريعة والأنظمة الوضعية، ط1، مكتبة التوبة، الرياض، 2012، ص125.

<sup>4</sup> - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص128 وما بعدها؛ مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص187 وما بعدها؛ أحمد خليل، أحمد هندي، نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص109 وما بعدها؛ بوبشير محمد أمقران، المرجع السابق، ص54 وما بعدها.

وفاته أو سفر لا يرجى عودته. ففي هذه الحالة يصح بصفة استثنائية سماع الدعوى ولو لم تكن متعلقة بالحال، ويثبت الحق فيها عند قيام البينة عليه.

وشرط المصلحة في الدعوى ليس من النظام العام، بحيث لا يخول للقاضي سلطة إثارة انعدامها من تلقاء نفسه، وإنما عليه التحقق في مدى توفر هذا الشرط حينما يدفع الخصم المدعى عليه بذلك<sup>1</sup>. فإذا دفع الخصم بعدم قبول الدعوى لانعدام شرط المصلحة، فإنه يتعين على المحكمة الحكم بعدم قبول الدعوى، فإذا لم تفعل فإنه يصح للخصم أن يطعن في الحكم بسبب مخالفته للقانون ويلتمس إلغاءه، ومن جديد الحكم بعدم قبول الدعوى.

### ج- الأهلية

استبعد المشرع الجزائري في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إدراج الأهلية من دائرة شروط قبول الدعوى، لأنها شرط لمباشرة إجراءاتها، بدليل أنه إذا رفع الدعوى من ليست له الأهلية كانت دعواه مقبولة، ولكن إجراءات الخصومة تكون باطلة، دون أن تفقد شرط من شروط قبولها، وتكون الدعوى عندئذ مدفوعة ببطلان الإجراء وليس بعدم القبول<sup>2</sup>.

وبذلك، أدرج المشرع الأهلية ضمن حالات بطلان الأعمال الإجرائية من حيث موضوعها، تنص المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها محدد على سبيل الحصر فيما يأتي:

1- انعدام الأهلية للخصوم.

2- انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي".

<sup>1</sup> - بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص38.

<sup>2</sup> - أنظر، أنور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص180.



وحاصل النص المتقدم، أن القانون يتطلب الأهلية اللازمة لكل شخص يقوم بالعمل الإجرائي، وتنقسم الأهلية إلى أهلية الاختصاص والأهلية الإجرائية.

فأهلية الاختصاص تعني صلاحية الشخص بأن يكون في مركز خصم مدعيا كان أو مدعى عليه، لما يترتب على ذلك من اكتساب للحقوق وتحمل للالتزامات، ويقابلها في القانون الموضوعي أهلية الوجوب<sup>1</sup>. أما أهلية التقاضي فتأخذ حكم أهلية الأداء في القانون الموضوعي، وتعني قدرة الشخص على التقاضي<sup>2</sup>، وتثبت لكل شخص أتم تسعة عشر (19) سنة كاملة متمتعا بقواه العقلية، طبقا لأحكام قانون الأسرة (المادة 07) والقانون المدني (المادة 40).

ويراعى في تحديد السن التقويم الشمسي (الميلادي) وليس بالتقويم القمري (الهجري)<sup>3</sup>، بدليل أن التقويم الأول أدق في الناحية الحسابية من التقويم الثاني، فضلا أن كل الوثائق التي تحدد سن التقاضي تستند إلى التقويم الميلادي.

ويعاب على نص المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أنه جاء غامضا لم يبين من خلاله الأهلية المقصودة. هل هي أهلية الاختصاص أم الأهلية الإجرائية أم توافرها معا؟

نقول أن عبارة "انعدام الأهلية للخصوم"، جاءت على سبيل العموم، وبذلك يجب توافر لدى الخصم كل من أهلية الاختصاص والأهلية الاجرائية، وتختلف أحدهما يترتب عليه بطلان الإجراء<sup>4</sup>.

فقد يصدر العمل الإجرائي من شخص تنعدم فيه أهلية الاختصاص، كوفاء رافع الدعوى، فيكون العمل الإجرائي صادرا من شخص غير موجود من الناحية القانونية، فيبطل العمل الإجرائي.

<sup>1</sup> - الطيب زروقي، المرجع السابق، ج1، ص7.

<sup>2</sup> - عمر زودة، المرجع السابق، ص497.

<sup>3</sup> - المادة 03 من القانون المدني.

<sup>4</sup> - عمر زودة، المرجع السابق، ص497.

وقد يصدر العمل الإجرائي من شخص يتمتع بأهلية الاختصاص، ولكن لا يجوز على الأهلية الإجرائية، كالقاصر دون 19 سنة، والقانون يتطلب فيمن يقوم بالعمل الإجرائي أن يكون متمتعاً بأهلية التقاضي، وتخلفها يؤدي إلى البطلان.

وإذا استحال على صاحب الحق أو المركز القانوني موضوع الدعوى مباشرة العمل الإجرائي بنفسه، فإن القانون يسمح لشخص آخر بتمثيله، طبقاً لما تقضي به المادة 64 في بندها الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها ما يلي: "انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي".

ولقد أعطى القانون للقاضي صلاحية إثارة مسألة انعدام الأهلية بصفة تلقائية لتعلقها بالنظام العام، على عكس انعدام التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي، فهو أمر جوازي متروك لسلطة القاضي التقديرية<sup>1</sup>.

### ثانياً- الشروط المتعلقة بالحق في الدعوى القضائية

لا يكفي لقبول دعوى بطلان عقد الزواج أو فساده، أو غيرها من دعاوى شؤون الأسرة، أن تتوفر في شخص المدعي والمدعى شروط الصفة والمصلحة والأهلية، بل لا بد من شروط أخرى متعلقة بالحق في الدعوى، ولكنها شروط يلزم عدم توافرها حتى تقبل الدعوى القضائية. وهي: كونها لم تسقط بالتقادم (أ)، ولم يسبق الفصل في موضوعها (ب)، وأن لا يكون قد تم الصلح بصددها (ج).

#### أ- عدم اكتمال مدة التقادم

للحديث عن التقادم يجب التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي، ففي العقد الباطل بطلانا مطلقا تنص المادة 102 من القانون المدني: "وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشرة سنة من وقت إبرام العقد". من خلال هذه المادة يتضح أن دعوى البطلان تسقط بمضي 15 سنة من

<sup>1</sup> - سائح سنقوقة، المرجع السابق، ج1، ص137؛ المادة 65 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وقت إبرام العقد، وهذا لا يعني أن العقد الباطل قد انقلب صحيحاً لأنه عقد معدوم ومضي هذه المدة ليس من شأنه أن يخلق من العدم وجوداً، فهو مازال عقد باطل، ولكن دعوى بطلانه سقطت بمضي المدة القانونية

أما العقد الباطل بطلان نسبي، فقد نصت عليه المادة 101 من القانون المدني بقولها: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد". من خلال هذه المادة يتضح أن الحق في إبطال العقد يسقط بالتقادم إذا مضت المدة القانونية فلا يجوز بعد ذلك إبطاله، وهي فيما يتعلق بعيوب الإرادة 5 سنوات من اليوم الذي ينكشف فيه الغلط أو التدليس أو من اليوم الذي يرتفع فيه الإكراه وهو يسقط على كل حال بمضي 10 سنوات من وقت العقد. أما في حالة نقص الأهلية فيكون التقادم بمضي 5 سنوات من وقت زوال نقص الأهلية<sup>1</sup>.

وبالنسبة للزواج الباطل أو الفاسد، فالمرجع لم يرد نص خاص يحدد فيه إجراءات رفع دعوى. ومن هنا يمكن طرح الإشكال التالي: هل يمكن تطبيق الأحكام العامة على دعوى بطلان عقد الزواج أو فساده من حيث التقادم؟

نظراً للطبيعة الخاصة لمسائل شؤون الأسرة، وضرورة حسمها في أجل قريب، وتحقيقاً لاستقرار ما ينشأ عنها من مراكز قانونية تتعلق بأهم شؤون الأسرة، فإن تطبيق المدة الطويلة في القانون المدني يتنافى وهذه الخصوصية، فضلاً عن ذلك اختلاط الحلال والحرام طيلة هذه المدة مما يتنافى ومقصد

<sup>1</sup> - إضافة إلى ذلك ومن خلال نص المادة 308 وما بعدها من القانون المدني، نجد أنها تناولت بعض الحقوق التي يمكن أن تسقط بالتقادم إذا لم يطلبها أصحابها خلال مدة زمنية محددة مثل أجره المباني والمرتببات والأجور والمعاشات والضرائب والرسوم المستحقة للدولة... الخ.

الشرع، كما أن المحكمة العليا تحفظت في بعض قراراتها عن تطبيق أحكام القانون المدني في قضايا شؤون الأسرة<sup>1</sup>.

ولهذا، ينبغي للمشرع الجزائري في قانون الأسرة تدارك هذا النقص التشريعي، بتناوله عيوب الإرادة في مجال عقد الزواج، مثل ما ذهب إليه نظيره المشرع المغربي، حيث أعطى للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس هو الدافع إلى قبول الزواج أو اشتراطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ عقد الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه ومن تاريخ العلم بالتدليس<sup>2</sup>.

ولقد حدد المشرع الفرنسي طلب بطلان عقد الزواج بـ خمسة سنوات من تاريخ الزواج<sup>3</sup>.

## ب- عدم سبق الفصل في الدعوى القضائية

تنص المادة 338 من القانون المدني على أنه: "الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من حقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب. ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائياً". ومعنى ذلك أنه إذا سبق لنفس المدعي أن أقام دعواه ضد نفس المدعى عليه من أجل نفس الحق المدعى به ولنفس السبب وكان قد سبق للمحكمة وأن أصدرت حكماً حاز على حجية الشيء المقضي فيه، فإنه لا يجوز لهذا المدعي إعادة طرح هذه الدعوى للمحكمة مرة ثانية، وإن فعل ذلك سهواً أو عمداً، فإنه يجوز للخصم المدعى عليه أن يدفع بانقضاء الدعوى لسبق الفصل فيها، ولا يجوز للمحكمة إثارة

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ أ ش م، 1998/03/13، ملف رقم 179724، إ ق، 2001، عدد خاص، ص 277؛ المحكمة العليا، غ أ ش م، 2000/02/22، ملف رقم 235367، م ق، 2001، عدد 1، ص 275.

<sup>2</sup> - المادة 63 من مدونة الأسرة المغربية.

<sup>3</sup> - Art.181, Loi n°2008- 561 du 17 juin 2008 "Dans le cas de l'article précédent, la demande en nullité n'est plus recevable à l'issue d'un délai de cinq ans à compter du mariage".

ذلك تلقائياً، وإنما عليها التأكد من سلامة الدفع، ومتى تأكد ذلك تقضي بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها<sup>1</sup>.

وتطبيقاً لذلك، قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1988/11/09 بأنه: "من المقرر قانوناً أن الأحكام لا تحوز حجية الشيء المقضي فيه إلا بتوافر عناصر ثلاثة، ووحدة الأطراف ووحدة الموضوع، ووحدة السبب، ومن ثم، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع باعتمادهم على أحكام وقرارات حائزة لقوة الشيء المقضي فيه دون أن يبرزوا عناصرها يكونوا بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>2</sup>.

يستفاد من المادة 338 من القانون المدني، أن الأحكام لا تحوز حجية الشيء المقضي فيه إلا بتوافر عناصر ثلاثة، وهي وحدة الخصوم دون أن تتغير صفاتهم ووحدة الموضوع والسبب، فإذا انتفى أي حكم من هذه العناصر الثلاث، فلا يمكن دفعه بحجية الشيء المقضي فيه. وفي هذا السياق، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2013/05/16 على أنه: "ينتفي شرط وحدة السبب، ولا تقوم حجية الشيء المقضي فيه، عند اختلاف الدفوع والأسانيد القانونية في الدعوى الجديدة، عن تلك المعتمدة في الدعوى السابقة"<sup>3</sup>.

وليس للقاضي أن يثير تلقائياً حجية الشيء المقضي فيه، دون طلب من صاحب المصلحة، وإنما يكفي بمراقبة مدى جدية الدفع فيما لو طلبه، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1991/06/18 بأنه: "من المستقر عليه قانوناً وقضاءً أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بشيء لم يطلب منه. وأن لا يأخذ بقريئة الحكم الحائر لقوة الشيء المقضي به تلقائياً، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقاً للقانون. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة

<sup>1</sup> - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 61.

<sup>2</sup> - المجلس الأعلى، غ م، 1988/11/09، ملف رقم 46468، م ق، 1993، عدد 4، ص 11.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ م، 2013/05/16، ملف رقم 0866946، م م ع، 2013، عدد 1، ص 155.

الموضوع أسسوا قرارهم - تلقائياً - على حكم القاضي بأداء اليمين - والحائز قوة الشيء المقضي فيه - دون طلب من صاحب المصلحة، فإنهم بذلك خرقوا القانون، وعرضوا قرارهم للنقض"<sup>1</sup>.

وبالنسبة للأحكام الفاصلة في دعاوى شؤون الأسرة، فقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أن الأحكام الصادرة عن قاضي شؤون الأسرة الفاصلة في الدعاوى الرامية إلى إثبات الزواج أو إثبات النسب لا تحوز قوة الشيء المقضي فيه، إذا يمكن للمدعي أن يرفع الدعوى من جديد لتدارك ما فاتته من وسائل الإثبات، ولا يمكن للخصم أن يدفع بسبق الفصل في الدعوى. وهذا في قرارها الصادر بتاريخ 2016/12/07 والذي جاء فيه: "أما الأحكام الصادرة عن قاضي شؤون الأسرة والتي لا تحوز قوة الشيء المقضي به وفق اجتهاد المحكمة العليا، فهي المتعلقة بالدعاوى الرامية إلى إثبات الزواج أو إثبات النسب إما لعدم تقديم الشهود أو لعدم كفايتهم لأجل تمكين المدعي من تدارك ما فاتته من وسائل الإثبات.."<sup>2</sup>.

وفي نفس السياق قضت المحكمة العليا بأن الأحكام الفاصلة في قضايا إثبات الزواج والنسب لا تكتسب حجية الشيء المقضي فيه، فيتعين على قضاة الموضوع القيام بإجراء تحقيق للوصول إلى الحقيقة، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 2001/04/18 أين ورد فيه: "إن قضايا إثبات الزواج والنسب تعد من قضايا الحالة لا تطبق بشأنها المادة 388 من القانون المدني، فكان يتعين على قضاة الموضوع القيام بإجراء تحقيق للوصول إلى الحقيقة"<sup>3</sup>.

كذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2009/01/14 بأنه: "لا تكتسب الأحكام الفاصلة في القضايا المتعلقة بالنفقة وحالة الأشخاص حجية الشيء المقضي فيه"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 1991/06/18، ملف رقم 74924، م ق، 1994، عدد2، ص59.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ ش أم، 2016/12/07، ملف رقم 1030911، م م ع، منشورات بيري، 2018-2019، ص31.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ أش م، 2001/04/18، ملف رقم 262912، م ق، 2002، عدد2، ص409.

<sup>4</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 2009/01/14، ملف رقم 473962، م م ع، 2009، عدد2، ص262.

وبناء على ما سبق، إذا عجز طالب بطلان عقد الزواج أو فساد، أن يثبت ما يدعيه، وصدر حكم عن قاضي شؤون الأسرة برفض الدعوى لعدم التأسيس، فيمكن للمدعي رفع دعوى من جديد إذا توافرت عناصرها للمطالبة بطلان عقد الزواج أو فساد قصد تدارك ما فاتته من وسائل الإثبات، لأن أحكام فرق الزوجية لا تثبت الحجية ما دامت العشرة الزوجية بين الطرفين متطورة من حين إلى آخر ولا تستقر على حالة معينة، وإلا قلنا أن العشرة الزوجية صار محكوما عليها بالأبدية، وهذا ما لا يستقر شرعا وقانونا.

### ج- ألا يكون قد تم الصلح بصدها

يلزم لقبول الدعوى القضائية ألا يكون قد تم صلح بين الخصوم، إذ بمقتضاه لا يعتد بالحماية القضائية، أي ليس لأحد الخصوم سلطة الالتجاء إلى القضاء لحماية حقه الذي أنكر. أما إذا ثار نزاع ولجأ أحد أطراف الصلح إلى القضاء طالب حماية حقه، كان للخصم أن يدفع بسبق الصلح في موضوعها، وهو دفع بعدم القبول<sup>1</sup>.

وفي المسائل المتعلقة بشؤون الأسرة، تنص المادة 49 من الأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

ولقد أثارت المادة السابقة الذكر، الكثير من الجدل لدى القانونيين، لما تحتويه من غموض ولبس حول مدى إلزامية الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية<sup>2</sup>، إلا أنه وبصدور قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أزال الغموض الذي يعتري نص المادة 49 من قانون الأسرة، فلم تعد إلزامية محاولات الصلح تثير أي جدل، إذ تنص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية".

<sup>1</sup> - أحمد خليل، أحمد هندي، نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص224.

<sup>2</sup> - أنظر، بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة، دار هومه، الجزائر، 2018، ص48 ما يليها.

وعليه، يستفاد من خلال الرجوع إلى نص المادة 49 من قانون الأسرة، أنه يجب على قاضي شؤون الأسرة أن يعرض الصلح على الخصوم في جلسة سرية، لاستمرار الحياة الزوجية بين المتخاصمين على أساس حسن العشرة والأمر بالمعروف.

وعلى هذا يجري قضاء المحكمة العليا، حيث قضت في قرارها الصادر بتاريخ 2006/11/15 بأنه: "محاولة الصلح في دعوى الطلاق، تتم وجوباً أمام المحكمة فقط"<sup>1</sup>.

وكذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2009/01/14 على أنه: "يجب الزوج الطالب فك الرابطة الزوجية، حضور جلسة الصلح شخصياً، تحت طائلة رفض عدواه"<sup>2</sup>. وفي نفس السياق، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2009/01/14 على أنه: "القضاء بالتطليق خلعا دون إجراء محاولات الصلح بين طرفي النزاع، مخالف أحكام المادة 49 من قانون الأسرة"<sup>3</sup>.

أما في المسائل المتعلقة ببطلان عقد الزواج، فلا يمكن إجراء الصلح فيها لتعلقها بالنظام العام، فإذا رفعت دعوى تفريق بين زوجين يمنع الدين زواجهما كأن يكون بين الزوجين قرابة محرمة، طبقاً للمواد 09 مكرر و23 و32 من قانون الأسرة، فلا يمكن إجراء الصلح بينهما، لأن المسألة تتعلق بصميم النظام العام.

وخلاصة القول في هذا المجال، أنه إذا ثبت لهيئة المحكمة أن المدعي لم يحترم شروط قبول الدعوى سواء تلك المتعلقة بالأطراف أو بالحق في الدعوى، وثبت للمحكمة أن الخصم المدعى عليه أثار دفعاً بذلك، وتأكدت من سلامة الدفع بأي حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 67

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 2006/11/15، ملف رقم 372130، م م ع، 2007، عدد2، ص463.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 2009/01/14، ملف رقم 474956، م م ع، 2009، عدد2، ص271.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 2009/01/14، ملف رقم 477546، م م ع، 2009، عدد2، ص279.



من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإنه يتعين عليها أن تقضي بعدم قبول الدعوى شكلا قبل النظر في الموضوع.

وإلى جانب الشروط الأولية الواجب توافرها لقبول الدعوى القضائية، يجب على المتقاضى أن يعرف الجهة التي خولها القانون صلاحية النظر في دعواه نوعيا وإقليميا، وهذا ما سنحاول دراسته تبعا.

## المطلب الثاني

### الاختصاص

يعتبر الاختصاص من المسائل المهمة التي يجب تحديدها لقبول الدعوى القضائية، ونعني بالاختصاص: "سلطة الحكم وفق القانون في نزاع معين"<sup>1</sup>. وبعبارة أخرى: "مقدار ما لجهة قضائية أو محكمة من سلطة أو صلاحية الفصل في المنازعات"<sup>2</sup>. بحيث إذا تجاوزت الجهة القضائية أو المحكمة حدود الاختصاص يكون حكمها مشوب بعيب عدم الاختصاص ويكون عرضة للإلغاء.

ولانعقاد الاختصاص للمحكمة، يجب أن يكون موضوع المطالبة مما يدخل في الاختصاص الوظيفي للقضاء (الفرع الأول)، فإذا ثبت ذلك تطرح مسألة الاختصاص النوعي (الفرع الثاني) والاختصاص المحلي (الفرع الثالث).

<sup>1</sup> - أنظر، طاهري حسين، الإجراءات المدنية والإدارية الموجزة، ج1، دار الخلدونية، الجزائر، 2013، ص29.

<sup>2</sup> - أحمد خليل، أحمد هندي، نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص80.

## الفرع الأول

### الاختصاص الوظيفي

يقصد بالاختصاص الوظيفي: "نصيب كل جهة قضائية من ولاية القضاء"<sup>1</sup>. ويتحقق الاختصاص الوظيفي أو الولائي إذا تعددت جهات القضاء في الدولة الواحدة كما هو الشأن في الجزائر، حيث توجد جهتين قضائيتين هما: جهة القضاء العادي، وجهة القضاء الإداري، وتعد كل جهة قضائية وحدة قضائية مستقلة عن الأخرى.

فجهة القضاء العادي هي الجهة صاحبة الولاية العامة بنظر جميع المنازعات إلا ما أستثني بنص خاص. وعلى ذلك فجميع المنازعات المدنية والتجارية والبحرية ومنازعات شؤون الأسرة<sup>2</sup>، والمنازعات الجنائية تدخل في ولاية القضاء العادي.

وبالتالي، تختص جهة القضاء العادي بالفصل في المنازعات المتعلقة بشؤون الأسرة، ومن بينها منازعات بطلان أو فساد عقد الزواج.

أما جهة القضاء الإداري، فهي الجهة القضائية ذات الولاية العامة بالنسبة لجميع المنازعات الإدارية، ما لم ينص القانون صراحة على خلاف ذلك. وعلى ذلك فالقضاء الإداري هو المختص دون غيره في الدعاوى الإدارية المختلفة سواء دعوى الإلغاء أو دعوى التفسير أو دعوى فحص القرارات الإدارية أو دعوى التعويض وغيرها من الدعاوى الأخرى<sup>3</sup>.

ولهذا يمكن القول أن جهة القضاء العادي هي الجهة ذات الولاية بنظر في دعاوى المتعلقة بشؤون الأسرة بما في ذلك دعوى بطلان عقد الزواج وفساده. فإذا أقيمت أي دعوى بشأن أي قضية من هذه القضايا أمام الجهة القضائية غير تلك التي منحها القانون ولاية الاختصاص، يكون حكمها

<sup>1</sup> - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 277.

<sup>2</sup> - المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>3</sup> - المواد 800 و 801 و 802 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

مشوب بعيب الاختصاص ويكون عرضة للإلغاء، ولو لم يكن قد دفع بعدم الاختصاص، لأن الاختصاص الوظيفي يتعلق بالنظام العام<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### الاختصاص النوعي

لقد نظم المشرع الجزائري قواعد الاختصاص النوعي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويقصد به "ولاية الجهة القضائية على اختلاف درجاتها، بالنظر في نوع محدد من الدعاوى"<sup>2</sup>. فيتبين نصيب الطبقة الواحدة من طبقات جهة قضائية معينة في نزاع يدخل ضمن ولاية اختصاصها.

ومن خلال الدراسة القانونية لمواد الاختصاص النوعي، يتبين أن المشرع أخذ بالمفهوم الواسع للاختصاص، حيث أورد بعض المسائل الذي يختص قسم شؤون الأسرة بالفصل فيها، لأهميتها وكثرة المنازعات حولها، بالإضافة إلى أن هذا القانون قد نظم اختصاصات ذات طابع استعجالي حيث يجوز لقاضي شؤون الأسرة التدخل بموجب أمر ولائي في القضايا التي تهدف إلى حماية مصالح القصر ذات الطابع الاستعجالي.

### أولاً - الدعاوى الخاضعة لاختصاص قسم شؤون الأسرة

باستقراء المواد الإجرائية المنظمة لقسم شؤون الأسرة نجد أنها عقدت له الاختصاص النوعي في الحالات التالية<sup>3</sup>:

- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية.

<sup>1</sup> - أحمد خليل، أحمد هندي، نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 188.

<sup>2</sup> - بريارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 74.

<sup>3</sup> - المادتان 423 و 424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- الدعاوى المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة.

- الدعاوى المتعلقة بالنفقة والحضانة وحق الزيارة.

- الدعاوى المتعلقة بإثبات الزواج والنسب.

- الدعاوى المتعلقة بالكفالة.

- الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم.

- الدعاوى المتعلقة بالسهر على حماية مصالح القصر.

فهذه أهم أنواع الدعاوى التي يختص بها قسم شؤون الأسرة بالمحكمة. ولكن هذا التعداد غير وارد على سبيل الحصر، فقد استعمل المشرع عبارة "على وجه الخصوص" والتي تفيد أن ما ذكره جاء على سبيل المثال، باعتبارها أهم الدعاوى التي يعرفها القضاء<sup>1</sup>.

وعليه، تعتبر دعاوى بطلان أو فساد عقد الزواج من اختصاص قسم شؤون الأسرة الذي يفصل فيها دون سواه من الأقسام الأخرى، وإذا حصل وأن تم جدولة هذه الدعاوى لقسم آخر نتيجة سهو أو خطأ، فإنه يحال الملف إلى قسم شؤون الأسرة عن طريق أمانة الضبط بعد إخبار السيد رئيس المحكمة مسبقاً، وهذا طبقاً للمادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

والاختصاص النوعي من النظام العام، تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها حتى ولو لم يثره الخصوم، ولها أن تقضي به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى<sup>2</sup>. وتطبيقاً لذلك، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1993/09/27 بأنه: "من المقرر قانوناً أن عدم اختصاص المحكمة بسبب

<sup>1</sup> - الطيب زروقي، المرجع السابق، ج 1، ص 23.

<sup>2</sup> - المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

نوع الدعوى يعتبر من النظام العام وتقضي به المحكمة ولو من تلقاء نفسها، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى"<sup>1</sup>.

## ثانيا- الاختصاص الاستعجالي لقاضي شؤون الأسرة

علاوة عن الدعاوى التي أسند الاختصاص بالفصل فيها لقاضي شؤون الأسرة، فلقد حولت المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لهذا الأخير الصلاحيات المخولة لقاضي الأمور المستعجلة، فله أن يأمر في إطار التحقيق تعيين مساعدة اجتماعية أو تعيين طبيب كخبير أو اللجوء إلى أي مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة، على أن يقوم بعد انتهاء التحقيق بتحرير تقرير يتضمن المعاينات التي قام بها والحلول المقترحة، ويطلع القاضي الأطراف على مضمون التقرير ويحدد لهم أجلا لتقديم طلب إجراء تحقيق مضاد<sup>2</sup>.

## الفرع الثالث

### الاختصاص الإقليمي

يقتضي تسيير التقاضي بين الخصوم تعدد محاكم الطبقة الواحدة لتصبح بقدر الإمكان قريبة من موطنهم أو من محل النزاع، فالاختصاص الإقليمي هو: "توزيع العمل بين المحاكم على أساس جغرافي"<sup>3</sup>. وبعبارة أخرى: "نصيب المحكمة الواحدة من محاكم طبقة معينة من ولاية القضاء"<sup>4</sup>. فتختص كل محكمة بقضايا منطقة معينة تسمى: "دائرة اختصاص المحكمة".

والاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة هو اختصاص مشتق من الولاية العامة للمحكمة استنادا للمعيار الجغرافي، والتي يتشكل هذا القسم فرعا من فروعها. وهذا ما أكدته المادة 426 من

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ ت ب، 1993/09/27، ملف رقم 109743، م ق، 1994، عدد1، ص153.

<sup>2</sup> - أنظر، مانع سلمى، زاوي عباس، اختصاصات قاضي شؤون الأسرة طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2018، عدد16، ص57-58.

<sup>3</sup> - عثمان التكروري، المرجع السابق، ص37.

<sup>4</sup> - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص394.

قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي ورد فيها إسناد الاختصاص للمحكمة بشكل صريح، حيث تنص على أنه: "تكون المحكمة المختصة إقليمياً:

- 1- في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه.
- 2- في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه.
- 3- في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما.
- 4- في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة.
- 5- في موضوع النفقة الغذائية بموطن الدائن بها.
- 6- في موضوع متاع بيت الزوجية بمكان وجود المسكن الزوجي.
- 7- في موضوع الترخيص بالزواج بمكان طالب الترخيص.
- 8- في موضوع المنازعة حول الصداق بمكان موطن المدعى عليه.
- 9- في موضوع الولاية بمكان ممارسة الولاية".

إلى جانب هذه المادة والتي تختص المحكمة إقليمياً بشأنها حسب طبيعة النزاع، نص المشرع في المادة 40 في بندها الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن الدعاوى التي ترفع بشأن التركات تكون من اختصاص المحكمة التي تقع في دائرتها موطن المتوفى حتى وإن وجدت له بعض الأملاك خارج نطاق اختصاص المحكمة المذكورة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> - المادة 498 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وباستقراء المادة 426 والمادة 40 في بندها الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وربطها بمسائل بطلان عقد الزواج أو فساده، يتبادر في ذهننا التساؤل التالي: ماهي المحكمة المختصة إقليمياً للنظر في مسائل بطلان عقد الزواج أو فساده؟

بالنسبة لدعاوى طلب تقرير بطلان عقد الزواج أو الحكم بفسخه، فالمحكمة المختصة إقليمياً للنظر في ذلك هي: إما المحكمة التي تقع في دائرتها وجود مسكن الزوجية، لأن المقصود بدعاوى الطلاق المادة 40 فقرة 2 والمادة 426 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يشمل الطلاق بإرادة الزوج، والطلاق بالتراضي، والتطليق، والخلع، والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية. أو المحكمة التي تقع في دائرتها موطن المدعى عليه، وفقاً لنص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أي أن القاعدة العامة في الاختصاص المحلي هي التي تطبق.

وبالنسبة لموضوع الحضانة وحق الزيارة بعد الحكم ببطلان عقد الزواج أو فساده، فإذا ثار نزاع مثلاً حول استعادة الحضانة بعد سقوطها أو تعلق الأمر بحق الزيارة بعد إسناد الحضانة، فالمحكمة المختصة إقليمياً بالفصل في مثل هذا النزاع هي المحكمة التي تمارس الحضانة ضمن اختصاصها الإقليمي، طبقاً لنص المادة 426 في بندها الرابع من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وفي موضوع متاع الزوجية بعد الحكم ببطلان عقد الزواج أو فساده، وهو كل ما يوجد داخل البيت الزوجي من أفرشة وأغطية وملابس وأدوات المطبخ وأدوات التجميل والكتب ونحوها من الأشياء التي يكون الزوج قد جهز بها بيت الزوجية أو تكون الزوجة قد جلبتها يوم زفافها<sup>1</sup>، فكل الدعاوى التي تثار حول أحقية هذه الأشياء، تكون المحكمة المختصة إقليمياً هي محكمة وجود المسكن الزوجي، طبقاً لمقتضيات المادة 426 في بندها السادس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>1</sup> - أنظر، محمد الكشيور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج2، ط2، مطبعة النجاح الجديدة، دار البيضاء، 2009، ص489.

وفي مسائل الصداق بعد الحكم ببطلان عقد الزواج أو فساده، كالدعاوى التي ترمي إلى استرداده أو تحصيل مؤكده أو تأكيده، فالمحكمة المختصة إقليميا هي المحكمة التي توجد في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، عملا بالمادة 426 في بندها الثامن من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وفي موضوع الولاية بعد الحكم ببطلان عقد الزواج أو فساده، يؤول الاختصاص بشأنها إلى المحكمة التي تكون في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الولاية، طبقا للمادة 426 في بندها التاسع من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وحاصل نصوص المواد المتقدمة، يتبين أن المشرع يهدف من تعدد المحاكم إلى تسيير التقاضي بحيث تكون المحكمة بقدر الإمكان قريبة من موطن الخصوم أو مكان النزاع وأنه يراعي في الغالب مصلحة المتقاضين، لذلك يستفاد أن الاختصاص المحلي ليس من النظام العام، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك<sup>1</sup>.

وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1988/03/27، أين جاء تحيثه كما يلي: "لكن وحيث أن الاختصاص المحلي عموما لا يتعلق بالنظام العام..."<sup>2</sup>.

وبناء على ما تقدم، لا يجوز للمحكمة أن تثير هذه المسألة من تلقاء نفسها حتى ولو كان واضحا أمامها مخالفة قاعدة الاختصاص، فعلى صاحب المصلحة إثارة الدفع وهو المدعى عليه، والإدلاء بذلك يكون قبل إبداء أي دفع موضوعي أو دفع بعدم القبول، وإلا تم رفضه، لأن الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي من الدفع الشككية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 428 وما يليها.

<sup>2</sup> - المجلس الأعلى، غ ت ب، 1988/03/27، ملف رقم 45651، م ق، 1992، عدد 2، ص 83.

<sup>3</sup> - أنظر، حمليل صالح، صديقي الأخضر، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، كلية الحقوق، جامعة أدرار، 2014، عدد 28، ص 27.



وفي هذا الشأن، قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1990/03/19 بأنه: "من المبادئ المقررة قانوناً أن القاضي لا يمكن له أن يثير تلقائياً إلا أوجه للبطلان أو عدم صحة الإجراءات المخالفة للنظام العام، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون"<sup>1</sup>.  
هذه أهم الإجراءات السابقة للنظر في دعوى بطلان أو فساد عقد الزواج، من حيث شروط قبولها ومن حيث أحكام الاختصاص. أما الإجراءات اللاحقة لدعوى بطلان أو فساد عقد الزواج، فسنتناولها في المبحث الثاني.

## المبحث الثاني

### الإجراءات اللاحقة لدعوى بطلان عقد الزواج أو فساده

دعوى بطلان أو فساد عقد الزواج مثلها مثل غيرها من الدعاوى الأخرى سواء تلك المتعلقة بشؤون الأسرة أو الدعاوى المدنية، تمر عبر سلسلة متكاملة من الإجراءات القضائية، ابتداءً من تحرير عريضة رفع الدعوى وفقاً لبيانات الشكل والمضمون المنصوص عليه قانوناً حتى صدور الأحكام والظعن فيها.

وعليه، سنحاول التحدث عن إجراءات دعوى بطلان عقد الزواج أو فساده (المطلب الأول)، ثم الأحكام الصادرة عنها وطرق الظعن فيها (المطلب الثاني).

<sup>1</sup> - المجلس الأعلى، غ، 1990/03/19، ملف رقم 56963، م ق، 1993، عدد 3، ص 107.

## المطلب الأول

### إجراءات دعوى بطلان عقد الزواج أو فساده

قبل الحديث عن إجراءات ممارسة دعوى بطلان أو فساد عقد الزواج، لا بد من طرح الإشكال التالي: من هو الشخص الذي يحق له رفع دعوى إبطال عقد الزواج أو يحق له الادعاء بفسخه أو الدفع به؟

للإجابة عن ذلك نقول أنه إذا وقع زواج باطل أو فاسد، ثم بعد فترة من الزمن أكتشف أمره، فهنا إما أن يكون الزوجان راضيان به ولم يعلم غيرهما سبب بطلانه أو فساده. وإما أن يكون أحدهما غير راضٍ بالحياة مع الطرف الآخر في ظل هذا العقد غير الصحيح. أو يكون الغير مما له مصلحة يرغب في بطلانه أو فساده، وفي هذه الحالة يجوز لأحد الزوجين ولكل واحد من له مصلحة في بطلان أو فسخ عقد الزواج أن يتقدم إلى المحكمة المختصة بواسطة دعوى قضائية يعرب فيها عن رغبته في الحكم بفسخ ذلك الزواج أو تقرير بطلانه.

كما يمكن لممثل النيابة العامة أن يقوم بنفس الإجراء باعتبار ذلك من النظام العام ومن واجب النيابة العامة الحرص عليه<sup>1</sup>، وفقا لنص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".

أما بالنسبة لدعوى بطلان عقد الزواج وفساده، فترفع بورقة تسمى عريضة افتتاح الدعوى وفقا لبيانات الشكل والمضمون المنصوص عليها قانونا. وهذه الورقة يتم إيداعها بأمانة الضبط للمحكمة وإيصالها إلى الخصم بمحضر التبليغ. ولهذا فإننا سنحاول دراسة هذا الموضوع في عنصرين أساسيين هما: فالعنصر الأول سيخصص لعريضة رفع الدعوى وإجراءات تبليغها (الفرع الأول). أما العنصر الثاني: فسيتم تناول فيه لإجراءات التكليف بالحضور (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> - عبد العزيز سعد، الزواج...، المرجع السابق، ص 189.

## الفرع الأول

### عريضة رفع الدعوى وإجراءات تبليغها

عريضة دعوى بطلان عقد الزواج أو فساده لا تختلف مبدئياً في شكلها ولا في مضمونها ولا من حيث كيفية إيداعها إلى أمانة ضبط المحكمة، عن غيرها من العرائض سواء تلك المتعلقة بدعاوى شؤون الأسرة أو الدعاوى المدنية والتجارية، ولا تختلف أيضاً من حيث تبليغها إلى المدعى عليه وإلى النيابة العامة. ولهذا سنحاول دراسة عريضة افتتاح الدعوى بصفة عامة من حيث الشكل والمضمون وكيفية إيداعها، ثم إجراءات تبليغها رسمياً، كما بينها قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

#### أولاً - شكل ومضمون عريضة افتتاح الدعوى وكيفية إيداعها

بالنسبة لشكل عريضة رفع الدعوى أو عريضة افتتاح الدعوى، ورد النص عليها في المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث أنها ترفع أمام القضاء بعريضة مكتوبة وموقعة ومؤرخة. وهذه العريضة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف.

وتجدر الملاحظة أن المشرع لم يرتب أي جزاء على عدم احترام الشكل الواجب إتباعه عند تحرير عريضة افتتاح الدعوى، إذ أن المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على شكل العريضة دون تحديد الجزاء الذي يترتب على إغفال أحد العناصر، والبطلان لا يكون إلا بنص، فالرأي هو جواز تصحيح الإجراءات أثناء سير الخصومة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 51.

وعلى هذا يجري قضاء المحكمة العليا، حيث ذهبت في إحدى قراراتها إلى أن عدم توقيع عريضة الاستئناف من قبل الزوج، ليس سببا في عدم قبولها، لأن هذا الإجراء ليس من النظام العام، إذ يجوز للقاضي أن يمنح أجلا لتصحيحه<sup>1</sup>.

أما بالنسبة لمضمون عريضة افتتاح الدعوى، فلقد نصت المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على مجموعة من البيانات تحت طائلة عدم قبولها شكلا وهي:

- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.
- اسم ولقب المدعي وموطنه.
- اسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم، فأحر موطن له.
- الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي، ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.

- عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.

- الإشارة عند الاقتضاء، إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى.

هذه البيانات رتب المشرع على الإخلال بها عدم قبول الدعوى شكلا<sup>2</sup>، لأن الغاية من تلك البيانات حماية النظام العام فيما يتعلق بالاختصاص وضمان السير الحسن لمرفق القضاء ودفع الجهالة لأطراف الخصومة<sup>3</sup>. ومصير عدم قبول الدعوى شكلا يحول دون الفصل في الموضوع، ويبقى من حق المدعي إقامة دعوى جديدة بعريضة تتضمن كل هذه البيانات التي نص عليها القانون<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 1990/04/30، ملف رقم 59728، م ق، 1992، عدد4، ص61.

<sup>2</sup> - أنظر، عمارة بلغيث، الوسيط في الإجراءات المدنية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص79.

<sup>3</sup> - بريارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص50.

<sup>4</sup> - عبد العزيز سعد، إجراءات...، المرجع السابق، ص17-18.

وعلى هذا يجري القضاء الجزائري، حيث قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1971/02/10 بأنه: "يجب لقبول العريضة شكلا أن تكون محتوية على الوقائع لجزء عدم القبول"<sup>1</sup>.

كما قضى المجلس الأعلى بأن الإخلال بالبيانات التي تتضمنها عريضة افتتاح الدعوى يعتبر خرقا للإجراءات الجوهرية في القانون الأمر الذي يترتب عليه البطلان، وذلك في قراره الصادر بتاريخ 1985/04/03 أين جاء فيه: "من المقرر قانونا أن عريضة افتتاح الدعوى يجب أن تتضمن أسماء وصفة الأطراف ومهنتهم وإلا تعرضت للبطلان، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للإجراءات الجوهرية في القانون ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع أهملوا مراعاة هذه الإجراءات كما أهملوا دفع الطاعن ببطلان الإجراءات لجهل أسماء الورثة، واقتصروا على القول بأنه لا داعي لذكر جميع الأسماء ما دامت هناك محامية تمثل جميع الورثة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا أحكام المادة 13 من ق.إ.م. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>2</sup>.

أما بالنسبة لإغفال البيانات المتعلقة بالإشارة إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى، فلا يكون سببا لعدم قبولها شكلا، لأن المشرع قيد الإشارة بالاقتضاء<sup>3</sup>.

وبعد أن ينتهي المدعي من تحرير عريضة افتتاح الدعوى وفقا للشكل والمضمون المنصوص عليهما في المادتين 14 و 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يقوم بإيداعها لدى أمانة الضبط بالمحكمة المختصة مرفقة بوصول تسديد الرسوم القضائية المتعلقة بتسجيل الدعاوى، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، حسب المادة 17 من نفس القانون.

والحكمة من هذا الإجراء، تكمن في حفظ حق المدعي في إيداع العريضة لدى كتابة ضبط المحكمة، لأن إرسالها عن طريق البريد أو عن طريق المحضر القضائي، قد يترتب عليه بعض التأخير

<sup>1</sup> - المجلس الأعلى، غ ق خ، 1971/02/10، ملف غير موجود، ن ق، 1972، عدد2، ص77.

<sup>2</sup> - المجلس الأعلى، غ م، 1985/04/03، ملف رقم34899، م ق، 1990، عدد1، ص38.

<sup>3</sup> - بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص51.

سواء فيما يتعلق بإيداعها لدى كتابة ضبط المحكمة، أو إعادة هذه الأخيرة نسخها إلى المدعي قصد تبليغها إلى المدعى عليه، وهذا كله يكون سببا في تقادم حق المدعي دون خطأ منه، كما قد يتسبب في شطب دعواه لغيابه يوم انعقاد جلسة المحكمة لعدم علمه<sup>1</sup>.

ولم يشأ المشرع أن يرتب أي جزاء على الإجراء المتعلق بدفع الرسوم. ولقد قصد من التعبير الوارد في المادة 17 السابقة والقاضي: "لا تقيد العريضة إلا بعد دفع الرسوم المحددة قانونا، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، حتى لا يؤدي اختيار أي تعبير آخر إلى لبس، فيقال أن المشرع قد قصد أن العريضة باطلة أو الدعوى غير مقبولة، إذا أقام المدعي بأداء رسم أقل أو أكثر من الرسم المقرر قانونا.

وبعد إيداع عريضة افتتاح الدعوى بأمانة الضبط وأداء كامل الرسم المقرر قانونا، يقوم أمين الضبط بتقييد الدعوى حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة، ثم يسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ العريضة، ويسلمها للمدعي بغرض تكليف الخصوم رسميا بالحضور للجلسة المعنية لنظر الدعوى، وذلك وفقا ما جاء في نص المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فضلا عن السجل الورقي تم تخصيص سجل آخر يواكب الحياة القانونية يسمى السجل الإلكتروني لتقيد الدعاوى الموجودة على جهاز الإعلام الآلي، يحتوي على جميع البيانات لكل ملف قضائي من بدايته إلى غاية الفصل فيه وتنفيذه، ضمن تطبيق آلي جد متطور مرتبط بمختلف مصالح الجهات القضائية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - حسين بلحيرش، المرجع السابق، ص142.

<sup>2</sup> - يعقوبي عبد الرزاق، المرجع السابق، ج1، ص39-40.

## ثانيا- إجراءات التبليغ الرسمي لعريضة الدعوى إلى المدعى عليه وإلى النيابة العامة

ياقحام النيابة العامة كطرف أصلي بمقتضى المادة 3 مكرر من قانون الأسرة، أوجب القانون على المدعى في دعاوى شؤون الأسرة ومنها دعوى بطلان أو فساد عقد الزواج، تبليغ رسميا المدعى عليه (أ) والنيابة العامة (ب).

### أ- إجراءات التبليغ الرسمي لعريضة الدعوى إلى المدعى عليه

من المبادئ الجوهرية في القانون، أن تجري الإجراءات في مواجهة الخصم على قدم المساواة، من حيث توصل الشخص واطلاعه أو معرفته لكل ما يجري بينه وبين خصمه، ولا يتأتى ذلك إلا بتبليغه رسميا، لأن المشرع قصد من وراء ذلك إتاحة الفرصة لكل متقاض في أن يتمكن من الدفاع عن حقوقه على قدم المساواة مع خصمه. فإذا تخلف إجراء التبليغ الرسمي، لحق ضرر بالخصم، وهذا يعني لم يتحقق قصد المشرع، هذا من جهة<sup>1</sup>.

ومن جهة أخرى، فإن الأثر المترتب من التبليغ الرسمي إلى المدعى عليه هو انعقاد الخصومة، ذلك أن عدم القيام بهذا الإجراء يترتب عنه حرمان المدعى عليه من إعداد دفاعه، وبالتالي عدم نشوء الخصومة أصلا بين الطرفين<sup>2</sup>.

وإجراءات تبليغ عريضة افتتاح الدعوى إلى المدعى عليه في دعاوى بطلان عقد الزواج أو فساده، لا تختلف عن مثيلاتها من الدعاوى الأخرى، حيث تخضع أساسا للأحكام الواردة في المادة 406 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويقصد بالتبليغ الرسمي في مفهوم ما جاء في المادة 406 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ذلك التبليغ لنسخة من سند أو عقد قضائي أو غير قضائي، الذي يحرره المحضر القضائي بناء على طلب الشخص المعني أو ممثله القانوني أو الاتفاقي، بموجب محضر في عدد من النسخ مساو

<sup>1</sup> - المجلس الأعلى، غ م، 1989/03/15، ملف رقم 666402، م ق، 1993، عدد 4، ص 19.

<sup>2</sup> - عبد العزيز سعد، إجراءات...، المرجع السابق، ص 19-20.

لعدد الأشخاص المراد تبليغهم، على عكس التبليغ العادي الذي يتم بدون محضر تسليم كالأشعار أو التسليم من طرف أمانة الضبط<sup>1</sup>.

ولا يثبت التبليغ إلا بناء على محضر يتضمن في أصله ونسخه البيانات الواردة في المادة 407 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي:

- اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وتوقيعه وختمه.
- تاريخ التبليغ بالحروف وساعته.
- اسم ولقب طالب التبليغ وموطنه.
- إذا كان طالب التبليغ شخصا معنويا، تذكر تسميته وطبيعته ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.

- اسم ولقب وموطن الشخص الذي تلقى التبليغ، وإذا تعلق الأمر بشخص معنوي يشار إلى طبيعته وتسميته ومقره الاجتماعي واسم ولقب وصفة الشخص الذي تلقى التبليغ الرسمي.
- توقيع الشخص الذي تلقى التبليغ وبيان طبيعة الوثيقة التي تثبت هويته ورقمها وتاريخ إصدارها، وإذا تعذر على المبلغ له التوقيع على المحضر، يجب عليه وضع بصمته.
- الإشارة إلى تسليم الوثيقة موضوع التبليغ الرسمي إلى المبلغ له.

ومحضر إثبات التبليغ حتى يكون صحيحا يجب أن يتضمن كل هذه البيانات، إذ أن تخلف بيان أو أكثر من البيانات المشار إليها أعلاه، يكون هذا المحضر مآله البطلان، طبقا للمادة 407 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>1</sup> - برابرة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 314.



والبطلان الذي تضمنته المادة 407 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جوازي لمن تقرر لمصلحته، فله السلطة التقديرية في إثارته أو التنازل عنه، وللمحكمة أيضا السلطة التقديرية في إثارته أو متابعة الإجراءات. على أن إبداء التمسك بالبطلان يكون قبل أي دفع في الموضوع، وإلا اعتبر غير مقبول<sup>1</sup>.

أما عن مراحل إجراءات التبليغ الرسمي لعريضة الدعوى وغيرها من السندات القضائية وغير القضائية، فالأصل أن التبليغ يكون إلى الشخص المعني بذاته<sup>2</sup>، وهذا ما أكدته المادة 604 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومن زاوية القضاء، اعتبرت المحكمة العليا أن التبليغ عن طريق الرسالة المضمونة لا يعتبر تبليغ شخصي بمفهوم المادة 406 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 2016/06/23 أين جاء فيه: "لا يعد التبليغ عن طريق رسالة مضمونة تبليغا شخصيا"<sup>3</sup>.

فإذا عين أحد الخصوم وكيلًا، فإن التبليغ الرسمي للعريضة إلى هذا الوكيل يعد تبليغا صحيحا، وذلك وفق ما نصت المادة 409 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وإذا استحال التبليغ الرسمي شخصيا، فإن التبليغ يعد صحيحا إذا تم في موطنه الأصلي إلى أحد أفراد عائلته المقيمين معه أو في موطنه المختار، عملا بالمادة 410 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وعلى المحضر القضائي في محضر التبليغ، أن يبين الاستحالة التي جعلته لا يقوم بالتبليغ الرسمي شخصيا. وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2016/03/09 بأنه: "يتعين

<sup>1</sup> - عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص 87-88.

<sup>2</sup> - بريارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 316.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ م، 2016/06/23، ملف رقم 1056893، م م ع، 2016، عدد 1، ص 34.

على المحضر القضائي أن يبين في محضر التبليغ الاستحالة التي جعلته لا يقوم بالتبليغ شخصيا للمطلوب تبليغه، ومن ثم القيام بالتبليغ في الموطن الأصلي له إلى أحد أفراد عائلته المقيمين معه<sup>1</sup>.

وإذا كان المراد تبليغه موقوف بالمؤسسة العقابية، فيعد التبليغ صحيحا إذا قام المحضر القضائي بتبليغه في مكان حبسه بعد الحصول على إذن من النيابة<sup>2</sup>. وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2013/02/14 بأنه: "يكون التبليغ صحيحا، إذا تم بمكان حبس الشخص، المطلوب تبليغه"<sup>3</sup>.

وفي حالة رفض الشخص المراد تبليغه رسميا استلام محضر التبليغ الرسمي أو رفض التوقيع أو رفض وضع بصمته، جاءت المادة 411 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتقرر معاقبته عن الرفض، بمطالبة المحضر القضائي أن يدون ذلك في نفس المحضر الذي يحرره بهذا الشأن، ثم بعد ذلك يقوم بمرحلة أخرى للتنفيذ وهي وضع العريضة موضوع التبليغ ضمن ظرف أو غلاف ويرسله إلى عنوان المعني في موطنه، وذلك بموجب رسالة مضمونة الوصول مع إشعار بالاستلام<sup>4</sup>.

ويحسب الأجل من تاريخ ختم البريد، وليس من تاريخ رفض الشخص المطلوب تبليغه محضر التبليغ من المحضر القضائي، عملا بأحكام المادة 411 في فقرتها الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وعلى هذا يجري قضاء المحكمة العليا، حيث قضت في قرارها الصادر بتاريخ 2016/06/23 بأنه: "العبرة في احتساب الآجال بتاريخ ختم البريد، حتى ولو رفض المبلغ له استلام الرسالة المضمونة مع الإشعار بالاستلام"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ ش أم، 2016/03/09، ملف رقم 1091486، م م ع، 2016، عدد1، ص118.

<sup>2</sup> - يعقوبي عبد الرزاق، المرجع السابق، ج1، ص391.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ ش أم، 2016/02/14، ملف رقم 0847958، م م ع، 2013، عدد2، ص288.

<sup>4</sup> - بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص319.

<sup>5</sup> - المحكمة العليا، غ م، 2016/06/23، ملف رقم 1058061، م م ع، 2016، عدد1، ص38.

وفي حالة عدم العثور على موطن الشخص في الجزائر، يحرر المحضر القضائي محضرا يحتوي على الإجراءات التي قام بها للبحث عن الشخص المعنى، وحينئذ يتم التبليغ الرسمي بتعليق نسخة منه في لوحة الإعلانات القضائية بمقر المحكمة، ومقر البلدية التي كان له بها آخر موطن<sup>1</sup>.

وإذا لم يتم المحضر القضائي بالتبليغ وفقا لما نصت عليه المادة 412 في فقرتها الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فقام مثلا بالتبليغ عن طريق رسالة مضمونه مع العلم بالوصول، دون التبليغ عن طريق التعليق، يعد محضر التبليغ في هذه الحالة باطلا ولا يعتد به، وذلك إخلالا لمبدأ الوجاهية. وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2015/03/19 بأنه: "يتم التبليغ الرسمي للشخص، غير المعروف موطنه، عن طريق التعليق وليس عن طريق رسالة مضمونة"<sup>2</sup>.

وإذا كان الشخص المطلوب تبليغه له موطن في الخارج، فإنه طبقا للمادة 414 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتم تبليغه الرسمي وفقا للإجراءات المنصوص عليها في الاتفاقيات القضائية. وفي هذا السياق، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2016/09/22 بأنه: "يتم تبليغ الشخص الذي له موطن بالخارج، في حالة عدم اختيار محام يمثله في الجزائر، بإرسال تبليغ مرفق بعريضة الطعن بالنقض، عن طريق النيابة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن الشخص المطلوب تبليغه"<sup>3</sup>.

وفي حالة عدم وجود اتفاقية قضائية، يتم إرسال التبليغ بالطرق الدبلوماسية، عملا بالمادة 415 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أي إرسال الطلب من طرف وزارة العدل إلى وزارة الخارجية التي تقوم بدورها بإرسال الطلب إلى نظيرتها في الدولة التي يقيم فيها الشخص المراد تبليغه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 412 فقرة أولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ م، 2015/03/19، ملف رقم 0974534، م م ع، 2015، عدد1، ص179.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ م، 2016/09/22، ملف رقم 1082039، م م ع، 2016، عدد2، ص46.

<sup>4</sup> - يعقوبي عبد الرزاق، المرجع السابق، ج1، ص399.

وفي كل هذه المراحل، يجب أن يتم التبليغ الرسمي للشخص المطلوب تبليغه في الفترة ما بين الساعة الثامنة صباحا والثامنة مساء، وفي أيام العمل الرسمية، إلا إذا دعت الضرورة، وفي هذه الحالة يتم التبليغ خارج الأوقات بإذن من القاضي<sup>1</sup>.

وعليه، يجب على المدعي في دعوى بطلان عقد الزواج أو فساده، أن يبلغ رسميا الخصم بنسخة من العريضة الافتتاحية، وتتم التبليغات الرسمية وفقا لأحكام المواد من 406 إلى 416 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإلا كان محضر التبليغ لا يعتد به ويعتبر باطلا، لما فيه من إخلال لمبدأ الوجاهية المنصوص عليه بالمادة 03 من ذات القانون. وفي هذا الشأن، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2005/12/21 بأنه: "يعد باطلا ولا يعتد به، محضر التبليغ الخالي من الإجراءات المنصوص عليها في المادتين 23 و24 من قانون الإجراءات المدنية"<sup>2</sup>.

### ب- إجراءات التبليغ الرسمي لعريضة الدعوى إلى النيابة العامة

بعد أن نصت المادة 3 من قانون الأسرة باعتبار النيابة العامة طرفا أصليا في جميع الدعاوى المتعلقة بشؤون الأسرة<sup>3</sup>، جاءت المادة 438 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ونصت على أنه: "يجب على المدعي في دعوى الطلاق، أن يبلغ رسميا المدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة المشار إليها في المادة 436 أعلاه، ويجوز له أيضا تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط".

وفي الواقع العملي، المدعي غير ملزم بتبليغ نسخة من العريضة الافتتاحية إلى وكيل الجمهورية ممثل النيابة العامة على مستوى المحكمة، بل أمين ضبط قسم شؤون الأسرة هو من يتولى تبليغها إلى ممثل النيابة العامة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص86؛ المادة 416 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ م، 2005/12/21، ملف رقم 314058، م م ع، 2006، عدد2، ص191.

<sup>3</sup> - وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006/10/11 بأنه: "يجب إطلاع النيابة العامة، باعتبارها طرفا أصليا، على قضايا الأحوال الشخصية". المحكمة العليا، غ م، 2006/10/11، ملف رقم 401317، م م ع، 2007، عدد2، ص489.

<sup>4</sup> - حسين بلحيرش، المرجع السابق، ص143.

وعليه، فطالب بطلان عقد الزواج أو فساده غير ملزم بتبليغ نسخة من العريضة الافتتاحية إلى وكيل الجمهورية ممثل النيابة العامة على مستوى المحكمة، وإنما أمين ضبط قسم شؤون الأسرة هو من يتولى القيام بهذا الإجراء، طبقاً للمادة 438 فقرة أخيرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إذا قام المدعي في دعوى بطلان عقد الزواج أو فساده، بإجراءات التبليغ الرسمي للعريضة الافتتاحية وفقاً لأحكام القانون، فإنه يتطلب من المحضر القضائي القيام بتحرير وثيقة التكليف بالحضور، وتسليمها إلى الخصم بموجب محضر. وهذا ما سنتناوله في الفرع الثاني.

## الفرع الثاني

### إجراءات التكليف بالحضور إلى الجلسة

إجراءات التكليف بالحضور إلى الجلسة في دعوى بطلان عقد الزواج أو فساده لا تختلف عن الدعاوى الأخرى، وهي إجراءات تتطلب من المحضر القضائي تحرير وثيقة التكليف بالحضور إلى الجلسة وفقاً للبيانات المحددة قانوناً، ثم تسليمها إلى المدعى عليه رسمياً بواسطة المحضر القضائي الذي يتعين عليه أن يحرر كذلك محضر التسليم الذي يشمل هو الآخر على بيانات محددة قانوناً. وعليه، نخصص هذا الفرع للحديث عن وثيقة التكليف بالحضور (أولاً)، ثم محضر تسليمها (ثانياً).

#### أولاً - وثيقة التكليف بالحضور

بعد أيداع عريضة افتتاح الدعوى بأمانة الضبط وبعد أداء الرسم المقرر، يقوم طالب بطلان عقد الزواج أو فساده بإجراء آخر مكمل، يتمثل في وجوب تكليف الخصم للمثول أمام المحكمة بواسطة التكليف بالحضور، مرفوق بنسخ من العريضة الافتتاحية بحسب عدد الخصوم.

ويتم تحرير التكليف بالحضور بواسطة المحضر القضائي، في شكل محضر متضمناً بيانات حددتها المادة 18 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي:

- اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته.

- اسم ولقب المدعي وموطنه.

- اسم ولقب الشخص المكلف بالحضور وموطنه.

- تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي، وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.

- تاريخ أول جلسة وساعة انعقادها.

فإذا خلى محضر التكليف بالحضور، بالبيانات المذكورة أعلاه، يكون المحضر مبهما فارغا من أبسط المعلومات، وبالتالي يهدد حق الدفاع للأشخاص ويهضم الحقوق التي اعتبرها المشرع مقدسة<sup>1</sup>.

وعليه، يحق للخصم أن يدفع ببطلان وثيقة التكليف بالحضور، وإذا تأكد القاضي من صحة هذا الدفع المثار، فإنه يحكم بعدم قبول الدعوى لعدم صحة الإجراءات المتعلقة بالتكليف بالحضور إلى الجلسة، وذلك قبل الشروع في مناقشة الموضوع<sup>2</sup>.

ولقد حدد القانون ميعاد 20 يوما لتكليف الخصم بالحضور، وهو الحد الأدنى للأجل الذي يجب أن يمضي بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور وبين التاريخ المحدد لأول جلسة، حتى يتمكن من العلم بالطلبات المقدمة ضده، وإعداد أوجه دفاعه في الوقت المناسب<sup>3</sup>.

وفي حالة عدم احترام المدة المقررة للتبليغ، لم تتحقق الغاية من هذا الإجراء، ومن ثم يحق للخصم أن يدفع ببطلانه، ويطلب عدم قبول الدعوى شكلا بسبب مخالفة القانون، كما يحق له إجازة الإجراء<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - المجلس الأعلى، غ أ ش، 1986/09/22، ملف رقم 43850، ن ق، 1988، عدد 44، ص 182.

<sup>2</sup> - عبد العزيز سعد، إجراءات...، المرجع السابق، ص 46.

<sup>3</sup> - المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>4</sup> - عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص 87.

## ثانياً- محضر تسليم التكليف بالحضور

ميز قانون الإجراءات المدنية والإدارية بين التكليف بالحضور كإجراء مستقل وفقاً للمادة 18 من نفس القانون، وبين محضر تسليم التكليف بالحضور كعمل إجرائي لاحق وفقاً للمادة 19 من نفس القانون، وخول القانون للمحضر القضائي عملية تحرير كل منهما على حدى<sup>1</sup>.

ومن خلال قراءة المادة 19 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنها نصت على البيانات التي يتضمنها محضر تسليم التكليف بالحضور، وذلك بمراعاة أحكام المواد من 406 إلى 416 من هذا القانون وهي:

- اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته.
- اسم ولقب المدعي وموطنه.
- اسم ولقب الشخص المبلغ وموطنه، وإذا تعلق الأمر بشخص معنوي يشار إلى تسميته وطبيعته ومقره الاجتماعي، واسم ولقب وصفة الشخص المبلغ له.
- توقيع المبلغ له على المحضر، والإشارة إلى طبيعة الوثيقة المثبتة لهويته، مع بيان رقمها، وتاريخ صدورها.
- تسليم التكليف بالحضور إلى المبلغ له، مرفقاً بنسخة من العريضة الافتتاحية، مؤشر عليها من أمين الضبط.
- الإشارة في المحضر إلى رفض استلام التكليف بالحضور، أو استحالة تسليمه، أو رفض التوقيع عليه.
- وضع بصمة المبلغ له في حالة استحالة التوقيع على المحضر.

<sup>1</sup> - بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 61.

- تنبيه المدعى عليه بأنه في حالة عدم امتثاله للتكليف بالحضور، سيصدر حكم ضده، بناء على ما قدمه المدعي من عناصر.

ورغم أن المشرع لم يبين جزاء مخالفة المادة 19 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي حددت البيانات الواجب توفرها في محضر تسليم التكليف بالحضور، فإنه من حق المبلغ له أن يدفع رغم ذلك ببطلان هذا المحضر لمخالفته القانون، ويترتب على قبول الدفع ببطلان محضر التسليم بطلان التكليف بالحضور، ومن ثم الحكم بعدم قبول الدعوى شكلاً<sup>1</sup>.

وعليه، إذا لم يستلم المدعى عليه في دعوى بطلان عقد الزواج أو فساده التكليف بالحضور، يعتبر غير عالم بالدعوى، ويعتبر إجراء التكليف بالحضور منعدم بالنسبة له، وإذا انعدم هذا الإجراء انعدمت الخصومة أصلاً بين الطرفين. وهذا ما أشار إليه المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1987/12/07 حيث وردت في أسبابه ما يلي: "بالرجوع إلى الحكم المستأنف القاضي بالتطبيق وبنفقة إهمال لمدة غير ثابتة عليه وبتعويض غير شرعي كذلك يتبين منه أن المدعى عليه لم يستلم الاستدعاء ومن ثم يعتبر غير عالم بالدعوى تعتبر عملية الاستدعاء بالنسبة إليه منعدمة برمتها وإذا انعدم الاستدعاء انعدمت الخصومة وهذه قاعدة تتعلق بالنظام العام"<sup>2</sup>.

هذه أهم إجراءات ممارسة دعوى بطلان عقد الزواج أو فساده من حيث تحرير عريضة افتتاح الدعوى، ومن حيث إيداعها بأمانة ضبط المحكمة المختصة، ومن حيث تبليغها رسمياً إلى الخصم وتكليفه بالحضور إلى الجلسة.

وهذه الإجراءات الغاية منها الوصول إلى حكم يتفق مع مراكز الخصوم ويبين حقوق كل منهم فيضع حداً للنزاع القائم بينهم. وتأميناً لمصلحة الخصوم أجاز المشرع الطعن في الأحكام، وذلك طبقاً لمواعيد حددها القانون ووفقاً لإجراءات رسمها لذلك.

<sup>1</sup> - عبد العزيز سعد، إجراءات...، المرجع السابق، ص 49.

<sup>2</sup> - المجلس الأعلى، غ أ ش، 1987/12/07، ملف رقم 46757، م ق، 1991، عدد 2، ص 52.



## المطلب الثاني

### الأحكام الصادرة ببطلان عقد الزواج أو فسخه

#### وطرق الطعن فيها

الأحكام الصادرة في دعاوى بطلان أو فساد عقد الزواج تقدر عبر سلسلة متكاملة من الإجراءات القضائية، ابتداء بإقفال باب المرافعة حتى النطق بالحكم، وبعد صدور الحكم يسمح المشرع لأحد الزوجين المحكوم عليه الطعن في الحكم بوسائل حددها القانون على سبيل الحصر والتي يطلق على تسميتها بطرق الطعن في الأحكام.

ورغبة في الإحاطة بكل هذا الموضوع وإيضاحه، سوف نعالج في هذا المطلب الأحكام الصادرة ببطلان عقد الزواج أو فسخه (الفرع الأول)، ثم سنتناول طرق الطعن فيها (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول

### الأحكام الصادرة ببطلان عقد الزواج أو فسخه

فمضى ثبت للقاضي بأن دعوى بطلان عقد الزواج أو فساده مستوفية للإجراءات القانونية، وقدم كل طرف في الخصومة جميع طلباته ومستنداته، وتم الرد عليها من الطرف الثاني، واطمأن كل طرف أنه استنفذ حقه في الدفاع ولم يبق أي شيء يضيفه، تعلن المحكمة اختتام المحاكمة، ويصدر القاضي الحكم، ويترتب على صدور الحكم آثار هامة.

وبناء على ما سبق، سيتم التعرض إلى إجراءات إصدار الأحكام (أولاً)، ثم الآثار المترتبة عنها

(ثانياً).

## أولاً - إجراءات إصدار الأحكام

كل الأحكام الصادرة عن المحاكم محاطة بحصانة، تتمثل في كونها صحيحة من الناحية الشكلية ومؤسسة من الناحية الموضوعية، فهي عنوان للحقيقة، لا يمكن للمحكمة التي أصدرتها أن تعدلها ولا للمحكوم عليه أن يتملص منها. وطالما أن هذه القرينة خطيرة، فلقد تمت الإحاطة بالأحكام بعناية كبيرة من المشرع، فضبط إجراءات إصدارها كما يلي:

### أ- المداولة

يقصد بالمداولة: "المشاورة والمناقشة لتتجلى غوامض الأمور في القضية المطروحة"<sup>1</sup>. وبعبارة أوضح: "المشاورة بين أعضاء المحكمة في منطوق الحكم وأسبابه بعد انتهاء المرافعة وقبل النطق بالحكم"<sup>2</sup>.

فإذا كانت المحكمة مكونة من قاض واحد، فقد ينطق بالحكم في الحال بعد انتهاء الجلسة، أو يؤجل القضية إلى الجلسة المقبلة، ويحدد تاريخ النطق بالحكم<sup>3</sup>.

وإذا كانت المحكمة مكونة من عدة قضاة، فيمكن أن تتم المداولة في الجلسة نفسها، فيتشاور القضاة فيما بينهم سرا ثم يصدرون الحكم، ويمكن لهيئة المحكمة أن تنسحب إلى غرفة المشورة لتبادل الرأي فيما بينهم، ثم تستأنف الجلسة لإصدار الحكم، كما قد تؤجل القضية إلى وقت لاحق ويحدد تاريخ النطق بالحكم<sup>4</sup>.

ولا يجوز للمحكمة أثناء المداولة، أن تعيد القضية وتسمع أقوال أحد الخصوم أو تقبل مستنداتهم، فإذا استدعى الحال سماع أحد الخصوم، فتفتح المرافعة من جديد بناء على طلبه، ويسمع

<sup>1</sup> - أنظر، سيد حسن البغال، المطول في شرح الصيغ القانونية للدعاوى والأوراق القضائية، ج2، عالم الكتب، القاهرة، 1991، ص25.

<sup>2</sup> - عمر زودة، المرجع السابق، ص587.

<sup>3</sup> - المادة 271 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>4</sup> - عمر زودة، المرجع السابق، ص588.

ما للخصم من توضيحات، وفي مواجهة الخصم الآخر الذي يحق له الرد على ذلك إذا رغب، وذلك ضماناً لحق الدفاع<sup>1</sup>، وإلا وقعت الإجراءات بعد فتح باب المرافعة باطلة، لانعدام مبدأ الوجاهية<sup>2</sup>.

ويجب أن تقتصر المداولة على جميع القضاة الذين سبق لهم حضور جميع جلسات المرافعة، وإلا كان الحكم باطلاً، لأنهم الأكثر فهماً على خفايا النزاع<sup>3</sup>، وإذا وجد مانع لأحد القضاة الذين حضروا جلسات القضية بسبب وفاة أو رد أو عزل، وجب إعادة فتح باب المرافعة، لأن القاضي الجديد لا يمكن أن يكون طرفاً في المداولة، لعدم حضور جلسات المرافعة، فيقدم الخصوم طلباتهم من جديد أمام الهيئة الجديدة وتعاد الإجراءات من جديد، على أن تعاد فقط الإجراءات التي حصلت بعد صدور آخر حكم فرعي في الدعوى<sup>4</sup>.

وتتم المداولة في السرية، فلا يحضرها ممثل النيابة العامة ولا أمين الضبط ولا محامي الخصوم، وإنما تقتصر على القضاة الذين حضروا المداولة<sup>5</sup>، ولا يترتب على الإخلال بالسرية بطلان الحكم، لأنها لا تؤثر على الحكم نفسه<sup>6</sup>.

## ب- النطق بالحكم

يقصد النطق بالحكم، تلاوة منطوقه شفويًا<sup>7</sup>، ويكون من طرف الرئيس وبحضور القضاة الذين الذين اشتركوا في المداولة، كي يكونوا على ثقة من أن الحكم هو ما استقر عليه في المداولة، فإذا

<sup>1</sup> - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص749.

<sup>2</sup> - عمر زودة، المرجع السابق، ص587.

<sup>3</sup> - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص749-750.

<sup>4</sup> - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص744.

<sup>5</sup> - المادة 269 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>6</sup> - أنظر، عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودية، ج1، ط5، دار ابن فرجون، الرياض، 2012، ص133-134.

<sup>7</sup> - المادة 273 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

حصل لأحد القضاة مانع يحول دون حضور منطوقه، يعين قاض آخر لتكملة عدد المحكمة، بشرط أن يكون القاضي الغائب قد وقع على أصل الحكم قبل أن ينطق به الرئيس<sup>1</sup>.

ويتعين أن يكون المانع الذي يحول دون حضور القاضي شخصيا جلسة النطق بالحكم هو مانع مادي كالمرض مثلا. أما المانع الذي يؤدي إلى زوال صفة القاضي فهو مانع يوجب فتح باب المرافعة من جديد، لأنه من الواجب الاحتفاظ بصفة القاضي حتى صدور الحكم<sup>2</sup>.

وإذا صدر حكم من أحد القضاة الذين سمعوا المرافعة دون حضور النطق بالحكم ودون التوقيع على أصل الحكم، أي الذي حضر النطق بالحكم والذي وقع عليه هو قاضي آخر، يكون حكما باطلا لتعلقه بالنظام العام، فيمكن الطعن ببطلانه في أي وقت، وتقضي به المحكمة تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى<sup>3</sup>.

ويتم النطق بالحكم في جلسة المرافعة وبصفة علنية<sup>4</sup>، ويجوز تأجيله إلى جلسته أخرى تحددها المحكمة، وفي حالة التأجيل، يجب أن يحدد تاريخ النطق بالحكم في الجلسة المقبلة، عملا بالمادة 271 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وإذا أغفلت المحكمة تحديد تاريخ النطق بالحكم، فلا يترتب على ذلك البطلان، استنادا إلى أحكام المادة 60 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على أنه لا يتقرر بطلان الأعمال الإجرائية لعيب شكلي، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، وخاصة وأن هذا الإخلال لا يترتب عليه ضرر قد يلحق الخصم، لأن مواعيد الطعن لا تسري إلا بناء على تبليغ رسمي يسلم إلى المحكوم عليه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق، ص775.

<sup>2</sup> - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص750.

<sup>3</sup> - سيد حسن البغال، المرجع السابق، ج2، ص28.

<sup>4</sup> - المادة 272 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>5</sup> - عمر زودة، المرجع السابق، ص589.

وفي هذا المعنى، قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1983/12/07 بأنه: "متى اقتصر نص المادة 142 ق.إ.م على أنه بعد إقفال باب المناقشة توضع القضية في المداولة ويحدد تاريخ صدور الحكم، لما كان الإغفال عن ذكر يوم النطق به وعدم التأشير على المواد القانونية المطبقة، لا يرتب البطلان، لخلو النص من ذلك الجزاء، بسبب عدم وجود ضرر لحق بالأطراف أو تأثير على سلامة القرار، فإنه يتعين رفض الوجه الناعي على ذلك لعدم سداده"<sup>1</sup>.

### ج- تسبب الأحكام

يوجب القانون في مادته 277 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تسبب الأحكام<sup>2</sup>، لأنه يدفع القضاة إلى التفكير والتروي في الحكم قبل إصداره فيكون حكمهم مبنيًا على أساس متين من الوقائع والقانون، ثم أنه يقدم للخصوم برهان على عدالة الحكم، بما يؤدي بهم إلى احترامه لوضوح الأسباب التي أدت إلى إصداره، وتمكين المحكمة العليا من مراقبة هذه الأحكام وسلامة التطبيق<sup>3</sup>.

والأحكام المسببة، مظهر قيام القاضي بواجبه، وبعده عن الشك والريب والشبهات وبث الثقة في نفوس المتقاضين<sup>4</sup>، ولتحقق ذلك، يجب أن يسبب الحكم تسببًا كافيًا، ويكون كذلك، إذا أورد القاضي كل طلب حكم بقبوله أو رفضه، سواء كان الطلب أصليًا أو فرعيًا، وارداً في عريضة افتتاح الدعوى أو ضمن طلبات الخصوم في الجلسة، كما يجب أن توضع الأسباب بدقة ووضوح، كما يجب ألا يكون في الأسباب التي تذكرها المحكمة تناقضًا أو تنافرًا فيما بينها، بحيث لا يبقى بعدها ما يمكن حمل الحكم عليه ولا يمكن معه فهم الأساس الذي قضت المحكمة في منطوقه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - المجلس الأعلى، غ م، 1983/12/07، ملف رقم 31862، م ق، 1989، عدد3، ص22.

<sup>2</sup> - تنص المادة 277 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسببه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون، وأن يشار إلى النصوص القانونية".

<sup>3</sup> - سيد حسن البغال، المرجع السابق، ج2، ص67.

<sup>4</sup> - أنظر، أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط4، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص168.

<sup>5</sup> - عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق، ص785-786.

وإذا لم تشتمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها، تكون عرضة للإلغاء، على الرغم من أنها سليمة في ذاتها. وفي هذا الشأن، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2003/01/29 على أنه: "إن قضاة الموضوع ملزمون بمناقشة الطلبات الأصلية والإجابة عليها، وإن عدم مراعاة ذلك يعد قضائهم مشوبا بالقصور"<sup>1</sup>.

كما قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/03/19 على أنه: "من المقرر قانونا أن القرار الذي لا تكون أسبابه كافية لمواجهة ما قدم من أدلة في الدعوى وما أبدي من طلبات ودفوع أطرافها، فإن هذا القرار يكون مشوبا بالقصور في التسبيب. ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن القرار المطعون فيه اكتفى في حيثياته بذكر بعض أقوال الطاعن دون تحليلها والإجابة عليها وإعطائها الصفة القانونية للاقتناع بها، يعد غير مسبب بما فيه الكفاية"<sup>2</sup>.

وفي نفس السياق، قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1989/12/25 بأنه: "متى كان من المقرر قانونا أنه إذا وجد تناقضا بين حيثيات القرار ومنطوقه فإن هذا القرار يكون مشوبا بانعدام التسبيب والتناقض. ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن القرار المطعون فيه يشير في حيثياته إلى تاريخ سريان النفقة بالنسبة للبتين وللأم وفي منطوقه يصرح بالمصادقة على الحكم المستأنف برفع مبلغ التعويض فقط. وعليه فإن هذا القرار يكون مشوبا بالتناقض. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>3</sup>.

وتبعاً لذلك، قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1988/01/04 أين جاء فيه: "من المقرر قانونا أن القرار الذي لا يكون مسببا تسببيا كافيا يعد مشوبا بالقصور في التسبيب. ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع عندما لم يفرقوا بين ما هو ملك للزوجة وما هو ملك للزوج حتى يستطيع تطبيق القواعد الشرعية في هذا المجال ولما لم يبينوا طبيعة المنزل المتنازع عليه

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ م، 2003/01/29، ملف رقم 266366، ن ق، 2006، عدد 57، ص 180.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ م، 1990/03/19، ملف رقم 58797، م ق، 1993، عدد 1، ص 52.

<sup>3</sup> - المجلس الأعلى، غ م، 1989/12/25، ملف رقم 56268، م ق، 1991، عدد 3، ص 58.

خالفوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص الأمتعة والمنزل"<sup>1</sup>.

## د- تحرير الأحكام

الحكم وباعتباره ورقة شكلية، يجب ان يكون مكتوبا، وأن يكون مشتملا على البيانات المنصوص عليها في المادتين 275 و 276 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مع فارق جوهري بين المادتين فيما يتعلق بالجزاء.

فالمادة 276 من القانون سالف الذكر، وإن اشتملت على بيانات في ذات الحكم، بحيث لا يمكن تكملة ما نقص فيه بأي طريق من طرق الإثبات<sup>2</sup>، كالجبهة القضائية مصدرة الحكم وتشكيلة القضاة الذين تداولوا في القضية وأطراف الخصومة... إلخ، إلا أن المشرع لم يرتب على إغفال أو عد صحة أحد البيانات المقررة في الحكم البطلان<sup>3</sup>، إذا ثبت من وثائق ملف القضية أو من سجلات الجلسات، أنه قد تم فعلا مراعاة القواعد القانونية<sup>4</sup>.

على عكس المادة 275 من ذات القانون، والتي اشتملت على عبارات تتعلق بنظام الحكم فيما يخص ذكر "الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية"، وسيادة الشعب عند ذكر "باسم الشعب الجزائري"، حيث رتب المشرع على إغفال العبارتين المذكورتين بطلان الحكم<sup>5</sup>.

وعليه، أوجب القانون أن يصدر الحكم مشتملا على العبارتين المذكورتين سابقا. فإذا صدر حكم يحمل أحد العبارتين دون الأخرى، فماذا يترتب على ذلك؟

<sup>1</sup> - المجلس الأعلى، غ أ ش، 1988/01/04، ملف رقم 47453، م ق، 1991، عدد3، ص45.

<sup>2</sup> - أحمد أبو الوفا، المرافعات...، المرجع السابق، ص759.

<sup>3</sup> - بريارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص202.

<sup>4</sup> - المادة 283 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>5</sup> - تنص المادة 275 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجب أن يشتمل الحكم، تحت طائلة البطلان، العبارة الآتية:

- الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

- باسم الشعب الجزائري".

نقول، إذا صدر الحكم يحمل عبارة "باسم الشعب الجزائري"، دون أن يحمل عبارة "الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية"، فلا يترتب عليه البطلان، على أساس أن توقيع القاضي على الحكم كاف لإضفاء الرسمية عليه، فصدوره من القاضي يعني أنه صدر من نائب الشعب صاحب السيادة، في حين أنه إذا صدر ولم يحمل عبارة "باسم الشعب الجزائري"، يترتب على ذلك بطلان الحكم، على أساس أنه لم يصدر باسم الأصيل وهو الشعب<sup>1</sup>.

وعلى هذا الخصوص، قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1984/01/04 بأنه: "لا تأثير على خلو النسخ العادية للأحكام والقرارات من التصدير: "الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية" الذي يجب أن تتضمنه النسخ التنفيذية دون غيرها"<sup>2</sup>.

وفي نفس السياق، اعتبرت المحكمة العليا بأن عبارة "وزارة العدل"، الموجودة في الأحكام والقرارات القضائية، هي مجرد إجراء شكلي، لا تؤثر على صحة هذه الأحكام والقرارات، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 2017/01/12 والذي جاء فيه: "لا تؤثر عبارة "وزارة العدل"، المدونة في الأحكام والقرارات القضائية على صحة هذه الأحكام والقرارات القضائية وسلامتها"<sup>3</sup>.

## هـ - التوقيع على أصل الحكم

يوقع على أصل الحكم، الرئيس وأمين الضبط، بالنسبة للأحكام الصادرة عن المحاكم، ويضاف إلى ذلك توقيع القاضي المقرر، عندما يتعلق الأمر بقرار صادر عن المجلس القضائي<sup>4</sup>، وهذا ما يعرف بالتوقيع المادي. أما التوقيع غير المادي أو الإلكتروني، فيتم بواسطة تطبيقة الإعلامي الآلي، فبضغط على زر التوقيع يكون الحكم جاهزا لتسليمه لذوي الشأن بعد تسجيله<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - عمر زودة، المرجع السابق، 592.

<sup>2</sup> - المجلس الأعلى، غ م، 1984/01/04، ملف رقم 31416، م ق، 1989، عدد1، ص48.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ ع، 2017/01/12، ملف رقم 1016128، م م ع، 2017، عدد1، ص117.

<sup>4</sup> - بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص205.

<sup>5</sup> - يعقوبي عبد الرزاق، المرجع السابق، ج1، ص254.



ويحفظ أصل الحكم، بعد التوقيع عليه في أرشيف المحكمة<sup>1</sup>، ويصبح المرجع الأساسي في أخذ الصور المختلفة من الحكم، كالنسخة العادية أو النسخة التنفيذية<sup>2</sup>.

وفي حالة حدوث سبب يستحيل معه على أحد ممن يجب توقيعهم على أصل الحكم أن يجري هذا التوقيع، كوفاة القاضي أو نقله أو توقيفه، يقوم رئيس المحكمة بموجب أمر ولائي بتعيين قاض آخر يقوم بتوقيع الأصل ويودع بأرشيف المحكمة مرفقا بنسخة من الأمر الذي عين بموجبه القاضي الجديد للتوقيع<sup>3</sup>.

### ثانيا- الآثار المترتبة عن الأحكام

فبمجرد صدور الأحكام ومنها الأحكام القاضية ببطلان عقد الزواج أو فسخه، تترتب عليها آثار هامة، وهي على النحو التالي:

#### أ- خروج النزاع من ولاية المحكمة

فبمجرد صدور الحكم تستنفذ المحكمة ولايتها، بحيث لا يجوز لها أن تتراجع عما قضت به، أو تحدث عليه تغيير<sup>4</sup>.

وتطبق هذه القاعدة، على الأحكام التي تنتهي بها الخصومة أمام المحكمة، وعلى سائر الأحكام القطعية التي تصدر أثناء نظر الدعوى، فإذا أصدرت المحكمة حكما باختصاصها، فلا يجوز لها الرجوع عن ذلك وتحكم بعدم اختصاصها، وإذا قضت بعدم جواز إثبات واقعة بشهادة الشهود، فلا يجوز لها العدول عن ذلك، وتقضي بجواز ذلك<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 278 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>2</sup> - عمر زودة، المرجع السابق، ص 591.

<sup>3</sup> - يعقوبي عبد الرزاق، المرجع السابق، ج 1، ص 256-257.

<sup>4</sup> - عمر زودة، المرجع السابق، ص 618.

<sup>5</sup> - أحمد أبو الوفا، المرافعات...، المرجع السابق، ص 772-773.

غير أن قاعدة استنفاد ولاية المحكمة ليست مطلقة، بحيث يجوز للمحكمة التي أصدرت الحكم تفسير ما قد يعتريه من غموض أو إبهام تجنباً للتأويلات عند تنفيذه، وذلك عن طريق الدعوى التفسيرية<sup>1</sup>. وفي هذا الشأن قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1984/01/04 بأنه: "إن الغموض الذي قد يكتنف الأحكام القضائية يجوز رفعه عن طريق دعوى تفسيرية تختص بها الجهة القضائية التي أصدرته دون غيرها..."<sup>2</sup>.

كما يمكن أيضاً للمحكمة التي أصدرت الحكم الرجوع إليها لتصحيح الأخطاء المادية، شريطة أن لا يؤدي تصحيح المحكمة إلى تغيير منطوق الحكم بما يخالفه، فيعد ذلك مساساً بحجية الأمر المقضي به، وهذا ما تحظره المادة 287 في فقرتها الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>3</sup>.

ومبدأ خروج النزاع من المحكمة لا يقوم على عدم اختصاص المحكمة، فهي مختصة في النزاع بدليل أنها أصدرت الحكم، وإنما لسقوط حق المحكمة في النظر لما سبق النظر فيه، فيمتنع عليها أن تنظر في المسألة الواحدة مرتين لتفادي تضارب الأحكام<sup>4</sup>.

## ب- تقرير الحقوق

الأصل في الأحكام القضائية، أنها مقررة للحقوق وليست منشئة لها، لأن وظيفة المحكمة تبيان الحقوق، فهي لا تخلق حقوقاً جديدة، وإنما تقرر حقوقاً كانت موجودة قبل صدور الحكم<sup>5</sup>. كالحكم القاضي بطلان عقد الزواج فهو حكم مقرر غير منشئ، يرتب آثاره في الحال دون الاحتياج مبدئياً لأي إجراء قضائي.

<sup>1</sup> - المادة 285 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>2</sup> - المجلس الأعلى، غ م، 1984/01/04، ملف رقم 30985، م ق، 1989، عدد 2، ص 47.

<sup>3</sup> - عمر زودة، المرجع السابق، ص 597.

<sup>4</sup> - أحمد الجندي، حسين بن سلمة، المرجع السابق، ص 336.

<sup>5</sup> - سيد حسن البغال، المرجع السابق، ص 196.

وإلى جانب الأحكام المقررة للحقوق، أحكام منشئة للحقوق لم تكن قائمة وموجودة قبل صدور الحكم<sup>1</sup>، كالحكم القاضي بفسخ عقد الزواج، فهو منشئ للحقوق من وقت صدور الحكم وليس كاشف لها.

ويترتب عن التفرقة بين الأحكام المقررة للحقوق والأحكام المنشئة لها، في أن هذه الأخيرة لا تقوم آثارها إلا من وقت صدور الحكم، بينما الأحكام الأولى فعند بعض الفقه ترتب آثارها من يوم رفع الدعوى، وعند البعض الآخر من وقت نشوء الحق نفسه<sup>2</sup>.

### ج- تقوية الحقوق

الحكم القضائي يقوي الحقوق وينشئ لمن صدر لمصلحته بعض المزاي، فيقطع النزاع بشأنه في وجه المحكوم عليه، وينشئ للمحكوم له سنداً رسمياً قابلاً للتنفيذ، ويعتبر صحيحاً بما ورد فيه من بيانات حتى يطعن فيها بالتزوير<sup>3</sup>.

### د- حجية الشيء المحكوم به

حجية الشيء المقضي فيه، تعني أن الحكم إذا صدر صحيحاً من حيث الشكل ومؤسساً من حيث الموضوع، فهو عنوان الحقيقة، بحيث يكون حجة بما قضى به، ولا يمكن إثبات عكس هذه القرينة، طبقاً لما تقضي به المادة 338 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>4</sup>.

وبناء على ذلك، لا يجوز للمحكمة التي أصدرت الحكم أو أي محكمة أخرى أن تعيد النظر فيما قضى به الحكم، إلا إذا كانت هي المختصة بنظر الطعن الموجه ضده. وتكون للحكم الحجية

<sup>1</sup> - سليمان بارش، المرجع السابق، ص154.

<sup>2</sup> - مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص344.

<sup>3</sup> - سيد حسن البغال، المرجع السابق، ص196؛ عمر زودة، المرجع السابق، ص622.

<sup>4</sup> - سليمان بارش، المرجع السابق، ص155.

بمجرد صدوره، ولو كان قابلا للطعن فيه بإحدى طرق الطعن، بمعنى أن عدم صيرورة الحكم نهائيا لا يمنع الدفع بقيام الحجية، وإنما هذه الحجية تكون متوقفة، فتثبت إذا أصبح الحكم نهائيا<sup>1</sup>.

وحجية الشيء المقضي فيه تتعلق بمنطوق الحكم في أجزائه التي فصل فيها وكان من شأنها حسم مسألة النزاع، ولا تتعلق بأسباب الحكم، وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا، في قرارها الصادر بتاريخ 2005/12/21 والذي ورد فيه: "الحجية تتعلق بمنطوق الحكم وحده وليس أسبابه"<sup>2</sup>.

وقد اعتبرت المحكمة العليا في إحدى قراراتها، بأن الأحكام الصادرة عن قاضي شؤون الأسرة الفاصلة في الدعاوى الرامية إلى إثبات الزواج أو إثبات النسب لا تحوز قوة الشيء المقضي فيه، إذ يمكن رفع دعوى جديدة لتدارك ما فات من وسائل الإثبات، ولا يمكن التمسك بالدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الحكم فيها<sup>3</sup>.

وحاصل ما تقدم، فالحكم الصادر ببطلان عقد الزواج أو فسخه، يترتب على صدوره أن تخرج القضية من يد المحكمة مبدئيا، وأن ما حكم به يعتبر حقا للمحكوم له، وأن الحكم يمكن إعادة النظر فيه أمام القضاء من جديد، قصد تدارك ما فات من وسائل الإثبات.

وتجدر الإشارة في هذا المقام، أن المشرع لم يرد نص خاص يبين إجراءات تسجيل الحكم الصادر ببطلان عقد الزواج أو فسخه، على عكس الحكم القاضي بالطلاق، فقد أوجبت المادة 49 في فقرتها الأخيرة من قانون الأسرة بتسجيله في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.

<sup>1</sup> - عمر زودة، المرجع السابق، 619.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ م، ملف رقم 311528، م م ع، 2005، عدد2، ص217.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ ش أ م، 2016/12/07، ملف رقم 1030911، م م ع، منشورات بيري، 2018-2019، ص31.

وقياسا على أحكام الطلاق، يتعين على وكيل الجمهورية ممثل النيابة العامة على مستوى المحكمة التي صدر فيها الحكم القاضي ببطان عقد الزواج أو فسخه، أن يعمل سواء بسعي منه، أو بناء على طلب المحكوم له، على تسجيل منطوق الحكم في سجلات الحالة المدنية للبلدية المعنية<sup>1</sup>.

ومن زاوية القانون المقارن، نجد أن المشرع المغربي أقر على هذا الإجراء في المادة 141 من مدونة الأسرة، حيث توجه المحكمة ملخص من وثيقة الحكم القاضي ببطان عقد الزواج أو فسخه، إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين. يجب على ضابط الحالة المدنية تضمين بيانات الملخص بهامش رسم ولادة الزوجين، وإذا لم يكن للزوجين أو أحدهما محل ولادة بالمغرب، فيوجه الملخص إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط. وتحدد المعلومات الواجب تضمينها في الملخص بقرار من وزير العدل.

وبعد صدور الحكم القاضي ببطان عقد الزواج أو فسخه، أجاز المشرع للخصم المضرور التظلم بقصد إعادة النظر فيما قضت به المحكمة، لسبب يتعلق بالشكل أو الموضوع.

## الفرع الثاني

### طرق الطعن في الأحكام الصادرة ببطان عقد الزواج أو فسخه

الأحكام الصادرة ببطان عقد الزواج أو فسخه، شأنها شأن جميع الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى، تقبل مبدئيا الطعن فيها بجميع الطرق القانونية. وتنقسم طرق الطعن في الأحكام إلى نوعين: طرق طعن عادية وطرق طعن غير عادية، فالمعارضة والاستئناف طريقتان عاديتان، والتماس إعادة النظر واعتراض الغير والنقض، طرق غير عادية.

<sup>1</sup> - المواد 58 و59 و60 من الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم.

## أولاً- طرق الطعن العادية

طبقاً لنص المادة 313 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن طرق الطعن العادية، تشمل المعارضة والاستئناف. فهذين الطريقتين يستخدمان ضد الأحكام القضائية، وبعد استنفادها يجوز الحكم قوة الشيء المقضي فيه<sup>1</sup>.

وعليه، سنتناول تحت هذا العنوان: المعارضة (أ)، ثم الاستئناف (ب).

### أ- المعارضة

المعارضة طريق طعن عادي، بمقتضاه يستطيع الخصم أن يتقدم إلى نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار في غيابه، قصد إعادة النظر في دعواه<sup>2</sup>، وفي هذا المعنى نصت المادة 328 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأن الحكم أو القرار الغيابي، يكون قابلاً للمعارضة أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرته، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

والهدف من الطعن بالمعارضة، هو إتاحة الفرصة للخصم المتغيب أن يبدي دفاعه في موضوع الدعوى، أمام المحكمة ذاتها، لأنه لا يمكن للقاضي أن يصدر حكمه بغير أن يسمع دفاع الغائب من الخصوم<sup>3</sup>، طبقاً لمبدأ الوجاهية الذي كرسه قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مادته الثالثة الفقرة الثالثة.

فحق الطعن بالمعارضة في الحكم الغيابي، يكون للخصم الذي حكم عليه غيابياً لعدم حضوره جلسات المحكمة وعدم تقديمه مذكرة في الموضوع، بشرط أن يكون قد أستدعي رسمياً للحضور إلى الجلسة، وإلا كانت الخصومة منعدمة لانعدام إجراءات التكليف بالحضور. وفي هذا المعنى قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1987/12/07 بأن: "من المقرر قانوناً أن الشخص لا يعتبر

<sup>1</sup> - أنظر، خالد روشو، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 08 / 09، دار الخلدونية، الجزائر، 2019، ص185.

<sup>2</sup> - أنظر، عبد العزيز سعد، طرق وإجراءات الطعن في الأحكام والقرارات القضائية، دار هوم، الجزائر، 2018، ص11.

<sup>3</sup> - عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص145.

متغيبا عن الحكم ويحكم بهذه الصفة، إلا إذا توصل بالاستدعاء أو افترض علمه بالدعوى المرفوعة عليه، إتباعا للقواعد المنصوص عليها في المادة 22 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الجوهرية للأحكام. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الحكم القاضي بالتطبيق المؤيد بقرار المجلس لم يبين منه استلام الطاعن للاستدعاء، ومن ثم يعتبر غير عالم بالدعوى مع غياب توفر الإجراءات القانونية المنصوص عليها بالمواد 22 وما بعدها من (ق إ م) خرقوا القواعد الجوهرية في الإجراءات. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>1</sup>.

وعلى الرغم من أن القاعدة العامة المقررة قانونا، أنها أجازت الطعن بالمعارضة أمام المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي، وذلك خلال أجل شهر واحد يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم الغيابي<sup>2</sup>، فلم يتضمن النص على أي استثناء يتعلق بعدم قابلية الأحكام الصادرة غيابيا التي تخص الفرقة الزوجية بجميع أسبابها، للطعن بطريق المعارضة. فلا مانع من الطعن بالمعارضة في هذا النوع من الأحكام القضائية، شأنه في ذلك شأن أي حكم قضائي يكون قد صدر غيابيا عن محاكم الدرجة الأولى.

وفي هذا الشأن، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2015/02/12 على أنه:  
"يحق للمطلقة غيابيا، الطعن بالمعارضة في الحكم الغيابي والمطالبة بحقوقها الناتجة عن فك الرابطة الزوجية؛ المطلقة غير ملزمة برفع دعوى مستقلة، للمطالبة بحقوقها"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - المجلس الأعلى، غ أ ش، 1987/12/07، ملف رقم 46757، م ق، 1991، عدد2، ص50.

<sup>2</sup> - المادة 329 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ ش أ م، 2015/02/12، ملف رقم 0902225، م م ع، 2015، عدد1، ص243.

والطعن بالمعارضة، يرفع بموجب عريضة كتابية، مشتملة على كافة البيانات المنصوص عليها قانونا لعريضة الدعوى، إلى الجهة القضائية مصدرة الحكم محل المعارضة، مع وجوب إرفاق العريضة بنسخة من الحكم المطعون فيه، تحت طائلة عدم القبول شكلا<sup>1</sup>.

ثم بعد ذلك، يتم التبليغ الرسمي لنسخة من العريضة إلى الخصم المطعون ضده، وتكليفه بالحضور إلى الجلسة المعنية، وذلك بموجب محضر يعده المحضر القضائي القائم بالتبليغ لهذا الغرض، طبقا لما هو منصوص عليه في المادة 406 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أن تراعى مهلة (20) يوما على الأقل ما بين يوم التبليغ ويوم الحضور إلى الجلسة، وذلك تحت طائلة عدم القبول لعدم صحة التبليغ<sup>2</sup>.

ويترتب على رفع المعارضة، إعادة طرح النزاع من جديد أمام المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي، وتمكين الخصم الغائب من إبداء أوجه دفاعه التي لم تتح له فرصة إبدائها قبل صدور الحكم الغيابي، على أن تتحدد الخصومة بما حصلت فيه المعارضة، فإذا قبل الطاعن شقا من الحكم وطعن في الشق الآخر، فسلطة المحكمة تقتصر على إعادة النظر في الشق الأخير<sup>3</sup>.

ومن آثار المعارضة، أنها توقف تنفيذ الحكم إلى ما بعد الفصل في موضوع الطعن، إلا إذا كان هذا الحكم مشمولاً بالنفاذ المعجل<sup>4</sup>، فإن التنفيذ لا يوقف ولو رفعت المعارضة، ما لم تقرر المحكمة إلغاء النفاذ المعجل<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> - أنظر، يوسف دلاندة، طرق الطعن العادية وغير العادية في الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة أمام القضاء العادي والإداري، دار هومه، الجزائر، 2014، ص36.

<sup>2</sup> - عبد العزيز سعد، طرق... المرجع السابق، ص13.

<sup>3</sup> - أحمد أبو الوفا، المرافعات... المرجع السابق، ص854.

<sup>4</sup> - المادة 323 و327 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>5</sup> - عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص148.



كذلك ومن آثار المعارضة، أن الحكم الصادر فيها يوصف بأنه حضوري في مواجهة جميع الخصوم سواء حضروا الجلسة أو تغيّبوا، وبالنتيجة يكون غير قابل للمعارضة مرة ثانية<sup>1</sup>، فإذا رفعت المعارضة ثانية، وجب على المحكمة أن ترفض الدعوى من تلقاء نفسها لسبق المعارضة في الحكم، لتعلق ذلك بالنظام العام، ولا يبقى أمام الطاعن سوى طريق الطعن بالاستئناف<sup>2</sup>. وهذا ما سنحاول دراسته تبعا.

## ب- الاستئناف

الاستئناف هو طريق من طرق الطعن العادية، يسلكه المتضرر من الحكم الصادر عن جهة الدرجة الأولى، للحصول على حكم آخر من جهة أعلا، بتعديله أو إلغائه<sup>3</sup>.

والغاية من الاستئناف باعتباره طريق لإعادة فحص النزاع، تكمن في أن جهة الاستئناف هي جهة متعددة وتداولية، قد لا تقع في الأخطاء التي وقعت فيها المحكمة الابتدائية المشكلة من قاض فرد، فضلا عن ما لجهة الاستئناف من دراية وخبرة قد لا تتوافر في المحكمة، وبذلك تكون أقدر على تحقيق العدالة<sup>4</sup>.

وكقاعدة عامة أن جميع الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية مهما كان نوعها، تكون قابلة للطعن بطريق الاستئناف، طبقا للمادة 333 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: "تكون الأحكام الصادرة في جميع المواد قابلة للاستئناف، عندما تفصل في موضوع النزاع أو في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو أي دفع عارض آخر ينهي الخصومة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

<sup>1</sup> - المادة 331 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>2</sup> - عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص 150.

<sup>3</sup> - أنظر، أحمد نصر الجندي، إقامة الدعوى في مواد الأحوال الشخصية، مطبعة أطلس، القاهرة، 1995، ص 23.

<sup>4</sup> - عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص 150.

وتطبيقاً لذلك، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/10/20 بأنه: "ومن المقرر أيضاً أنه تختص المجالس القضائية بنظر استئناف الأحكام الصادرة من المحاكم في جميع المواد في الدرجة الأولى، حتى ولو وجد خطأ في وصفها"<sup>1</sup>.

فدعاوى إثبات عقد الزواج، ودعاوى إثبات النسب، ودعاوى تغيير الاسم واللقب، ودعاوى تقرير الجنسية، ودعاوى الالتزام بتقديم حسابات الولاية عن أموال القاصر، فقاضي شؤون الأسرة يفصل فيها بحكم ابتدائي قابل للطعن فيه بطريق الاستئناف<sup>2</sup>.

كذلك الدعاوى الناتجة عن فك الرابطة الزوجية، في الشق الخاص المتعلقة بالجوانب المادية، والحضانة، فقاضي شؤون الأسرة على مستوى الدرجة الأولى يتولى الفصل فيها بحكم ابتدائي قابل للطعن فيه بطريق الاستئناف، وفقاً لنص المادة 57 من قانون الأسرة.

وفي هذا الشأن، قضت المحكمة العليا بأن الحقوق المترتبة عن فك الرابطة الزوجية، يقضي بها قاضي شؤون الأسرة ابتدائياً وليس نهائياً، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 2016/03/09 أين جاء تحييئها كما يلي: "أما ما تعلق منها بالجوانب المادية وبالحضانة فإنها تصدر ابتدائية قابلة للاستئناف وفقاً لنص المادة 57 من قانون الأسرة بفقرتها الأولى والثانية..."<sup>3</sup>.

أيضاً قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1994/04/19 على أنه: "إن نفقة الإهمال يحكم بها ابتدائياً وبالتالي يجوز الاستئناف فيها دون الطعن"<sup>4</sup>.

وقد اعتبرت المحكمة العليا أن الحقوق المترتبة عن الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف طبقاً للمادة 433 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 1998/10/20، ملف رقم 204999، م ق، 2000، عدد2، ص177.

<sup>2</sup> - حسين بلحيرش، المرجع السابق، ص125-126.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ ش أم، 2016/03/09، ملف رقم 1098561، م م ع، 2016، عدد1، ص124.

<sup>4</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 1994/04/19، ملف رقم 103793، ن ق، 1997، عدد51، ص96.

2012/06/14 والذي ورد فيه: "حكم الطلاق بالتراضي غير قابل للاستئناف، حتى في جوانبه المادية"<sup>1</sup>.

وعلى الرغم من أخذ المشرع بمبدأ التقاضي على درجتين، والذي يعتبر من المبادئ الأساسية للنظام القضائي، بيد أنه ولاعتبارات خاصة ألغى المشرع الدرجة الثانية لبعض الدعاوى، بحيث لم يجز الطعن في الحكم الصادر فيها بطريق الاستئناف، بل جعل الفصل فيها من الدرجة الأولى بصفة نهائية.

ومن بين هذه الأحكام الصادرة عن الدرجة الأولى الموصوفة بأنها نهائية، الأحكام التي تتضمن الشق الخاص بحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطلق أو الخلع، فهي غير قابلة للاستئناف في هذا الشق، وفقا لنص المادة 57 من قانون الأسرة.

وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1994/12/13 بأنه: "لا يجوز استئناف أحكام الطلاق، إلا في الجوانب المادية، عملا بنص المادة 57 من ق.أ، التي تعتبر أحكام الطلاق صادرة بدرجة نهائية"<sup>2</sup>.

وفي نفس السياق، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1991/11/26 بأنه: "متى كان مقرر قانونا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية، فإن قضاة المجلس - في قضية الحال - بإلغائهم للحكم المستأنف لديهم، القاضي بالطلاق بين الطرفين خالفوا القواعد الجوهرية للإجراءات. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ ش أم، 2012/06/14، ملف رقم 692661، م م ع، 2012، عدد2، ص265.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 1994/12/13، ملف رقم 101232، ن ق، 1999، عدد54، ص97.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 1991/11/26، ملف رقم 79858، م ق، 1993، عدد3، ص86.

كذلك، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1993/03/20 على أنه: "من المقرر قانوناً أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف، ما عدا في جوانبها المادية، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس عدلوا الحكم المستأنف لديهم القاضي بالطلاق للخلع إلى الطلاق بتظلم الزوج يكونوا قد تطرقوا إلى موضوع الطلاق الذي لا يجوز لهم مناقشته إلا في جوانبها المادية مخالفين بذلك القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>1</sup>.

وإذا تصدى المجلس القضائي لموضوع فك الرابطة الزوجية، وجب عليه أن ييث في الحقوق المترتبة عن ذلك، ولا يرفضها اعتماداً على أنها تخضع لمبدأ التقاضي على درجتين وعدم استنفاد محكمة الدرجة الأولى لولايتها. وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2017/03/08 بأنه: "تصدي المجلس بالاختصاص بالفصل في الطلاق، دون الحكم بالحقوق المقررة للزوجة، بدعوى مبدأ التقاضي على درجتين وعدم استنفاد المحكمة لولايتها، خطأً في تطبيق القانون"<sup>2</sup>.

وبالنسبة للحكم القاضي بالطلاق بالتراضي، فإنه طبقاً لاجتهاد المحكمة العليا، لا يعتبر حكماً، لأنه صدر حسب رغبة الطرفين، فهو مجرد إسهاد من المحكمة ولا يوصف بالابتدائية أو النهائية، وبالتالي فهو غير قابل للطعن فيه بطريق الاستئناف<sup>3</sup>، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 2000/05/23 الذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن الطلاق بالتراضي هو مجرد إسهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق ولا يوصف بالابتدائية أو النهائية ولا يحق لأي من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 1991/03/20، ملف رقم 72858، م ق، عدد1، 1993، ص57.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ ش أم، 2017/03/08، ملف رقم 1094051، م م ع، عدد1، ص148.

<sup>3</sup> - المادة 433 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>4</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 2000/05/23، ملف رقم 243943، إ ق، عدد خاص، ص112.

وعليه، فالمادة 57 من قانون الأسرة تعني أنه لا يجوز لقضاة المجالس مناقشة الحكم بالطلاق، وليس معناه عدم اختصاصهم في الفصل بالطلاق، لأنه يمكن لأحد الزوجين أن يطلب الحكم بالطلاق على مستوى المحكمة أو على مستوى المجلس، ولما تقضي المحكمة برفض دعوى الطلاق أو تقضي بالرجوع إلى بيت الزوجية، فهذين الحكمين قابلين للاستئناف، ولا يعتبران حكمان بالطلاق. وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/02/16 بأنه: "من المستقر عليه قضاء أنه يجوز الحكم بالطلاق أمام المجلس القضائي لما تقضي المحكمة بالرجوع إلى بيت الزوجية أو ترفض دعوى الطلاق"<sup>1</sup>.

كما أن دعاوى تثبيت واقعة الطلاق العرفي فالحكم الصادر فيها يكون ابتداءيا، وفق اجتهاد المحكمة العليا، لأن يكشف عن واقعة طلاق عرفي وقعت في زمن مضى ويقرها، ولا يتعلق بالطلاق النهائي الذي يصدر بحكم القاضي، حيث قضت في قرارها الصادر بتاريخ 2016/12/07 أين جاء تمييزها كما يلي: "لكن حيث إنه خلافا لما ورد في الوجه فإنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين من الوقائع والحديثات أن الطاعنين قد التمسوا أساسا في الشكل رفض الاستئناف شكلا لعدم قابلية الحكم للاستئناف وأن قضاة المجلس قد ناقشوا دفعهم وردوا عليه بأن موضوع الدعوى يتعلق بتثبيت واقعة طلاق عرفي وقعت في زمن مضى والحكم فيها يكون قابلا للاستئناف لأنه يكشف عنها ويقرها ولا يتعلق بدعوى فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوج ضد الزوجة..."<sup>2</sup>.

ومن زاوية القانون المقارن، يميز المشرع المغربي من خلال نص المادة 128 من مدونة الأسرة، بين الشق الخاص بإنهاء العلاقة الزوجية، والشق الآخر المتعلق غالبا بالمستحقات المالية التي قدرتها المحكمة للزوجة أو للأطفال أو لهما معا، حيث قرر المشرع أن الشق الأول لا يقبل أي طعن، خلافا للشق الثاني<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 1999/02/16، ملف رقم 216850، إق، 2001، عدد خاص، ص 100.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ ش أم، 2016/12/07، ملف رقم 1026274، م م ع، 2016، عدد 2، ص 222.

<sup>3</sup> - محمد الكشور، المرجع السابق، ج 2، ص 67.

بينما المشرع التونسي، فنظرتة مغايرة تماما للمشرعين الجزائري والمغربي، حيث جعل الحكم القاضي بالطلاق يقبل المخاصمة بواسطة طرق الطعن العادية كالاستئناف، عملا بأحكام المادة 32 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية<sup>1</sup>.

وبالنسبة للأحكام الصادرة ببطلان عقد الزواج أو فسخه، بالرغم من أن المشرع لم يرد بشأنها أي نص خاص، فإنها - قانونا - بمثابة طلاق، والطلاق نهائي لا يجوز استئنافه. أما ما يتعلق بالجوانب المادية والحضانة، فتصدر ابتدائية قابلة للاستئناف.

وإذا وقع الطعن بالاستئناف في مثل هذه الأحكام سهوا أو جهلا، فإنه يتعين على الجهة القضائية المستأنف لديها أن تقضي بعدم قابلية الحكم للطعن فيه بالاستئناف، ولا تحكم برفض الطعن ولا بعدم قبول الاستئناف شكلا<sup>2</sup>.

ويرفع الطعن بالاستئناف أمام المجلس القضائي، بموجب عريضة كتابية مؤرخة وموقعة من الطاعن أو من محاميه، تودع بأمانة ضبط المجلس القضائي الذي صدر الحكم المستأنف عن قاضي شؤون الأسرة في دائرة اختصاصه. كما يمكن أن تودع عريضة الطعن بالاستئناف بأمانة ضبط المحكمة التي أصدرت نفس الحكم المطعون فيه<sup>3</sup>.

كما أوجب القانون في المادة 541 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إرفاق عريضة الاستئناف بنسخة مطابقة الأصل من الحكم المستأنف، وذلك تحت طائلة عدم قبولها شكلا.

وبعد أن يسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ عريضة الاستئناف، أوجب القانون على المستأنف أن يقوم بالتبليغ الرسمي لعريضة الطعن بالاستئناف إلى المستأنف عليه،

<sup>1</sup> - أنظر، لحسين بن شيخ آث ملويا، تطبيقات منازعات شؤون الأسرة، ج1، دار هومو، الجزائر، 2019، ص93.

<sup>2</sup> - عبد العزيز سعد، طرق...، المرجع السابق، ص27.

<sup>3</sup> - عبد العزيز سعد إجراءات...، المرجع السابق، ص268.

وفقا لأحكام المواد من 404 إلى 416 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أن يحترم أجل عشرون يوم على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة<sup>1</sup>.

وإذا لم يقيم المستأنف بالتبليغ الرسمي لعريضة الاستئناف إلى المستأنف عليه طبقا للقانون، يمنح له أجل جديد للتبليغ، وإذا لم يقيم بإعادة التبليغ ولم يقدم محضر التبليغ الرسمي والوثائق المطلوبة بعد فوات الأجل دون مبرر مقبول، يصرح بشطب قضية المستأنف بأمر غير قابل للطعن فيه، وليس بعدم قبولها. وفي هذا السياق، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2012/10/11 بأنه: "يصرح بشطب قضية المستأنف وليس بعد قبولها، في حالة عدم قيامه، طبقا للقانون، بالتبليغ الرسمي لعريضة الاستئناف"<sup>2</sup>.

ولقد أوجب القانون، أن تتضمن عريضة الاستئناف البيانات الواردة في المادة 540 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تحت طائلة عدم قبولها شكلا. وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2015/03/12 على أنه: "تتضمن عريضة الاستئناف، وجوبا، تحت طائلة عدم قبولها شكلا، عرضا موجزا للوقائع والطلبات والأوجه المؤسس عليها الاستئناف"<sup>3</sup>.

ويترتب على رفع الاستئناف، طرح النزاع المرفوع عنه الاستئناف، إلى جهة الدرجة الثانية لتفصل فيه من جديد، بحيث يكون لجهة الدرجة الثانية ما لجهة الدرجة الأولى من سلطة في هذا الصدد، ويعتبر كل ما كان مطروحا على محكمة الدرجة الأولى ينتقل إلى جهة الدرجة الثانية من دفع وأدلة إثبات<sup>4</sup>.

والاستئناف وإن كان يعيد عرض النزاع من جديد، فإنه كقاعدة عامة لا يطرح أمام جهة الدرجة الثانية إلا ما رفع عنه الاستئناف فقط، وعلى ذلك فلا يطرح لقضاة المجلس طلبات جديدة لم

<sup>1</sup> - يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 49-50.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ ع، 2012/10/11، ملف رقم 735229، م م ع، 2013، عدد 1، ص 318.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ ت ب، 2015/03/12، ملف رقم 0973119، م م ع، 2015، عدد 1، ص 306.

<sup>4</sup> - أنظر، عدلى أمير خالد، محكمة الأسرة قواعد وإجراءات في ضوء أحكام وقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 58.

تثار أمام المحكمة<sup>1</sup>، لأن قبول قضاة المجلس الطلبات الجديدة يخل بمبدأ التقاضي على درجتين، وهو من المبادئ الأساسية للنظام القضائي، إذ من مقتضاه تفويت درجة من درجة التقاضي على الخصم الذي يوجه إليه الطلب الجديد<sup>2</sup>.

ولا تعتبر طلبات جديدة، الطلبات المرتبطة مباشرة بالطلب الأصلي، والتي ترمي إلى نفس الغرض حتى ولو كان أساسها القانوني مغايراً، طبقاً لنص المادة 343 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

قضت المحكمة العليا بأن توابع العصمة والأشياء الخاصة بالزوجين أو بأحدهما بمناسبة الطلاق يجوز طلبها حتى في مرحلة الاستئناف لأنها مرتبطة مباشرة بواقعة الطلاق ولا تعتبر طلباً جديداً، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1990/03/19 والذي ورد فيه: "من المقرر قانوناً أن توابع العصمة والأشياء الخاصة بالزوجين والمرتبطة مباشرة بواقعة الطلاق يجوز المطالبة بها ولو في مرحلة الاستئناف ولا تعتبر طلباً جديداً"<sup>3</sup>.

وقضى المجلس الأعلى بأن المطالبة بالصداق يعتبر من متممات دعوى الطلاق والحكم به في الدرجة الثانية لا يدخل في الطلبات الجديدة، وذلك في قراره الصادر بتاريخ 1986/02/10 أين جاء فيه: "إن طلب الصداق في حالة الحكم بالطلاق أمام المجلس القضائي يعتبر من متممات الطلاق ولا يعتبر طلباً جديداً"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - عبد العزيز سعد، طرق...، المرجع السابق، ص 34.

<sup>2</sup> - أحمد أبو الوفاء، المرافعات...، المرجع السابق، ص 894.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 1990/03/19، ملف رقم 59140، م ق، 1991، عدد 4، ص 121.

<sup>4</sup> - المجلس الأعلى، غ أش، 1986/02/10، ملف رقم 39394، ن ق، 1988، عدد 44، ص 151.



ومع ذلك فإذا أدلى أحد الخصوم طلب جديد في مرحلة الاستئناف، فللخصم الآخر أن يدفع بعدم قبوله في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، وللجهة القضائية أن تقضي بعدم قبوله من تلقاء نفسها ولو لم يدفع بذلك أحد الخصوم، لتعلق ذلك بالنظام العام<sup>1</sup>.

كما يترتب على الاستئناف، وقف إجراءات تنفيذ الحكم إلى أن ينقضي ميعاد الاستئناف أو يقضى برفضه، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك<sup>2</sup>.

### ثانيا- طرق الطعن غير العادية

وفقا لنص المادة 313 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، طرق الطعن غير العادية تشمل: الطعن بالنقض (أ)، والتماس إعادة النظر (ب)، واعتراض الغير الخارج عن الخصومة (ج).

#### أ- الطعن بالنقض

الطعن بالنقض هو طريق غير عادي، يطعن به في الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم الابتدائية والمجالس القضائية، الموصوفة بأنها نهائية، بسبب مخالفتها للقانون<sup>3</sup>.

ومن ثم، تكون قابلة للطعن أمام المحكمة العليا، الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع والصادرة بصفة حضورية ونهائية، كيفما كانت نوعية هذه الأحكام والقرارات<sup>4</sup>. أما الأحكام والقرارات الصادرة قبل الفصل في الموضوع مثل الأحكام التمهيدية والتحضيرية، فإنها لا تقبل الطعن فيها بالنقض أمام المحكمة العليا إلا مع الحكم أو القرار الفاصل في الموضوع فصلا نهائيا وقطعيا، كذلك الأحكام والقرارات الغيابية لا تقبل الطعن بالنقض لأنها غير نهائية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد أبو الوفا، المرافعات...، المرجع السابق، ص 906 - 907.

<sup>2</sup> - عبد العزيز سعد، طرق...، المرجع السابق، ص 33.

<sup>3</sup> - عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص 165.

<sup>4</sup> - المحكمة العليا، غ م، 1996/03/20، ملف رقم 155172، م ق، 1998، عدد 2، ص 52.

<sup>5</sup> - عبد العزيز سعد، طرق...، المرجع السابق، ص 42.

وعلى الرغم من أن المشرع كقاعدة عامة، أجاز الطعن بالنقض في الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم، وذلك خلال أجل شهرين يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم التبليغ شخصياً، وخلال ثلاثة أشهر إذا تم التبليغ في موطنه الحقيقي أو المختار<sup>1</sup>، فإنه لم يتضمن أي استثناء يتعلق بعدم قابلية الأحكام الصادرة نهائياً بالطلاق أو التطليق أو الخلع للطعن بطريق النقض<sup>2</sup>.

ومع ذلك، فالأحكام الصادرة عن قاضي شؤون الأسرة الناطقة بفك الرابطة الزوجية، الغير قابلة للاستئناف، تقبل المخاصمة بواسطة الطعن بالنقض، طبقاً للمادة 349 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>3</sup>.

وعلى هذا يجري قضاء المحكمة العليا، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 2016/03/09 حيث ورد تحيئتها كما يلي: "لكن حيث أن الأحكام الصادرة عن الدرجة الأولى والقابلة للطعن بالنقض وفقاً لنص المادتين 57 من قانون الأسرة و349 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي تلك الأحكام التي تخص الشق الخاص بجل الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق أو الخلع وهي غير قابلة للاستئناف في هذا الشق. أما ما تعلق منها بالجوانب المادية وبالخصانة فإنها تصدر ابتدائية قابلة للاستئناف وفقاً لنص المادة 57 من قانون الأسرة بفقرتيها الأولى والثانية، مما يجعل الوجه غير سديد"<sup>4</sup>.

كما قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2012/06/14 بأنه: "حكم الطلاق بالتراضي غير قابل للاستئناف، حتى في جوانبه المادية. يطعن بالنقض في حكم الطلاق بالتراضي"<sup>5</sup>.

مع ملاحظة أن أحكام الطلاق بالتراضي يسري أجل الطعن بالنقض فيها ابتداءً من تاريخ النطق بالحكم، وليس من تاريخ تبليغه، طبقاً لنص المادة 434 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>1</sup> - المادة 354 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>2</sup> - حسين بلحيرش، المرجع السابق، ص156.

<sup>3</sup> - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص84.

<sup>4</sup> - المحكمة العليا، غ ش أم، 2016/03/09، ملف رقم 1098561، م م ع، 2016، عدد1، ص124.

<sup>5</sup> - المحكمة العليا، غ ش أم، 2012/06/14، ملف رقم 692661، م م ع، 2012، عدد2، ص265.

ولا يترتب على الطعن بالنقض إيقاف تنفيذ الحكم المطعون فيه، سواء طبقا للقاعدة العامة التي تقضي بأنه ليس لطرق الطعن غير العادية ولا لآجال ممارستها أثر موقوف، أو طبقا للقاعدة الخاصة بأحكام فك الرابطة الزوجية الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تقضي بأن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ هذه الأحكام<sup>1</sup>.

وتجدر الملاحظة، أن الأحكام القضائية لا تكون قابلة للتنفيذ ما لم يتم تبليغها وينقضي أجل المعارضة والاستئناف، وذلك بتقديم شهادة تثبت ذلك من أمانة الضبط، تتضمن تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار إلى المحكوم عليه، وتثبت عدم حصول معارضة واستئناف، أو عدم حصول طعن بالنقض، باستثناء الأحكام المشمولة بالنفذ المعجل والأوامر الاستعجالية، فتكون قابلة للتنفيذ رغم المعارضة والاستئناف<sup>2</sup>.

كما أن الطعن بالنقض لا يعيد طرح النزاع برمته أمام المحكمة العليا، كما هو الحال بالنسبة للاستئناف، وإنما تقتصر سلطة المحكمة العليا على مجرد تقرير المبادئ القانونية في النزاع دون تطبيقها عليه. وينبغي على ذلك أنه لا يجوز إبداء طلبات أمام المحكمة العليا لم يسبق طرحها على الجهة المطعون ضدها<sup>3</sup>.

## ب- التماس إعادة النظر

التماس إعادة النظر هو طريق غير عادي للطعن<sup>4</sup>، يرفع أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرت الأمر أو الحكم أو القرار المطعون، الحائر لقوة الشيء المقضي فيه، قصد مراجعته وذلك للفصل فيه من جديد من حيث الوقائع والقانون<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - حسين بلحيرش، المرجع السابق، ص157.

<sup>2</sup> - حسين بلحيرش، نفس المرجع، ص157.

<sup>3</sup> - أحمد أبو الوفا، المرافعات...، المرجع السابق، ص969-970.

<sup>4</sup> - المحكمة العليا، غ ت ب، 2017/03/16، ملف رقم 1202740، م م ع، 2017، عدد1، ص200.

<sup>5</sup> - بريارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص289.

إذن، فلا يجوز التماس إعادة النظر، إلا بالنسبة للأحكام الجائزة لقوة الشيء المقضي فيه، أي الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية في حدود اختصاصها الابتدائي النهائي، والأوامر الاستعجالية الفاصلة في الموضوع، والقرارات الصادرة عن المجالس القضائية<sup>1</sup>.

وعليه، فالأحكام القابلة للمعارضة والاستئناف، لا تكون موضوع التماس إعادة النظر. وفي هذا الشأن، قضت المحكمة قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1991/01/13 بأنه: "متى كان من المقرر قانوناً أن الأحكام الصادرة من المحاكم أو المجالس التي لا تكون قابلة للطعن فيها بطريق المعارضة أو الاستئناف يجوز التماس إعادة النظر فيها، ومن ثم فإن قضاة المجلس في قضية الحال قضوا بقبول التماس إعادة النظر في حكم قابل للاستئناف يكونوا قد خالفوا مقتضيات المادة 194 من ق إ م. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>2</sup>.

وبالنسبة للقرارات الصادرة عن المحكمة العليا، فإنه لا يمكن الطعن فيها بالتماس إعادة النظر، باعتبارها محكمة قانون، وعلى هذا يجري قضاء المحكمة العليا، حيث قضت بتاريخ 2011/04/21 بأنه: "لا يجوز الطعن بالتماس إعادة النظر، في القرارات الصادرة عن المحكمة العليا"<sup>3</sup>.

كما قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2010/05/06 بأنه: "لا يطعن في قرارات المحكمة العليا بالتماس إعادة النظر، باعتبارها محكمة قانون، لا تطبق المادتان 392 في فقرتها الثانية و395 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على قراراتها"<sup>4</sup>.

ويرفع التماس إعادة النظر بموجب عريضة كتابية تتضمن كل البيانات المنصوص عليها قانوناً، أمام أمانة ضبط الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار المطعون فيه، باعتبارها الجهة الوحيدة

<sup>1</sup> - عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص174.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ ت ب، 1991/01/13، ملف 70068، م ق، عدد 3، 1992، ص104.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ م، 2011/04/21، ملف رقم 653091، م م ع، 2011، عدد2، ص125.

<sup>4</sup> - المحكمة العليا، غ ت ب، 2010/05/06، ملف رقم 667765، م م ع، 2010، عدد2، ص217.

المختصة نوعياً وإقليمياً بالفصل في الطعن بالتماس إعادة النظر، طبقاً للمادة 394 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>1</sup>.

ولقد حدد المشرع أسباب التماس إعادة النظر على سبيل الحصر، فلا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على عكسها، لأن الأصل هو أن الجهة القضائية إذا فصلت في النزاع خرجت القضية من ولايتها فلا يجوز إعادة النظر فيها، ولكن استثناءً أجاز المشرع لنفس الجهة القضائية وفي حالات معينة قانوناً، أن تعيد النظر في حكمها، قصد تحقيق العدل والإنصاف<sup>2</sup>، وهذه الحالات هي<sup>3</sup>:

1- إذا بني الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه على شهادة شهود، أو على وثائق أعترف بتزويرها، أو ثبت قضائياً تزويرها بعد صدور ذلك الحكم أو القرار أو الأمر وحيازته قوة الشيء المقضي به.

2- إذا اكتشفت بعد صدور الحكم أو القرار أو الأمر الحائز لقوة الشيء المقضي به، أوراق حاسمة في الدعوى، كانت محتجزة عمداً لدى أحد الخصوم.

جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 1988/05/04 بأنه: "من المقرر قانوناً أن الأحكام التي لا تكون قابلة للطعن فيها بطريق المعارضة أو الاستئناف يجوز التماس إعادة النظر فيها إذا أكتشف بعد الحكم وثائق قاطعة في الدعوى كانت محتجزة لدى الخصم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأً في تطبيق القانون. ولما كان في قضية الحال أن المجلس قضى بقبول التماس إعادة النظر على أساس اكتشاف وثيقة قاطعة في الدعوى، ولما لم تكن هذه الوثيقة ومحتجزة لدى الخصم لكونه قدمها للخبير، فإن المجلس بقضائه كما فعل أخطأً في تطبيق القانون. ومتى كان كذلك تعين نقض القرار المطعون فيه"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - عبد العزيز سعد، طرق...، المرجع السابق، ص 67.

<sup>2</sup> - أحمد أبو الوفا، المرافعات...، المرجع السابق، ص 928.

<sup>3</sup> - المادة 392 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>4</sup> - المجلس الأعلى، غ م، 1988/05/04، ملف رقم 45672، م ق، 1991، عدد 3، ص 28.

وليس للقاضي أن يحدد تلقائيا حالة من الحالات المذكورة على سبيل الحصر، دون أن يثيرها الملتمس. وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2005/09/07 والذي قضت بأنه: "يشترط لقبول الطعن بالتماس إعادة النظر، أن يثير الملتمس إلى حالة من الحالات المعددة على سبيل الحصر في المادة 194 من قانون الإجراءات المدنية، وليس من حق القضاة تحديد الحالة تلقائيا"<sup>1</sup>.

### ج- اعتراض الغير الخارج عن الخصومة

اعتراض الغير الخارج عن الخصومة هو طريق طعن غير عادي، أجازته المشرع الذين لحقهم ضرر من الحكم الصادر في الدعوى، دون أن يكونوا أطرافا فيها<sup>2</sup>. وتطبيقا لذلك، قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1988/03/28 على أنه: "من المقرر قانونا أن لكل ذي مصلحة أن يطعن في حكم لم يكن طرفا فيه بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون"<sup>3</sup>.

ولقد حدد المشرع السندات القابلة لأن تكون محلا لاعتراض الغير الخارج عن الخصومة وهي: الأوامر الاستعجالية الفاصلة في موضوع النزاع، والأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية، والقرارات الصادرة عن المجالس القضائية الاستثنائية دون القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، فهي غير قابلة لاعتراض الغير الخارج عن الخصومة وفق اجتهاد المحكمة العليا، لأنها محكمة قانون وليست محكمة موضوع، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 2006/02/08 والذي جاء فيه: "لا طعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة، في قرارات المحكمة العليا"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ ت ب، 2005/09/07، ملف رقم 350389، م م ع، 2006، عدد1، ص343.

<sup>2</sup> - عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص170.

<sup>3</sup> - أنظر، المجلس الأعلى، غ أش، 1988/03/28، ملف 48822، م ق، عدد1، 1993، ص44.

<sup>4</sup> - المحكمة العليا، غ ع، 2006/02/08، ملف رقم 331038، م م ع، 2006، عدد1، 403.

ويرفع الطعن بالاعتراض، بموجب عريضة كتابية موقعة تتضمن جميع البيانات المنصوص عليها قانوناً لرفع الدعوى، أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار المطعون فيه، على أن تكون بعدد من النسخ مساوٍ لعدد الأطراف المعترض ضدهم، وتسجل في سجل خاص يقيد الدعوى، ويسلم للمعترض النسخ المؤشر عليها بتاريخ الجلسة، ليقوم بتكليف باقي الأطراف بالحضور<sup>1</sup>.

على أن يشترط لقبوله، أن تكون العريضة مصحوبة بوصل يثبت إيداع مبلغ ككفالة، يساوي الحد الأقصى من الغرامة المنصوص عليها في المادة 388 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمقدرة بعشرين ألف دينار (20.000 دج)<sup>2</sup>.

ويترتب على اعتراض الغير، إعادة طرح النزاع أمام المحكمة من جديد، وفي حدود ما رفع إليها من اعتراض، ثم تصدر حكماً في الموضوع<sup>3</sup>. إما بقبول الاعتراض، فتقتصر المحكمة في حكمها على إلغاء أو تعديل مقتضيات السند القضائي الذي اعترض عليه الغير والضار به، مع بقاءه محتفظاً بكافة آثاره نحو الخصوم الأصليين، حتى فيما يتعلق بمقتضياته المبطلّة، طبقاً لمبدأ الأثر النسبي للطعن، باستثناء حالة عدم قابلية الموضوع للتجزئة<sup>4</sup>.

وإما ترفض المحكمة الاعتراض، فيجوز لها الحكم على المعترض بغرامة مدنية من عشرة آلاف دينار (10.000 دج) إلى عشرين ألف دينار (20.000 دج) دون الإخلال بالتعويضات المدنية التي قد يطالب بها الخصوم. وفي هذه الحالة يقضي بعدم استرداد مبلغ الكفالة<sup>5</sup>.

هذه جملة الإجراءات التي نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تمكن أحد الزوجين وكل من له مصلحة الوصول إلى هيئة القضاء، يعرب فيها عن رغبته في الحكم بفسخ عقد الزواج أو تقرير بطلانه. وبعد دخول النزاع في ولاية القضاء، تكون وظيفة المحكمة الوقوف على

<sup>1</sup> - يعقوبي عبد الرزاق، المرجع السابق، ج1، ص370.

<sup>2</sup> - المادة 385 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>3</sup> - عبد العزيز سعد، طرق...، المرجع السابق، ص88.

<sup>4</sup> - بريارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص287.

<sup>5</sup> - المادة 388 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

حالات الزواج الباطل وحالات الزواج الفاسد، على أساس التكييف من حيث الأركان والشروط وعلى أساس الآثار المترتبة عنهما، وهذا ما سنحاول دراسته تبعا في الفصل الثاني.

## الفصل الثاني

### التمييز بين عقود الزواج غير الصحيحة

الأصل، عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة عدم التمييز بين الباطل والفاسد في العقود عامة، فلا يراد بالباطل ما نهي عنه لذاته والفاسد ما نهي عنه لوصفه اللازم، فهما سواء لا يترتب عليهما أي أثر من الآثار التي تكون للعقد في ذاته، ولكن عند عرض المسائل الفقهية التطبيقية نجدهم فرقوا بين عقود الزواج غير الصحيحة سواء من حيث التسمية أو من حيث الآثار.

فقهاء الحنفية وإن كان الأصل العام عندهم التمييز بين الباطل والفاسد في نطاق المعاملات المالية، إلا أنهم اختلفوا في الأخذ بهذا التمييز في نطاق عقد الزواج، فيرى بعضهم أن التفرقة محصورة في نطاق العقود المالية، بينما يرى البعض الآخر أنها تشمل عقد الزواج.

المشروع الجزائري ورغم تمييزه بين الباطل والفاسد في نطاق عقد الزواج، إلا أنه وعند عرضه للنصوص المتعلقة بالزواج غير الصحيح لم يوضح حالات الزواج الباطل والفاسد، كما لم يبين الآثار المترتبة عن كل منهما، بل هنالك غموض وتضارب في النصوص.

وفقا لما سبق، يتبادر في ذهننا الإشكال التالي: ما موقف الفقه والقانون من التمييز بين عقود

الزواج غير الصحيحة؟ وما هي الآثار المترتبة عنها؟

واستنادا للتساؤل المثار، سوف نعالج في هذا الفصل، موقف الفقه والقانون من التمييز بين عقود الزواج غير الصحيحة (المبحث الأول)، ثم سنتناول الآثار المترتبة عن عقود الزواج غير الصحيحة (المبحث الثاني).



## المبحث الأول

### موقف الفقه والقانون من التمييز بين عقود الزواج غير الصحيحة

التمييز بين الباطل والفساد في نطاق عقود الزواج غير الصحيحة، لم يتفق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية. فجمهور الفقهاء وإن اتفقوا على الترادف بين الباطل والفساد، اختلفوا في الأخذ به في مسائل عقد الزواج. وفقهاء الحنفية وإن اتفقوا على التباين بين الباطل والفساد، اختلفوا في الأخذ بالتمييز في عقد الزواج.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بمذهب الحنفية في تقسيم الزواج غير الصحيح إلى زواج باطل وزواج فاسد، ولكنه لم يضع نظرية ممهدة للتمييز بين الزواج الباطل والزواج الفاسد سواء من حيث تكييف الأركان والشروط أو من حيث الآثار المترتبة عن كل منهما.

وعليه، يمكن إثارة التساؤل التالي: ما موقف الفقه والقانون من قاعدة ترادف أو تباين البطلان والفساد في عقد الزواج؟

ومن خلال الإشكالية المثارة، سوف نعالج في هذا المبحث موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التمييز بين عقود الزواج غير الصحيحة (المطلب الأول)، ثم نتناول بعد ذلك موقف القانون من هذا التمييز (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التمييز بين عقود الزواج غير الصحيحة

قلنا فيما سبق، الأصل عند فقهاء الحنفية التفرقة بين البطلان والفساد في نطاق المعاملات المالية المنشئة للالتزامات المتقابلة. أما جمهور الفقهاء فرأيهم مناقض، فالأصل عندهم عدم التفرقة بين العقد الباطل والعقد الفاسد.

وعلى ضوء ما سبق يتبادر في ذهننا التساؤل التالي: ما مدى التزام كل رأي بأصله في نطاق عقد الزواج؟

وبناء على الإشكالية المثارة، سوف نعالج في هذا المطلب، موقف جمهور الفقهاء من التمييز بين عقود الزواج غير الصحيحة (الفرع الأول)، ثم نتناول موقف فقهاء الحنفية من هذا التمييز (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### موقف جمهور الفقهاء من التمييز بين عقود الزواج غير الصحيحة

يذهب جمهور الفقهاء إلى أن الزواج ينقسم إلى قسمين: زواج صحيح وغير صحيح، بدون تمييز بين الباطل والفساد. ولكن عند عرضهم لبعض المسائل الفقهية، نجد كل مذهب من المذاهب له حصته في التفريق تحت عناوين مختلفة، وهذا ما سنحاول معالجته في هذا الفرع.

### أولاً- موقف فقهاء المالكية من التمييز بين عقود الزواج غير الصحيحة

الزواج الفاسد أو الباطل عند المالكية نوعان:

1- زواج متفق على فساده بين الفقهاء: كالزواج بإحدى المحارم من نسب أو رضاع، والجمع بين ما لا يحل الجمع بينهما، وزواج المرأة في عدتها<sup>1</sup>.

2- زواج مختلف على فساده بين الفقهاء: كنكاح المحرم بحج أو عمرة، ونكاح الشغار، حتى ولو كان الخلاف خارج المذهب، بشرط أن يكون الخلاف قويا<sup>2</sup>.

وإذا وقع الزواج الفاسد أو الباطل، فإنه بالنسبة لاستحقاق الفسخ ثلاثة أقسام:

1- ما يفسخ قبل الدخول وبعده ما لم يطل الزمان، ولا يفسخ بعد الدخول إن طال: وهو في ثلاثة مسائل:

زواج الصغيرة اليتيمة إذا تزوجت مع فقد شرط من شروطها، وزواج الشريفة بالولاية العامة مع وجود ولي خاص غير مجبر، وزواج السر<sup>3</sup>.

والفسخ يكون بطلاق لأنه مختلف على فساده<sup>4</sup>، ومحل الفسخ ما لم يدخل ويطل، فإن دخل وطال الزمان فلا يفسخ لحصول مظنة الظهور والاشتهار بين الناس<sup>5</sup>.

2- ما يفسخ قبل الدخول لا بعده: وهو ما كان الفساد لصدقه، كالزواج بشيء مما لا يصح الالتزام به شرعا كالخمر، أو لكونه لا ينتفع به كالحنزير، أو غير مقدور على تسليمه كالأبق<sup>6</sup>، أو

<sup>1</sup> - أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، المرجع السابق، ج2، ص61.

<sup>2</sup> - أبي عبد الله محمد الخرشبي، المرجع السابق، ج3، ص197.

<sup>3</sup> - وهو ما أوصى فيه الزوج الشهود بكتمه من زوجته، أو عن جماعة ولو أهل منزل، خوفا من ظالم أو نحوه. أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، المرجع السابق، ج2، ص236.

<sup>4</sup> - فبعض أصحاب الإمام مالك يرون جواز نكاح السر، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي. شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص237.

<sup>5</sup> - أبي عبد الله محمد الخرشبي، المرجع السابق، ج3، ص194.

<sup>6</sup> - الأبق هو العبد الهارب من سيده. أنظر، علي بن هادية، بلحسن البليش، الجيلاني بن الحاج يحيى، القاموس الجديد للطلاب، ط7، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص2.

اشتمال عقد الزواج على شروط تؤثر فيه مثل الزواج بشرط ألا تعاشره الزوجة، أو ألا يعاشرها إلا ليلاً أو نهاراً، أو ألا يقسم بينها وبين زوجته الثانية في المبيت، أو ألا ينفق عليها<sup>1</sup>.

3- ما يفسخ مطلقاً قبل الدخول وبعده: وهو ما كان الفساد لخلل في الصيغة أو العاقدين أو الولي أو زواج المتعة أو زواج المريض<sup>2</sup>.

ولقد اختلف فقهاء المالكية في وقوع الميراث في الأنكحة الفاسدة إذا وقع الموت قبل الفسخ، وكذلك وقوع الطلاق فيه، فمرة اعتبر فيه الاتفاق والاختلاف، ومرة اعتبر الفسخ بعد الدخول وبعده<sup>3</sup>.

وحاصل ما سبق، يتبين أن هناك اضطراب في المذهب المالكي بشأن دليل الفسخ للتفرقة بين عقود الزواج غير الصحيحة، ولقد أرجع ابن رشد ذلك إلى قوة أو ضعف دليل الفسخ، فقال: "فمتى كان الدليل عنده قويا فسخ قبله وبعده، ومتى كان ضعيفا فسخ قبل ولم يفسخ بعد، وسواء كان الدليل القوي متفقا عليه أو مختلفا فيه"<sup>4</sup>.

### ثانياً- موقف فقهاء الحنابلة من التمييز بين عقود الزواج غير الصحيحة

الباطل والفساد مترادفان عند فقهاء الحنابلة<sup>5</sup>، ولكن الناظر في كثير من مسائلهم يجد أنهم يفرقون بين الباطل والفساد في عقد الزواج، فالمسائل التي حكموا عليها بالفساد كانت مختلفا فيها بين

<sup>1</sup> - أنظر، عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، ج2، ط1، المطبعة التونسية، تونس، 1339، ص43-44؛ أنظر، أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج2، دار المعارف، القاهرة، 1991، ص384-386؛ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص294.

<sup>2</sup> - أبي الركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير، نفس المرجع، ج2، ص386-387.

<sup>3</sup> - محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص60.

<sup>4</sup> - محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، نفس المرجع، ج2، ص60.

<sup>5</sup> - أبي الحسن علاء الدين بن محمد بن عباس البعلبي الحنبلي المعروف بابن اللحام، المرجع السابق، ص152؛ موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن قدامة، روضة...، المرجع السابق، ص31.

الفقهاء أو يسوغ فيها الاجتهاد، والتي حكموا عليها بالباطل كانت مجعاً عليها، فيقولون في الأول زواج فاسد مختلف على بطلانه، وفي الثاني زواج باطل مجمع على بطلانه<sup>1</sup>.

ومن أمثلة الزواج الباطل:

### 1- نكاح الشغار

الشغار هو أن يزوج الرجل وليته من رجل على أن يزوجه الآخر وليته، ولا مهر بينهما، أو يكون بضع كل واحدة منهما مهر للأخرى<sup>2</sup>، لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما: "أن رسول الله ﷺ نهي عن الشغار. والشغار أن يُزوج الرجل ابنته على أن يُزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق"<sup>3</sup>. ونكاح الشغار باطل عند الأئمة الثلاثة وقال أبو حنيفة يصح بمهر المثل<sup>4</sup>.

### 2- نكاح المحلل

وهو أن يتزوج المطلقة ثلاثاً على أنه إذا أحلها لمطلقها طلقها أو يتزوجها على أنه إذا أحلها فلا نكاح بينهما<sup>5</sup>. فهذا الزواج باطل لحديث النبي ﷺ "لعن الله المحلل والمحلل له"<sup>6</sup>.

### 3- نكاح المتعة

هو أن يتزوجها زواجا مؤقتاً إلى أجل، مثل أن يقول: زوجتك شهر أو سنة أو إلى انقضاء الموسم ونحوه، سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة. فهذا الزواج باطل، لما روى علي بن أبي طالب رضي الله عنه: "أن الرسول ﷺ نهي عن متعة النساء يوم خيبر، وعن أكل لحوم الحمر الإنسية"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوح الحنبلي المعروف بابن النجار، المرجع السابق، ص474.

<sup>2</sup> - موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج10، ص42-43.

<sup>3</sup> - أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج3، ص366.

<sup>4</sup> - أبي الحسين مسلم بن الحجاج ابن مسلم القشيري النيسابوري، المرجع السابق، ج4، على هامش ص140.

<sup>5</sup> - منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، شرح...، المرجع السابق، ج5، ص185.

<sup>6</sup> - أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، المرجع السابق، ج2، ص388.

<sup>7</sup> - أنظر، مالك بن أنس الأصبحي، الموطأ، دار الحديث، القاهرة، 2005، ص381.

ومن الانكحة الباطلة: نكاح المرأة المتزوجة أو المعتدة، وشبهه<sup>1</sup>.

ومن أمثلة الزواج الفاسد:

## 1- الزواج بدون ولي

لا يصح الزواج إلا بولي، فلو زوجت المرأة نفسها، أو زوجت غيرها، أو وكلت المرأة غير وليها في تزويجها، لم يصح الزواج وأعتبر العقد فاسدا، لأن الولاية شرط في النكاح<sup>2</sup>.

## 2- الزواج بدون شهود

لا ينعقد الزواج إلا بشاهدين، لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"<sup>3</sup>. فإذا وقع أعتبر العقد فاسدا، لأن المشهور عن الإمام أحمد رحمه الله أن الشهادة شرط لصحة النكاح<sup>4</sup>.

تفرقة فقهاء الحنابلة بين الباطل والفساد في بعض مسائل الزواج، يوهم أنهم خالفوا قاعدة الترادف بين الباطل والفساد، فيكونون بذلك قد طردوا أصلهم. والذي يظهر أن ذلك ليس خروج عن أصلهم، فالتفرقة بين الباطل والفساد ليس على أصول الحنفية في أن الباطل ما لم يشرع بالكلية، والفساد ما شرع أصله، ولكن امتنع لاشتماله على وصف محرم.

فعند الحنابلة كل ما كان منهي عنه إما لعينه أو لوصفه، فهو باطل أو فاسد، فلا فرق بينهما في المنهي عنه، وإنما الفرق بين الفاسد والباطل في مسائل الدليل، ولا يعد ذلك خروجا عن أصلهم. فالزواج الباطل: ما كان مجمع على بطلانه، بحيث لا يترتب عليه شيء من أحكام الزواج الصحيح.

<sup>1</sup> - موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص354.

<sup>2</sup> - موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، نفس المرجع، ج9، ص345.

<sup>3</sup> - محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل...، المرجع السابق، ج6، ص143.

<sup>4</sup> - شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة، المرجع السابق، ج20، ص245.

أما الفاسد: ما كان مختلف على بطلانه أو ما يسوغ في الاجتهاد، فيثبت له بعض أحكام الزواج الصحيح<sup>1</sup>.

### ثالثاً- موقف فقهاء الشافعية من التمييز بين عقود الزواج غير الصحيحة

الأصل العام عند فقهاء الشافعية عدم التفرقة بين الباطل والفاسد، فالنهي عن الشيء لذاته كالنهي عنه لوصفه، كلاهما يقتضي الفساد، الذي هو بمعنى البطلان، ولكن على الرغم من ذلك ذكروا مسائل يفرقون فيها بين الباطل والفاسد<sup>2</sup>.

التباين بين الباطل والفاسد في بعض المسائل الفقهية، ليس على أصل الحنفية في تفريقهم بين النهي عنه لذاته والنهي عنه لوصفه اللازم، حيث رتبوا على الأول البطلان وعلى الثاني الفساد. وفي هذا المعنى يقول السبكي: "وفرق أصحابنا بين الباطل والفاسد فرقا ليس على أصول الحنفية"<sup>3</sup>.

والظاهر أن فقهاء الشافعية لا يفرقون بين الباطل والفساد في الزواج غير الصحيح، فيصيفون كل ما اختل فيه ركن من أركانه أو شرط من شروطه بالباطل، وقد يعبر عنه بالفاسد من باب ترادف الألفاظ على المعنى الواحد. والأحكام التي رتبوها على بعض صور الزواج غير الصحيح، ليس سببها العقد الفاسد في حد ذاته لكونه غير موجود فلا يترتب عليه أي أثر من الآثار المقررة للزواج الصحيح، وإنما مناط ترتيبها الوطاء مع وجود الشبهة. والاختلاف بين الفقهاء في صحة أو إباحة بعض صور الزواج غير الصحيح كالوطء بلا ولي أو بلا شهود، من أقوى الشبهات، فيدرأ الحد، ويجب المهر، ويثبت النسب، وتجب العدة، وتثبت حرمة المصاهرة<sup>4</sup>.

وحاصل ما سبق، أن فقهاء الشافعية لم يناقضوا أصلهم العام القاضي بترادف الباطل والفاسد، بل تفرقتهم مردها وجود بعض المسائل رتبوا عليها بعض آثار الصحيح، وهذه الآثار لم

<sup>1</sup> - أبي الحسن علاء الدين بن محمد بن عباس البعلبي الخنبلي المعروف بابن اللحام، المرجع السابق، ص152-155.

<sup>2</sup> - جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المرجع السابق، ج2، ص33.

<sup>3</sup> - تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي السبكي، المرجع السابق، ج2، ص98.

<sup>4</sup> - أبو بكر محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج17، ص246-248.

تترتب على تلك التصرفات باعتبار ذاتها، لأنها غير مشروعة، بل مبنية على التخصيص، لأن أصله العام هو الترادف، فخصصوه في بعض المسائل الفقهية حيث فرقوا فيها بين الباطل والفاسد، ورتبوا على هذا الأخير بعض أحكام الصحيح.

## الفرع الثاني

### موقف فقهاء الحنفية من التمييز بين عقود الزواج غير الصحيحة

تقدم سابقا أن فقهاء الحنفية يفرقون بين العقد الباطل والعقد الفاسد في نطاق العقود المالية المنشئة للالتزامات المتقابلة، فالعقد الباطل هو ما لم يكن مشروعاً بأصله ولا وصفه والعقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه. أما فيما يتعلق بعقد الزواج فقد اختلف الفقهاء في الأخذ بهذا التمييز.

فكثير من عبارات قدامى المؤلفين، وعليه المحققين تفيد أنهم لا يرون فرقا بين بطلان الزواج لخلل في ركن العقد وبين فساد الزواج لخلل في وصفه اللازم<sup>1</sup>. فصاحب الهداية لم يذكر فرقا بين باطل النكاح وفساده، فهو أحيانا يعبر عن النكاح غير الصحيح بالباطل وأحيانا بالفاسد من غير سبب يوحى بالتفرقة بينهما<sup>2</sup>، ويعلق عليه ابن الهمام فيقول: "وذكر الفاسد فيما تقدم ولا فرق بينهما في النكاح بخلاف البيع"<sup>3</sup>.

وكذلك يسوي الإمام الأزميري بين الباطل والفاسد في باب النكاح، فيقول: "المراد بالفاسد في باب النكاح هو الباطل"<sup>4</sup>. ويقول أيضا صاحب البدائع: "النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة

<sup>1</sup> - أنظر، محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971، ص 199-200؛ أنظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957، ص 148.

<sup>2</sup> - برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، المرجع السابق، ج 2، ص 382.

<sup>3</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ج 2، ص 382.

<sup>4</sup> - محمد الأزميري، المرجع السابق، ج 1، ص 327.



لانعدام محله، أعني: محل حكمه، وهو الملك<sup>1</sup>. والمعلوم أن انتفاء محل العقد خلل في ذاته يوجب البطلان، وقد سماه فاسد.

واستدلوا على ذلك بأن النكاح بلا شهود والنكاح بالمحارم كلاهما باطل، والأول - كما نعلم - النهي عنه لخلل في الوصف وهو انتفاء شرط الصحة، والثاني انتفاء المحل وهو خلل في الأصل، خلافاً لمقتضى الأصل العام عندهم في العقود المالية من أن الأول يوجب الفساد والثاني البطلان.

فيقول فخر الإسلام في أصوله أن النكاح بغير شهود باطل في قوله ﷺ: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"<sup>2</sup>، ويعلل على ذلك: "...لأنه منفي بقوله عليه السلام لا نكاح إلا بشهود فكان فسحاً وإبطالاً"<sup>3</sup>. والنفي غير النهي، إذ الأول يوجب رفع المشروعية أصلاً ونسخها.

كذلك نكاح المحارم كما يقول البزدوي: "منفي لعدم محله"<sup>4</sup>. ويعلق الإمام البخاري على ذلك أن التحريم في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾<sup>5</sup>. مضافة إلى العين، والحرمة إذا أضيفت إلى العين أخرجتها من محلية الفعل، فوجب حمل التحريم على النفي لا النهي<sup>6</sup>.

ويعللون أيضاً بطلان عقد النكاح بدون شهود بقولهم: إذا سلمنا أن النكاح بغير شهود منهي عنه لا منفي، فإن نهيه يوجب البطلان، لأنه لا خلاف في أن النهي يوجب الحرمة، والنكاح أثره الوحيد هو الحل لا الملك، وإنما يثبت الملك ضرورة واقتضاء لا مقصوداً أصلياً، فكان الملك تابعا للحل. وإذا كان موجب النكاح وأثره الأصلي هو الحل ومقتضى النهي هو الحرمة، فإن الحل والحرمة لا يجتمعان في محل واحد بداهة للتضاد، فكان باطلاً، بخلاف البيع فإن موجبها الأصلي هو الملك،

<sup>1</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص615.

<sup>2</sup> - محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل...، المرجع السابق، ج6، ص144.

<sup>3</sup> - أنظر، أبو الحسن بن محمد بن حسين البزدوي، أصول البزدوي، ج1، الشركة الصحافية العثمانية، 1310<sup>هـ</sup>، ص282.

<sup>4</sup> - أبو الحسن بن محمد بن حسين البزدوي، نفس المرجع، ج1، ص283.

<sup>5</sup> - سورة النساء، الآية23.

<sup>6</sup> - عبد العزيز البخاري، المرجع السابق، ج1، ص283.

بينما الحل فهو تابع له، والمملك مع صفة الحرمة يجتمعان فيكون العقد مشروعاً في موضع الحرمة كمن اشترى آمة محوسية أو مرتدة فيثبت المملك مع الحرمة<sup>1</sup>.

الأصل في النكاح، ألا وجود له حقيقة، لانعدام محله، وبعبارة أدق لانعدام محل حكمه وهو المملك، لأن المملك يثبت في منافع البضع، وهذه المنافع ملحقة بأجزاء جسم المرأة كلها، والمرأة حرة في جميع أجزائها، فلا يثبت المملك فيها، لأن المملك ينافي الحرية، فانعدم محل الحكم، ولا وجود للعقد إذا انعدم محل حكمه وهو المملك<sup>2</sup>.

غير أن المشارع أسقط اعتبار المنافي في النكاح الصحيح، وأثبت المملك ليظهر أثره في حل الاستمتاع، فأصبح الزواج مشروع ضرورة لبقاء النسل، إذ لو لم يشرع لاجتماع الذكور والإناث على وجه السفاح بداعية الشهوة، وفيه من الفساد ما لا يخفى<sup>3</sup>.

بينما النكاح الفاسد، فيبقى على أصله غير منعقد، لانعدام الضرورة إذا لم يحصل دخول، وهذا ما أشار إليه الإمام الكاساني بقوله: "وأما النكاح الفاسد فلا حكم له قبل الدخول، وأما بعد الدخول فيتعلق به أحكام، منها ثبوت النسب، ومنها وجوب العدة، وهو حكم الدخول في الحقيقة، ومنها وجوب المهر"<sup>4</sup>.

وبناء عليه، لا يترتب على الزواج الباطل والفساد شيء من آثار عقد الزواج الصحيح، ما لم يحصل دخول، ولكن إن حصل دخول فتترتب على العقد بعض الآثار من ثبوت نسب، ووجوب العدة، وثبوت المهر. وهذه الآثار لم تثبت بسبب العقد، وإنما هي ثابتة بواقعة الدخول مع شبهة العقد<sup>5</sup>.

1 - عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري، المرجع السابق، ج1، ص221

2 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص615.

3 - عبد العزيز البخاري، المرجع السابق، ج1، ص283.

4 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص615.

5 - سعد الدين التفتازاني، المرجع السابق، ج1، ص221.

وإلى جانب هذا الرأي، ذهب بعض فقهاء الحنفية<sup>1</sup> إلى التفرقة بين الزواج الباطل والزواج الفاسد، وإن كانوا لم يضعوا ضابطا واضحا وصريحا للتفرقة بينهما، ويؤيد هذه التفرقة الكثير من الفقهاء المحدثين<sup>2</sup>، وذلك كسائر العقود المالية.

فالزواج الباطل هو الذي فقد شرطا من شروط الانعقاد، لأن فقدان أي شرط من هذه الشروط يوجب خلل في صلب العقد، فيكون وجوده كعدمه، ولهذا فهم يعرفونه بأنه ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه. أما الزواج الفاسد فهو الذي فقد شرطا من شروط الصحة، لأن فقدان أي شرط من هذه الشروط يوجب خلل في وصف العقد، ولهذا يعرفونه بأنه ما شرع بأصله دون وصفه<sup>3</sup>.

وقد جرى بعض الفقهاء<sup>4</sup> على تسمية عقد الزواج الذي فقد أحد مقوماته، وترتبت عليه بعض آثار الزواج الصحيح بالعقد الباطل المشتبه، والذي لا يترتب عليه أي أثر بالعقد الباطل المشتبه، وذلك لأن سبب ترتب بعض الآثار عليه قيام الشبهة، كشبهة الحل مثل الزواج بدون شهود، أو شبهة الاشتباه مثل من اعتقد أن أخته من الرضاع حلالا وهو يجهل الحكم، أو شبهة العقد مثل صدور الإيجاب والقبول من العاقدين مع كون أحدهما فاقد الأهلية عند أبي حنيفة خلافا للصاحبين.

وسبب الخلاف بين فقهاء الحنفية، يرجع إلى طبيعة عقد الزواج، فمن لم يفرق بين الزواج الباطل والزواج الفاسد، غلبوا جانب العبادات في عقد الزواج، فألحقوه بها، إذ جعلوا موجب النكاح وأثره الأصلي هو الحل ومقتضى النهي هو الحرمة، والحل والحرمة ضدان لا يجتمعان في محل واحد

<sup>1</sup> - زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج4، ص156؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص274.

<sup>2</sup> - أنظر، عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم، الكويت، 1990، ص39؛ أنظر، بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط2، دار التأليف، مصر، 1961، ص138؛ أنظر، رمضان علي السيد الشرنباوي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص335؛ أنظر، محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص114-115.

<sup>3</sup> - بدران أبو العينين بدران، نفس المرجع، ص138.

<sup>4</sup> - أنظر، محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر، الأردن، 2007، ص87-88.

بداهة فكان باطلا<sup>1</sup>، ولهذا كان النهي عن بعض صور النكاح - أيا كان مورد النهي لذات أو وصف ملازم أو وصف مجاور- يوجب البطلان.

كذلك العبادة، فالمقصود منها هو الطاعة والقربة، والنهي عنها يقتضي المعصية، فتباين أثر العبادة وحكم النهي، لأن الطاعة والمعصية لا يجتمعان في محل واحد فتضادا، فكان فاسد العبادة مرادف لباطلها، بفوات الركن أو الشرط<sup>2</sup>.

ومن فرق بين الزواج الباطل والزواج الفاسد، غلبوا جانب المعاملات، فألحقوه بها، إذ أن ترتب بعض آثار الزواج الصحيح على بعض عقود الزواج، هو مناط التفرقة بين الباطل والفاسد.

فالعقد الباطل، لا يترتب عليه أي أثر من آثار العقد الصحيح، لخلل في ركنه أو شرائط انعقاده، كما في نكاح المحارم. والعقد الفاسد في المعاوضات، لا يفيد شيئا قبل القبض، فهو والباطل سواء من حيث عدم ترتب الأثر، غير أنه منعقد ولكن يجب فسخه حقا للشرع. أما بعد القبض، فإنه يفيد الملك في الجملة، ولكنه ملك من نوع خاص، فهو ملك ضروري مفترض، ولكن يجب فسخه أيضا بعد القبض، حقا للشرع.

وكذلك عقد الزواج الفاسد، لا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول، ولكن يجب فسخه، حقا للشرع. أما بعد الدخول، فتنشأ الضرورة التي تقضي ترتيب بعض الآثار عليه<sup>3</sup>، ويجب فسخه أيضا بعد الدخول، حقا للشرع.

فكأن الدخول في الزواج الفاسد، بمثابة القبض في عقد المعاوضات، يتقوى كل واحد منهما على إنتاج حكمه، ولكن مع وجوب الفسخ، طوعا أو كرها، حقا للشرع<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - عبيد الله بن مسعود البخاري، المرجع السابق، ج1، ص221.

<sup>2</sup> - محمد أمين المعروف بأمرير بادشاه، المرجع السابق، ج2، ص236؛ عبد العلي محمد بن نظام الدين محمد السهالوي، المرجع السابق، ج1، ص429.

<sup>3</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص615.

<sup>4</sup> - فتحي الدريني، بحوث....، المرجع السابق، ص319-320.

والراجح هو ما ذهب إليه فقهاء الحنفية في التفريق بين العقود الباطلة والفاسدة في نطاق المعاملات المالية وفي نطاق عقد الزواج، لأن المتبوع لصور الزواج غير الصحيح عموماً يجدها تتنوع إلى نوعين:

فالنوع الأول لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح حتى ولو وقع دخول، كزواج الأخت أو البنت وغيرهما من المحارم. أما النوع الثاني يترتب على الدخول بالمرأة بعض الآثار، كالزواج بغير شهود والزواج المؤقت<sup>1</sup>.

وطالما الأمر كذلك فمن المستحسن التمييز بين هذين النوعين، بحيث يسمى النوع الأول الذي لا يترتب عليه أي أثر بالباطل، والنوع الثاني الذي يترتب عليه بعض الآثار بالفاسد. وكل منهما وإن لحقه خلل إلا أنه يمكن التمييز بينهما بأن ما أصابه الخلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط الانعقاد يكون العقد باطلاً، لأن هذا الخلل ينعقد معه العقد حقيقة أو حكماً مع وجود صورته. وما أصابه الخلل في شرط من شروط الصحة يكون العقد فاسداً، لأن العقد مع هذا الخلل موجود حقيقة وحكماً ولكنه غير صالح لترتب الآثار عليه في ذاته، فإن حصل دخول ترتبت عليه بعض الآثار<sup>2</sup>.

ولقد تبني المشرع الجزائري الرأي الذي يفرق بين الزواج الباطل والزواج الفاسد، وهذا ما سنحاول توضيحه تبعا.

<sup>1</sup> - زبير مصطفى حسين، المرجع السابق، ص 286.

<sup>2</sup> - محمد مصطفى شلبي، أحكام...، المرجع السابق، ص 337.

## المطلب الثاني

### موقف القانون من التمييز بين عقود الزواج غير الصحيحة

تأثر المشرع الجزائري بأحكام الفقه الإسلامي باستعماله مصطلحي الباطل والفساد، حيث عنون الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول بـ"النكاح الفاسد والباطل". وهو بذلك قد تبنى الرأي الذي يفرق بين الزواج الباطل والزواج الفاسد. فما هو الضابط الذي اعتمده المشرع للتمييز بين باطل الزواج وفساده؟

سيتم تخصيص هذا المطلب للزواج الباطل (الفرع الأول)، ثم الزواج الفاسد (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### الزواج الباطل

لقد تجنب المشرع الجزائري وضع تعريف للزواج الباطل، اعتقاداً منه بأن هذه المسألة تغلب عليها الصفة الفقهية، واكتفى بذكر الحالات التي يكون فيها الزواج باطلاً.

وإن كان المشرع لم يعرفه، إلا أن شارحي هذا القانون عرفوه بأنه: "الذي اختل فيه أمر أساسي أو فقد شرطاً من شروط الانعقاد"<sup>1</sup>. وجاء في تعريف آخر أنه: "الذي يختل فيه شرط من شروط الانعقاد"<sup>2</sup>. كما جاء في تعريف آخر أنه: "كل عقد فقد ركناً من أركانه الأساسية"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، طاهري حسين، الأوسط ي شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ص57.

<sup>2</sup> - أنظر، فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص163.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومه، الجزائر، 2015، ص491.

فكل التعريفات السالفة ذكرها، وإن كانت تختلف عن بعضها البعض من حيث الصياغة، فإنها متقاربة من حيث المعنى، ولعل من التعاريف التي تبدو أقرب إلى التعاريف الفقهية، التي جاء فيها بأن الزواج الباطل هو: "كل عقد تم بدون توفر أركانه وشروط انعقاده"<sup>1</sup>.

وحالات بطلان عقد الزواج في قانون الأسرة هي كما يلي:

### أولاً- تخلف ركن التراضي

عقد الزواج، مثله مثل باقي العقود المدنية الأخرى سواء التي نظمها الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي، لا ينعقد إلا بتراضي طرفيه وهما الزوج والزوجة<sup>2</sup>. ولما كان التراضي من الأمور الباطنة، فلقد جعل التعبير عنه بصيغة تدل على الإيجاب والقبول.

ومن ثم تقضي المادة 10 من قانون الأسرة، على أن التراضي يكون بإيجاب صادر من الزوج أو من الزوجة، وقبول صادر من الجانب الآخر، بكل الألفاظ التي تريد معنى الزواج شرعاً، مع صحة الإيجاب والقبول من العاجز عن الكتابة والإشارة، بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً<sup>3</sup>.

وعليه، فانعدام ركن التراضي، يعتبر الزواج باطلاً، طبقاً لما قرره المشرع بالمادة 33 في فقرتها الأولى من قانون الأسرة، والتي تنص على أنه: "بيطل الزواج إذا اختل ركن الرضا". وتأكيداً على ذلك قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها بأن إعلان الزوجة (الطاعنة) منذ البداية عدم رضاها عن الزواج، فإن القبول يكون منعدماً وهو ما يجعل ركن الرضا غير تام في العقد، الأمر الذي يؤدي إلى بطلان عقد الزواج، ولما قضى قضاة المجلس على المستأنفة بإتمام إجراءات الزواج يكونون قد أجبروها على تنفيذ عقد باطل، وخالفوا بقضائهم القانون، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 2000/07/18

<sup>1</sup> - أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط4، دار هومه، الجزائر، 2013، ص77.

<sup>2</sup> - أنظر، محمد الكشور، المرجع السابق، ج1، ص199.

<sup>3</sup> - لقد أخطأ المشرع الجزائري حين استعماله لمصطلح "رضاء" بدلا من التراضي، لأن الرضاء هو الذي يصدر من جانب واحد، بينما التراضي، وهو المقصود هنا كركن في العقد، يصدر من الطرفين. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص28.

والذي جاء فيه: "يطل الزواج بانعدام ركن الرضا. ولا يحق للقضاة إجبار المرأة غير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج"<sup>1</sup>.

### ثانيا- وجود مانع من موانع الزواج

لقد نظم المشرع الجزائري موانع الزواج عموما (المؤبدة والمؤقتة)، في المواد من 23 إلى 31 من قانون الأسرة، كما نصت المادة 9 مكرر من نفس القانون، على أنه يجب أن يتوفر في عقد الزواج شرط انعدام الموانع الشرعية.

وبالرجوع إلى المادة 24 من قانون الأسرة، نجد أن المحرمات على التأيد هي ثلاثة أصناف:

- المحرمات بسبب القرابة أو النسب.

- المحرمات بسبب المصاهرة.

- المحرمات بسبب الرضاع.

وبالرجوع إلى المادة 30 من قانون الأسرة نجد أنها حصرت المحرمات المؤقتة في ستة أصناف:

- المحصنة.

- المعتدة من طلاق أو وفاة.

- المطلقة ثلاثا.

- الجمع بين المحارم.

- زواج المسلمة بغير المسلم.

- الخامسة حال الزواج بأربعة في العصمة (المادة 8 من قانون الأسرة).

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 2000/07/18، ملف رقم 249128، م ق، 2003، عدد2، ص267.



وهكذا، إذا تزوج رجل بامرأة تحرم عليه حرمة مؤبد أو مؤقتة، فإن الزواج يكون باطلا، يجب فسخه قبل الدخول وبعده، مع ثبوت النسب ووجوب الاستبراء، وذلك استنادا لنص المادة 34 من قانون الأسرة.

فاعتبرت المحكمة العليا بأن حمل الزوجة من غير زوجها الشرعي يعتبر مانعا من موانع الزواج والذي يترتب عليه البطلان، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 2006/10/11 الذي قضى بأن: "البناء بالزوجة وهي حامل من غير زواج شرعي، يبطل عقد الزواج، ويحمل الزوجة مسؤولية الطلاق"<sup>1</sup>.

كما أن الزوجة إذا طلقت وهي في عدة الحمل، ثم تزوجت وهي لازالت في العدة، أعتبر زواجها الثاني باطل، لأن عدتها وضع حملها، وما دام الزواج الثاني باطل لا يعتبر فراشا، ومع ذلك لا يمكن إثبات النسب طبقا لقاعدة الولد للفراش، وهذا ما قضت به المحكمة في قرارها الصادر بتاريخ 1998/05/19 حيث جاء فيه: "من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل ومن المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر. ومتى تبين - في قضية الحال - أن الزواج وقع على امرأة مازالت في عدة الحمل، أن الحمل وضع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وأن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعنة بنت للزوج الثاني اعتمادا على قاعدة الولد للفراش، مع أن الزواج الثاني باطل شرعا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة"<sup>2</sup>.

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يفرق بين البطلان والفساد في زواج المحارم، على عكس فقهاء الحنفية الذين اعتبروا أن الزواج بإحدى المحارم نسبا أو رضاعا أو مصاهرة مع العلم بالحرمة يكون باطلا. أما إذا كان غير عالم بالحرمة يكون فاسدا بعد الدخول<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 2006/10/11، ملف رقم 371562، م م ع، 2007، عدد2، ص457.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 1998/05/19، ملف رقم 193825، إ ق، 2001، عدد خاص، ص73.

<sup>3</sup> - عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص41.

## ثالثا- اختلاف الدين

نصت المادة 30 من قانون الأسرة: "يحرم من النساء مؤقتا:...زواج المسلمة من غير المسلم". هذا النص فيه بيان كاف على أن زواج المسلمة الجزائرية من مشرك، يعتبر باطلا غير منعقد، ويجب التفريق بينهما<sup>1</sup>، ولا يحتج به أمام القضاء الجزائري ولو أبرم في بلد أجنبي وأجازته، لمخالفته النظام العام في الجزائر<sup>2</sup>.

ويستوي إطلاق لفظ المشرك، في الزوج الذي يدين بدين سماوي فيما عدا الإسلام، والذي لا يدين بدين سماوي، فهما في التحريم سواء، ويقوم مقامهما كل من ارتد عن الإسلام<sup>3</sup>.

وينصرف البطلان أيضا، في حالة زواج المسلم مع امرأة لا تدين مطلقا بدين سماوي ولا تؤمن برسول ولا بكتاب إلهي، كأن تكون مشركة من الوثنيات اللاتي يعبدن الأصنام، أو الجوسيات اللاتي يعبدن النار، أو الملحدات اللاتي لا تؤمن بدين مطلقا، أو غيرهن من معتنقات المذاهب الوجودية المنكرات ما هو معلوم الدين بالضرورة. وعلى خلاف ذلك يجوز للمسلم أن يتزوج امرأة تقرر بكتاب سماوي، يهودية كانت أم نصرانية<sup>4</sup>.

## رابعا- اتحاد الجنس

لا يمكن عقد الزواج بين الرجلين أو المرأتين<sup>5</sup>، بل يجب أن يكون أحد طرفي عقد الزواج ذكرا والآخر أنثى<sup>6</sup>، لأن مسألة الفارق في الجنس في القانون الجزائري مسألة جوهرية لا تبني الرابطة الزوجية

<sup>1</sup> - عبد العزيز سعد، قانون... المرجع السابق، ص55.

<sup>2</sup> - أنظر، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، ط12، دار هوم، الجزائر، 2011، ص237.

<sup>3</sup> - أنظر، دليلا فركوس، جمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة، دار الخلدونية، الجزائر، 2016، ص182.

<sup>4</sup> - محمد الكشيبور، المرجع السابق، ج1، ص265-266.

<sup>5</sup> - Cf. BENMELHA Ghaouti, Le droit algérien de la famille, O. P. U., Alger. 1993. P.115.

<sup>6</sup> - المادة 4 من قانون الأسرة.

إلا على أساسها، فالمشروع الجزائري لا يعترف إلا بين شخصين من جنس مختلف، أي بين رجل وامرأة. وعلى ذلك أعتبر عقد الزواج من نفس الجنس باطلا (المادة 4 من قانون الأسرة)<sup>1</sup>.

### خامسا- مخالفة سن الزواج

يشترط المشروع الجزائري لصحة عقد الزواج، أن يكون كل طرفيه وهما الزوج والزوجة، بالغ سن الرشد القانوني، كما حددته المادة 7 من قانون الأسرة بتسعة عشر سنة كاملة، وهو في ذات الوقت سن الرشد القانوني (المادة 40 من القانون المدني). ولقد آثر نص المادة 7 من ذات القانون جدلا بين الشراح حول الجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج، حيث لم يجمع الفقه الجزائري على حل موحد لهذه المسألة.

يرى الاتجاه الأول، أن واضعي قانون الأسرة لم يعطوا لتحديد سن الزواج الوارد في المادة 7 من قانون الأسرة القيمة القانونية اللازمة، وبالتالي فالمشروع لم يقرر أي جزاء عند مخالفة الحد الأدنى لسن الزواج، فلا يترتب على ذلك إبطال أو فسخ عقد الزواج<sup>2</sup>.

في حين يرى الاتجاه الثاني، خلاف ذلك، فالمشروع أعطى لذلك التحديد القيمة القانونية اللازمة بمقتضى قانون 29 جوان 1963<sup>3</sup>، ويعني بذلك أن المشروع حين عالج مسألة أهلية الزواج وحدد لكل من الرجل والمرأة بتسعة عشر سنة، فيكون بذلك قد عالج النقطة نفسها التي سبق وأن عالجتها المادة الأولى من قانون 1963. وبهذا يمكن القول بأن المادة 7 من قانون الأسرة قد ألغت

<sup>1</sup> - أنظر، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 9-10.

<sup>2</sup> - أنظر، الغوتي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 31.

- Cf. BENMELHA Ghaouti, Le droit..., op. cit., p. 52.

<sup>3</sup> - قانون رقم 63-244، المؤرخ في 29 جوان 1963، المتضمن تحديد سن الزواج.

ضمينا المادة الأولى من قانون 1963 وذلك لاشتمالها على موضوع واحد<sup>1</sup> دون المواد الأخرى، ولاشتمالها على أحكام لم يتعرض لها قانون الأسرة ضمن مواده<sup>2</sup>.

بينما يرى الاتجاه الثالث، بطلان الزواج الذي تم إبرامه من قبل شخص لم تتوفر فيه الأهلية القانونية المنصوص عليها في المادة 7 من قانون الأسرة، طبقا للقواعد العامة التي تضمنتها المواد 9 و32 و33 من قانون الأسرة، لأن وجود التراضي لا يكفي لينتج أثره القانوني، بل لا بد أن يكون التراضي صحيحا، وهذا لا يكون إلا إذا صدرت الإرادة من شخص يتمتع بالأهلية اللازمة لإبرام الزواج، فإذا كان سن الشخص ناقصا فتكون إرادته مختلة وتصرفه باطلا، ولو كان نافعا له<sup>3</sup>.

نرى صحة الاتجاه الأخير، لأن تحديد سن الزواج في المادة 7 من قانون الأسرة الغرض منه حماية الصغار، وكذا المحافظة على مبدأ الرضائية في العقود، فالزواج يقوم على التراضي والاختيار الحر للمتعاقدين وفقا لإجراءات قانونية، وهي أمور لا تتحقق إلا مع توافر الأهلية المنصوص عليها في المادة 7 من قانون الأسرة وقت إبرام العقد<sup>4</sup>.

### سادسا- اشتمال عقد الزواج على شروط تنافي أصله

تبنى المشرع الجزائري بموجب المادة 19 من قانون الأسرة الرأي القائل بحرية الاشتراط عموما، ما لم تتنافى هذه الشروط مع عقد الزواج ونظامه الشرعي في الإسلام<sup>5</sup>. فإذا اشتمل عقد الزواج على شرط ينافي أصله كزواج الشغار وزواج المتعة وزواج المحلل، فتعتبر باطلة مبطللة له. أما إذا كانت

<sup>1</sup> - أنظر، عيسى حداد، عقد الزواج، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006، ص95.

<sup>2</sup> - عبد العزيز سعد، قانون... المرجع السابق، ص28.

<sup>3</sup> - أنظر، تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء، م ج، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1999، عدد4، ص89؛ أنظر، تشوار جيلالي، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، م ج، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000، عدد1، ص36.

<sup>4</sup> - أنظر، بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص160.

<sup>5</sup> - أنظر، رباحي أحمد، ضوابط حرية الاشتراط في عقد الزواج بين قانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010، عدد 7، ص33.

الشروط تتنافى ومقتضيات العقد والتي لا تؤثر على صحته كما إذا كان الشرط لا مهر لها أو لا نفقه لها، فتعتبر باطلة والعقد صحيح في نفسه، طبقاً للمادة 35 من قانون الأسرة<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### الزواج الفاسد

تجنب المشرع الجزائري وضع تعريف للزواج الفاسد، واكتفى بذكر الحالات التي يكون فيها العقد فاسداً، وهو ما تناولته المادة 33 فقرة ثانية من قانون الأسرة<sup>2</sup>.

وإن كان المشرع الجزائري لم يعرفه، فشرح هذا القانون عرفوه بأنه: "الذي يختلف فيه شرط من شروط الصحة"<sup>3</sup>. وجاء في تعريف آخر بأنه: "كل زواج تم ركنه الأساسي بالإيجاب والقبول ولكنه فقد شرطاً من شروط الصحة"<sup>4</sup>. ولا يتعد من هذا التعريف بأنه: "كل عقد زواج وقع إبرامه مستوفي الرضا بالإيجاب والقبول. وفاقداً شروط صحته"<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> - والتي تنص: "يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط ينافي ومقتضيات العقد"، والمادة 35 من ذات القانون والتي تنص: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً"، نلاحظ أن هناك تعارض أو عدم الانسجام، فنفس الواقعة (الشرط الذي ينافي العقد)، يرتب القانون حكماً مختلفين تارة بطلان العقد (المادة 32)، وتارة أخرى بطلان الشرط وصحة العقد (المادة 35).

وبالتالي ينبغي تصحيح النص بحذف عبارة (مقتضاه) في المادة 32 وإضافة هذه العبارة للمادة 35، بحيث يصبح النص في هذه المادة كالتالي: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي مقتضاه كان ذلك الشرط باطلاً والعقد صحيحاً"، ومثال ذلك كأن يشترط أن لا مهر لها أو لا ينفق عليها.

أما حالة بطلان العقد بسبب الشرط فيكون في حالة كون الشرط ينافي أصل العقد كأن يكون توقيت الزواج بمدة معينة. أنظر، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص99.

<sup>2</sup> - تنص المادة 33 فقرة ثانية من قانون الأسرة على أنه: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

<sup>3</sup> - فضيل سعد، المرجع السابق، ج1، ص163.

<sup>4</sup> - بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص499.

<sup>5</sup> - عبد العزيز سعد، قانون...، المرجع السابق، ص77.

فكل التعاريف السابقة متقاربة عموماً من حيث المعنى وإن اختلفت الصياغة، ولعل من التعاريف الأقرب إلى الوجهة الفقهية بأنه: "الذي استوفى أركانه وشروط انعقاده ولكنه فقد شرطاً من شروط صحته"<sup>1</sup>.

وحالات الزواج الفاسد في قانون الأسرة الجزائري:

### أولاً- الزواج بدون شهود

أخذ المشرع بأغلبية الفقه، حينما اعتبر الشهادة شرطاً لصحة عقد الزواج<sup>2</sup>، حيث نصت المادة 9 مكرر على ما يلي: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزوج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج".

وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1993/02/23 بأنه: "من المستقر عليه قانوناً وقضاءً، أن عقد الزواج يعتبر صحيحاً متى تم برضا الزوجين وحضور ولي الزوجة وشاهدين وصداق وأبرم أمام موثق مؤهل قانوناً"<sup>3</sup>.

كما تعتبر الشهادة من الوسائل، التي يجوز الاعتماد عليها أمام القضاء، لإثبات العلاقة الزوجية الصحيحة، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2005/02/23 بأنه: "يجوز في مسألة إثبات أو عدم إثبات واقعي الزواج العربي والطلاق، سماع الشهود، لأول مرة، على مستوى الاستئناف"<sup>4</sup>.

وقضت أيضاً في قرارها الصادر بتاريخ 1998/09/22 بأنه: "يثبت الزواج العربي بعد موت أحد الأزواج بشهادة الشهود ويمين وهذا طبقاً لقول خليل في باب أحكام الشهادة "لا نكاح بعد الموت". ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتوجيه اليمين للمطعون ضدها حول إعادة زواجها

<sup>1</sup> - الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص74.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص430.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 1993/02/23، ملف رقم 88856، م ق، 1996، عدد2، ص69.

<sup>4</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 2005/02/23، ملف رقم 315403، م م ع، 2005، عدد1، ص275.

العربي من الهالك إضافة إلى سماع شهادة الشهود، طبقوا القانون تطبيقا سليما. ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه"<sup>1</sup>.

وبذلك، يؤدي عدم تحقق شرط الشهادة في الزواج، فسخ عقد الزواج الفاسد قبل البناء، ولا صداق فيه، ويثبت بعد البناء بصداق المثل، طبقا لنص المادة 33 الفقرة الثانية من قانون الأسرة<sup>2</sup>.

## ثانيا- الزواج بدون ولي

يعتبر المشرع الجزائري الولاية شرط صحة في عقد الزواج<sup>3</sup>، ولو أن الولي ليس له سلطة منع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وعبرت عن رضاها أمام القاضي، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1993/03/30 والذي جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونا أنه 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 09 من هذا القانون. ولما ثبت - من قضية الحال - أن البنت راشدة، وعبرت عن رضاها وأن الراغب في زواجها معلم وله مسكن، فإن والدها - الطاعن - لم يثر الأسباب التي دفعت به لمنع هذا الزواج، لذا فإن قضاة الموضوع كانوا على صواب عندما رخصوا للمطعون ضدهما بالزواج، مما يتعين رفض الطعن لعدم التأسيس"<sup>4</sup>.

فإذا احتل شرط الولي يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده، عملا بنص المادة 33 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة. وعلى هذا يجري قضاء المحكمة العليا، حيث أشارت في قرارها الصادر بتاريخ 2001/01/23 إلى أنه: "يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل إذا احتل ركن واحد طبقا

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 1998/09/22، ملف رقم 204254، م ق، 2000، عدد2، ص173.

<sup>2</sup> - جعل الأستاذ الغوثي بن ملحة الشهادة في عقد الزواج، ضمن الشروط الشكلية لقيام عقد الزواج. الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص62.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص399.

<sup>4</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 1993/03/30، ملف رقم 90468، م ق، 1994، عدد3، ص66.

لأحكام المادة 33 من قانون الأسرة. وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الشيب لعدم حضور الولي فإنهم خالفوا القانون"<sup>1</sup>.

### ثالثاً- الزواج بدون صداق

يعتبر المشرع الجزائري الصداق شرط صحة بالنسبة لعقد الزواج<sup>2</sup>، حيث نص في المادة 15 من قانون الأسرة على أنه: "يحدد الصداق في العقد، سواء معجلاً أو مؤجلاً. وفي حالة عدم تحديده تستحق الزوجة صداق المثل". ومعنى ذلك أنه لا بد من تسمية صداق للزوجة، ولا يمكن الاتفاق على إسقاطه<sup>3</sup>، وفي حالة السكوت على قيمته تستحق الزوجة صداق المثل.

ويؤكد المشرع موقفه عندما نص في المادة 33 من قانون الأسرة على أنه في حالة الإخلال بشرط الصداق لا يبطل عقد الزواج، وإنما يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول وللمرأة صداق المثل، لأن حرمانها من الصداق يؤدي إلى جعلها في مرتبة المرأة التي مارست علاقة غير شرعية<sup>4</sup>.

وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/11/17 حينما قضت بأنه: "إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج، لأنه عند النزاع يقضي للزوجة بصداق المثل. ومتى تبين - في قضية الحال - أن الشهود الذين وقع سماعهم قد أكدوا توافر أركان الزواج العرفي ماعدا الصداق بقي مؤجلاً حسب عادة المنطقة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد الحكم القاضي برفض الدعوى الرامية إلى إثبات الزواج رغم توافر أركانه، فإنهم عرضوا قرارهم للتناقض والقصور في التسبيب لأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 2001/01/23، ملف رقم 253366، م ق، 2002، عدد2، ص440.

<sup>2</sup> - عبد العزيز سعد، قانون... المرجع السابق، ص46.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، أحكام الزوجية... المرجع السابق، ص340.

<sup>4</sup> - أنظر، تشوار حميدو ركية، النقص التشريعي في تنظيم ركنية الصداق، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004، عدد2، ص43.

<sup>5</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 1998/11/17، ملف رقم 210422، إ ق، 2001، عدد خاص، ص53.



وحاصل ما تقدم، أن هناك اختلاف بين الفقهاء بشأن عقد الزواج غير الصحيح، وتقسيمه إلى باطل وفساد، وهذا الاختلاف لم يقف عند التكييف من حيث الأركان والشروط، بل تجاوز ذلك إلى الآثار المترتبة عن كل منهما.

## المبحث الثاني

### آثار عقود الزواج غير الصحيحة

الناظر في الآراء الفقهية المتعلقة بمسائل الزواج غير الصحيح، يجد أن الاختلاف بين الفقهاء بشأن التمييز بين الزواج الباطل والزواج الفاسد لم يقف عند التسمية، بل تجاوزها إلى الآثار المترتبة عن كل منهما. وسبب الاضطراب يرجع إلى ترتب بعض الأحكام المقررة للزواج الصحيح على بعض أنواع الزواج غير الصحيح، وعدم ترتب تلك الأحكام ذاتها على أنواع أخرى من الزواج غير الصحيح، مما لا يدع مجال للشك في القول بأن الزواج غير الصحيح قسمان، وإذا ثبت كونهما قسمان لزم التمييز بينهما من حيث الآثار.

ومن هذا المنطلق، يمكن طرح التساؤل التالي: ما هي الآثار المترتبة عن كل من الزواج الباطل و الزواج الفاسد؟

ومن خلال الإشكالية المثارة، سوف نعالج تحت هذا المبحث، الآثار المترتبة عن عقد الزواج الفاسد (المطلب الأول)، ثم نتناول بعد ذلك الآثار المترتبة عن عقد الزواج الباطل (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### آثار عقد الزواج الفاسد

يترتب على عقد الزواج الفاسد بعد الدخول بعض الآثار المقررة للعقد الصحيح، مع وجوب التفريق بين الزوجين. أما إذا لم يقترن به دخول، فلا يترتب عليه أي أثر من آثار عقد الزواج. ويمكن التمييز مبدئياً بين نوعين من الآثار: آثار غير مالية لعقد الزواج الفاسد (الفرع الأول)، وآثار مالية لعقد الزواج الفاسد (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### الآثار غير المالية لعقد الزواج الفاسد

فرغم عدم صحة عقد الزواج الفاسد، فإن واقعة الدخول ترتب بعض الآثار الضرورية من ثبوت حرمة المصاهرة بين الزوجين (أولاً)، ووجوب العدة (ثانياً)، وثبوت النسب (ثالثاً)، وثبوت التحليل (رابعاً)، وإحصان الزوجين (خامساً)، ووقوع الطلاق (سادساً)، والحضانة (سابعاً).

#### أولاً- ثبوت حرمة المصاهرة

يعتبر الزواج الصحيح سبباً لإنشاء رابطة المصاهرة، وذلك بإجماع فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون، وهذه الرابطة تقترب كثيراً من رابطة النسب. ومن هذا المنطلق، يمكن طرح التساؤل التالي: هل عقد الزواج الفاسد يثبت حرمة المصاهرة؟

ومن خلال التساؤل المثار، سوف نبين أنواع المحرمات بالمصاهرة (أ)، ثم حكم ثبوت حرمة المصاهرة في عقد الزواج الفاسد (ب).

## آ- أنواع المحرمات بالمصاهرة

يحرم بسبب المصاهرة أربعة أنواع وهي:

- أصول الزوجة من النساء: كأم الزوجة وجداتها، من جهة الأب أو من جهة الأم، وإن علون، سواء دخل الزوج بزوجه أو لم يدخل، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾<sup>1</sup>. وهي معطوفة على: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾. والتحریم في الآية الكريمة المقصود به مجرد العقد<sup>2</sup>.

- فروع الزوجة التي دخل الزوج بها: كبناتها وبنات بناتها وبنات أبنائها وإن نزلن، فإن لم يكن قد دخل بها، فلا تحرم عليه فروعها، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾<sup>3</sup>.

- زوجات أصول الرجل: كزوجة أبيه وزوجة جده لأبيه وزوجة جده لأمه، وإن علوا، سواء دخل بها الأصل أم لم يدخل، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾<sup>4</sup>.

- زوجات فروع الرجل: كزوجة ابنه وزوجة ابن ابنه وزوجة ابن بنته، وإن نزلوا، سواء دخل بها أم لم يدخل، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِّنْ أَصْلَابِكُمْ﴾<sup>5</sup>.

وقد تناولت المادة 26 من قانون الأسرة هذه الأحكام بقولها: "المحرمات بالمصاهرة هي:

1- أصول الزوجة بمجرد العقد عليها.

2- فروعها إن حصل الدخول بها.

<sup>1</sup> - سورة النساء، الآية 23.

<sup>2</sup> - محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 60.

<sup>3</sup> - سورة النساء، الآية 23.

<sup>4</sup> - سورة النساء، الآية 22.

<sup>5</sup> - سورة النساء، الآية 23.

3- أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا.

4- أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا".

## ب- حكم ثبوت حرمة المصاهرة في عقد الزواج الفاسد

سنتناول تحت هذا العنوان ثبوت حرمة المصاهرة بمقدمات الوطء في الزواج الفاسد، ثم ثبوت حرمة المصاهرة بالوطء، وأخيرا ثبوت حرمة المصاهرة بعقد الزواج الفاسد، ويكون ذلك في ثلاث عناصر.

### 1- ثبوت حرمة المصاهرة بمقدمات الوطء في الزواج الفاسد

اختلف الفقهاء في ثبوت حرمة المصاهرة بمقدمات الوطء في عقد الزواج الفاسد على قولين:

**القول الأول:** ذهب فقهاء الحنفية<sup>1</sup> والمالكية<sup>2</sup> وقول عند الشافعية<sup>3</sup> ورواية عند الحنابلة<sup>4</sup> والإباضية<sup>5</sup> إلى أن مقدمات الوطء في الزواج الفاسد كالوطء في ثبوت حرمة المصاهرة، لأن مقدمات الوطء سبب داع إلى الوطء، فتقام مقامه في تحريم المصاهرة.

<sup>1</sup> - محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص104؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص417؛ زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج3، ص100.

<sup>2</sup> - شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص240؛ أبي عبد الله محمد الخرشبي، المرجع السابق، ج3، ص197؛ عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، المرجع السابق، ج2، ص44؛ أنظر، صالح عبد السميع الآبي الأزهرى، الثمر الداني شرح رسالة ابن ابى زيد القيرواني، د د ن، ص378.

<sup>3</sup> - أبي إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج4، ص146؛ أنظر، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، ج5، ط1، دار السلام، مصر، 1997، ص108؛ أنظر، جلال الدين محمد بن أحمد بن محمد المحلي، كنز الراغبين شرح منهاج الصالحين، ج3، ط2، دار المنهاج، جدة، 2013، ص234؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص237.

<sup>4</sup> - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، المرجع السابق، ج8، ص119؛ أنظر، شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، الفروع، بيت الأفكار الدولية، الأردن، 2004، ص1266.

<sup>5</sup> - أنظر، ضياء الدين محمد بن يوسف أطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، ج6، ط2، دار الفتح، بيروت، 1972، ص28.

**القول الثاني:** وذهب فقهاء الشافعية<sup>1</sup> والحنابلة<sup>2</sup> إلى أن مقدمات الوطء في الزواج الفاسد لا تثبت بها حرمة المصاهرة، لأنها لا توجب العدة، فكذلك لا يتعلق بها تحريم المصاهرة<sup>3</sup>.  
والقول الراجح، ثبوت حرمة المصاهرة بمقدمات الوطء في الزواج الفاسد، وذلك بجامع التلذذ بالمرأة<sup>4</sup>.

## 2- ثبوت حرمة المصاهرة بالوطء في الزواج الفاسد

قال جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>5</sup> والمالكية<sup>6</sup> والشافعية<sup>7</sup> والحنابلة<sup>8</sup> على ثبوت حرمة المصاهرة المصاهرة بالوطء في الزواج الفاسد، فإذا تزوج الرجل امرأة زواجا فاسدا، حرمت على أصوله وفروعه وحرم عليه أصولها وفروعها، لأنه وطء يلحق به النسب، فأثبت التحريم، كالوطء المباح<sup>9</sup>.

---

<sup>1</sup> - أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، الوسيط...، المرجع السابق، ج5، ص108؛ أبي إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج4، ص146؛ جلال الدين محمد بن أحمد بن محمد المحلي، المرجع السابق، ج3، ص234.  
<sup>2</sup> - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح...، المرجع السابق، ج5، ص160؛ علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، المرجع السابق، ج8، ص119؛ شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، المرجع السابق، ص1266.  
<sup>3</sup> - أبي إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج4، ص146.  
<sup>4</sup> - جلال الدين محمد بن أحمد بن محمد المحلي، المرجع السابق، ج3، ص234.  
<sup>5</sup> - محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص104؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص417؛ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج2، ص106.  
<sup>6</sup> - أبي عبد الله محمد الخرشبي، المرجع السابق، ج3، ص197؛ أنظر، علي الصعدي العدوي، حاشية العدوي، ج3، ط1، مطبعة المدني، القاهرة، 1989، ص112.  
<sup>7</sup> - أنظر، إبراهيم البيهقي، حاشية إبراهيم البيهقي على شرح العلامة ابن القاسم الغزي على متن الشيخ أبي شجاع، ج2، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990، ص211؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص237؛ أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج17، ص247؛ جلال الدين محمد بن أحمد بن محمد المحلي، المرجع السابق، ج3، ص234.  
<sup>8</sup> - موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص528؛ شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة، المرجع السابق، ج20، ص289؛ شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، المرجع السابق، ص1266.  
<sup>9</sup> - موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص528.

ويرى بعض الفقهاء بعدم ثبوت حرمة المصاهرة في الزواج الفاسد. يقول صاحب الإنصاف في هذا الشأن: "ويثبت بوط الشبهة. على الصحيح من المذهب...وقيل: لا يثبت. وأطلقها في المذهب"<sup>1</sup>.

ويقول كذلك صاحب المحلى: "لا يحرم وطء حرام نكاحا حلالا إلا في موضع واحد وهو أن يزني الرجل بامرأة فلا يحل نكاحها لأحد ممن تناسل منه أبدا...ومن زنا بامرأة لم يحرم عليه إذا تاب أن يتزوج أمها أو ابنتها والنكاح الفاسد والزنا هذا كله سواء"<sup>2</sup>.

واستدل ابن حزم في عدم ثبوت حرمة المصاهرة بالوطء في الزواج الفاسد، بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾<sup>3</sup>. فتحریم الفروج يكون بنص من الشرع، ولم يرد نص بتحريم نكاح حلال من أجل وطء حرام، فالقول به شرع لم يأذن به الله<sup>4</sup>.

وقد نوقش، بأن الوطاء يسمى نكاحا، فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾<sup>5</sup>. وما تعلق التحريم بالوطء في الزواج المباح تعلق بالزواج الفاسد<sup>6</sup>.

والرأي الراجح، هو أن الوطاء في الزواج الفاسد يتعلق به تحريم المصاهرة ما يتعلق بالزواج الصحيح. يقول القرطبي: "قال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ عنه من علماء الأمصار على أن الرجل إذا وطء امرأة بنكاح فاسد، أنها تحرم على أبيه وابنه، وعلى أجداده وولد ولده"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، المرجع السابق، ج8، ص117.

<sup>2</sup> - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ج9، ص532.

<sup>3</sup> - سورة النساء، الآية 22.

<sup>4</sup> - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ج9، ص532.

<sup>5</sup> - سورة النساء، الآية 22.

<sup>6</sup> - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف...، المرجع السابق، ج7، ص2428.

<sup>7</sup> - أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج6، ص189.

### 3- ثبوت حرمة المصاهرة بعقد الزواج الفاسد

اتجه فقهاء الحنفية<sup>1</sup> والشافعية<sup>2</sup> والحنابلة<sup>3</sup> إلى أن حرمة المصاهرة لا تثبت بالعقد الفاسد، لأن تحريم المصاهرة يثبت بالعقد في الزواج الصحيح وبالوطء في الزواج الفاسد. وذهب فقهاء المالكية<sup>4</sup> إلى إثبات حرمة المصاهرة بالعقد الفاسد، فالعقد المختلف فيه ككناح الشغار وكناح المحرم وكناح المرأة زوجها ينشر حرمة المصاهرة، كما ينشرها عقد الزواج الصحيح.

والرأي الراجح هو أن عقد الزواج الفاسد، لا ينشر بموجبه حرمة المصاهرة، وإنما ينشرها الوطء، إذ بالدخول في العقد الفاسد تترتب بعض الآثار ومنها حرمة المصاهرة، فيحرم على الرجل جميع أصول المرأة وفروعها، كما يحرم على المرأة أصول الرجل وفروعه.

ومن زاوية القانون، لم ينص المشرع الجزائري على حكم ثبوت حرمة المصاهرة في عقد الزواج الفاسد. وفي هذا ألقى بكل العبء على القاضي، وذلك بإحالته إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من قانون الأسرة. وأمام سكوت المشرع الجزائري، يرى شراح القانون، ثبوت حرمة المصاهرة، بالدخول في العقد الفاسد، فلا يجوز للزوج أن يتزوج أمها أو ابنتها، وكما لا يجوز للزوجة أن تتزوج أباه أو ابنته ( المادة 26 من قانون الأسرة)<sup>5</sup>.

وعليه، كان على المشرع الجزائري أن يجسم المسألة بالنص عليها في مادة مستقلة مفادها: "يترتب على الزواج الفاسد بعد الدخول الآثار التالية: حرمة المصاهرة".

<sup>1</sup> - محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص104؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، ج3، ص417؛ زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج3، ص100.

<sup>2</sup> - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص236؛ إبراهيم البيهقوري، المرجع السابق، ج2، ص211.

<sup>3</sup> - موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص528؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف...، المرجع السابق، ج7، ص2428.

<sup>4</sup> - أبي عبد الله محمد الخرشبي، المرجع السابق، ج3، ص209؛ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص251.

<sup>5</sup> - بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص507.

ومن آثار الزواج الفاسد، امتناع المرأة من الزواج مؤقتا لمعرفة براءة رحمها، وتفاديا لاختلاط الأنساب من ماء الزوج الأول وماء الزوج الثاني الذي ترغب في الزواج فيه، وهو ما يعرف بالعدة.

### ثانيا- وجوب العدة

للإحاطة بهذا الموضوع من كل جوانبه، نعرف العدة (آ)، ونبين حكم العدة في الزواج الفاسد (ب)، ثم نحدد وقت بدايتها (ج)، وأخيرا نسلط الضوء على حكم نفقة المعتدة وسكنائها (د).

### آ- تعريف العدة

عرف فقهاء الحنفية العدة بأنها: "تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة والموت"<sup>1</sup>. ولا يعد عن هذا التعريف بأنها: "التربص الذي يلزم المرأة عند زوال النكاح أو شبهته"<sup>2</sup>. كما يمكن تعريف العدة بأنها: "اسم لآجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح"<sup>3</sup>. وعرف فقهاء المالكية العدة بقولهم: "مدة معينة شرعا لمنع المطلقة المدخول بها والمتوفى عنها من النكاح"<sup>4</sup>. ويقترب من هذا التعريف بأنها: "مدة منع النكاح لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه"<sup>5</sup>. وطلاقه"<sup>5</sup>. وعرف فقهاء الشافعية العدة بقولهم: "عدة النساء تربصهن عن الأزواج بعدة فرقة أزواجهن"<sup>6</sup>. وبعبارة أدق بأنها: "اسم لمدة تربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها

<sup>1</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ج3، ص269.

<sup>2</sup> - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج3، ص26.

<sup>3</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج4، ص414.

<sup>4</sup> - أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير، المرجع السابق، ج2، ص671.

<sup>5</sup> - أبي عبد الله محمد الخرشبي، المرجع السابق، ج4، ص136؛ أنظر، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهرى، الفواكه الدواني، ج2، ط1،

ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص91.

<sup>6</sup> - أنظر، أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، ج11، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص163.



على زوجها"<sup>1</sup>. وعرف فقهاء الحنابلة العدة بأنها: "تربص محدود شرعا بسبب فرقة نكاح، وما ألحق به"<sup>2</sup>. وبعبارة أخرى: "مدة معلومة تربص فيها المرأة لتعرف براءة رحمها"<sup>3</sup>.

ومن زاوية القانون عرفت العدة بأنها: "فترة زمنية محددة شرعا وقانونا للتي فارقتها زوجها تنتظرها وجوبا"<sup>4</sup>. أيضا عرفت بأنها: "اسم المدة التي تنتظر فيها المرأة ممتنعة عن الزواج بعد وفاة زوجها زوجها أو طلاقها منه"<sup>5</sup>.

## ب- حكم العدة في الزواج الفاسد

سيتم معالجة هذا الموضوع من خلال ثلاث عناصر أساسية، حيث سنتناول في الأول حكم العدة قبل الدخول، والثاني سنخصصه لحكم العدة بعد الخلوة. أما العنصر الأخير فسنبين فيه حكم العدة بعد الدخول.

### 1- حكم العدة قبل الدخول في الزواج الفاسد

اتجه جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>6</sup> والشافعية<sup>7</sup> والحنابلة<sup>8</sup> وقول عند المالكية<sup>9</sup> إلى عدم وجوب وجوب العدة قبل الدخول في الزواج الفاسد.

---

<sup>1</sup> - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص504؛ إبراهيم البيهقوري، المرجع السابق، ج2، ص314؛ أنظر، عبد الله بن الشيخ حسن الكوهجي، زاد المحتاج شرح المنهاج، ج3، ط1، الشؤون الدينية، قطر، 1982، ص493.

<sup>2</sup> - محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج13، ص321.

<sup>3</sup> - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف...، المرجع السابق، ج8، ص2765.

<sup>4</sup> - فضيل سعد، المرجع السابق، ص348.

<sup>5</sup> - أنظر، باديس دياي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص105.

<sup>6</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص615؛ مجموعة علماء الهند تحت إشراف محمد عالمكير، المرجع السابق، ج1، ص526.

<sup>7</sup> - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص504؛ عبد الله بن الشيخ حسن الكوهجي، المرجع السابق، ج3، ص493.

<sup>8</sup> - شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، المرجع السابق، ص1421؛ علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، المرجع السابق، ج9، ص270.

<sup>9</sup> - أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب الرعييني، المرجع السابق، ج5، ص486-487.

وذهب بعض فقهاء المالكية<sup>1</sup> إلى القول بوجوب العدة قبل الدخول في الزواج الفاسد، لأنه زواج مختلف فيه، يثبت فيه الميراث، فتجب فيه العدة.

## 2- حكم العدة بعد الخلوة في الزواج الفاسد

يرى فقهاء الحنفية<sup>2</sup> إلى عدم وجوب العدة بعد الخلوة في الزواج الفاسد.

ويرى فقهاء المالكية<sup>3</sup> والحنابلة<sup>4</sup> إلى وجوب العدة على المختلى بها في الزواج الفاسد.

## 3- حكم العدة بعد الدخول في الزواج الفاسد

لبيان حكم العدة بعد الدخول في الزواج الفاسد يجب أن نفرق بين حالتين:

**الحالة الأولى:** حكم العدة بعد الفرقة في الزواج الفاسد.

ذهب فقهاء الحنفية<sup>5</sup> والمالكية<sup>6</sup> والشافعية<sup>7</sup> والحنابلة<sup>8</sup> إلى وجوب العدة بعد الفرقة في الزواج الفاسد، فتعتد بالأقراء إذا كانت من ذوات الأقراء، وبالأشهر إذا لم تكن من ذوات الأقراء،

<sup>1</sup> - أبي عبد الله محمد الخرشبي، المرجع السابق، ج4، ص144.

<sup>2</sup> - مجموعة علماء الهند تحت إشراف محمد عالمكير، المرجع السابق، ج1، ص526؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص616.

<sup>3</sup> - مالك بن أنس الأصبحي، المدونة...، المرجع السابق، ج2، ص91.

<sup>4</sup> - أنظر، علي بن سليمان المرادوي، التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع، ط1، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، 2004، ص405؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف...، المرجع السابق، ج8، ص2765.

<sup>5</sup> - أنظر، علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1984، ص245؛ زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج4، ص151؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج4، ص423؛ عبد الغني الغنيمي، المرجع السابق، ج3، ص82.

<sup>6</sup> - أبي عبد الله محمد الخرشبي، المرجع السابق، ج4، ص140؛ أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، المرجع السابق، ج5، ص487.

<sup>7</sup> - أنظر، محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج6، ط1، دار الوفاء، مصر، 2001، ص561؛ النووي، المرجع السابق، ج19، ص432؛ شمس الدين الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص504.

<sup>8</sup> - محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج13، ص381؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف...، المرجع السابق، ج8، ص2770؛ موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج11، ص196.

وبوضع الحمل إذا كانت حاملا؛ لأن العقد الفاسد بعد الدخول جعل منعقدا للضرورة، فتجب فيه العدة كالصحيح<sup>1</sup>.

### الحالة الثانية: حكم العدة بعد الوفاة في الزواج الفاسد.

اختلف أقوال الفقهاء في عدة المنكوحة نكاحا فاسدا بعد الوفاة، وذلك على النحو التالي:

**القول الأول:** تعتد بالأقراء بعد الموت ولا تعتد عدة الوفاة، وهو مذهب الحنفية<sup>2</sup> والشافعية<sup>3</sup> والشافعية<sup>3</sup> وقول عند الحنابلة<sup>4</sup> وقول عند المالكية<sup>5</sup>، لأن عدة الوفاة من أحكام الزوجية، ولا زوجية زوجية بينهما.

**القول الثاني:** تعتد عدة الوفاة، وهو مذهب الحنابلة<sup>6</sup> والمشهور عند المالكية<sup>7</sup>، لأنه زواج يلحق به النسب فوجب فيه العدة كالصحيح.

والراجح هو القول الأول، لأن عدة الوفاة من الآثار المترتبة عن الزواج الصحيح، والزواج الفاسد ليس بزواج صحيح.

---

<sup>1</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص615.

<sup>2</sup> - محمد أمين الشهير بإبن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص276؛ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج3، ص30.

<sup>3</sup> - محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج6، ص561.

<sup>4</sup> - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج9، ص278.

<sup>5</sup> - أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، المرجع السابق، ج5، ص487؛ مالك بن أنس، المدونة...، ج2، ص100.

<sup>6</sup> - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج9، ص278؛ علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، التنقيح...، المرجع السابق، ص405؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف...، المرجع السابق، ج8، ص2770.

<sup>7</sup> - أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، المرجع السابق، ج5، ص487.

## ج- وقت العدة في الزواج الفاسد

قال فقهاء الحنفية<sup>1</sup> والمالكية<sup>2</sup> والشافعية<sup>3</sup> أن ابتداء العدة في الزواج الفاسد، تكون من وقت التفريق أو عزم الواطئ على ترك الوطء، لأن التفريق في الزواج الفاسد بمنزلة الطلاق في الزواج الصحيح، فيعتبر ابتداء العدة منه، كما تعتبر من وقت الطلاق في الزواج الصحيح<sup>4</sup>، كما أن التمكين التمكين من الوطء على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه<sup>5</sup>.

وقال الإمام زفر من الحنفية<sup>6</sup> أن ابتداء العدة في الزواج الفاسد، تكون من آخر وطء، لأن الوطء هو السبب الموجب للعدة، فإذا لم يطأها لم تجب عليها العدة.

والقول الراجح هو ابتداء العدة في الزواج الفاسد من وقت التفريق لا من آخر الوطآت، لأن الزواج الفاسد منعقد في حق الفراش، فتجب العدة من وقت التفريق لزوال الفراش.

ومن زاوية القانون، لم يتعرض المشرع الجزائري إلى أحكام العدة في الزواج الفاسد، رغم أن نص المادة 30 من قانون الأسرة جاء محمداً، حيث تناول المعتدة من طلاق أو وفاة، مما يستحيل تطبيقه على المعتدة من زواج فاسد، وبالرجوع إلى المادة 222 من نفس القانون فإنها تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية. فكان على المشرع الجزائري إضافة كلمة المعتدة من "زواج فاسد" إلى نص

---

<sup>1</sup> - علاء الدين السمرقندي، المرجع السابق، ج2، ص248؛ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج3، ص32؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص616؛ عبد الغني الغنيمي، المرجع السابق، ج3، ص84.

<sup>2</sup> - أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، المرجع السابق، ج5، ص88.

<sup>3</sup> - أنظر، أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج11، ط1، دار المنهاج، بيروت، 2002، ص41؛ أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج19، ص438.

<sup>4</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص616.

<sup>5</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ج3، ص287.

<sup>6</sup> - علاء الدين السمرقندي، المرجع السابق، ج2، ص248؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص616؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص276.

المادة 30 من القانون الأسرة، والخاصة بالمحرمات من النساء على سبيل التأقيت، حتى تنسجم هذه المادة مع أحكام قانون الأسرة.

### د- حكم النفقة والسكنى في المعتدة من زواج فاسد

بالنسبة للنفقة، ذهب فقهاء الحنفية<sup>1</sup> إلى أن المعتدة من نكاح فاسد إذا كانت متزوجة فلا نفقة لها على زوجها، وذلك لانعدام السبب الموجب للنفقة وهو الحبس، لأن حق الحبس وإن ثبت، ولكنه لم يثبت بالنكاح وإنما ثبت لتحسين الماء.

أما فقهاء المالكية فيرون عدم وجوب النفقة إن لم تكن حاملا، فإن كانت حاملا فلها النفقة<sup>2</sup>.

كما يرى فقهاء الشافعية<sup>3</sup> أنه لا نفقة في المعتدة من زواج فاسد إن كانت حائلا (غير حامل)، ولكن إن حملت منه، ففي وجوب نفقتها قولان: فعلى القول الراجح منهما: لا تجب، لأن حرمتها في الزواج الفاسد غير كاملة. وعلى القول الثاني: تجب لأن الحمل في الزواج الفاسد كالحمل في الزواج الصحيح.

وكذلك يرى فقهاء الحنابلة<sup>4</sup> بعدم وجوب النفقة في الزواج الفاسد لغير الحامل، لأن وجود العقد كعدمه، فإن كانت حاملا ففيها روايتان، والرواية الراجحة لديهم أن النفقة تجب للحامل.

وخلاصة القول، أن المعتدة من زواج فاسد لا نفقة لها عند جميع الفقهاء، إلا إذا حملت، فإن لها النفقة عند المالكية، وقول مرجوح عند الشافعية، ورواية راجحة عند الحنابلة.

<sup>1</sup> - محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج5، ص199؛ أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج5، ص193.

<sup>2</sup> - مالك بن أنس الاصبحي، المدونة...، المرجع السابق، ج2، ص108؛ أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، المرجع السابق، ج5، ص554.

<sup>3</sup> - أبي إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج4، ص623.

<sup>4</sup> - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج9، ص365؛ موفق الدين أبي محمد بن عبد الله أحمد بن محمد بن بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج11، ص407-408؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف...، المرجع السابق، ج8، ص2820.

ومن زاوية القانون، فالنفقة لا تجب إلا بزواج صحيح شرعا، فإن كان فاسدا فلا نفقة<sup>1</sup>. وعلى هذا يسري القضاء الجزائري، وذلك في قراره الصادر بتاريخ 1987/02/07 والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أن نفقة الأولاد تجب على الأب إذا ولدوا من فراش صحيح ناشئ من عقد صحيح شرعا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية. ولما كان قضاة الاستئناف - في قضية الحال - قضوا بتأييد الحكم المستأنف لديهم القاضي على الطاعن بأن يؤدي نفقة البنت دون أن يثبت الزوجية ودون إثبات نسب البنت للطاعن، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للسكنى، فقد اختلف الفقهاء في وجوبها، وذلك على النحو التالي:

يرى فقهاء المالكية<sup>3</sup> بوجوب السكنى للمعتدة من زواج فاسد. ويرى فقهاء الحنابلة<sup>4</sup> إلى وجوب السكنى إن كانت حاملا، وعدم وجوبها إن لم تكن حاملا.

بينما اتجه فقهاء الحنفية<sup>5</sup> والشافعية<sup>6</sup> إلى عدم وجوب السكنى للمعتدة من زواج فاسد.

ومن زاوية القانون، لم ينص المشرع الجزائري إلى حكم السكنى للمعتدة من زواج فاسد. ويجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة لاستكمال النقص الموجود في هذا القانون.

ومن آثار الزواج الفاسد، ثبوت النسب بعد الدخول، إحياء للولد، ومحافظة عليه من الضياع.

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص583.

<sup>2</sup> - المجلس الأعلى، غ أش، 1987/02/07، ملف رقم 47915، م ق، 1990، عدد3، ص65.

<sup>3</sup> - مالك بن أنس الاصبحي، المدونة...، المرجع السابق، ج2، ص108.

<sup>4</sup> - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج9، ص365؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح...، المرجع السابق، ج4، ص615.

<sup>5</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج4، ص479.

<sup>6</sup> - أبي إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج4، ص623؛ أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، الوسيط...، المرجع السابق، ج6، ص153.

### ثالثاً- ثبوت النسب

النسب<sup>1</sup> هو: "الرباط العضوي والفيزيولوجي الذي يربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه"<sup>2</sup> أو هو: "انتماء المولود لوالديه بدليل شرعي"<sup>3</sup>.

والنسب من آثار الزواج، وهو أول الحقوق التي تثبت للولد، فقد أمر الله أن ينسب الأبناء إلى آبائهم إن عرفوا، فإن لم يعرفوا اعتبروا إخوانا، قال الله تعالى: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾<sup>4</sup>. ونهى الشرع على الآباء جحد الأبناء الذين من أصلابهم، إذا كان الزواج فيه الكتمان، قال رسول الله ﷺ: "أينما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه وفضحه به على رؤوس الخلائق بين الأوليين والآخريين"<sup>5</sup>.

ونسب الولد من أمه ثابت في كل حالات الزواج صحيحا كان أو غير صحيح. أما نسب الولد من أبيه، فلا يثبت إلا عن طريق الزواج الصحيح أو الفاسد أو الوطاء بشبهة أو الإقرار بالنسب<sup>6</sup>.

ولقد اهتم المشرع الجزائري بمسألة ثبوت نسب الأولاد، حيث نظمه في المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة. فلقد أكدت المادة 40 من ذات القانون على الطرق الشرعية التي تستخدم لإثبات النسب وحددتها في كل من الزواج الصحيح أو نكاح الشبهة أو الإقرار أو البينة أو بكل زواج تم

<sup>1</sup> - النسب جمعها أنساب، ويعني القريب، فيقال فلان يناسب فلان، فهو نسبه أي قريبه، وانتسب الرجل إلى أبيه أي اعترى. ابن منظور، المرجع السابق، ج1، ص755؛ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المرجع السابق، ص273؛ أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص230.

<sup>2</sup> - أنظر، باديس دباي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص5؛ أنظر، نادر بوشاشي، إثبات النسب وإثبات الأبوة بالوسائل العلمية في القانون الجزائري، منشورات بغداوي، الجزائر، 2016، ص7.

<sup>3</sup> - ناصر جبر القرم، المرجع السابق، ص87.

<sup>4</sup> - سورة الأحزاب، الآية5.

<sup>5</sup> - أنظر، أبي بكر أحمد بن الحسين ابن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ط1، مجلس دائرة المعارف النظامية، الهند، 1344هـ، ص403.

<sup>6</sup> - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج7، ص675.

فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و35 من هذا القانون. كما أجاز المشرع اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

ومن هذا المنطلق، سوف نبين أثر فساد عقد الزواج على ثبوت النسب (أ)، ثم نبين نفي النسب في الزواج الفاسد (ب).

### أ- أثر فساد عقد الزواج على ثبوت النسب

نتناول تحت هذا الموضوع، موقف الفقهاء من ثبوت النسب في الزواج الفاسد (1)، ثم شروط ثبوت النسب (2).

#### 1- ثبوت النسب في الزواج الفاسد

أجمع فقهاء الشريعة والقانون على ثبوت النسب في الزواج الصحيح، فعن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: "الولد للفراس وللعاهر الحجر"<sup>1</sup>. كما اتجه جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>2</sup> والمالكية<sup>3</sup> والشافعية<sup>4</sup> والحنابلة<sup>5</sup> إلى ثبوت النسب بالزواج الفاسد كما يثبت بالزواج الصحيح، لأنه يحتاط في إثباته إحياء للولد<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> - أبي الحسين مسلم بن الحجاج ابن مسلم القشيري النيسابوري، المرجع السابق، ج4، ص171.  
<sup>2</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص615؛ مجموعة علماء الهند تحت إشراف محمد عالمكير، المرجع السابق، ج1، ص330؛ زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج4، ص179.  
<sup>3</sup> - أنظر، أبي الحسن بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998، ص430؛ أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف الخطاب الرعيني، المرجع السابق، ج5، ص39.  
<sup>4</sup> - أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج17، ص246؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص237؛ ص237؛ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، المرجع السابقة، ج6، ص275؛ أبي إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج4، ص542.  
<sup>5</sup> - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج8، ص268؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف...، المرجع السابق، ج8، ص2763؛ موفق الدين أبي محمد بن عبد الله أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج11، ص171.  
<sup>6</sup> - محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج5، ص197.



وذهب الظاهرية<sup>1</sup> إلى ثبوت النسب في الزواج الفاسد إذ كان جاهلا بفساد الزواج، في حين لا يثبت النسب إذا كان عالما بفساد الزواج، لأن الرسول ﷺ ألحق النسب لمن تزوجوا في الجاهلية، ولا شك أنه كان فيهم ممن تزوجوا زواجا فاسدا.

ولقد أخذ المشرع الجزائري برأي جمهور الفقهاء، باعتبار أن النسب يثبت كذلك بالزواج الفاسد وذلك بموجب المادة 40 من الفقرة الأولى من قانون الأسرة والتي تنص على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح... أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون.

وعلى هذا يجري قضاء المحكمة العليا، حيث اعتبرت أن الشريعة الإسلامية لا تشترط في إثبات النسب وجود زواج صحيح بل يثبت حتى بالإقرار والبينة وبنكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ الصادر بتاريخ 1997/10/28 أين جاء فيه: "من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة وشهادة الشهود وبنكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتلا له. ولما كان ثابتا أن قضاة المجلس لما قضوا برفض سماع شهادة الأقارب في دعوى إثبات الزواج والنسب بحجة أن الحكم حاز قوة الشيء المقضي فيه، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون لأن حجية الشيء المقضي فيه لا تطبق في قضايا الحالة كإثبات الزواج والنسب وأنه يمكن إثبات الزواج والنسب بطرق عدة على غرار العقد الصحيح طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية. مما استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>2</sup>.

## 2- شروط ثبوت النسب في الزواج الفاسد

يشترط لثبوت النسب في الزواج الفاسد ما يلي:

<sup>1</sup> - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ج10، ص322-323.

<sup>2</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 1997/10/28، ملف رقم 172333، م ق، 1997، عدد1، ص42.

1- أن يكون الزوج قد دخل بالزوجة المعقود عليها بعقد فاسد<sup>1</sup>، فإذا لم يكن هناك دخول فلا محل لإثبات النسب، لأن الفراش في النكاح الفاسد يثبت بالدخول الحقيقي<sup>2</sup>، وهذا ما أكدته المشرع الجزائري في المادتين 34 و40 من قانون الأسرة.

2- أن يكون الرجل مما يتصور الحمل منه<sup>3</sup>، بأن يكون بالغاً أو مراهقاً على الأقل، وألا يكون محبوباً أو متخصياً، لأن هذين العيين مما يمنع الإنجاب عادة<sup>4</sup>. ولقد حدد المشرع سن الزواج في المادة 07 من قانون الأسرة بتسعة عشر (19) سنة كاملة، وهو في ذات الوقت سن الرشد القانوني (المادة 40 من القانون المدني).

3- أن تأتي المرأة بالولد بعد مضي ستة أشهر، ويعتبر بدأ المدة التي يثبت فيها النسب من وقت الدخول. وعلى ذلك إذا كانت المدة من الدخول إلى وضع الحمل ستة أشهر فأكثر يثبت النسب، وإذا ولدته لأقل من ستة أشهر، فإن نسبه لا يثبت. وهذا قول محمد رحمه الله تعالى، وعليه الفتوى<sup>5</sup>.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف، أن ابتداء المدة من وقت العقد، قياساً على الزواج الصحيح<sup>6</sup>. وفائدة الخلاف، فيما إذا أتت المرأة المتزوجة زواجا فاسداً بولد بعد مضي ستة أشهر من وقت العقد، وأقل من ذلك من وقت الدخول. فعلى قول محمد لا يثبت النسب، لأن العبرة بالدخول في

<sup>1</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص615.

<sup>2</sup> - باديس دبايي، المرجع السابق، ص53.

<sup>3</sup> - أنظر، أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في الإسلام، دار المعارف، القاهرة، 1984، ص64.

<sup>4</sup> - محمد الكشيبور، المرجع السابق، ج2، ص333.

<sup>5</sup> - مجموعة علماء الهند تحت إشراف محمد عالمكير، المرجع السابق، ج1، ص330.

<sup>6</sup> - محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج5، ص198.

الزواج الفاسد لا بمجرد العقد<sup>1</sup>. وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف يثبت النسب، لأن العبرة من تاريخ عقد الزواج الفاسد لا من تاريخ الدخول<sup>2</sup>.

والمشرع الجزائري سكت عن تاريخ بداية سريان الحد الأدنى للحمل، سواء كان عقد الزواج صحيحا أو فاسدا<sup>3</sup>. وإزاء هذا السكوت، يرى بعض الشراح أن العبرة في إثبات النسب في الزواج الفاسد يكون بالدخول الحقيقي، ولذا تحسب أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر من وقت الدخول لا من وقت العقد، لأنه لو احتسبت من وقت العقد لكان في هذا ترتيب على العقد الفاسد آثار<sup>4</sup>.

ويرى بعض الفقهاء خلاف ذلك، فبدأ سريان الحد الأدنى في المادة 42 من قانون الأسرة يكون من وقت إبرام العقد، وذلك بالنسبة للزواج الصحيح أو الزواج الفاسد<sup>5</sup>. وعلى هذا يسري القضاء الجزائري، حيث اعتبر المجلس الأعلى أن نسب الولد لا يثبت لأبيه إلا إذا ولد خلال المدة المحددة شرعا، أقلها ستة أشهر من تاريخ إبرام العقد، وذلك في قراره الصادر بتاريخ 1984/12/17 أين جاء فيه: "من المقرر شرعا أن الولد للفراش الصحيح، وأن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، ومن ثم فإن الولد الذي ولد بعد مضي 64 يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفراش، ولما كان كذلك، فإن النعي على القرار القاضي بنفي النسب غير مؤسس ويستوجب الرفض. إذا كان الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الاستئناف طبقوا في قرارهم في نفي النسب بعد أن تبين لديهم أن عقد الزواج أبرم بين الطرفين يوم 1981/11/02 وأن البنت ازدادت يوم 1982/01/06 أربع وستين يوما من تاريخ الزواج، أي بأقل من مدة ستة أشهر أقل مدة الحمل، وأن الاتصال الجنسي المزعوم قبل العقد يعد زنا لا ينسب إلى أبيه، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - مجموعة علماء الهند تحت إشراف محمد عالمكير، المرجع السابق، ج1، ص330.

<sup>2</sup> - محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج5، ص198.

<sup>3</sup> - أنظر، تشوار جيلالي، النقائص التشريعية للقوانين الأحوال الشخصية المغربية في مسألة النسب، م ج، الجزائر، 2002، عدد1، ص159.

<sup>4</sup> - نادر بوشاشي، المرجع السابق، ص43.

<sup>5</sup> - تشوار جيلالي، النقائص...، المرجع السابق، ص160؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص634؛ باديس دياي، المرجع

السابق، ص54.

<sup>6</sup> - المجلس الأعلى، غ أ ش، 1984/12/17، ملف رقم 35087، م ق، 1990، عدد1، ص86.

وفي نفس السياق، ذهبت المحكمة العليا إلى أن نسب الولد يثبت لأبيه طبقاً للمادة 42 من قانون الأسرة إذا ولد في مدة لا تقل عن ستة أشهر بعد الزواج، وهذا في قرارها الصادر بتاريخ 1991/04/23 أين ورد فيه: "... ومن المقرر كذلك أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير مؤسس. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الولد ازداد قبل ستة أشهر من بعد الزواج وأن اللعان الذي وقع من الزوج كان مطابقاً للشريعة الإسلامية، فإن قضاة المجلس بقضائهم بانعدام نسب الولد لأبيه طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>1</sup>.

أما الخلوة في الزواج الفاسد ففي رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال يثبت النسب، وفي رواية ثانية قال لا يثبت النسب<sup>2</sup>.

والراجح، أن الخلوة الصحيحة في الزواج الفاسد لا تعتبر دخولاً، فلا يترتب عليها أي أثر لعدم التمكن من الوطاء، بخلاف الخلوة بعد العقد الصحيح فإنها تقوم مقام الدخول لوجود التمكن فيه<sup>3</sup>.

والمشرع الجزائري لم يتعرض لموضوع الخلوة عموماً، على عكس المشرع الليبي الذي اعترف بالخلوة الصحيحة في الزواج الفاسد<sup>4</sup>. أما القضاء الجزائري اعتبر الخلوة الصحيحة بعد العقد الصحيح الصحيح تقوم مقام الدخول، وذلك في قراره الصادر بتاريخ 2002/05/08 والذي جاء فيه: "الخلوة الصحيحة، بعد توافر أركان الزواج، تجعل الدخول قد تم شرعاً"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 1991/04/23، ملف رقم 69798، م ق، 1994، عدد3، ص54.

<sup>2</sup> - مجموعة علماء الهند تحت إشراف محمد عالمكبر، المرجع السابق، ج1، ص331.

<sup>3</sup> - فتحي الدريني، بحوث...، المرجع السابق، ص313؛ محمد مصطفى شلبي، أحكام...، المرجع السابق، ص340 على الهامش.

<sup>4</sup> - تشوار جيلالي، النقائص...، المرجع السابق، ص160.

<sup>5</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 2002/05/08، ملف رقم 289545، م م ع، 2004، عدد2، ص373.

وتعتبر أقصى مدة الحمل عشرة أشهر، ابتداء من تاريخ انتهاء عقد الزواج، كيفما كان سبب ذلك الإنهاء، طلاق أم فسخ أم وفاة<sup>1</sup>. وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2005/03/23 بأنه: "ينسب الولد لأبيه، إذا ولد خلال المدة المحددة قانوناً، المحسوبة من تاريخ صدور الحكم الناطق بالطلاق"<sup>2</sup>.

## ب- نفي النسب في الزواج الفاسد

فمن المقرر شرعاً وقانوناً أنه إذا ثبت النسب في الزواج الصحيح، فلا يمكن نفيه إلا بطريق اللعان. فهل يمكن نفي النسب في الزواج الفاسد بطريق اللعان؟

ذهب فقهاء الحنفية<sup>3</sup> إلى عدم جواز نفي النسب باللعان في الزواج الفاسد، لعدم وجود الزوجية. وخالفهم فقهاء المالكية<sup>4</sup> فقالوا بجواز نفي النسب باللعان في الزواج الفاسد، لأنها صارت فراش له، فيثبت فيه النسب كما يثبت في الصحيح، وبذلك فلا ينتفي النسب إلا باللعان.

وذهب فقهاء الشافعية<sup>5</sup> والحنابلة<sup>6</sup> إلى جواز نفي النسب في الزواج الفاسد إذا وجد بين الزوجين ولد، وإن لم يكن بينهما ولد فلا لعان، لأن الولد في الزواج الفاسد كالولد في الزواج الصحيح في ثبوت النسب، فكذلك في نفيه.

والرأي الراجح، جواز نفي النسب باللعان في الزواج الفاسد، لثبوت النسب في الزواج الفاسد، فيحتاج إلى لعان لنفيه.

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص 631.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 2005/03/23، ملف رقم 330464، م م ع، 2005، عدد 1، ص 293.

<sup>3</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج 5، ص 43؛ أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 17، ص 100.

<sup>4</sup> - شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 458؛ أبي عبد الله محمد الخرخشي، المرجع السابق، ج 4، ص 124.

<sup>5</sup> - أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج 19، ص 159؛ أبي إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج 4، ص 458؛ أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، المرجع السابق، ج 10، ص 441.

<sup>6</sup> - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 11، ص 132؛ علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج 9، ص 244.

لم يتعرض المشرع الجزائري لموضوع اللعان كطريق شرعي لنفي النسب، تاركا ذلك إلى أحكام الفقه الإسلامي عموما، بمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة. وأمام سكوت المشرع يرى بعض شراح القانون بجواز نفي النسب في الزواج الفاسد بطريق اللعان<sup>1</sup>.

وقد استقر القضاء الجزائري على اعتماد اللعان كطريق شرعي لنفي النسب عموما، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1991/04/23 بأنه: "من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين"<sup>2</sup>.

وقد قررت المحكمة العليا بأنه لا يمكن نفي النسب بالملاعنة إلا بالالتجاء إلى القضاء، عن طريق رفع دعوى اللعان، وهذا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/10/20 والذي جاء فيه: "ومن المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا"<sup>3</sup>.

ومن خلال الاجتهاد السابق، فطلب اللعان له فترة معينة وقصيرة وهي أسبوع من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا. وهذا ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا، في قرارها الصادر بتاريخ 2002/12/25 والذي جاء فيه: "مدة اللعان حسب استقرار اجتهاد المحكمة العليا هي أسبوع من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل"<sup>4</sup>.

وهذا اجتهاد صائب، لأنه من المبادئ المستفادة في الشريعة أن من جملة شروط نفي النسب هو التعجيل باللعان بعد علم الزوج بالحمل أو الولد، فإذا أصر اللعان ولو يوما واحدا بعد مضي المدة المحددة شرعا وقضاء لم تقبل الدعوى، ويكون باطلا القرار الذي يقضي بخلاف ذلك. وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1985/02/25 الذي ورد فيه ما يلي: "من المبادئ الشرعية،

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص 639.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 1991/04/23، ملف رقم 69798، م ق، 1994، عدد3، ص54.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 1998/10/20، ملف رقم 204821، إ ق، عدد خاص، ص82.

<sup>4</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 2002/12/25، ملف رقم 296020، م ق، 2004، عدد1، ص289.

أن دعوى اللعان لا تقبل إذا أخرجت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا. ويكون باطلا القرار الذي يقضي قبل البث في الدعوى الخاصة بنفي النسب بتوجيه اليمين لكل واحد من الطرفين إذا رفع الزوج دعواه بعد مضي (12) يوما من علمه بوضع زوجته لحملها<sup>1</sup>.

ولقد أجمع فقهاء على أن الرجل إذا طلق زوجته ثلاثا، فلا يستطيع إعادة مطلقته إلى عصمته إلا بعد زواجها من رجل آخر زواجا صحيحا، ويدخل بها دخولا حقيقيا، ثم ينتهي زواجه بطلاق أو وفاة، مصداقا لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾<sup>2</sup>. أما إذا تزوجت زواجا فاسدا فقد اختلف الفقهاء. وهذا ما سنحاول دراسته تبعا.

## رابعاً- ثبوت التحليل

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم ثبوت تحليل المطلقة ثلاثا لمطلقها بعد أن تتزوج غيره زواجا فاسدا على قولين:

**القول الأول:** الزواج الفاسد لا يحل المطلقة ثلاثا لمطلقها، وهو مذهب الحنفية<sup>3</sup> والشافعية<sup>4</sup> والحنابلة<sup>5</sup> والمالكية<sup>6</sup>. ولقد استدلت أصحاب هذا القول بالحجج التالية:

<sup>1</sup> - المجلس الأعلى، غ أ ش، 1985/02/25، ملف رقم 35934، م ق، 1989، عدد 1، ص 83.

<sup>2</sup> - سورة البقرة، الآية 228.

<sup>3</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج 4، ص 404؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ج 3، ص 175؛ زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج 4، ص 62.

<sup>4</sup> - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج 3، ص 243؛ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الرملي، المرجع السابق، ج 6، ص 281؛ عبد الله بن الشيخ حسن الكوهجي، المرجع السابق، ج 3، ص 226.

<sup>5</sup> - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج 9، ص 165؛ موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 549-550؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف...، المرجع السابق، ج 8، ص 2704.

<sup>6</sup> - مالك بن أنس الأصبهاني، المدونة...، المرجع السابق، ج 2، ص 210.

- قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾<sup>1</sup>. فالآية صريحة في اشتراط الزواج الصحيح، لأن اسم النكاح في الآية يتناول الصحيح، والعقد الفاسد لا يسمى نكاحا، والرجل فيه لا يسمى زوجا<sup>2</sup>.

**القول الثاني:** الزواج الفاسد يحل المطلقة ثلاثا لمطلقها، وهو قول عند الشافعية<sup>3</sup> وقول عند الحنابلة<sup>4</sup> ورأي عند المالكية<sup>5</sup>. ولقد استدل أصحاب هذا القول بحديث النبي ﷺ: "لعن الله المحلل والمحلل له"<sup>6</sup>. فسماه محملا مع فساد زواجه. والوطء في الزواج الفاسد يشبه الوطء في الزواج الصحيح. الصحيح.

والقول الراجح، عدم ثبوت التحليل بالزواج الفاسد؛ لأن الزواج إذا أطلق في الشرع حمل على الصحيح<sup>7</sup>.

ولقد تناول المشرع الجزائري حكم الطلاق الثلاث بموجب المادة 51 من قانون الأسرة والتي نصت على أنه: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

فالمشرع ومن خلال فحوى المادة سالفة الذكر، قيد تحليل الزوجة لمطلقها ثلاثا، الزواج بغيره زواجا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها، دون تدخل من الزوج الأول، لأن مصطلح "وتطلق" يفيد وقوعه في الزواج الصحيح، بخلاف الزواج الفاسد فالتفريق فيه متاركة وليس طلاق. مما يتعين الرجوع

<sup>1</sup> - سورة البقرة، الآية 228.

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص 317.

<sup>3</sup> - أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج 18، ص 428.

<sup>4</sup> - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج 9، ص 166.

<sup>5</sup> - أبي عبد الله محمد الخرشني، المرجع السابق، ج 3، ص 216؛ أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير، المرجع السابق، ج 2، ص 413.

<sup>6</sup> - أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، المرجع السابق، ج 2، ص 388.

<sup>7</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ج 3، ص 175؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج 3، ص 243؛ موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 549-550.



إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من قانون الأسرة، والتي تمنع ثبوت تحليل المطلقة ثلاثاً لمطلقها بعد زواجها بغيره زواجاً فاسداً.

إذا وقع دخول في الزواج الفاسد، فهل يقام على الرجل والمرأة حد الزنا لثبوت الإحصان؟

### خامساً- إحصان الزوجين

الإحصان لغة: معناه المنع، قال تعالى: ﴿وَعَلَّمْنَاهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَّكُمْ لِيُحْصِنَكُمْ مِنْ بَأْسِكُمْ﴾<sup>1</sup>. ومعنى لتحصنكم لتمنعكم. ويقال تحصن إذ دخل في الحصن واحتمى به<sup>2</sup>.

والإحصان ورد في الشرع أكثر من معنى، فقد جاء بمعنى التزويج كقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾<sup>3</sup>. والمحصنات في هذه الآية المتزوجات من النساء.

وورد بمعنى الإسلام كقوله تعالى: ﴿فَإِذَا أَحْصَنَ فَإِنَّ أَتَيْنَ بِفَحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ﴾<sup>4</sup>. فإذا أحصن يعني إذا أسلمن.

كما ورد بمعنى الحرية كقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾<sup>5</sup>. يعني من الحرائر الذين أتوا الكتاب من قبلكم.

كذلك بمعنى العفة من الزنا كقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾<sup>6</sup>. يعني العفيفات من الزنا.

<sup>1</sup> - سورة الأنبياء، الآية 79.

<sup>2</sup> - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، المرجع السابق، ج13، ص119-120.

<sup>3</sup> - سورة النساء، الآية 24.

<sup>4</sup> - سورة النساء، الآية 25.

<sup>5</sup> - سورة المائدة، الآية 6.

<sup>6</sup> - سورة النور، الآية 4.

والإحصان أثر من آثار الزواج الصحيح، فيكون كل من الزوجين محصنا، بحيث إذا وقع أحدهما في الزنا كانت العقوبة شديدة وهي الرجم، إذا توافرت شروطها. أما الزواج الفاسد اختلف الفقهاء في وقوع الإحصان من عدمه.

### أ- أثر فساد عقد الزواج على الإحصان

اختلف فقهاء الشريعة على وقوع الإحصان بالوطء في الزواج الفاسد على قولين:

**القول الأول:** لا يقع الإحصان بالوطء في الزواج الفاسد، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من حنفية<sup>1</sup> ومالكية<sup>2</sup> والشافعية<sup>3</sup> والحنابلة<sup>4</sup>؛ لأنه نوع من الوطاء الحرام، فلا يحصل به صفة الكمال.

**القول الثاني:** يقع الإحصان بالوطء في الزواج الفاسد، وهو قول عند الشافعية<sup>5</sup>؛ لأن حكم الزواج الفاسد كحكم الزواج الصحيح في المهر والعدة والنسب وكذلك في الإحصان.

والقول الراجح عدم وقوع الإحصان بالوطء في الزواج الفاسد؛ لأن وطاء لم يتعلق به الملك فلا يخص به إحصان. وأما ثبوت ما ذكره أصحاب القول الثاني من أحكام، إنما تثبت بكل وطاء وليست مختصة بالزواج الفاسد<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج6، ص22؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج7، ص196؛ أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج9، ص45.

<sup>2</sup> - أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، المرجع السابق، ص571؛ أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب، المرجع السابق، ج8، ص395؛ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج4، ص320؛ مالك بن أنس الأصبحي، المدونة...، المرجع السابق، ج4، ص398.

<sup>3</sup> - شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، المرجع السابق، ج7، ص427؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشريبي، المرجع السابق، ج4، ص191؛ أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج22، ص45.

<sup>4</sup> - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف...، المرجع السابق، ج9، ص2996؛ علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج10، ص171؛ موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج12، ص315.

<sup>5</sup> - شمس الدين محمد بن الخطيب الشريبي، المرجع السابق، ج4، ص191؛ أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج22، ص45.

<sup>6</sup> - موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج12، ص315.

المشروع الجزائري لم ينص صراحة على أثر فساد عقد الزواج على ثبوت الإحصان، مما يقتضي اعتماد الإحالة المنصوص عليها في المادة 222 من قانون الأسرة. وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية، فإنها لا ترتب على الزواج الفاسد وقوع الإحصان بالوطء، حسب القول الراجح.

وبالرغم من أن الزواج الفاسد بعد الدخول يرتب بعض آثار الزواج الصحيح، إلا أن الدخول يعتبر معصية وحب التفريق بين الزوجين. فهل التفريق يعتبر طلاق في الزواج الفاسد؟

### سادسا- وقوع الطلاق

قبل الخوض في حكم وقوع الطلاق في الزواج الفاسد، يجب علينا أن نعرف الطلاق من الناحية اللغوية ومن الناحية الاصطلاحية.

#### أ-تعريف الطلاق

الطلاق لغة هو الحل أو رفع القيد سواء كان معنويا أو حسيا، فمن المعنوي قولهم طلق الرجل المرأة إذ حل عقدة النكاح أو رفع القيد الثابت عنه، ومن الحسي قولهم أطلق الأسير إذ حل أساره أي رفع قيد الأسر عنه فصار حرا، وأطلق الناقة إذ رفع القيد عنها<sup>1</sup>. فكل هذه المعاني تستعمل لرفع القيد على الاختلاف في اللفظ لاختلاف المعنى، فيستخدم لفظ الطلاق في معناه المعنوي، ويستخدم لفظ الإطلاق في معناه الحسي.

وأما في الشرع فقد عرفه الفقهاء بعدة تعريفات متقاربة.

فعرفه فقهاء الحنفية بأنه رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص وهو ما اشتمل على مادة الطلاق صريحا كانت أو كناية<sup>2</sup>. وعرفه فقهاء المالكية بأنه: "صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج

<sup>1</sup> - أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص143.

<sup>2</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ج3، ص21؛ زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج3، ص252.

بزوجته موجبا تكررها مرتين للحر ومرة لذي الرق حرمتها عليه قبل زوج"<sup>1</sup>. وعرفه فقهاء الشافعية بأنه: "حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"<sup>2</sup>. وعرفه فقهاء الحنابلة بأنه: "حل قيد النكاح"<sup>3</sup>. وبعبارة أدق: "حل قيد النكاح أو بعضه"<sup>4</sup>.

ومن زاوية القانون، تجنب المشرع الجزائري وضع تعريف للطلاق، واكتفى بذكر الصور التي يكون عليها الطلاق، فقد نصت المادة 48 من قانون الأسرة على أنه: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".

## ب- حكم وقوع الطلاق في الزواج الفاسد

اختلف فقهاء الشريعة حول وقوع الطلاق في الزواج الفاسد على قولين:

**القول الأول:** عدم وقع الطلاق في الزواج الفاسد، وهذا مذهب الحنفية<sup>5</sup> والشافعية<sup>6</sup> وقول عند الحنابلة<sup>7</sup> وقول عند المالكية<sup>8</sup>؛ لأن الطلاق قطع للملك، والزواج الفاسد لا يفيد الملك، فلم يقع فيه الطلاق<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> - أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب، المرجع السابق، ج5، ص268؛ عثمان بن المكّي التوزري الزبيدي، المرجع السابق، ج2، ص117.

<sup>2</sup> - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص368.

<sup>3</sup> - موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج10، ص323.

<sup>4</sup> - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف...، المرجع السابق، ج8، ص2589؛ محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج13، ص5.

<sup>5</sup> - مجموعة علماء الهند تحت إشراف محمد عالمكير، المرجع السابق، ج1، ص330؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص276؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص616.

<sup>6</sup> - محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج6، ص310؛ أبي إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج4، ص119؛ أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج17، ص249.

<sup>7</sup> - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج8، ص443.

<sup>8</sup> - مالك بن أنس الأصبحي، المدونة...، المرجع السابق، ج2، ص153؛ أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب، المرجع السابق، ج5، ص87.

<sup>9</sup> - أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج17، ص249.

والتفريق في الزواج الفاسد يكون متاركة، وتتحقق المتاركة بعد الدخول بالقول كخليت سبيلك أو تركتك ومجرد إنكار الزواج لا يكون متاركة، ويقال أيضا المتاركة قبل الدخول لا تتحقق إلا بالقول. والمتاركة لا تنقص من عدد الطلاق<sup>1</sup>.

**القول الثاني:** وقوع الطلاق في الزواج الفاسد، وهذا مذهب المالكية<sup>2</sup> والحنابلة<sup>3</sup> وقول عند الشافعية<sup>4</sup>؛ لأن الزواج الفاسد منعقد فتترتب عليه أحكام الصحيح من وقوع الطلاق ولزوم العدة ووجوب المهر<sup>5</sup>.

وما يميز الطلاق في الزواج الفاسد أنه طلاق بائن يوقعه الزوج ويحسب من عدد التطليقات<sup>6</sup>. والقول الراجح عدم وقوع الطلاق في الزواج الفاسد؛ لأن الطلاق إنما شرع لحل عقدة النكاح الصحيح، لأنه المعتبر في نظر الشارع، والزواج الفاسد لا يعتد به في الشرع<sup>7</sup>. ومن زاوية القانون، فالمشرع في المواد من 32 إلى 35 من قانون الأسرة، تكلم عن الزواج الباطل والفاسد الذي يقابله البطلان والفسخ، ولا مكان للطلاق فيه. فإذا وقعت الفرقة بين الزوجين بسبب فساد العقد، وجب العناية بالصغار وتربيتهم وحفظهم والقيام بجميع أمورهم، وهذا عن طريق الحضانة.

<sup>1</sup> - مجموعة علماء الهند تحت إشراف محمد عالمكير، المرجع السابق، ج1، ص330؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص276-277.

<sup>2</sup> - أبي عبد الله محمد الخرشبي، المرجع السابق، ج3، ص197؛ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص239؛ أبي القاسم محمد بن أحمد بن مجزي، المرجع السابق، ص349؛ أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ج1، ص427؛ عثمان بن المكي التوزري، المرجع السابق، ج2، ص44.

<sup>3</sup> - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج8، ص443.

<sup>4</sup> - أبي إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج4، ص119؛ أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج17، ص249.

<sup>5</sup> - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج8، ص443.

<sup>6</sup> - شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص239؛ أبي عبد الله محمد الخرشبي، المرجع السابق، ج3، ص197؛ أبي القاسم محمد بن أحمد بن مجزي، المرجع السابق، ص349.

<sup>7</sup> - محمد مصطفى شلبي، أحكام...، المرجع السابق، ص223.

## سابعاً- الحضانة

لا يمكن الحديث عن حكم الحضانة في الزواج الفاسد، من غير تعريفها لغة واصطلاحاً.

### أ- تعريف الحضانة

الحضانة في اللغة: مشتقة من الحضن، وهو ما دون الإبط إلى الكشح، أو الصدر والعضدان وما بينهما. حضن الشيء جانبه، وحضن الطائر بيضه إذ ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها، ضمته إياه إلى حضنها. وبه سميت المرأة حاضنة<sup>1</sup>.

والحضانة في اصطلاح الفقهاء لها تعاريف مختلفة، ولكنها متقاربة تدور كلها حول حفظ الصغير ورعايته وتربيته.

فقد عرفها فقهاء الحنفية بأنها: "تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة ممن له الحق في الحضانة"<sup>2</sup>. وعرفها فقهاء المالكية: "حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه"<sup>3</sup>. وعرفها فقهاء الشافعية بأنها: حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يضره<sup>4</sup>. وعرفها فقهاء الحنابلة بأنها: "حفظ صغير ونحوه عما يضره، وتربيته بعمل مصالحه"<sup>5</sup>.

ومن زاوية القانون، عرفت المادة 62 في فقرتها الأولى من قانون الأسرة الحضانة بأنها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

<sup>1</sup> - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، المرجع السابق، ج13، ص122-123؛ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، المرجع السابق، ص1190.

<sup>2</sup> - محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج5، هامش 252.

<sup>3</sup> - أبي عبد الله محمد الخرشبي، المرجع السابق، ج4، ص207.

<sup>4</sup> - شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، المرجع السابق، ج7، ص225.

<sup>5</sup> - أنظر، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج7، ط1، المطابع الأهلية للأوفست، 1400<sup>هـ</sup>، ص148.

## ب- حكم الحضانة في الزواج الفاسد

يرى فقهاء المالكية أن الحضانة إذا سقطت حضانتها بالتزويج، ثم ظهر بأن الزواج فاسد وفسخ لأجل ذلك قبل الدخول، فإن حضانتها تعود إليها<sup>1</sup>.

أما إذا تزوجت الحضانة وسقطت حضانتها ثم فسخ زواجها بعد الدخول، فقد اختلفوا على قولين: ففي القول الراجح، لا يمكن استعادة الحضانة إذا فسخ الزواج الفاسد بعد الدخول؛ لأن الفسخ في الزواج الفاسد كالطلاق في الزواج الصحيح<sup>2</sup>.

وفي القول الثاني، يمكن استعادة الحضانة عند فسخ الزواج لفساده؛ لأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا<sup>3</sup>.

فالمشروع الجزائري ومن خلال المادة 71 من قانون الأسرة، فرق بين العذر الاختياري والعذر غير الاختياري في سقوط الحضانة، بحيث أجاز استعادة الحضانة لمستحقها إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري، وهو بهذا قد أخذ بالمشهور عند المالكية<sup>4</sup>.

وعلى هذا يسري قضاء المحكمة العليا، حيث اعتبرت أن الأم الحضانة إذا تزوجت بأجنبي فقد أسقطت حقها الاختياري، مما يحول دون عودتها، وهذا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/02/05 والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون. لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الأم الحضانة أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي فإن المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها

<sup>1</sup> - شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص532.

<sup>2</sup> - أبي عبد الله محمد الخرشبي، المرجع السابق، ج4، ص217؛ أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب، المرجع السابق، ج5، ص600.

<sup>3</sup> - أنظر، أحمد بن محمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، ص500.

<sup>4</sup> - عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، المرجع السابق، ج2، ص180؛ أبي عبد الله محمد الخرشبي، المرجع السابق، ج4، ص217.

بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفا رضائيا واختياريا يكون قد خالف القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>1</sup>.

وبالنسبة للزواج الفاسد، فقد أخذ القضاء الجزائري بالرأي الراجح في المذهب المالكي، والذي يمنع استعادة الحضانة عند فسخ الزواج لفساده، وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1982 /01 /25 حيث قضى بأنه: "التنازل عن الحضانة باختيار الحاضن مانع من إعادتها إليه، وفي خليل (ولا تعود بعد الطلاق أو فسخ الفاسد على الأرحح أو الإسقاط)"<sup>2</sup>.

فالاتجاهات القضائية السابقة، اعتبرت الزواج عذرا اختياريا، يمنع بموجبه عودة الحضانة لمستحقها، بينما فقهاء المالكية اختلفوا في هذه المسألة، فمنهم من يفرق بين وجوب الحضانة قبل الزواج وبعده، فإذا وجبت لها الحضانة وهي متزوجة ثم زال التزويج بطلاق أو وفاة أو فسخ، فإن الحضانة تعود إليها لأنها معذورة بكونها متزوجة، بخلاف ذلك إذا وجبت لها وهي غير متزوجة، فإذا تزوجت وسقطت حضانتها فلا تعود إليها لأنها أدخلت على نفسها ما يسقط حضانتها فليست معذورة، وهذا هو القول المشهور<sup>3</sup>. وبعض الفقهاء يرون أن التزوج من الأمور الضرورية، فيجعلونه عذرا كالمريض وانقطاع اللبن<sup>4</sup>.

فضلا عن الآثار الغير مالية السالفة الذكر، يترتب على الزواج الفاسد بعد الدخول بعض الآثار المالية من مهر ونفقة وميراث، وهذا ما سنحاول توضيحه تبعا.

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 1990/02/05، ملف رقم 58812، م ق، 1992، عدد4، ص58.

<sup>2</sup> - المجلس الأعلى، غ أش، 1982/01/25، ملف رقم 26545، ن ق، 1982، عدد خاص، ص243.

<sup>3</sup> - عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، المرجع السابق، ج2، ص180.

<sup>4</sup> - أبي الحسن بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ج1، ص656.



## الفرع الثاني

### الآثار المالية لعقد الزواج الفاسد

يترتب على الزواج الفاسد بعد الدخول، أحقية الزوجة في الحصول على المهر (أولا) والنفقة (ثانيا) والميراث (ثالثا).

#### أولا- ثبوت المهر

سنتناول في هذا الموضوع، تعريف المهر لغة واصطلاحا، ثم تبيان موقف الفقهاء من المهر في الزواج الفاسد، وأخيرا سنحدد مقداره، وذلك حسب الترتيب التالي:

#### أ- تعريف المهر

المهر لغة، صداق المرأة والجمع مهور، يقال مهرت المرأة إذ أعطيتها المهر، وأمهرتها كذلك<sup>1</sup>. وله عدة أسماء منها الصداق، والصدقة، النحلة، الفريضة، والحباء، والأجر، والطول، والعقر... إلخ. أما اصطلاحا، عرف فقهاء الحنفية المهر بأنه: "اسم لما تستحقه المرأة بعقد النكاح أو الوطء"<sup>2</sup>. وقال فقهاء المالكية بأنه: "ما يعطى للزوجة في مقابلة الاستمتاع بها"<sup>3</sup>. أما فقهاء الشافعية فقالوا بأنه: "ما وجب بعقد نكاح أو وطء أو تفويت بضع قهرا كرضاع ورجوع شهود"<sup>4</sup>. وأخيرا عرفه فقهاء الحنابلة بأنه: "العوض في النكاح أو نحوه"<sup>5</sup>. وبعبارة أخرى: "العوض المسمى في عقد النكاح وبعده"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المرجع السابق، ص223.

<sup>2</sup> - محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص230.

<sup>3</sup> - أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج2، ص293.

<sup>4</sup> - شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، المرجع السابق، ج6، ص334؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص291.

<sup>5</sup> - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف...، المرجع السابق، ج7، ص2485.

<sup>6</sup> - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، التنقيح...، المرجع السابق، ص363.

وعرف فقهاء القانون المهر بأنه: "المال الذي يدفعه الرجل للمرأة عربونا ورمزا لرغبته في الاقتران بها"<sup>1</sup>. كما عرفوه بأنه: "الحق المالي الذي يجب على الرجل لامراته بالعقد عليها، أو الدخول بها وكرمز لرغبته في الاقتران بها في حياة دائمة وشريفة ملؤها الاطمئنان والسعادة"<sup>2</sup>.

وعرفت المادة 14 من قانون الأسرة بأنه ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها، من كل ما هو مباح شرعا، ثم أضافت بأنه ملك لها تتصرف فيه كما تشاء.

### ب- حكم المهر في الزواج الفاسد

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>3</sup> والمالكية<sup>4</sup> والشافعية<sup>5</sup> والحنابلة<sup>6</sup> إلى عدم وجوب المهر للمرأة في الزواج الفاسد قبل الدخول؛ لأن المهر يجب بالعقد والزواج الفاسد غير منعقد، فوجوده كعدمه. بينما ذهب إلى وجوب المهر في الزواج الفاسد بعد الدخول؛ لأن الزواج مع فساده ينعقد وتترتب عليه أكثر أحكام الزواج الصحيح كوجوب المهر<sup>7</sup>.

### ج- مقدار المهر في الزواج الفاسد

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مقدار المهر الواجب في الزواج الفاسد على الأقوال

التالية:

<sup>1</sup> - عبد العزيز سعد، قانون...، المرجع السابق، ص46.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص342.

<sup>3</sup> - زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج3، ص181؛ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج2، ص152؛ مجموعة علماء الهند تحت إشراف محمد عالمكبر، المرجع السابق، ج1، ص330، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص615.

<sup>4</sup> - أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، المرجع السابق، ج2، ص61؛ أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب، المرجع السابق، ج5، ص91-92.

<sup>5</sup> - أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج17، ص246.

<sup>6</sup> - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج8، ص304؛ موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص351-352؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف...، المرجع السابق، ج7، ص2516.

<sup>7</sup> - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف...، المرجع السابق، ج7، ص2516.

**القول الأول:** يجب الأقل من مهر المسمى ومن مهر المثل، وهو مذهب الحنفية<sup>1</sup>، فإذا كان المسمى أكثر من مهر المثل لم يجب الزائد لأن العقد غير صحيح، وإن كان مهر المثل أكثر من المسمى لم يجب الزائد لأنها أسقطت حقها في الزيادة لرضاها بما دونها.

**القول الثاني:** يجب مهر المسمى، وهو مذهب المالكية<sup>2</sup> والحنابلة<sup>3</sup>، لأن الزواج ومع فساده منعقد، تترتب عليه أكثر أحكام الصحيح من وقوع الطلاق ووجوب عدة الوفاة ونحو ذلك، فكذاك وجوب المسمى كالزواج الصحيح.

**القول الثالث:** يجب مهر المثل، وهو مذهب الشافعية<sup>4</sup> وقول زفر من الحنفية<sup>5</sup> ورواية عن الإمام أحمد<sup>6</sup>، لحديث النبي ﷺ "أبما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل. فنكاحها باطل. فنكاحها باطل. فإن دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها"<sup>7</sup>. فجعل المهر بالإصابة، والإصابة إنما توجب مهر المثل<sup>8</sup>.

ومن زاوية القانون نصت المادة 33 الفقرة الثانية من قانون الأسرة على أنه: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

---

<sup>1</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص616؛ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، ج2، ص152-153؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص274.

<sup>2</sup> - أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، المرجع السابق، ج2، ص61؛ أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب، المرجع السابق، ج5، ص91؛ عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، المرجع السابق، ج2، ص43.

<sup>3</sup> - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج8، ص305؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف...، المرجع السابق، ج7، ص2516.

<sup>4</sup> - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص308؛ أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج17، ص246.

<sup>5</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص615؛ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ج2، ص153.

<sup>6</sup> - موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص352.

<sup>7</sup> - أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة، المرجع السابق، ج3، ص398-399.

<sup>8</sup> - موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص352.

فالمشرع الجزائري جعل الصداق من ضمن شروط التي يجب توفرها في عقد الزواج، تطبيقاً للمادة 9 مكرر من قانون الأسرة، مما يفيد بأنه متى تخلف ترتب عليه فسخ الزواج الفاسد قبل الدخول، ولكنه يثبت بعده بصداق المثل، لأن الزوج بدخوله الحقيقي على الزوجة قد استوفى المتعة فتقرر عليه الصداق.

وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا، حيث اعتبرت أن الزوجة إذا قدمت شهوداً لإثبات واقعة الزواج العربي وتم تحديد مقدار الصداق، فإن عدم حضور الولي ليس سبباً في رفض دعوى إثبات الزواج العربي، مادام الدخول قد تم، وذلك تأسيساً على المادة 33 من قانون الأسرة، وهذا في قرارها الصادر بتاريخ 2001/01/23 أين ورد فيه: "يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل إذا احتل ركن واحد طبقاً لأحكام المادة 33 من قانون الأسرة. وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العربي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي فإنهم خالفوا القانون"<sup>1</sup>.

إذا كان العقد الصحيح المستجمع لجميع أركانه وشروطه هو مناط وجوب النفقة للزوجة على زوجها. فهل العقد الفاسد يوجب النفقة الزوجية؟

## ثانياً- ثبوت النفقة

لبيان حكم النفقة في الزواج الفاسد، لا بد من تعريف النفقة لغة واصطلاحاً.

### أ- تعريف النفقة

النفقة لغة، مشتقة من النفوق والذي هو الهلاك، يقال نفقت الدابة نفوقاً هلكت وماتت ونفق الدرهم والزاد نفوقاً أي نفذ وأنفق الرجل أي افتقر<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 2001/01/23، ملف رقم 253366، م ق، 2002، عدد2، ص440.

<sup>2</sup> - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، المرجع السابق، ج10، ص357-358؛ أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص236.

أما شرعا، فقد عرف فقهاء الحنفية النفقة بأنها: "الطعام والكسوة والسكنى"<sup>1</sup>. وبعبارة أخرى هي: "الادرار على الشيء بما به بقاؤه"<sup>2</sup>. وقال فقهاء المالكية بأنها: "ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف"<sup>3</sup>. وعند فقهاء الشافعية بأنها: "الإخراج"<sup>4</sup>. وأخيرا عرفها فقهاء الحنابلة بأنها: "كفاية من يمونه خبزا وأدما وكسرة ومسكنا وتوابعها"<sup>5</sup>.

وقانون الأسرة لم يعرف النفقة، غير أنه حدد ما يعتبر من مشتملاتها بموجب المادة 87 منه والتي تنص على أنه: "تشمل النفقة: الغذاء، والكسوة، والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

وأمام سكوت المشرع، عرف شراح القانون النفقة بأنها: "ما يصرفه الزوج على زوجته، وأولاده، وأقاربه، من طعام وكسوة وعلاج، وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس وحسب وسع الزوج"<sup>6</sup>. كما يراد بها: "ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها من طعام وشراب ومسكن وخدمة ونحو ذلك، مما يلزم توفره لها حسبما إعتاده الناس وجرى به العرف الصحيح"<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> - زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج4، ص188؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج5، ص278؛ عبد الغني الغنيمي، المرجع السابق، ج3، ص91.

<sup>2</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ج3، ص321.

<sup>3</sup> - أبي عبد الله محمد الأنصاري الرضاع، المرجع السابق، ص321.

<sup>4</sup> - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص558؛ إبراهيم البيهقوري، المرجع السابق، ج2، ص345.

<sup>5</sup> - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، التنقيح...، المرجع السابق، ص412؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف...، المرجع السابق، ج8، ص2813.

<sup>6</sup> - بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص577.

<sup>7</sup> - أنظر، محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج، ط2، دار الوعي، الجزائر، 2015، ص449.

## ب- حكم النفقة في الزواج الفاسد

اتجه فقهاء الحنفية<sup>1</sup> والمالكية<sup>2</sup> والشافعية<sup>3</sup> والحنابلة<sup>4</sup> إلى عدم وجوب النفقة في الزواج الفاسد؛ الفاسد؛ لأن هذا الأخير ليس بزواج حقيقة فيجب فسخه، ولا يمكن اعتبار الزوجة محبوسة لحق الزوج، ولأن التمكين لا يصح مع فساد الزواج، فلا يستحق ما في مقابلته. ومتى أنفق الرجل على المرأة ثم تبين أن الزواج فاسد، فقد ذهب فقهاء الحنفية إلى أنه يرجع عليها بما أنفق، إن كان قد أعطاهها بلا فرض القاضي. أما إذا لم يكن بفرض القاضي فلا يرجع<sup>5</sup>.

بخلاف فقهاء الشافعية، إذ يرون بعدم أحقية الرجل في الرجوع بما أنفقه؛ لأنها محبوسة عنده على ظن النكاح، والنفقة في مقابلة الحبس، فكانت النفقة في مقابلة الحبس على ظن نكاح، لأن الظن في هذا كالحقيقة<sup>6</sup>.

كذلك فقهاء الحنابلة، يرون عدم الرجوع، سواء أنفق قبل فراقها أم بعده؛ لأنه إن كان عالماً بعدم الوجوب فهو متطوع بالإنفاق، وإن لم يكن عالماً فهو مفطر، فلم يرجع، كما لو أنفق على أجنبية<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج5، ص117؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج5، ص278-280؛ مجموعة علماء الهند تحت إشراف محمد عالمكير، المرجع السابق، ج1، ص330؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ج3، ص322.

<sup>2</sup> - أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب، المرجع السابق، ج5، ص554.

<sup>3</sup> - أبو زكريا محي الدين النووي، المرجع السابق، ج20، ص138؛ أبي إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج4، ص601؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص577.

<sup>4</sup> - موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج11، ص407؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف... المرجع السابق، ج8، ص2820.

<sup>5</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ج3، ص322؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج5، ص281.

<sup>6</sup> - أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، الوسيط... المرجع السابق، ج6، ص221.

<sup>7</sup> - موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج11، ص408؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف... المرجع السابق، ج8، ص2818.

لم يوضح المشرع الجزائري حكم النفقة في الزواج الفاسد، حيث نصت المادة 74 من قانون الأسرة على أنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بيينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون". وإزاء سكوت المشرع، يرى بعض شراح القانون بعدم وجوب نفقة الزوج لزوجته في غير العدة، لأن النفقة الزوجية هي أثر من آثار الزواج الصحيح، على أن الزوجة تستحق النفقة الزوجية إذا كانت جاهلة فساد النكاح<sup>1</sup>.

فإذا مات أحد الزوجين قبل التفريق في عقد الزواج الفاسد، فقد اختلف الفقهاء في ثبوت الميراث من عدمه، وهذا ما سنتطرق إليه تبعا.

### ثالثا- ثبوت الميراث

اتجه فقهاء الحنفية<sup>2</sup> والشافعية<sup>3</sup> والحنابلة<sup>4</sup> إلى عدم ثبوت التوارث بين الزوجين في الزواج الفاسد.

وذهب فقهاء المالكية<sup>5</sup> إلى أنه إذا مات أحد الزوجين قبل وقوع الفسخ فإنهما يتوارثان، لأن فسادهما لا يكون مانعا من الإرث، ما لم يكن الفسخ لحق الورثة كزواج المريض فلا يرث فيه. ويقال إذا مات أحد الزوجين قبل الفسخ لا يقع الميراث<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1، ط7، المكتب الإسلامي، دمشق، 1997، ص180؛ عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط5، المطبعة الجديدة، دمشق، 1978-1979، ص254؛ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص301.

<sup>2</sup> - محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج10، ص497-498.

<sup>3</sup> - أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، المرجع السابق، ج11، ص40.

<sup>4</sup> - موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص355.

<sup>5</sup> - عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، المرجع السابق، ج2، ص44؛ أبي عبد الله محمد الخرشبي، ج3، ص197؛ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، ج2، ص240.

<sup>6</sup> - أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، المرجع السابق، ج5، ص90.

يتبين مما سبق أن هناك اضطراب في المذهب المالكي حول وقوع الميراث قبل الفسخ، يقول ابن رشد في هذا الصدد: "اختلف المذهب في وقوع الميراث في الأنكحة الفاسدة إذا وقع الموت قبل الفسخ"<sup>1</sup>.

لم ينص المشرع صراحة على حكم الميراث في الزواج الفاسد، بينما شراح القانون يرون بعدم استحقاق الميراث ولو تم الدخول، لأنه أثر من آثار الزواج الصحيح (المادة 126 و 130 من قانون الأسرة)<sup>2</sup>.

وحاصل ما تقدم، أن الزواج الفاسد لا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول ويجب فسخه، فإذا تم الدخول بالزوجة فتنشأ الضرورة التي تقضي ترتيب بعض الآثار عليه. أما الزواج الباطل فالأصل أنه لا يترتب عليه أي أثر، ما لم يكن الزوجين يجهلان التحريم، وهذا ما سنحاول دراسته في المطلب الثاني.

## المطلب الثاني

### آثار عقد الزواج الباطل

الأصل، أن العقد الباطل لا يترتب عليه أي أثر من الآثار المقررة للعقد الصحيح، لأنه غير منعقد، فيجب على الزوجين أن يفتقرا رضاء وإلا قضاء. ولكن الناظر في بعض الأبواب والمسائل الفقهية، يجد أن الفقهاء يفرقون في الأحكام بين علم الزوجين بطلان عقد الزواج وبين جهلهما.

وعليه، سيتم معالجة هذا المطلب من خلال فرعين أساسيين، حيث يخصص الفرع الأول لعلم الزوجين بطلان عقد الزواج. أما الثاني سيتم التطرق فيه لجهل الزوجين بطلان عقد الزواج.

<sup>1</sup> - محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج 2، ص 60.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص 507.



## الفرع الأول

### علم الزوجين بطلان عقد الزواج

إذا علم الزوجين بطلان عقد الزواج ورضيا به، فإنه يترتب على هذا الزواج الباطل الأحكام

التالية:

#### أولاً - حكم العدة في الزواج الباطل

اتجه فقهاء الحنفية<sup>1</sup> والمالكية<sup>2</sup> وبعض فقهاء الحنابلة<sup>3</sup>، إلى عدم وجوب العدة في المتزوجة زواجا باطلا، لأن العقد الباطل وجوده كعده لا يترتب عليه أي أثر. فلا عدة في الزواج الباطل وإنما هو استبراء<sup>4</sup>، أي الكشف عن حالة الرحم. وذهب بعض فقهاء الحنابلة<sup>5</sup> إلى أن المعتدة من زواج باطل لها العدة.

والقول الراجح، أن الزواج الباطل لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج، فلا تجب به العدة بعد المفارقة، لأن وجوده كعدمه<sup>6</sup>.

ومن زاوية الفقه الجزائري، ذهب بعض الشراح إلى أن البطلان إذا كان واضحا قبل الدخول، وثبت العلم التام بالتحريم، وتم الدخول فلا تثبت العدة<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص274.

<sup>2</sup> - أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب، المرجع السابق، ج5، ص487.

<sup>3</sup> - محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج13، ص326؛ منصور بن إدريس البهوتي، كشف...، المرجع السابق، ج8، ص2770.

<sup>4</sup> - أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب، المرجع السابق، ج5، ص487؛ أبي عبد الله محمد الخرشبي، المرجع السابق، ج4، ص140؛ محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج13، ص383.

<sup>5</sup> - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج9، ص270؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، كشف...، ج8، ص2766.

<sup>6</sup> - محمد مصطفى شلبي، أحكام...، المرجع السابق، ص338؛ فتحي الدريني، بحوث...، المرجع السابق، ص311.

<sup>7</sup> - بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص496.

## ثانياً- حكم المهر في الزواج الباطل

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول وجوب المهر في الزواج الباطل على قولين:

**القول الأول:** عدم وجوب المهر في الزواج الباطل، لأن وجوده كعدمه لا يترتب عليه أي أثر، كما أن وجوده زنى يوجب الحد<sup>1</sup>.

**القول الثاني:** يوجب المهر، ولم يجب الحد، ولكن يعاقب عقوبة أشد ما يكون من التعزير، وهذا قول أبي حنيفة رحمة الله عليه<sup>2</sup>.

والقول الراجح، عدم وجوب المهر، لأنه زنا يقام عليه الحد إن كان عالماً بذلك.

ومن زاوية القانون، فالزواج الباطل لا يرتب صداق للزوجة، وهذا ما قضت به المادة 33 من قانون الأسرة<sup>3</sup> بقولها: "بيطل الزواج إذا اختل فيه ركن الرضا. إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

ويستفاد من المادة السابقة، أنه إذا تم الزواج بدون شهود أو صداق أو ولي، فإنه يفسخ قبل الدخول وبدون صداق ويثبت بعد الدخول بصداق المثل. أما إذا اختل ركن الرضا، فإنه يكون باطلاً ولا صداق فيه، سواء قضي ببطلانه قبل الدخول أو بعده.

<sup>1</sup> - موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج10، ص188؛ محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج13، ص326؛ محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج7، ص393.

<sup>2</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ج4، ص147.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص495.

## ثالثا- حكم الميراث في الزواج الباطل

ذهب فقهاء الحنفية<sup>1</sup> والمالكية<sup>2</sup> والشافعية<sup>3</sup> والحنابلة<sup>4</sup> إلى عدم وجوب الميراث في الزواج الباطل؛ لأن التوارث ثمرة العقد، والزواج الباطل غير منعقد، فلا يمكن القول بالميراث<sup>5</sup>.  
ومن زاوية القانون، نص المشرع الجزائري في المادة 131 من قانون الأسرة على أنه: "إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين".

## رابعا- حكم النسب في الزواج الباطل

ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى عدم ثبوت النسب في الزواج الباطل<sup>6</sup>؛ لأن عقد الزواج الباطل غير منعقد، فهو معدوم والعدم لا يترتب عليه أي أثر شرعا.  
ومن زاوية القانون، نص المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون".  
وبالرجوع إلى أحكام هذه المواد يتبين أن المشرع قد وقع في خلط عند الإحالة، فالمادة 32 تقضي ببطلان الزواج إذا اشتمل العقد على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، ولم تتضمن أي عبارة للفسخ بعد الدخول. كما أن المادة 33 تقضي بالبطلان أيضا، وليس بها ذكر للفسخ بعد

<sup>1</sup> - محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج10، ص498.

<sup>2</sup> - أنظر، محمد الشيباني بن محمد بن أحمد الشنقيطي، تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك، ج3، ط2، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1998، ص67؛ أبي عبد الله محمد الخرشبي، المرجع السابق، ج3، ص197؛ عثمان بن المكّي التوزري الزبيدي، المرجع السابق، ج2، ص44.

<sup>3</sup> - أبي إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج4، ص160.

<sup>4</sup> - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج7، ص305.

<sup>5</sup> - فضيل سعد، المرجع السابق، ج1، ص165.

<sup>6</sup> - موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص354؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص274؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ج10، ص322-323.

الدخول. أما المادة 34 فهي وحدها التي تنص على فسخ عقد الزواج بعد الدخول وترتب على ذلك ثبوت النسب ووجوب الاستبراء، دون تمييز بين الزوج العالم والجاهل لسبب التحريم.

وفقهاء الشريعة الإسلامية وضعوا قاعدة شرعية مفادها أنه: "لا يجتمع حد ونسب". ومعنى هذه القاعدة أن من أبرم عقد زواج باطل وكان عالما بالتحريم فهو يحد ولا يلحق به النسب. أما إذا كان جاهلا بالتحريم فهو لا يحد ويلحق به النسب لحسن نيته<sup>1</sup>.

ومهما يكن من أمر، فإذا تم البناء بالمرأة في زواج باطل، ونتج عن هذا البناء حمل، فإن المشرع الجزائري قد أثبت النسب بمقتضى المادة 40 من قانون الأسرة.

وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/10/28 على ما يلي:  
"من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتلا له. ولما كان ثابتا أن قضاة المجلس لما قضوا برفض سماع شهادة الأقارب في دعوى إثبات الزواج والنسب بحجة أن الحكم حاز قوة الشيء المقضي فيه فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون لأن حجية الشيء المقضي فيه لا تطبق في قضايا الحالة كإثبات الزواج والنسب وأنه يمكن إثبات الزواج والنسب بطرق عدة على غرار العقد الصحيح طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية. مما استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>2</sup>.

فكان على المشرع الجزائري وكذا الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، أن يقيد إثبات النسب في الزواج الباطل بحسن نية الزوج، بمعنى يكون الزوج يجهل بطلان الزواج. أما إذا كان سيء النية يعلم البطلان، فلا يثبت النسب.

<sup>1</sup> - محمد الكشور، المرجع السابق، ج1، ص485-486.

<sup>2</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 1997/10/28، ملف رقم 172333، م ق، 1997، عدد1، ص42.

## خامسا- حكم الحد في الزواج الباطل

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الدخول في الزواج الباطل يعتبر زنا، إذا كان أحد الزوجين مكلف عالم بالتحريم، ولكنهم اختلفوا في مدى وجوب الحد<sup>1</sup>.

فقهاء المالكية<sup>2</sup> والشافعية<sup>3</sup> والحنابلة<sup>4</sup> وأبو يوسف ومحمد من الحنفية<sup>5</sup> يذهبون إلى وجوب الحد في الزواج الباطل مع العلم بالتحريم. وذهب أبي حنيفة وزفر من الحنفية<sup>6</sup> إلى عدم وجوب الحد ولو تم العلم بالتحريم، ولكن يعاقب عقوبة أشد ما يكون من التعزير.

والذي نراه، أنه من أبرم عقد زواج باطل وكان سيء النية، أي عالم بالتحريم، فيقام عليه الحد. أما الطرف الثاني إذا كان حسن النية لا يعلم التحريم، فلا يقام عليه الحد لوجود الشبهة.

## سادسا- ثبوت حرمة المصاهرة في الزواج الباطل

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا على قولين:

**القول الأول:** ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا. فإذا زنى رجل بامرأة حرمت عليه أصولها وفروعها وحرمت عليها أصول الزاني وفروعه، وهو مذهب الحنفية<sup>7</sup> والحنابلة<sup>8</sup> وقول عند المالكية<sup>9</sup>. ولقد استدل

<sup>1</sup> - محمد مصطفى شلبي، أحكام...، المرجع السابق، ص338.

<sup>2</sup> - أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، المرجع السابق، ج8، ص391؛ أبي القاسم محمد بن أحمد بن مجزي، المرجع السابق، ص528؛ عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، المرجع السابق، ج2، ص45.

<sup>3</sup> - أبي إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج5، ص382؛ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، المرجع السابق، ج7، ص425.

<sup>4</sup> - موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص354.

<sup>5</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ج4، ص147.

<sup>6</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، نفس المرجع، ج4، ص147.

<sup>7</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص424؛ زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج3، ص100.

<sup>8</sup> - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج8، ص118؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، السابق، كشاف...، ج7، ص2428؛ موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص526.

<sup>9</sup> - مالك بن أنس الاصبحي، المدونة...، المرجع السابق، ج2، ص202.

استدل أصحاب هذا الرأي، بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾<sup>1</sup>. فالنكاح فالنكاح لفظ مشترك بين العقد والوطء<sup>2</sup>، والمراد به في الآية المذكورة الوطء لا العقد، بدليل قوله تعالى تعالى في نهاية الآية الكريمة: ﴿إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾<sup>3</sup>. وهذا التعليل إنما يكون في الوطء<sup>4</sup>.

**القول الثاني:** عدم ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا، وهو مذهب الشافعية<sup>5</sup> والمشهور عند المالكية<sup>6</sup> والظاهرية<sup>7</sup>. ولقد استدل أصحاب هذا الرأي، بقوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾<sup>8</sup>. فالذي جمع بين ماء الرجل وماء المرأة النسب والصهر، فلما انتفى عن الزنا حكم النسب انتفى عنه حكم المصاهرة<sup>9</sup>. وروي عن عائشة - رضي الله عنها - أن رسول الله ﷺ سئل عن الرجل يتبع المرأة حراما أينكح ابنتها أو يتبع الابنة حراما أينكح أمها؟ فقال رسول الله ﷺ: "لا يحرم الحرام الحلال إنما يحرم ما كان بنكاح حلال"<sup>10</sup>. والتحریم بالزنا تحريم الحرام الحلال. ولأنه وطف لا تصير به الموطوءة فراشا، فلم يتعلق به تحريم المصاهرة، كالمباشرة بدون شهوة<sup>11</sup>.

1 - سورة النساء، الآية 22.

2 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص426.

3 - سورة النساء، الآية 22.

4 - موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص527.

5 - أبي إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج4، ص147؛ أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج17، ص325؛ شمس الدين

محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، المرجع السابق، ج6، ص275.

6 - أبي القاسم محمد بن أحمد بن مجزي، المرجع السابق، ص345؛ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص252.

7 - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ج9، ص532.

8 - سورة الفرقان، الآية 54.

9 - أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، المرجع السابق، ج9، ص215.

10 - أبي بكر أحمد بن الحسين ابن علي البيهقي، المرجع السابق، ج7، ص169.

11 - أبي إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج4، ص147.

والظاهر أن سبب الخلاف بين الأئمة يرجع إلى الدلالة اللغوية أو الشرعية لعبارة النكاح الوارد في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾<sup>1</sup>. فمن راعى الدلالة اللغوية قال بثبوت حرمة المصاهرة بالزنا، ومن راعى الدلالة الشرعية قال بعدم ثبوت الحرمة بالزنا<sup>2</sup>.

ولم يتطرق قانون الأسرة إلى هذه المسألة، مما يقتضي اعتماد الإحالة المنصوص عليها في المادة 222 من ذات القانون. والراجح أن الزواج الباطل يعتبر زنا ينشر حرمة المصاهرة، وهو ما ذهب إليه الجمهور. وهذا فيه سدا لمنافذ الفساد في المجتمع وخاصة بعد ما أصبح الاختلاط بالأجنبيات أمرا عاديا.

### سابعاً- حكم الحضنة في الزواج الباطل

يرى فقهاء المالكية<sup>3</sup>، إلى أن الحضنة إذا سقطت حضانتها بالتزويج وأخذ الولد من بعدها في المرتبة، ثم ظهر بأن الزواج باطل وكانت الزوجة عاملة بالتحريم، ولأجل ذلك قضي ببطلانه مع إقامة الحد، فإن يمكن استعادة حضانتها.

أما المشرع الجزائري ومن خلال المادة 71 من قانون الأسرة، فرق بين العذر الاختياري والعذر غير الاختياري في سقوط الحضنة، بحيث أجاز استعادة الحضنة لمستحقها إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري، وهو بهذا قد أخذ بالمشهور عند المالكية<sup>4</sup>.

قلنا فيما سبق، الأصل في الزواج الباطل أنه معدوم لا يترتب عليه أي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح، ولكن قد يكون أحد الزوجين أو كلاهما حسن النية، ليس له علم بأن الزواج محرم باطل، فهنا نجد فقهاء الشريعة الإسلامية يترتبون على هذا الزواج الباطل أحكام، مع وجوب التفريق بينهما قضاء. وهذا ما سنحاول توضيحه تبعا.

<sup>1</sup> - سورة النساء، الآية 22.

<sup>2</sup> - محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص34.

<sup>3</sup> - شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص532؛ أحمد بن محمد الصاوي، المرجع السابق، ج2، ص499.

<sup>4</sup> - عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، المرجع السابق، ج2، ص180؛ أبي عبد الله محمد الخرشبي، المرجع السابق، ج4، ص217.

## الفرع الثاني

### جهل الزوجين بطلان عقد الزواج

ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية، إلى أنه إذا جهل الزوجين بطلان الزواج كالذي تزوج أخته من النسب أو أخته من الرضاع وهو لا يدري، فلا يقام الحد<sup>1</sup>، وتترتب بعض الآثار لقيام الشبهة. ومن الآثار التي تترتب على عقد الزواج الباطل بعد الدخول:

#### أولاً- وجوب المهر

فمن المقرر فقها أن الدخول بالمرأة لا يخلو من عقر (بفتح العين) أي حد أو عقر (بضم العين) أي مهر، فإذا سقط الحد فإن المهر لا محالة يثبت<sup>2</sup>.

يرى بعض فقهاء القانون أن الزوج إذا كان حسن النية كمن تزوج امرأة محرمة عليه شرعا دون علمه بالتحريم، فرغم بطلان الزواج فإنه يترتب عليه بعد الدخول الصداق (المادة 16 و33 من قانون الأسرة)<sup>3</sup>.

#### ثانياً- حرمة المصاهرة

تثبت حرمة المصاهرة كأثر لهذا الزواج بعد الدخول<sup>4</sup>، لأنها تثبت عند بعض الفقهاء، فمن باب أولى تثبت بالدخول في الزواج الباطل لوجود الشبهة.

<sup>1</sup> - أبي القاسم محمد بن أحمد بن مجزي، المرجع السابق، ص528-529؛ أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب، المرجع السابق، ج8، ص391؛ علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج10، ص185؛ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، المرجع السابق، ج7، ص425.

<sup>2</sup> - محمد مصطفى شلبي، أحكام...، المرجع السابق، ص339.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص510.

<sup>4</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص424؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ج2، ص359؛ زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج3، ص100.



ومن زاوية القانون لم يتطرق المشرع الجزائري لهذه المسألة. وأمام سكوت المشرع يرى بعض شراح القانون، أن الرجل إذا أبرم عقد زواج باطل وكان حسن النية، كمن تزوج بامرأة تحرم عليه شرعا دون علمه بالتحريم، يترتب على هذا الزواج آثاره فيما يخص حرمة المصاهرة<sup>1</sup>.

ومن زاوية القانون المقارن نصت المادة 58 فقرة ثانية من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "يترتب على هذا الزواج بعد البناء الصداق والاستبراء، كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب وحرمة المصاهرة".

### ثالثا- ثبوت النسب

ذهب فقهاء المالكية، إلى أن كل نكاح يدرأ فيه الحد فالولد لاحق بالواطئ، وحيث وجب الحد لا يلحق النسب<sup>2</sup>. وهذا المفهوم مقيد بغير المسائل التي يحد فيها الواطئ ويلحق به الولد، فيجتمع فيه أمران: الحد والنسب<sup>3</sup>.

ومعنى هذا أن من أبرم عقد زواج باطل وكان حسن النية أي جاهلا بالتحريم، فلا يقام عليه الحد ويلحق به النسب<sup>4</sup>.

فكان على المشرع الجزائري وضمن تعديلاته لأحكام قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02/05 الإشارة إلى أنه يشترط لثبوت النسب في الزواج الباطل، أن يكون الزوج حسن النية مجهل البطلان<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص 497-498.

<sup>2</sup> - أبي القاسم محمد بن أحمد بن مجزي، المرجع السابق، ص 350.

<sup>3</sup> - عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، المرجع السابق، ج 2، ص 45.

<sup>4</sup> - محمد الكشيبور، المرجع السابق، ج 1، ص 486.

<sup>5</sup> - بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص 496.

## رابعاً- الحضانة

يرى بعض فقهاء المالكية في القول الراجح<sup>1</sup>، إلى أن الحاضنة إذا سقطت حضانتها بالتزويج وأخذ الولد من بعدها في المرتبة، ثم ظهر أن الزواج باطلاً، فدرء الحد للجهل بالتحريم، فلا يمكن استعادة الحضانة لمستحقها.

وذهب بعض فقهاء المالكية خلاف ذلك<sup>2</sup>، فالمرأة إذا تزوجت وسقطت حضانتها، ثم تبين أن الزواج باطل، فإن الحضانة تعود إليها، لأن الزواج الباطل معدوم من ناحية الشرع والمعدوم شرعاً كالمعدوم حساً.

## خامساً- الحد

لا يجب حد الزنا بعد الدخول في الزواج الباطل إن جهل التحريم<sup>3</sup>، لوجود شبهة الاشتباه وهي الجهل بأحكام الشرع. وهذه الشبهة وإن وجدت أسقطت الحد، ولم تمتح وصف الزنا<sup>4</sup>. أما أبو حنيفة فلم يشترط الجهل بالتحريم، بل تثبت الشبهة ولو كان عالماً بالتحريم، ولكن يجب على القاضي أن يعاقبه أشد ما يكون من التعزير<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص532.

<sup>2</sup> - أحمد بن محمد الصاوي، المرجع السابق، ج2، ص499.

<sup>3</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ج4، ص148.

<sup>4</sup> - محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص150.

<sup>5</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ج4، ص148.

# خاتمة

إن التمييز بين الباطل والفساد من عقود الزواج كان ولا يزال محل اضطراب كبير في مباحث الفقه.

فقهاء الحنفية متفقون على تقسيم العقد غير الصحيح إلى عقد باطل وعقد فاسد، وذلك في نطاق العقود المالية المنشئة للالتزامات المتقابلة، وقد بنوا هذا التقسيم على أساس التفرقة بين حالة ورود نهي الشارع عن أصل العقد ووروده عن وصف لازم له. فإذا كان مورد النهي يرجع إلى عين العقد بأن كان الخلل في أركانه وما يتعلق بهذه الأركان من شروط انعقاد، يكون العقد باطلا. أما إذا كان مورد النهي يرجع إلى وصف لازم له بأن كان الخلل في شرط من شروط الصحة، يكون العقد فاسدا.

ولكن عند عرض المسائل الفقهية التطبيقية يجد أنهم لم يتفقوا على الأخذ بهذا التقسيم في نطاق عقد الزواج، وسبب الخلاف يرجع إلى طبيعة عقد الزواج، فهو خليط بين العبادات والمعاملات. فمن لم يفرق بين الزواج الباطل والزواج الفاسد، غلب جانب العبادات فألحقه بها، فموجب الزواج وأثره الأصلي هو الحل ومقتضى النهي الحرمة، والحل والحرمة ضدان لا يجتمعان في محل واحد بدهاءة، فكان باطلا، ولهذا كان النهي في بعض صور الزواج أيا كان مورده يوجب البطلان.

فكذلك العبادات، فالمقصود منها هو الطاعة والقربة، والنهي يقتضي المعصية، فتباين أثر العبادة وحكم النهي، لأن الطاعة أو القربة والمعصية لا يجتمعان في محل واحد فتضادا، فكان فاسد العبادة مرادف لباطلها، لفوات الركن أو الشرط.

ومن فرق بينهما غلب الجانب الآخر، فألحقه بالمعاملات التي يختلف فيها الباطل عن الفاسد. فالعقد الباطل، لا يترتب عليه أي أثر من الآثار المقصودة للعقد الصحيح، لخلل في ركنه أو شرائط انعقاده، كذلك الزواج الباطل.

والعقد الفاسد في المعاوضات، لا يفيد شيئا قبل التنفيذ فهو والباطل سواء من حيث عدم ترتب الأثر، وبعد التنفيذ (القبض) تترتب عليه جميع الآثار المقررة له في حال الصحة، مع وجوب

فسخه، حقا للشرع، كذلك عقد الزواج الفاسد، لا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول، وبعد الدخول تنشأ الضرورة التي تقتضي ترتيب الآثار عليه، مع وجوب فسخه بعد الدخول، حقا للشرع.

في حين ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم التفرقة بين العقد الباطل والعقد الفاسد، فالعقد غير الصحيح في نظرهم قسم واحد، فهو باطل وقد يعبر عنه بالفاسد من باب ترادف الألفاظ على المعنى الواحد، فكلاهما لا يترتب عليه أثره الشرعي، لأن العقد في نظرهم وحدة كاملة لا انفصال، سواء كان الخلل في الأصل أو الوصف.

ولكن في نطاق عقد الزواج، نجد كل مذهب له حصته في التفريق تحت عناوين مختلفة، فالزواج الباطل عند فقهاء المالكية هو ما أتفق على فساده بين الفقهاء، وعند الحنابلة هو ما كان مجمعا على بطلانه، وعند الشافعية هو المتفق على بطلانه، لا يترتب عليه أي أثر من الآثار المقصودة للزواج الصحيح. أما الزواج الفاسد فهو ما اختلف على فساده بين الفقهاء، فلا يترتب عليه أي أثر، فإذا أعقبه دخول ترتبت عليه بعض آثار الزواج الصحيح.

والتباين بين الباطل والفاسد في نطاق عقد الزواج عند جمهور الفقهاء، ليس على أصل الحنفية في تفريقهم بين النهي لذاته والنهي لوصفه، بل مردها وجود صور من عقود الزواج تختل فيها بعض الشروط وتترتب عليها بعض الأحكام، وهذا ليس طرد لأصلهم القاضي بترادف الباطل والفاسد.

أما في القانون المدني وفقهه، فالعقد إما أن يكون صحيح وإما أن يكون باطل، والبطلان ينقسم إلى قسمين: بطلان مطلق وبطلان نسبي أو قابلية العقد للإبطال.

وطبقا للمادة 222 من قانون الأسرة، فإن جميع القواعد المتعلقة بعقد الزواج تنحصر فيما هو منصوص عليه في التشريع وما هو وارد في مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية. فلا يمكن الاستعانة بالقواعد العامة للعقد في القانون المدني لاستكمال النقص الموجود في قانون الأسرة، وبعبارة أدق لا ولاية للقانون المدني على عقد الزواج.

وقد اعتبر المشرع الجزائري الرضا الركن الوحيد الأساسي لعقد الزواج، وذلك بمقتضى المادة 9 من قانون الأسرة، وما عدا هذا فهي شروط العقد. وسبب التفرقة تأثر المشرع بالاتفاقات الدولية التي تقر مبدأ المساواة بين الزوجين.

ويبدو أن المشرع عند تقنينه لأحكام الزواج غير الصحيح قد تأثر بما ذهب إليه فقهاء الحنفية بالتفرقة بين العقد الباطل والعقد الفاسد، ولكنه لم يغط جميع شروط الانعقاد أو الصحة، بل الأكثر من ذلك لم يميز في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة بين ما هو شرط للانعقاد وما هو شرط للصحة للتفرقة بين الزواج الباطل والزواج الفاسد، كما أنه لم يبين في المواد 32 و33 و34 و35 من ذات القانون أحكام كل واحد منهما، بل هناك غموض وتضارب في النصوص.

ولتحقيق إرادة المشرع على ضوء النصوص المثارة، نقترح إعادة النظر في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، وذلك بالتفرقة بين شروط الانعقاد وشروط الصحة للتمييز بين الزواج الباطل والزواج الفاسد من حيث تكييف الأركان والشروط، فالعقد الباطل شرعا هو الذي اختل فيه ركنه أو شرط من شروط انعقاده، بينما العقد الفاسد هو الذي اختل فيه شرط من شروط صحته. وكذلك إعادة النظر في المواد 32 و33 و34 و35 من ذات القانون للتمييز بين الزواج الباطل والزواج الفاسد من حيث الآثار، وذلك باعتبار أن الزواج الباطل لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح ولو تم الدخول، بشرط أن يكون أحد الزوجين سيء النية يعلم التحريم. أما الزواج الفاسد فإنه كذلك لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح ما لم يتم الدخول فتترتب عليه بعض الآثار.

وبالرغم من أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد أثبت وجوده لحل كثير من مشكلات الواقع في عمومها، ولكن نظرا لخصوصية قضايا شؤون الأسرة، أصبح لزاما على المشرع إصدار قانون إجراءات التقاضي في مسائل شؤون الأسرة يواكب التغيرات التي لحقت بالمجتمع الجزائري، تكون مرجعيته أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، والمبادئ التي استقر عليها القضاء، ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيه أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، باعتباره القانون الإجرائي العام.

## قائمة المراجع

## أولاً- المصادر

- القرآن الكريم

## ثانياً- المراجع العامة

### أ-باللغة العربية

- 1- إبراهيم البيجوري، حاشية إبراهيم البيجوري على شرح العلامة ابن القاسم الغزي على متن الشيخ أبي شجاع، ج2، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990.
- 2- إبراهيم سيد أحمد، العقود والشركات التجارية، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999.
- 3- إبراهيم محمد سلقيني، الميسر في أصول الفقه الاسلامي، ط3، دار الفكر، بيروت، 1996.
- 4- ابن أمير الحاج الحلبي، التقرير والتحبير، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999.
- 5- ابن تيمية، العقود، دار السنة المحمدية، مصر، د س ن.
- 6- أبو الحسن بن محمد بن حسين البزدوي، أصول البزدوي، ج1، الشركة الصحافية العثمانية، 1310هـ.
- 7- أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، الفروق، ج2، ج3، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998.
- 8- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج1، ج2، ج3، ج10، ج11، ج13، ج14، ج15، دار صادر، بيروت، د س ن.
- 9- أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، ج3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1992.
- 10- أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، ج5، ج12، ج13، ج17، ج24، دار المعرفة، بيروت، 1989.
- 11- أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، القسم الثاني، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.



- 12- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، ج3، د د ن، د س ن.
- 13- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، ج5، ج6، ط1، دار الرسالة، مصر، 1997.
- 14- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، ج2، ج3، ج5، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1997.
- 15- أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع، ج9، ج17، ج18، ج19، ج20، ج22، مكتبة الإرشاد، السعودية، 1980.
- 16- أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي المعروف بالزركشي، المنشور في القواعد، ج2، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.
- 17- أبو عبد الله محمد أحمد عlish، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، ج1، دار المعرفة، بيروت، د س ن.
- 18- أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، ج1، ج2، ج3، ط1، المطبعة السلفية، القاهرة 1400هـ.
- 19- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النموي القرطبي، الكافي، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1992.
- 20- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج8، ج9، ج10، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1350هـ.
- 21- أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج2، دار المعارف، القاهرة، 1991.
- 22- أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الكبير، ج2، ج3، دار إحياء الكتب العربية، د س ن.
- 23- أبي عبد الله محمد الخرشبي، شرح الخرشبي على مختصر خليل، ج3، ج4، ج5، ط2، المكتبة الكبرى الأميرية، مصر، 1318.
- 24- أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، ج1، ط1، دار ابن عفان، السعودية، 1997.
- 25- أبي إسحاق الشيرازي، المهذب، ج3، ج4، ج5، ط1، دار القلم، دمشق، 1996.

- 26- أبي البركات عبد الله بن أحمد النسفي، كنز الدقائق، ط1، دار البشائر، بيروت، 2011.
- 27- أبي الحسن الحنفي المعروف بالسندي، سنن ابن ماجه، ج1، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1996.
- 28- أبي الحسن بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998.
- 29- أبي الحسن علاء الدين بن محمد بن عباس البعلبي الحنبلي المعروف بابن اللحام، القواعد والفوائد الأصولية، ط1، المكتبة العصرية، بيروت، 1998.
- 30- أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، ج11، ج9، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
- 31- أبي الحسين مسلم بن الحجاج ابن مسلم القشيري النيسابوري، الجامع الصحيح، ج4، د د ن، د س ن.
- 32- أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج10، ج11، ط1، دار المنهاج، بيروت، 2002.
- 33- أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب، القواعد، د د ن، د س ن.
- 34- أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، د د ن، د س ن.
- 35- أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، مقدمات ابن رشد، ج2، ج3، ط2، دار الفكر للطباعة والنشر، 1980.
- 36- أبي بكر أحمد بن الحسين ابن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ط1، مجلس دائرة المعارف النظامية، الهند، 1344هـ.
- 37- أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، أصول السرخسي، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1993.
- 38- أبي عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي المعروف بالزركشي، البحر المحيط، ج1، ط2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1992.
- 39- أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ط1، دار العرب الإسلامي، بيروت، 1993.

- 40- أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ، ج6، ج7، ج8، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2006.
- 41- أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج5، ج6، ج7، ج8، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995.
- 42- أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترمذي، ج3، ط2، مصطفى الباجي الحلبي، مصر، 1968.
- 43- أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، ط1، المكتبة الأزهرية للتراث، الجزيرة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2013.
- 44- أحمد إبراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية، المطبعة الفنية، القاهرة، 1936.
- 45- أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- 46- أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط4، منشأة المعارف، الإسكندرية، د س ن.
- 47- أحمد الجندي، حسين بن سليمة، أصول المرافعات المدنية والتجارية، ددن، تونس، 2001.
- 48- أحمد الحجازي بن بدير القشيني، تحفة الحبيب شرح نظم غاية التقريب، المطبعة اليمنية، مصر، 1314هـ.
- 49- أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهرى، الفواكه الدواني، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
- 50- أحمد بن محمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995.
- 51- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، مكتبة لبنان، بيروت، 1987.
- 52- أحمد بن يحيى الونشريسي، إيضاح المسالك على قواعد الإمام مالك، مطبعة فضالة، المغرب، 1980.
- 53- أحمد خليل، أحمد هندي، نبيل إسماعيل عمر، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- 54- أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.

- 55- أحمد محمد لطفي أحمد، أصول التنظيم القضائي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 56- أحمد نصر الجندي، إقامة الدعوى في مواد الأحوال الشخصية، مطبعة أطلس، القاهرة، 1995.
- 57- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في الإسلام، دار المعارف، القاهرة، 1984.
- 58- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، ط12، دار هوم، الجزائر، 2011.
- 59- أكمل الدين محمد بن محمود البابرقي، شرح العناية على الهداية، ج5، ج6، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1316هـ.
- 60- الطيب زروتي، الكامل في العرائض القضائية، ج1، ط1، مطبعة الفسيحة، الجزائر، 2010.
- 61- العلائي، تحقيق في أن النهي يقتضي الفساد، ط1، دار الفكر، دمشق، 1982.
- 62- الغوتي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 63- أنور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- 64- أنور سلطان، مصادر الالتزام، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2007.
- 65- باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012.
- 66- باديس ديابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- 67- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط2، دار التأليف، مصر، 1961.
- 68- بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، د س ن.
- 69- بريارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، منشورات بغداوي، الجزائر، 2009.
- 70- برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج2، ج5، ج7، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1315هـ.

- 71- بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
- 72- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 73- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- 74- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 75- بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة، دار هومه، الجزائر، 2018.
- 76- بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 77- تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي السبكي، الأشباه والنظائر، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991.
- 78- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 79- توفيق حسن فرج ومحمد جمال، مصادر وأحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- 80- جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر، ج1، ج2، ط2، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، 1997.
- 81- جلال الدين محمد بن أحمد بن محمد المحلي، كنز الراغبين شرح منهاج الصالحين، ج3، ط2، دار المنهاج، جدة، 2013.
- 82- جمال الدين أبي محمد عبد الرحيم بن الحسن الاسنوي، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1981.
- 83- جمال الدين أبي محمد عبد الرحيم بن الحسن الاسنوي، نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول، ج1، عالم الكتب، القاهرة، 1343هـ.
- 84- حافظ الدين النسيقي، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، د س ن.

- 85- حسن بن محمد المشاط، الجواهر الثمينة، ط2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1990.
- 86- خالد روشو، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 08 / 09، دار الخلدونية، الجزائر، 2019.
- 87- دليلة فركوس، جمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة، دار الخلدونية، الجزائر، 2016.
- 88- رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
- 89- رمضان علي السيد الشرنباصي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، ط2، مطبعة الأسانة، 1403.
- 90- زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، الأشباه والنظائر، دار الفكر، دمشق، 1999.
- 91- زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج3، ج4، ج5، ج6، ج7، شركة علاء الدين، بيروت، د س ن.
- 92- سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج1، دار الهدى، الجزائر، 2011.
- 93- سعد الدين التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج1، ج2، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، مصر، 1957.
- 94- سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ج1، دار الهدى، الجزائر، 2006.
- 95- سليمان بن أحمد العليوي، الدعوى القضائية بين الشريعة والأنظمة الوضعية، ط1، مكتبة التوبة، 2012.
- 96- سيد حسن البغال، المطول في شرح الصيغ القانونية للدعوى والأوراق القضائية، ج2، عالم الكتب، القاهرة، 1991.
- 97- شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، ج11، ج20، ط1، دار هجر، الاسكندرية، 1995.
- 98- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج، ج3، ج4، ج6، ج7، ج8، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- 99- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ج3، ج4، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1997.

- 100- شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، الفروع، بيت الأفكار الدولية، الأردن، 2004، ص1266.
- 101- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، ج3، ج4، دار إحياء الكتب العربية، د س ن.
- 102- شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، شرح تنقيح الفصول، دار الفكر، بيروت، 2004.
- 103- شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، على المنهاج شرح جلال الدين محمد أحمد المحلى، ج4، ط3، مصطفى الباوي الحلبي وأولاده، مصر، 1956.
- 104- صالح عبد السميع الآبي الأزهري، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، د د ن، د س ن.
- 105- صالح عبد السميع الآبي، جواهر الإكليل، ج2، المكتبة الثقافية، بيروت، د س ن.
- 106- صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، ط3، دار العلم لملايين، بيروت، 1983.
- 107- ضياء الدين محمد بن يوسف أطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، ج6، ط2، دار الفتح، بيروت، 1972.
- 108- طاهري حسين، الإجراءات المدنية والإدارية الموجزة، ج1، دار الخلدونية، الجزائر، 2013.
- 109- طاهري حسين، الأوسط ي شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر.
- 110- عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي، ط2، مطبعة الاعتماد، مصر، 1921.
- 111- عبد الرحمن الصابوني، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ج2، ط4، المطبعة الجديدة، دمشق، 1978-1979.
- 112- عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط5، المطبعة الجديدة، دمشق، 1978-1979.
- 113- عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي، مجمع الأنهر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998.

- 114- عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج7، ط1، المطابع الأهلية للأؤفست، 1400هـ.
- 115- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، ط3، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- 116- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، ج2، ج4، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1997.
- 117- عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي، ج1، ج4، الشركة الصحافية العثمانية، 1308هـ.
- 118- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومه، الجزائر، 2013.
- 119- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومه، الجزائر، 1996.
- 120- عبد العزيز سعد، طرق وإجراءات الطعن في الأحكام والقرارات القضائية، دار هومه، الجزائر، 2018.
- 121- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط4، دار هومه، الجزائر، 2013.
- 122- عبد العلي محمد بن نظام الدين محمد السهالوي، فواتح الرحموت، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002.
- 123- عبد الغني الغنيمي، الباب في شرح الكتاب، ج2، ج3، ج4، المكتبة العلمية، بيروت، د س ن.
- 124- عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية، 1969.
- 125- عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي، نشر البنود على مراقبي السعود، ج1، مطبعة فضالة، المغرب، د س ن.
- 126- عبد الله بن الشيخ حسن الكوهجي، زاد المحتاج شرح المنهاج، ج3، ط1، الشؤون الدينية، قطر، 1982.



- 127- عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودية، ج1، ط5، دار ابن فرحون، الرياض، 2012.
- 128- عبد الله بن محمود الموصلبي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، ط1، دار الرسالة، دمشق، 2009.
- 129- عبد الوهاب بوضرسة، النظرية العامة والخاصة لقبول الدعوى بين النظرية والتطبيق، دار هومه، الجزائر، 2005.
- 130- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم، الكويت، 1990.
- 131- عبيد الله بن مسعود البخاري، التوضيح في حل غوامض التنقيح، ج1، ج2، مطبعة محمد علي الصبيحي وأولاده، مصر، 1957.
- 132- عثمان التكروري، الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ط1، مكتبة الثقافة، عمان، 1997.
- 133- عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، ج2، ط1، المطبعة التونسية، 1339.
- 134- عدلى أمير خالد، محكمة الأسرة قواعد وإجراءات في ضوء أحكام وقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- 135- علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، ج7، ج8، ج9، ج10، ج11، ط1، د د ن، 1956.
- 136- علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع، ط1، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، 2004.
- 137- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، ج4، ج5، ج6، ج7، ج10، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- 138- علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1984.
- 139- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008.
- 140- علي الخفيف، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2009.

- 141- علي الخفيف، الحق والذمة وتأثير الموت فيهما وبحوث أخرى، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2010.
- 142- علي الصعيدي العدوي، حاشية العدوي، ج3، ط1، مطبعة المدني، القاهرة، 1989.
- 143- علي بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج1، ج2، ط1، دار الصميعة، الرياض، 2003.
- 144- علي بن هادية، بلحسن البليش، الجيلاني بن الحاج يحيى، القاموس الجديد للطلاب، ط7، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.
- 145- علي حيدر، دُرر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ج4، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.
- 146- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 147- علي فيلاي، الالتزامات، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
- 148- عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج2، دار التقوى، القاهرة، 2006.
- 149- عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، ط2، ددن، 2015، ص56.
- 150- فتحي الدريني، النظريات الفقهية، ط4، منشورات جامعة دمشق، دمشق، 1996-1997.
- 151- فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2008.
- 152- فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندي الفرغاني الحنفي، الفتاوى الخانية، ج2، ج3، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1310هـ.
- 153- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج2، ج3، ج4، ج5، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1314هـ.
- 154- فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د س ن.

- 155- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- 156- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، شرح فتح القدير، ج2، ج3، ج4، ج5، ج6، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1316هـ.
- 157- لجنة من العلماء برئاسة أحمد جودت باشا، مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، بيروت، 1302هـ.
- 158- حسين بن شيخ آث ملويا، تطبيقات منازعات شؤون الأسرة، ج1، دار هموه، الجزائر، 2019.
- 159- مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج2، ج3، ج4، ط2، دار الفكر، 1980.
- 160- مالك بن أنس، الموطأ، دار الحديث، القاهرة، 2005.
- 161- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2005.
- 162- مجمع اللغة العربية، معجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.
- 163- مجموعة علماء الهند تحت إشراف محمد عالمكير، الفتاوى العالمكيرية المعروفة بالفتاوى الهندية، ج1، ج3، ج4، ط2، المطبعة الأميرية، مصر، 1310هـ.
- 164- محمد إبراهيم البدارين، الدعوى بين الفقه والقانون، ط2، دار الثقافة، الأردن، 2010.
- 165- محمد إبراهيم، الوجيز في الإجراءات المدنية، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 166- محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985.
- 167- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، مصر، 1957.
- 168- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976.
- 169- محمد الأزميري، حاشية مرآة الأصول، ج1، د د ن، د س ن.
- 170- محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، ط1، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، 1993.
- 171- محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، ج1، ط2، د د ن، تونس، 1997.

- 172- محمد الشيباني بن محمد بن أحمد الشنقيطي، تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك، ج3، ط2، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1998.
- 173- محمد الكشيبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج1، ج2، ط2، مطبعة النجاح الجديدة، دار البيضاء، 2009.
- 174- محمد المرصفي، نفائس ولطائف منتجة، مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1345هـ.
- 175- محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج4، ج5، ج6، ج7، ج8، ج9، ج10، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.
- 176- محمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحسيني الحنفي الخراساني البخاري، تيسير التحرير، ج2، مؤسسة جواد للطباعة والتوزيع، بيروت، د س ن.
- 177- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، 1986.
- 178- محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوح الحنبلي المعروف بابن النجار، شرح الكوكب المنير، ج1، مكتبة العبيكان، الرياض، 1993.
- 179- محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط6، دار المعرفة، بيروت، 1982.
- 180- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج6، ج7، ط1، دار الوفاء، مصر، 2001.
- 181- محمد بن حارث الحشني، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، الدار العربية للكتاب، 1985.
- 182- محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج8، ج13، ط1، دار ابن الجوزي، السعودية، 1425هـ.
- 183- محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، الدر المختار، ط1، دار الكتب، بيروت، 2002.
- 184- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، إرشاد الفحول تحقيق الحق في علم الأصول، ج1، ط1، دار الفضيلة، الرياض، 2000.
- 185- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، ج5، ج6، شركة مصطفى الباجي الحلبي وشركائه، مصر، 1971.

- 186- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، ط4، دار الهدى، الجزائر، 2007-2008.
- 187- محمد علي حسين المكي المالكي، تهذيب الفروق، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998.
- 188- محمد علي عثمان الفقي، فقه المعاملات، دار المريخ، الرياض، 1986.
- 189- محمد فتحي نجيب، محمود محمد غنيم، قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، ط1، دار الشروق، القاهرة، 2002.
- 190- محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1308\*.
- 191- محمد كمال ابن مصطفى ابن محمود الطرابلسي الحنفي، الفتاوى الكاملة في الحوادث الطرابلسية، د س ن، 1895.
- 192- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية، بيروت، 1983.
- 193- محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، دار الجامعية، بيروت، د س ن.
- 194- محمد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، ط10، الدار الجامعية، بيروت، 1985.
- 195- محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.
- 196- محمود السيد التحيوي، الصفة غير العادية وآثارها في رفع الدعوى القضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.
- 197- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر، الأردن، 2007.
- 198- مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ط10، شركة الخنساء، بغداد، 2002.
- 199- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ج2، ط1، دار القلم دمشق، 1998.
- 200- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية، ط1، دار القلم، دمشق، 1999.
- 201- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1، ط7، المكتب الإسلامي، دمشق، 1997.

- 202- مصطفى سعيد الحن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1982.
- 203- مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، ط1، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 2004.
- 204- منذر الفضل، مصادر الالتزام وأحكامها، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2012.
- 205- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج4، ج5، ج6، ط1، مؤسسة الرسالة، د ب ن، 2000.
- 206- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، ج4، ج7، ج8، ج9، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.
- 207- موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغنى، ج6، ج9، ج10، ج11، ج12، ج14، دار عالم الكتب، الرياض، 1997.
- 208- موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر، د د ن، د س ن.
- 209- نادر بوشاشي، إثبات النسب وإثبات الأبوة بالوسائل العلمية في القانون الجزائري، منشورات بغداوي، الجزائر، 2016.
- 210- ناصر جبر القرم، دور القضاء الشرعي في إصلاح الأسرة، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2010.
- 211- نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999.
- 212- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2008.
- 213- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ج7، ط2، دار الفكر، دمشق، 1985.
- 214- يعقوبي عبد الرزاق، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ضوء اجتهادات الجهات القضائية العليا، ج1، دار هومه، الجزائر، 2018.
- 215- يوسف دلاندة، طرق الطعن العادية وغير العادية في الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة أمام القضاء العادي والإداري، دار هومه، الجزائر، 2014، ص36.

## ب- باللغة الفرنسية

1- Jean CARBONNIER, Droit civil, les obligations, edit. refondue, Presses. Universitaires de France, Paris, 2000.

## ثانيا- المراجع المتخصصة

### أ- المؤلفات

#### 1- باللغة العربية

- 1- أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المغربي والفقہ الإسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاظ، 1987.
- 2- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2012.
- 3- بلحاج العربي، أحكام الزوجية، وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومه، الجزائر، 2015.
- 4- حمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار هومه، الجزائر، 2003.
- 5- خالد بن حسين الحديثي، تكميل العقد، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.
- 6- زبير مصطفى حسين، الطبيعة القانونية لعقد الزواج، دار الكتب القانونية، مصر، 2012.
- 7- صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد، ط1، مكتبة الثقافة، عمان، 1997.
- 8- عبد الحكم فوده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، ط2، دار الفكر والقانون، الإسكندرية، 1999.
- 9- عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
- 10- عبد الرازق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقہ الإسلامي، دار النهضة العربية، مصر، 1969.
- 11- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، ج2، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

- 12- عبد المنعم عبده البرعى، فساد المعاملات الجارية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- 13- عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ط1، دار الكتب العلمية بيروت، 2009.
- 14- علي فيلاي، العقود الخاصة، موفم للنشر، الجزائر، 2018.
- 15- عيسى حداد، عقد الزواج، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006.
- 16- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج، ط2، دار الوعي، الجزائر، 2015.
- 17- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971.
- 18- محمد حسنين، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988.
- 19- محمد سراج، نظرية العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
- 20- محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومه، الجزائر، 2000.
- 21- محمد سعيد جعفرور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 1998.
- 22- محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومه، الجزائر، 2002.
- 23- محمد سلام مدكور، نظرية العقد، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2005، ص38.
- 24- مصطفى أحمد الزرقا، عقد البيع، ط1، دار القلم، دمشق، 1999.
- 2- باللغة الفرنسية

1- BENMELHA Ghaouti, Le droit algérien de la famille, O. P. U., Alger. 1993.



## ب- رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير

- 1- سي بوعزة إيمان، دور النيابة العامة في المسائل الأسرية، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018-2019.
- 2- عجمي بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2005.

## ثالثا- المقالات والتعليق

### أ- باللغة العربية

- 1- إبراهيم علي أحمد الشال الطنجي، طرق تصحيح العقد الفاسد، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، 2007.
- 2- أحمد إبراهيم بك، العقود والشروط والخيارات، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة، السنة الرابعة، 1934، عدد 1.
- 3- تشوار جيلالي، النقائص التشريعية للقوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، الجزائر، 2002، عدد 1.
- 4- تشوار جيلالي، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000، عدد 1.
- 5- تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1999، عدد 4.
- 6- تشوار حميدو زكية، النقص التشريعي في تنظيم ركنية الصداق، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004، عدد 2.
- 7- حمليل صالح، صديقي الأخضر، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، كلية الحقوق، جامعة أدرار، 2014، عدد 28.
- 8- رباحي أحمد، ضوابط حرية الاضطرار في عقد الزواج بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010، عدد 7.

9- عبد الحفيظ عيدو رواس قلعة جي، بطلان العقد في الفقه الإسلامي، مجلة الحقوق، السنة الثامنة والعشرون، 2004، عدد02.

10- عبد الفتاح تقية، خصائص القاعدة التنظيمية في الشريعة الإسلامية، م ج، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012، عدد4.

11- مانع سلمى، زاوي عباس، اختصاصات قاضي شؤون الأسرة طبقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2018، عدد16.

ب- باللغة الفرنسية

1- Mohamed EL-ALFY, Les contrats valides et les contrats nuls en droit musulman, journal of law, Koweit,1980, n<sup>o</sup>2.

# الفهرس

04.....	مقدمة
11.....	باب أول: ماهية البطلان والفساد في العقود والآثار المترتبة عنهما
12.....	الفصل الأول: مفهوم العقود الباطلة والفاسدة والتمييز بينهما
14.....	المبحث الأول: مفهوم العقد وأقسامه في الفقه الإسلامي والقانون المدني
15.....	المطلب الأول: مفهوم العقد
15.....	الفرع الأول: تعريف العقد
24.....	الفرع الثاني: تمييز العقد عن بعض المصطلحات
35.....	المطلب الثاني: أقسام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني
35.....	الفرع الأول: أقسام العقد في الفقه الإسلامي
60.....	الفرع الثاني: أقسام العقد في القانون المدني
69.....	المبحث الثاني: التمييز بين العقود الباطلة والفاسدة
70.....	المطلب الأول: موقف الفقهاء من التمييز بين العقود الباطلة والفاسدة
70.....	الفرع الأول: التمييز بين الباطل والفاسد في المذهب المالكي
75.....	الفرع الثاني: التمييز بين الباطل والفاسد في المذهب الشافعي
80.....	الفرع الثالث: التمييز بين الباطل والفاسد في المذهب الحنبلي
86.....	الفرع الرابع: التمييز بين الباطل والفاسد في المذهب الحنفي
90.....	المطلب الثاني: أساس التمييز بين البطلان والفساد

90.....	الفرع الأول: النهي وما يتعلق بأقسامه كأساس للترقية
93.....	الفرع الثاني: أثر النهي عن التصرفات
105.....	الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن العقود الباطلة والفاصلة
106.....	المبحث الأول: الآثار المترتبة عن العقود الباطلة
107.....	المطلب الأول: الآثار المترتبة عن العقود الباطلة في الفقه الإسلامي
107.....	الفرع الأول: النتيجة الأساسية للعقد الباطل
115.....	الفرع الثاني: الحالات الاستثنائية التي يكون للعقد الباطل فيها أثر معتبر
124.....	المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن العقود الباطلة في القانون المدني
124.....	الفرع الأول: الآثار العرضية للعقد الباطل
135.....	الفرع الثاني: الآثار الأصلية للعقد الباطل
138.....	المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن العقود الفاسدة
138.....	المطلب الأول: الفساد المترتب على اتصال وصف منهى عنه شرعا
139.....	الفرع الأول: العقد الفاسد قبل القبض
142.....	الفرع الثاني: العقد الفاسد بعد القبض
149.....	المطلب الثاني: الفساد المترتب على الإكراه
168.....	الباب الثاني: تأثير العقود الباطلة والفاصلة على عقد الزواج
170.....	الفصل الأول: إجراءات ممارسة دعوى الزواج غير الصحيح

المبحث الأول: الإجراءات السابقة للنظر في دعوى بطلان عقد الزواج أو فساده.....	171
المطلب الأول: دعوى بطلان عقد الزواج أو فساده وشروط قبولها.....	171
الفرع الأول: دعوى بطلان عقد الزواج أو فساده.....	172
الفرع الثاني: شروط قبول الدعوى.....	184
المطلب الثاني: الاختصاص.....	201
الفرع الأول: الاختصاص الوظيفي.....	202
الفرع الثاني: الاختصاص النوعي.....	203
الفرع الثالث: الاختصاص الإقليمي.....	205
المبحث الثاني: الإجراءات اللاحقة لدعوى بطلان عقد الزواج أو فساده.....	209
المطلب الأول: إجراءات دعوى بطلان عقد الزواج أو فساده.....	210
الفرع الأول: عريضة رفع الدعوى وإجراءات تبليغها.....	211
الفرع الثاني: إجراءات التكليف بالحضور إلى الجلسة.....	221
المطلب الثاني: الأحكام الصادرة ببطلان عقد الزواج أو فسخه وطرق الطعن فيها.....	225
الفرع الأول: الأحكام الصادرة ببطلان عقد الزواج أو فسخه.....	225
الفرع الثاني: طرق الطعن في الأحكام الصادرة ببطلان عقد الزواج أو فسخه.....	237
الفصل الثاني: التمييز بين عقود الزواج غير الصحيحة.....	256
المبحث الأول: موقف الفقه والقانون من التمييز بين عقود الزواج غير الصحيحة.....	257

المطلب الأول: موفق فقهاء الشريعة الإسلامية من التمييز بين عقود الزواج غير الصحيحة.....	258
الفرع الأول: موقف جمهور الفقهاء من التمييز بين عقود الزواج غير الصحيحة.....	258
الفرع الثاني: موقف فقهاء الحنفية من التمييز بين عقود الزواج غير الصحيحة.....	264
المطلب الثاني: موفق القانون من التمييز بين عقود الزواج غير الصحيحة.....	270
الفرع الأول: الزواج الباطل.....	270
الفرع الثاني: الزواج الفاسد.....	277
المبحث الثاني: آثار عقود الزواج غير الصحيحة.....	281
المطلب الأول: آثار عقد الزواج الفاسد.....	282
الفرع الأول: الآثار غير المالية لعقد الزواج الفاسد.....	282
الفرع الثاني: الآثار المالية لعقد الزواج الفاسد.....	313
المطلب الثاني: آثار عقد الزواج الباطل.....	320
الفرع الأول: علم الزوجين بطلان عقد الزواج.....	321
الفرع الثاني: جهل الزوجين بطلان عقد الزواج.....	328
خاتمة.....	331
قائمة المراجع.....	335
الفهرس.....	355

## ملخص

يعد عقد الزواج من أهم العقود المدنية وأعظمها شأنًا وأكثرها تأثيرًا على الفرد والمجتمع، لأنه يتعلق بذات الإنسان وهو الأساس والمنطلق لبناء الأسرة واستمرارية النسل وتربية الأولاد، ولذلك أصبح محط عناية الشرائع والقوانين قديما وحديثا، وهذه العناية وإن تجلت في وضع الأركان والشروط المطلوبة، ليس سوى بغية لكي يصبح هذا العقد في مرحلة يكون أقرب فيها إلى الكمال، فينتج ثماره المطلوبة، وأي خلل يعتري تلك الأركان والشروط يكون هذا العقد باطلا أو فاسدا، شأنه في ذلك شأن باقي العقود المدنية. فالجزاءات المدنية التي تلحق العقود عموما تلحق الزواج، مع شيء من التفاوت تمليه طبيعة هذا العقد.

## الكلمات المفتاحية

البطلان؛ الفساد؛ العقود؛ الزواج.

## Résumé

L'acte de mariage est l'un des actes civile le plus important, il a un impact majeur sur l'individu et la société en général car c'est la base pour la construction de la famille, la continuité de la progéniture et l'éducation des enfants, ci-pour cela, qu'il a pris l'attention des législations et des lois, anciennes et nouvelles en fixant les conditions requis, afin que cet acte atteint un stade ou il est plus proche de la perfection, tout défaut dans ces conditions rend cet acte nul (patil) et vicié (facid) comme tous les autres actes civils. Les sanctions civiles qui suivent les actes en général suivent le mariage avec un peu d'écart que dicte la nature de cet acte.

## Mots clés

Nullité; vicieux; actes; mariage.

## Abstract

The marriage act is regarded as one of the most significant civil acts, as it has effects on the individual and the society; this act is the base and the start to form a family, survive, and child-raising. The reason why it becomes the focus of canons and law in the old days and recently, even if this attention manifested in making the required elements and conditions, just to make the act in a state of perfection, so it produced the desired results. Any disorder in these elements and conditions makes the contract null (Patil) and vicious (facid), similar to any other civil acts. The civil sanctions that follow the acts generally follow marriage, with something of inequality dictated with the nature of the act.

## Keywords

Nullity; vicious; acts; marriage.