



جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص



## الجزء المدني في بعض مسائل الزواج

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق

تحت إشراف:

أ. د/ تشوار جيلالي

من إعداد الطالب:

طواهري محمد

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	أد/ تشوار حميدو زكية
مقررا ومشرفا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أد/ تشوار جيلالي
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر قسم "أ"	د/ نعوم مراد
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر قسم "أ"	د/ بن صغير مراد

السنة الجامعية 2014 - 2015

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون﴾

سورة الروم، الآية 20 .

﴿والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات أفبالباطل يؤمنون وبنعمت الله هم يكفرون﴾

سورة النحل، الآية 72.

صدق الله العظيم

## شكر وتقدير

قال النبي ﷺ: "لا يشكر الله من لا يشكر الناس".

رواه أبو داود وصححه البخاري

أتقدم بخالص الشكر إلى أسرة البحث العلمي بالكلية

أساتذة وطلبة وإدارة

وأخص بالذكر أساتذتي الأفاضل: الأستاذ الدكتور تشوار

جيلالي مشرفا وأعضاء لجنة المناقشة

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر إلى كل من ساعدني

بالتوجيه و أخص بالذكر الدكتور عليان بوزيان

## 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

## 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

خلق الله الإنسان في هذه الحياة لعمارة الكون، وسخر له الشمس والقمر والنجوم والشجر والدواب ليبقى النوع الإنساني حتى تنقضي المدة التي قدرها الله لبقائه، ولما كانت عمارة الكون متوفقة على وجود النوع الإنساني، كان الزواج هو الطريق للتناسل والتوالد لتحقيق هذا المقصد الأسمى.

كما أن الإنسان لا يستقيم حاله ولا تهدأ له باله ولا تطمئن نفسه إلا إذا استقرت شؤون بيته وانتظمت أحواله الداخلية، ولا يكون هذا الاستقرار إلا بشريكة تكون معاوناً له ترعى أمره وتهتم بمطالبه وتحفظه في نفسها وماله، فكان الزواج هو الطريق إلى ذلك<sup>1</sup>.

فضلاً عن ذلك الزواج رابطة مقدسة تعلوا بها إنسانية الشخص، فهو علاقة روحية نفسية تليق برقي الإنسان وتسمو به عن غريزة الحيوانية التي تكون العلاقة بين الذكر والأنثى هي الشهوة فقط<sup>2</sup>، ولعللى هذه الناحية الروحية النفسية هي المودة والرحمة التي جعلها الله بين الزوجين في قوله تعالى: ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون﴾<sup>3</sup>، وهي التمازج النفسي التي عبر الله سبحانه وتعالى عنه بقوله: ﴿هن لباس لكم وأنتم لباس لهن﴾<sup>4</sup>.

والزواج كذلك عماد الأسرة التي هي الوحدة الأولى لبناء المجتمع، ففيها يعرف الإنسان ماله من حقوق وما عليه من واجبات وفيها تتكون مشاعر الألفة والمحبة والأخوة الإنسانية التي تساهم في تقدم المجتمع وارتقائه.

كل هذه المزايا الجزيلة والمعاني العالية للزواج جعلت منه علاقة إنسانية بالأساس، ونظراً للوظيفة الكبرى التي يؤديها داخل المجتمع، أعتبر من أهم العقود المدنية التي يبرمها الإنسان في حياته، فهو أسمى وأجل من أن يكون مجرد تملك لعين أو لمنفعة كعقد البيع أو عقد الكراء أو عقد الشركة، بل هو ميثاق غليظ بين الزوجين يرتبطان به ارتباطاً وثيقاً مدى الحياة<sup>5</sup>، ومن هنا أصبح محط عناية واهتمام الشرائع والأديان والقوانين قديماً وحديثاً<sup>6</sup>.

1 - أنظر، بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط2، دار التأليف، مصر، 1961، ص24.

2 - أنظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، مصر، 1957، ص18.

3 - سورة الروم، الآية20.

4 - سورة البقرة، الآية186.

5 - محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج1، ط2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2009، ص149-150.

6 - أنظر، زبير مصطفى حسين، الطبيعة القانونية لعقد الزواج، دار الكتب القانونية، مصر، 2012، ص9.

وهذه العناية وإن تجلت في وضع الشروط والضوابط التي تكفل تحقيقه على الوجه الأمثل، إلا لكي ينتج هذا العقد آثاره على النحو المطلوب، بأن تنسجم مع الأسس والمبادئ التي شرع من أجلها هذا الزواج ويكفل تحقيق التوازن بين الزوجين واستقرارهما.

ولذلك يتطلب الشرع والقانون لتكوين عقد الزواج مثل ما يتطلب لتكوين العقود الأخرى، ضرورة توافر أركانه حيث لا يكون صحيحا بدونها وهي: الصيغة والعاقدان والمحل أو المعقود عليه.

فركن الصيغة يجب أن يتضمن صدور إيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الطرف الآخر، بشرط أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول مما يشعر بإعراض عن الزواج، كما أن لا يكون القبول مخالفا للإيجاب، وأن لا يرجع الموجب عن إيجابه قبل القبول.

إضافة إلى ما سبق يجب أن تكون الصيغة مؤبدة، أي ألا تدل على التأقيت صراحة، لأن مقتضى عقد الزواج حل العشرة ودوامها وإقامة الأسرة وتربية الأولاد والقيام على شؤونهم، وذلك لا يكون على الوجه الكامل إلا إذا كانت عقدة الزواج باقية إلى أن يفرق الموت.

كما يجب أن تكون الصيغة منجزة، أي غير مضافة إلى زمن المستقبل ولا معلقة على شرط أو حادثة غير محققة، وذلك يرجع إلى كون عقد الزواج من عقود التمليك وهي لا تقبل التعليق ولا الإضافة إلى زمن المستقبل، إضافة إلى أن الشرع والقانون وضع عقد الزواج ليفيد حكمه في الحال وإضافته إلى زمن المستقبل يتراخى حكمه إلى وجود ذلك الزمن وهذا يناقض حقيقته الشرعية والقانونية.

وتجدر الإشارة إلى أن صورة الإيجاب والقبول يجب أن تكون بصيغة الماضي، لأن الغرض من الصيغة التعبير عن حصول الرضا من الطرفين وتوافق إرادتهما، والذي يدل على حصول هذا فعلا وقت التعاقد هو ما كان على صيغة الماضي.

أما العاقدان فأهم ما يشترط فيهما هو العقل والتمييز، فيجب أن يكون كلاهما عاقلا مميزا على الأقل، بأن تتوافر لديهما الإرادة التي يعترف بها الشرع والقانون لإنشاء العقد بشرط أن تكون هذه الإرادة خالية من العيوب.

كما يجب أن يعلم كل من العاقدين ما صدر من الآخر، بأن يسمع كلامه أو يرى إشارته ويعرف المراد منها، بأن يعرف أن هذه العبارة أو تلك الإشارة يقصد بها إنشاء العقد وإن لم يعرف معاني الكلمات اللغوية.

وأخيراً ركن المعقود عليه وهو شرعية العلاقة التي تربط بين الزوجين، حيث يكون كلا من الزوجين حلاً للأخر، أي أن لا تكون بينهما علاقة تحريم قطعية لا شبهة فيها ولا خلاف بشأنها بين فقهاء الشريعة الإسلامية، سواء تعلق الأمر بالتحريم المؤبد أو المؤقت.

إضافة إلى هذه الأركان ونظراً لأهمية شأن الزواج، لكونه يمس حياة الأفراد والجماعات، فإن الشرع والقانون يتطلب كذلك ضرورة توافر شروط خاصة بهذا العقد منها أن المرأة لا تستطيع عقد زواجها بنفسها بل الذي يتولاه بدلاً عنها هو وليها، كما يجب أن يحضر عملية إبرام عقد الزواج شاهدين لإخراج هذه العلاقة من السرية إلى العلنية لأن فرق ما بين الحلال والحرام الإعلان، كما يجب أن يقدم الزوج لزوجته مقداراً من المال ليكون عربون محبة لها ودليل صدق على رغبته في الارتباط بها وإنشاء علاقة زوجية دائمة.

كما يتصف عقد الزواج بكونه ذو صبغة دينية، لذلك يجب توافر صفة الإسلام في الزوجين معاً، أو على الأقل أن تكون في الزوج باعتباره رب الأسرة، أما في الزوجة فيكفي أن لا تكون مشرقة أو ملحدة.

فإذا توافرت هذه الأركان الأساسية والشروط كان الزواج صحيحاً وترتبت آثاره على حسب قوة إنشائه، شأنه في ذلك شأن سائر العقود المدنية، لكن إذا ما تخلف أحد هذه الأركان والشروط كان محل خلاف بين الفقهاء.

فقد ذهب جمهور الفقهاء<sup>1</sup> إلى أن العقد غير المستوفي لأركانه الأساسية وشروطه المطلوبة، يكون باطلاً وقد يعبر عنه بالفاسد من باب ترادف الألفاظ على المعنى الواحد، فلا فرق بين العقد الباطل والعقد الفاسد فكلاهما لا يترتب عليه أي أثر من آثار العقد الصحيح. والحال ينطبق على جميع العقود المالية وغير المالية.

وذهب فقهاء الحنفية<sup>2</sup> إلى التفرقة بين العقد الباطل والعقد الفاسد في نطاق المعاملات المالية وإن كان ذلك يندرج عندهم تحت عدم الصحة. حيث يرون أن المخالفات التي تؤدي إلى عدم صحة العقد ليست على

<sup>1</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؛ علي بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج1، ط1، دار الصميعة، الرياض، 2003، ص175؛ أحمد بن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر، د د ن، د س ن، ص31.

<sup>2</sup> - أنظر، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، شركة علاء الدين، بيروت، د س ن، ص75؛ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج7، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص233؛ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص366.



درجة واحدة من الخطورة، فبعضها يقع على ناحية أساسية وبعضها يقع على ناحية ثانوية، فنوعوا الجزء الذي يترتب على كل نوع من هذه المخالفات، واعتبروا أن المخالفة التي تقع على ناحية أساسية مبطلّة للعقد والمخالفة التي تقع على ناحية ثانوية مفسدة للعقد.

وعلى الرغم من اتفاق فقهاء الحنفية على التمييز بين الباطل والفساد في نطاق العقود المالية المنشئة للالتزامات المتقابلة، إلا أنهم اختلفوا على الأخذ بهذا التمييز في نطاق عقد الزواج.

فيرى بعضهم<sup>1</sup> أن التفرقة محصورة في العقود المالية، أما في نطاق عقد الزواج فلا فرق بين الزواج الباطل والزواج الفاسد، فالحكم عندهم واحد سواء كان الخلل في ركن العقد أو شروط انعقاده أو صحته، وبناء عليه لا يترتب على الزواج الباطل أو الفاسد شيء من آثار الزواج الصحيح ما لم يحصل دخول، ولكن إذا حصل الدخول فتترتب على عقد الزواج بعض آثاره.

غير أن الذي يؤكد عليه الكثير من فقهاء الحنفية<sup>2</sup> أن هناك فرق بين الزواج الباطل والزواج الفاسد، شأنه في ذلك شأن سائر العقود المالية.

وبناء على ذلك فالقول بعدم ترادف البطلان والفساد ومن ثم التمييز بينهما في الحكم والأثر، يعني استحداث مرتبة وسطى بين العقد الصحيح المشروع بأصله ووصفه والعقد الباطل غير المشروع بأصله ووصفه، وهذه المرتبة هي العقد الفاسد المشروع بأصله دون وصفه، وهذا التمييز اختص به الفقه الإسلامي والفقه الحنفي على وجه الخصوص.

واستحداث هذه المرتبة لم يقف ضمن إطار الفقه بل أخذت بما بعض قوانين البلدان العربية ومن بينها قانون الأسرة الجزائري حيث عنون الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول بعبارة: "النكاح الفاسد والباطل"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج2، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1316، ص382؛ محمد الأزميري، حاشية مرآة الأصول، ج1، د د ن، د س ن، ص327؛ أبو الحسن بن محمد بن الحسن البزدوي، أصول البزدوي، ج1، الشركة الصحافية العثمانية، 1310، ص282-283.

<sup>2</sup> - أنظر، فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2008، ص319؛ عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم، الكويت، 1990، ص39؛ محمد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، دار الجامعة، بيروت، 1983، ص337 وما بعدها.

<sup>3</sup> - أنظر، قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

فالبطلان والفساد إذن من الجزاءات المدنية المترتبة على ما تتركه المخالفة من خلل في نظام التعاقد، وهذه الجزاءات تلحق عقد الزواج مثلما تلحق العقود المدنية مع شيء من التفاوت تمليه طبيعة مسائل الزواج.

وتظهر أهمية الموضوع في أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يعطوا لهذا الموضوع حقه من الاهتمام بمعالجته بالشرح والتحليل في باب مستقل، بل جاءت معالجتهم بصفة عرضية ومتفرقة في ثنايا معالجة موضوع البيع أو الزواج أو الطلاق.

فضلا عن ذلك أنهم لم يتفوقوا على نظرية واضحة المعالم للجزاءات المترتبة عن الإخلال بأركان وشروط عقد الزواج، وعدم الاتفاق كان حتى بين فقهاء المذهب الواحد، ففريق يرى أن بطلان عقد الزواج وفساد عقد الزواج مترادفات، والفريق الثاني يعتبرهما متباينان، وذلك يرجع إلى كون عقد الزواج ذو طبيعة مزدوجة فهو وسط بين العبادات والمعاملات أو خليط بينهما، فمن لم يفرق بينهما غلب جانب العبادة، فألحقه بها التي يتحد فيها الباطل والفساد، ومن فرق بينهما غلب الجانب الآخر فألحقه بالمعاملات التي يختلف فيها الباطل والفساد.

أما المشرع الجزائري لم يكن موقفه واضحا بشأن هذا الموضوع، رغم تناوله هذا الموضوع تحت عنوان صريح يوحي بالتفرقة بينهما وهو "النكاح الفاسد والباطل"، إلا أنه دمج بين شروط الانعقاد وشروط الصحة في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة.

إضافة إلى ذلك فإننا لا نجد نظرية واضحة بالنسبة لآثار الزواج الباطل والزواج الفاسد، والظاهر أن المشرع اعتمد على مبادئ الشريعة الإسلامية وبالرجوع إليها لا نجد موقفا واضحا ومحددا ومتفقاً عليه من قبل الفقهاء بشأن آثار الزواج الباطل والفساد.

وبناء على هذه الأسباب وباعتبار أن الجزاءات التي تنطبق على العقود المدنية تنطبق على عقد الزواج مع شيء من التفاوت التي تمليه خصوصية المسائل المتعلقة بهذا الأخير، فإنه يمكن طرح الإشكالات التالية:

ماهي أقسام العقود من حيث الصحة والعدم في الفقه الإسلامي؟. وما تأثيرها على أحكام الجزاءات المدنية الخاصة ببعض مسائل الزواج؟. وإذا كان لا يمكن للأفراد توقيع الجزاء بأنفسهم، بل يكون كقاعدة أمام القاضي وفقا لإجراءات نص عليها القانون. فماهي إجراءات ممارسة دعوى الجزاء المدني؟. وهل يمكن للقاضي فضلا عن تقرير الجزاء أن يحكم بالتعويض عن الزوج المضروب في إطار الأحكام العامة للمسؤولية المدنية التي تمنع كقاعدة الإضرار بالغير بدون وجه حق؟.

لا يخلوا أي بحث من صعوبة، غير أن الصعوبة التي تستحق الذكر هي لم شتات الآراء الفقهية في ثنايا الكتب المطولة وعدم اتفاق على حقيقة العقد غير الصحيح وأثاره حتى بين فقهاء المذهب الواحد، حيث أن كثرة الآراء وتشعبها أدت إلى عدم إمكانية التوصل إلى نظرية واضحة المعالم للجزء.

وللإجابة عن الإشكاليات المثارة تم الاعتماد على منهجين معاً، وهما المنهج التحليلي القائم على عرض الآراء الفقهية ومناقشتها وعرض النصوص القانونية وتحليلها، وبما أن قانون الأسرة الجزائري لم يجر التمسك بمذهب معين، فإننا لم نقتصر على عرض آراء مذهب معين وإنما بحثنا عن الآراء الفقهية في جميع المذاهب المعروفة وذلك بغية اختيار الرأي الأكثر ملاءمة للقانون. والمنهج المقارن للوقوف على كيفية عرض الموضوع بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية من جهة وقانون الأسرة الجزائري من جهة أخرى مع الاستعانة بقوانين بعض الدول كلما اقتضت الضرورة لذلك.

وحتى تكون دراستنا وافية لكل جوانب الموضوع ارتأينا تقسيم الموضوع إلى فصلين:

- الفصل الأول: تصنيف العقود فقهاً وتأثيرها على أحكام الجزاءات المدنية الخاصة ببعض مسائل الزواج.
- الفصل الثاني: إجراءات ممارسة دعوى الجزاء المدني ومدى التعويض عنه في حالة الضرر.

## الفصل الأول

تصنيف العقود فقها وتأثيرها على أحكام الجزاءات المدنية

الخاصة ببعض مسائل الزواج

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

ولهذا وجهت الشريعة الإسلامية المتعاملين بالعقود أن يتعاملوا بالعقد الصحيح الذي تترتب عليه آثاره، ونهتهم عن التعامل بالعقد الفاسد أو الباطل، وذلك مصداقا لقوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾<sup>1</sup>.

وعليه أولى الفقهاء العقود من حيث التقسيم والترتيب 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 كما هو رأي الحنفية، وهو الصحيح والباطل والفاسد.

علما أن البطلان والفساد كلاهما من الجزاءات المدنية لما تتركه المخالفة من خلل في نظام التعاقد، فإذا كانت المخالفة في ناحية جوهرية كتخلف أركانه أو شرط من شروط انعقاده، كان العقد باطلا. أما إذا كانت المخالفة ليست في ناحية جوهرية، بأن كان العقد مستوفيا لجميع أركانه وشروط انعقاده، ولكن تنقصه أحد شروط صحته، فيكون العقد في هذه الحالة فاسدا.

ولما كان عقد الزواج كغيره من العقود، يتطلب الشرع والقانون عند تكوينه توافر أركان وشروط معينة، لكي ينشأ صحيحا وتترتب عليه جميع آثاره. كان تأثير تلك الجزاءات المدنية على أحكام الزواج محل النظر والتمحيص، لكونه أخطر العقود التي يبرمها الإنسان في حياته، نظراً لما يترتب عليه من آثار تمس المتعاقدين والأسرة معاً.

ومن خلال ما سبق سنحاول دراسة هذين الموضوعين، مبتدئين بأقسام العقد من حيث الصحة والعدم في الفقه الإسلامي، ثم تأثير ذلك على أحكام الجزاءات المدنية الخاصة ببعض مسائل الزواج.

<sup>1</sup> - سورة النساء، الآية 29.

## المبحث الأول

### أقسام العقد من حيث الصحة والعدم

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، فكان من حكمة الله أن شرع لخلقه ما ينظم لهم قواعد التعامل دون تجاوز حدود الله ودون ظلم للعباد. فجاء تشريع المعاملات الشرعية نموذجاً فريداً لكي يسهل للناس تبادل المنافع بعيداً عن الأسباب التي تؤدي إلى بطلان أو فساد العقود<sup>1</sup>.

وقد وجهت الشريعة الإسلامية المتعاملين بالعقود أن يتعاملوا بالعقد الصحيح الذي تترتب عليه آثاره، وتختهم عن التعامل بالعقد الفاسد أو الباطل، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: ﴿يأبها الذين ءامنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾<sup>2</sup>.

وعليه فالصحة والبطلان والفساد أوصاف يضيفها المشرع للعقود، تبعاً لكونها قد تحققت حقائقها الشرعية من أركان وشرائط الانعقاد وشرائط الصحة فيحكم عليها بالصحة، أو تخلف شيئاً من مكوناتها أو شرائطها فيحكم عليها بالبطلان أو الفساد على الخلاف في ذلك بين الفقهاء.

فالحكم بالصحة وعدمها إذن: هو حكم يتعلق بالعقود نفسها، وليس حكماً على من يياشرها من المكلفين. والعقد في الفقه الإسلامي على هذا الأساس يتدرج من البطلان إلى الفساد، ثم من الفساد إلى الوقف، ثم من الوقف إلى النفاذ، ثم من النفاذ إلى اللزوم<sup>3</sup>. وكل من العقد الباطل والعقد الفاسد عقد غير صحيح، وكل من العقد الموقوف والعقد النافذ والعقد اللازم عقد صحيح<sup>4</sup>.

<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.

<sup>3</sup> - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص124؛ عبد الحفيظ محمد عويدو رواس قلعة جي، بطلان العقد في الفقه الإسلامي، مجلة الحقوق، الكويت، 2004، عدد2، ص189.

<sup>4</sup> - ابن نجيم، المرجع السابق، ج6، ص75-76.

- Cf. Mohamed EL-ALFY, Les contrats valides et les contrats nuls en droit musulman, journal of law, 1980, n.2, p3.

فالعقود<sup>1</sup> تنقسم مبدئياً إلى عقد صحيح وعقد غير صحيح: أما العقد الصحيح فهو إما موقوف غير نافذ، أو نافذ غير لازم، أو نافذ لازم(المطلب الأول)، والعقد غير الصحيح إما باطل أو فاسد، على الخلاف في ذلك بين الفقهاء(المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### العقد الصحيح

الصحيح لغة: عكس السقيم، فصحيح الأديم هو البراءة من كل عيب، وصححت الكتاب والحساب إذ كان سقيماً فأصلحت خطأه<sup>2</sup>، والصحيح ضد الباطل<sup>3</sup>.

والصحة في الاصطلاح هي: استتباع الغاية، والغاية في المعاملات هي عبارة عن ترتب آثارها عليها<sup>4</sup>. وبهذا تكون الصحة في المعاملات هي ترتب آثار العقد الشرعية عليه<sup>5</sup>.

فإذا كان الذي باشره المكلف سبباً شرعياً كالبيع والنكاح وسائر العقود والتصرفات، واستوفى أركانه وشروطه الشرعية ترتب على كل سبب أثره الشرعي الذي رتبته الشارع عليه كحل الانتفاع في البيع والاستمتاع في النكاح. وبعبارة أخرى، فالصحة في عقود المعاملات هي "ترتب ثمرته المطلوبة منه عليه"<sup>6</sup>. فإذا قام شخص بتصرف معين مستكملاً أركانه وشروطه ترتب الأثر الذي وضعه الشارع عليه.

<sup>1</sup> - تنقسم العقود إلى أقسام متعددة تبعاً لاعتبارات مختلفة: فتنقسم أولاً باعتبار الشارع لها وترتيب آثارها إلى صحيحة وغير صحيحة، وتنقسم ثانياً بحسب اكتفاء بإرادة المتعاقدين أو اشتراط شيء آخر معها إلى عقود عينية وعقود غير عينية، وتنقسم ثالثاً بحسب الغرض المقصود منها إلى تملكيات وإسقاطات وإطلاقات وتقييدات وشركات وتوثيقات وإستحفاضات، وتنقسم رابعاً من حيث اتصال أحكامها بها أو تأخرها عنها إلى منجزه ومضافة ومعلقة، وتنقسم خامساً من حيث تسميتها وتكفل الشارع بها إلى عقود مسماة وغير مسماة. أنظر، بدران أبو العيين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، د س ن، ص480؛ عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2009، ص72 وما بعدها؛ محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2005، ص115 وما بعدها؛ أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص272 وما بعدها.

<sup>2</sup> - أنظر، ابن منظور، لسان العرب، ج2، دار صادر، بيروت، د س ن، ص507-508.

<sup>3</sup> - أنظر، أحمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، مكتبة لبنان، لبنان، 1987، ص127.

<sup>4</sup> - أنظر، جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن، نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول، ج1، عالم الكتب، القاهرة، 1343، ص97.

<sup>5</sup> - أنظر، محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص409؛ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، 1958، ص65؛ محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومه، الجزائر، 2003، ص80. عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص293.

<sup>6</sup> - علي بن محمد الأمدي، المرجع السابق، ج1، ص174.

وبذلك يعرف الفقهاء العقد الصحيح بأنه ما كان مستوفيا أركانه وشروطه على وجه تترتب آثاره الشرعية عليه<sup>1</sup>. أو هو كما يعرفه 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 إرادته 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 وصفاً. 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>.

فإن كان العقد بيعاً مثلاً لزم لصدوره صحيحاً أن يباشره شخصان مميزان بإيجاب وقبول متوافقين دالين على إنشائه في محل قابل لحكمه وهو المال المتقوم ولم يقترب به توقيت ولا جهالة في المبيع ولا عدم تقوم في الثمن، ولم تلبسه 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>.

وحكم العقد الصحيح أنه ينتج جميع آثاره المترتبة عليه في الحال<sup>6</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

1 - أنظر، الجرجاني، معجم التعريفات، دار الفضيلة، مصر، 2004، ص113؛ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، بيروت، 2008، ص331؛ عبد الرحمن الصابوني، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ج2، ط4، المطبعة الجديدة، دمشق، 1978-1979، ص189؛ عبد المنعم عبده البرعي، المرجع السابق، ص48.

2 - أنظر، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج1، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، مطر، 1314، ص44؛ شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج12، دار المعرفة، بيروت، 1989، ص190؛ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص273؛ صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، ط3، دار العلم للملايين، بيروت، 1983، ص266؛ محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، 1983، ص552.

3 - علي الخفيف، المرجع السابق، ص328.

4 - أنظر، محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1308، ص35.

5 - أنظر، عبد الرازق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، مصر، 1969، ص19-20.

6 - أنظر، محمد سراج، نظرية العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص163.



غير لازم، وبذلك ينقسم العقد الصحيح إلى قسمين هما<sup>1</sup>: العقد الصحيح النافذ (الفرع الأول)، والعقد الصحيح الموقوف، على الاختلاف حول الموقوف بين الفقهاء (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### العقد الصحيح النافذ

العقد النافذ هو العقد الصحيح، الذي يصدر من شخص يتمتع بالأهلية، وله ولاية إصداره سواء كانت هذه الولاية أصلية أو نيابية، كالعقد الذي ينشأه الرشيد العاقل لنفسه في ماله، أو يعقده الولي أو الوصي للقاصر، أو يعقده ممن وكل توكيلاً صحيحاً<sup>2</sup>.

وشروط نفاذ العقد كما وردت في كتب الفقه الحنفي<sup>3</sup> هي: الملك والولاية وأن لا يتعلق بالشيء المتصرف فيه حق للغير، فهي في مضمونها لا تخرج عن شرطين، أولهما: في العاقد، ثانيهما: في المعقود عليه.

فالشرط الذي في العاقد هو أن يكون له حق التصرف فيما يبيعه أو يؤجره، كأن يكون مالكا أو وكيلاً للمالكه 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 الغير، فإن تعلق به حق الغير بأن كان مرهوناً أو مستأجراً كان التصرف موقوفاً على إجازة المرتهن والمستأجر لتعلق حقهما به.

وقد نصت على شروط النفاذ المادة 365 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: " يشترط لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكا للمبيع أو وكيلاً للمالكه أو وليه أو وصيه وأن لا يكون في المبيع حق آخر"<sup>4</sup>. كما نصت المادة 182 من كتاب مرشد الحيران على أنه: " يشترط لنفاذ عقود المعاوضات الواردة على الأعيان المالية أو على منافعها أن

<sup>1</sup> - ابن نجيم، المرجع السابق، ج6، ص76.

<sup>2</sup> - أنظر، أحمد إبراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية، المطبعة الفنية، القاهرة، 1936، ص94؛ محمد مصطفى شلي، المدخل...، المرجع السابق، ص556؛ عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص77.

<sup>3</sup> - أنظر، ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج5، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1315، ص74؛ مجموعة علماء الهند تحت إشراف محمد عالمكير، الفتاوى العالمكبرية المعروفة بالفتاوى الهندية، ج3، ط2، المطبعة الأميرية، مصر، 1310، ص3؛ ابن عابدين، المرجع السابق، ج7، ص15؛ الكاساني، المرجع السابق، ج6، ص573 وما بعدها.

<sup>4</sup> - علي باشا، مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، بيروت، 1302، ص65.

يكون المتصرف في العين الواردة عليها العقد مالكا لها أو وكيلًا عن مالكتها إن كان عاقلا بالغًا أو وليًا أو وصيًا عليه إن كان صغيرًا أو كبيرًا مجنونًا أو معتوها وأن لا يتعلق بالعين حق لغير المتصرف فيها<sup>1</sup>.

وحكم هذا العقد ترتب آثاره في الحال من غير توقف على إجازة أحد، فالملكية مثلا والتي هي أثر للبيع تثبت في الحال ويصبح المشتري مالكا بمجرد عقد البيع<sup>2</sup>، سواء كان ترتيب الأثر فور صدوره، كما في العقد المنجز، أو بعد فترة من الزمن، كما في العقد المضاف إلى زمن المستقبل، فإنه ترتب آثاره بحلول الوقت الذي أضيف إليه<sup>3</sup>.

ومتى كان العقد نافذا لزم الوفاء به، لأن العاقد متى أنشأ عقده 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 من الالتزام<sup>4</sup>. فقسم الفقهاء العقد الصحيح النافذ إلى لازم وغير لازم.

### أولا- العقد النافذ اللازم

الأصل في العقود الصحيحة النافذة اللزوم أي ليس لأحد طرفيها الانفراد بفسخها أو إبطالها، وذلك نظرا للقوة الملزمة للعقود<sup>5</sup>. لأن الوفاء بالعقود أمر واجب، وذلك مصداقا لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾<sup>6</sup>.

والعقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ لا تدخلها الخيارات، لأن الخيار معناه أن يكون لأحد العاقدين الحق في فسخ العقد، وهذا ما ينافي طبيعة العقد اللازم<sup>7</sup>.

1 - محمد قدرى باشا، المرجع السابق، ص 29.

2 - أنظر، علي حيدر، دُرر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 2، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص 109.

3 - محمد مصطفى شلبي، المدخل...، المرجع السابق، ص 557.

4 - محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص 123.

5 - محمد أبو زهرة، الملكية...، المرجع السابق، ص 421؛ عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ج 2، ص 192-193.

6 - سورة المائدة، الآية 1.

7 - محمد أبو زهرة، الملكية...، المرجع السابق، ص 422.

وعليه، لقد عرف فقهاء الشريعة الإسلامية، العقد النافذ اللازم بأنه "ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير ولا خيار"<sup>1</sup>. أو هو العقد النافذ العاري من الخيارات<sup>2</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 قضاءً<sup>3</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 تأبى الفسخ.

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.

فذهب الاجتهاد الشافعي<sup>4</sup> والحنبلي<sup>5</sup> إلى أنه في عقد البيع وسائر العقود اللازمة القابلة للفسخ لا يكتسب العقد صفة اللزوم، إلا بعد أن ينقضي مجلس العقد بتفرق العاقدين بأبدانهما، 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>6</sup>. وفي رواية أخرى "المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر"<sup>7</sup>. الحديث يفسر على أن العقد بعد تمامه واقتران الإيجاب والقبول يكون غير لازم، فلكل واحد من العاقدين حق الرجوع إلا أن يفترقا بأبدانهما عن مجلس العقد فينقض المجلس ويلزم العقد<sup>8</sup>. هذه هي الحجة الكبرى التي يستند إليها أصحاب خيار المجلس.

1 - ابن نجيم، المرجع السابق، ج6، ص75؛ ابن عابدين، المرجع السابق، ج7، ص234.

2 - المادة 114 من مجلة الأحكام العدلية، المرجع السابق، ص35؛ صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص270.

3 - أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص274.

4 - أنظر، أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، ج3، ط1، دار القلم، بيروت، 1996، ص11؛ النووي، المرجع السابق، ج9، ص218 وما بعدها.

5 - أنظر، محمد بن صالح العثيمين، الشرح المتمتع على زاد المستقنع، ج8، ط1، دار ابن الجوزي، السعودية، 1425، ص266-267؛ أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج6، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، ص10 وما بعدها.

6 - أنظر، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، ج2، ط1، المطبعة السلفية، القاهرة، 1403، ص92؛ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، ج3، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1997، ص475.

7 - أنظر، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، ج5، شركة مصطفى الباجي الحلبي وشركائه، مصر، 1971، ص208.

8 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج2، ص35.

في حين ذهب الاجتهاد المالكي<sup>1</sup> والحنفي<sup>2</sup> إلى أن العقد اللازم متى انعقد أصبح مبرما بمجرد تمام الإيجاب والقبول، وليس لأحد العاقدين الرجوع إلا بمرافقة الطرف الآخر. وأصحاب هذا الاتجاه يؤولون التفرق الوارد في الحديث المتضمن خيار المجلس حسب المعنى الذي يتفق مع مذهبهم<sup>3</sup>، واستدل أصحاب هذا الرأي في إثباتهم بأدلة من الكتاب والسنة والقياس<sup>4</sup>.

ومن خلال هذين الرأيين فالراجح هو المذهب الذي لا يأخذ بخيار المجلس لأنه أقطع للخلاف بين المتبايعين، وأجرى مع الحاجة العملية إلى البتات السريع في مؤاخذة المرء بإرادته الجازمة المنشئة في التصرفات المدنية، ويتفق أيضا مع نظرة الشارع الإسلامي في سائر العقود الأخرى التي هي أعظم من البيع شأنًا وأكبر خطرا كعقد النكاح، إذ لم يجعل في شيء منها خيارا طبيعيا بعد تمام القبول<sup>5</sup>.

وإذا كان الأصل في العقود النافذة للزوم - 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 أو لكليهما<sup>6</sup> وهذا ما يعرف بالعقد غير اللازم.

### ثانيا-العقد النافذ غير اللازم

فالعقد الصحيح النافذ غير اللازم، هو العقد الذي يستطيع كل واحد من طرفيه أو أحدهما فقط، أن يتحلل من الرابطة العقدية بإرادته المنفردة، دون توفيق على رضا الطرف الآخر<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط6، دار المعرفة، بيروت، 1982، ص170-171؛ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا، الفواكه الدواني، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص134؛ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص91.

<sup>2</sup> - برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، المرجع السابق، ج5، ص78-82؛ ابن الهمام، المرجع السابق، ج5، ص78-82؛ ابن عابدين، المرجع السابق، ج7، ص47-48.

<sup>3</sup> - أنظر، مصطفى أحمد الرزقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ط1، دار القلم، دمشق، 1998، ص522-523.

<sup>4</sup> - محمد أبو زهرة، الملكية...، المرجع السابق، ص209-210.

<sup>5</sup> - مصطفى أحمد الرزقا، المرجع السابق، ج1، ص523.

<sup>6</sup> - عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص193؛ محمد أبو زهرة، الملكية...، المرجع السابق، ص421.

<sup>7</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.

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

#### أ-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، ليس له مصلحة في بقاء الوديعة تحت يده فله أن يفسخ عقد الإيداع بمحض إرادته، والمودع يتمتع بحرية التصرف التي تجعله قادراً على استرداد وديعته. والموكل يتلقى الوكالة دون إلزام باستمرار فيملك الرجوع فيها، كما أن الوكيل يعطي وكالته للمدى الزمني الذي يريد، أو إنجاز العمل الذي يرغب في إنجازه، وله أن يرجع عند انتهائه أو عندما يريد. وكذلك 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>.

#### ب-العقد النافذ غير اللازم من جانب واحد

هو 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، فالمرتهن يكون الرهن مقرر لمصلحته، فله أن يتنازل عنه بإرادته المنفردة، أما الراهن فلا يملك ذلك، لتعلق حق المرتهن بالعين الرهونة، فهو ملتزم بإبرام الرهن ولا يمكنه 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 للعاقدين أن بالمعقود عليه عيباً لم يكن موجوداً عند التعاقد

<sup>1</sup> - أنظر، أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، الفروق، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998، ص36؛ السيوطي، المرجع السابق، ج2، ص21؛ النووي، المرجع السابق، ج9، ص207؛ ابن نجيم، المرجع السابق، ج5، ص282؛ مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ج1، ص525؛ عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص65-66.

<sup>2</sup> - أنظر، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، دار الفكر، دمشق، 1999، ص400؛ محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج8، ص271؛ علي حيدر، المرجع السابق، ج1، ص110؛ محمد أبو زهرة، الملكية...، المرجع السابق، ص224؛ عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ج2، ص194؛ محمد حسنين، المرجع السابق، ص53؛ عصمت عبدالمجيد بكر، المرجع السابق، ص79-80.

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

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>1</sup>.

وأنواع الخيارات كثيرة اختلف الفقهاء في عددها منها ما هو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف فيه، وأهم هذه الخيارات خيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية<sup>2</sup>.

فهذه الخيارات إذا وجدت في العقد كان غير لازم، وهذا ما نصت عليه المادة 115 من مجلة الأحكام العدلية بأنه: "البيع غير اللازم هو البيع النافذ الذي فيه أحد الخيارات"<sup>3</sup>.

وعدم اللزوم يكون كذلك إذا صدر من معيب الإرادة، وهذا حسب رأي جانب من الفقه الإسلامي وعلى رأسهم المذهب المالكي<sup>4</sup>، فلمن اعتزى إرادته أحد عيوبها له الخيار في فسخ العقد أو إمضائه<sup>5</sup>.

قلنا أن العقد الصحيح النافذ هو الذي يصدر من شخص أهلا لمباشرته وله ولاية إصداره، أما إذا صدر من شخص هو أهل لمباشرته، ولكن ليست له ولاية إنشائه فيكون العقد إذا موقوفا.

## الفرع الثاني

### العقد الصحيح الموقوف

إن فقهاء الشريعة الإسلامية يشترطون لصحة العقد ونفاذه أن يكون هناك ارتباط بين العاقد والعقد من جهة، وبين العاقد والمعقود عليه من جهة أخرى. وحتى يقوم هذا الربط يجب أن يكون للعاقد: ولاية محل العقد

---

<sup>1</sup> - أنظر، محمد سعيد جعفرور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 1998، ص10؛ عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص66.

<sup>2</sup> - راجع أنواع الخيارات: ابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج6، ص2 وما بعدها؛ ابن عابدين، المرجع السابق، ج7، ص101 وما بعدها؛ أحمد إبراهيم بك، المرجع السابق، ص101 وما بعدها؛ علي الخفيف، المرجع السابق، ص361 وما بعدها؛ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص303 وما بعدها.

<sup>3</sup> - علي باشا، المرجع السابق، ص35.

<sup>4</sup> - محمد سعيد جعفرور، نظرات...، المرجع السابق، ص88.

<sup>5</sup> - أنظر، الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج6، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، ص36؛ الخرشبي، شرح الخرشبي على مختصر خليل، ج5، ط2، المكتبة الكبرى الأميرية، مصر، 1318، ص10 وص152؛ الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص6 وص126.

وولاية على نوع التصرف. فإذا تخلف أحد هذين العنصرين كان العقد صحيحاً ولكنه لا ينفذ، بل يكون موقوفاً<sup>1</sup>، وذلك أن الولاية في الرأي الغالب في الفقه الإسلامي تعتبر شرط نفاذ لا شرط انعقاد<sup>2</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 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>3</sup>.

أما الولاية على التصرف فتكون باستكمال العاقد القدر الواجب من التمييز حسب نوع التصرف الذي يبشره، فتصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر تنعقد موقوفة على إجازة من يملكها من ولي أو وصي<sup>4</sup>.

فالعقد الموقوف إذا هو الذي يتوقف ترتب أثره عليه بالفعل على الإجازة ممن يملكها شرعاً<sup>5</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:

### أولاً- الرأي القائل بصحة العقد الموقوف

يري أصحاب هذا الرأي أن العقد الموقوف قسم من العقود الصحيحة، وذلك لاستفاء أركانه وشروط انعقاده، فهو ينطبق عليه تعريف العقد الصحيح من أنه مشروع بأصله ووصفه، كما ينطبق عليه حكم العقد

1 - عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ج4، ص128؛ محمد حسنين، المرجع السابق، ص16.

2 - محمد سعيد جعفرور، نظرات...، المرجع السابق، ص90.

3 - عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ج4، ص128؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص23.

- Cf. Mohamed EL-ALFY, op. cit., p.5.

4 - محمد سعيد جعفرور، نظرات...، المرجع السابق، ص90.

5 - أنظر، أحمد بن مجزي، القوانين الفقهية، د د ن، د س ن، ص391؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1997، 21-22؛ يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإفتاء، ج4، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص1381؛ ابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج5، ص281؛ السرخسي، المرجع السابق، ج13، ص153؛ ابن همام، المرجع السابق، ج5، ص309؛ الكاساني، المرجع السابق، ج6، ص569؛ الخرشبي، المرجع السابق، ج5، ص292؛ الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص12؛ أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص172؛ أحمد بن إدريس القرافي، المرجع السابق، ج3، ص380، وص382؛ محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج9، ص312؛ أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج6، ص294-295، عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص50.

الصحيح، فليس توقف أثره على الإجازة إلا كتوقف العقد المقتزن بخيار عقدي على إسقاطه لمن شرع له الخيار، والعقد المقتزن بخيار عقدي هو جائز بالاتفاق<sup>1</sup>. والقائلون بصحة العقد الموقوف هم فقهاء 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 بالتوقف 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 استدلوها أيضا بالقياس والمصلحة والمعقول. أما من الكتاب، قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾<sup>7</sup>. وقوله تعالى: ﴿يأيتها الذين ءامنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾<sup>8</sup>. وقوله تعالى: ﴿فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله﴾<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 المتعاقدين في الابتداء، أم وجد عند صدور الإجازة من المالك في الانتهاء، فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل<sup>10</sup>.

كما استدلوها أيضا بعموم قوله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾<sup>11</sup>. فالله سبحانه وتعالى يأمر عباده بالمعونة على فعل الخيرات وهو البر وترك المنكرات وهو التقوى، وينهاهم عن التعاون عن المآثم والتناصر على الباطل<sup>12</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، عجالي بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2005، ص 26-27.

<sup>2</sup> - ابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج6، ص76؛ السرخسي، المرجع السابق، ج13، ص154؛ ابن الهمام، المرجع السابق، ج5، ص185؛ ابن عابدين، المرجع السابق، ج7، ص234.

<sup>3</sup> - ابن جزري، المرجع السابق، ص391؛ ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص172؛ لخرشي، المرجع السابق، ج5، ص292؛ الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص12.

<sup>4</sup> - أنظر، ابن تيمية، العقود، دار السنة المحمدية، مصر، د س ن، ص 225-226؛ بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج6، ص 294-295.

<sup>5</sup> - أنظر، الرملي، نهاية المحتاج، ج3، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص403؛ النووي، المرجع السابق، ج9، ص312؛ الشريني، المرجع السابق، ج2، ص21-22.

<sup>6</sup> - عبد الرازق حسن فرج، 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> - الكاساني، المرجع السابق، ج6، ص576.

<sup>11</sup> - سورة المائدة، الآية 3.

<sup>12</sup> - أنظر، بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج2، دار التقوى، القاهرة، 2006، ص7.



والفضولي قد تصرف بتصرفه هذا البر 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>1</sup>.

نوقش ذلك بأن تصرف الفضولي ليس من البر والتقوى بل من الإثم والعدوان<sup>2</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>3</sup>.

أما من حيث السنة، فقد استدلوا بحديث عروة ابن أبي جعد البارقي، أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً يشتري به أضحية أو شاة، فاشترى شاتين، فباع إحداهما بدينار، فأتاه بشاة ودينار، فدعا له بالبركة في بيعه<sup>4</sup>.

وجه الاستدلال على صحة العقد الموقوف أن عروة البارقي لم يكن موكلاً إلا بشراء شاة واحد، 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>5</sup>. فدل هذا على صحة تصرف الفضولي ومن ثم صحة العقد الموقوف.

وقد نوقش حديث عروة البارقي بأنه كان وكيلاً عن النبي ﷺ وكالة مطلقة، بدليل أنه سلم وتسلم، وليس ذلك لغير المالك عند القائل بالجواز<sup>6</sup>.

أوجب بأن هذا لا يصح، لأن المنقول أمره أن يشتري له شاة واحدة وبهذا لا يصير وكيلاً بمطلق التصرف. ولو فرض صحة هذا النقل لكان على سبيل المدح<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - الزيلعي، المرجع السابق، ج4، ص103.

<sup>2</sup> - النووي، المرجع السابق، ج9، ص317.

<sup>3</sup> - عبد المنعم عبده البرعي، المرجع السابق، ص193.

<sup>4</sup> - أبو داود، سنن أبي داود، المرجع السابق، ج3، ص438-439؛ البخاري، المرجع السابق، ج2، ص539.

<sup>5</sup> - الزيلعي، المرجع السابق، ج4، ص103.

<sup>6</sup> - الشريبي، المرجع السابق، ج2، ص22.

<sup>7</sup> - السرخسي، المرجع السابق، ج13، ص154.

وقد أعترض على الإسناد بهذا الحديث بأن في رواية أبي داود رجلا مجهولا، فالمحدث لشيب الحي، فلا يكون حجة للجهالة في سنده، وبذلك لا يتم الاستدلال به<sup>1</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>2</sup>.

كما نوقش أيضا على الإسناد بهذا الحديث، أن ذكر البخاري أن شبيب بن غردقة لم يسمعه من عروة بل سمع الحي يتحدثون به، دليل على تضعيف الحديث<sup>3</sup>.

أجيب عن ذلك أن ذكر الحي في الحديث لا يلزم منه الجهالة في سنده، ومن ثم عدم الاستدلال به، بل أن ذكر الحي 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>4</sup>.

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 حوزة النبي ﷺ أو التزمه، ولا يجوز القول بما ليس في الخبر<sup>5</sup>.

كما استدلوا 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>6</sup>.

1 - النووي، المرجع السابق، ج9، ص317.

2 - عبد الرازق حسن فرج، المرجع السابق، ص58.

3 - البخاري، المرجع السابق، ج2، ص539.

4 - عبد الرازق حسن فرج، المرجع السابق، ص59.

5 - أنظر، بن حزم، المحلى، ج8، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1350، ص437.

6 - أنظر، محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترمذي، ج3، ط2، مصطفى الباجي الحلبي، مصر، 1968، ص549.

وجه الدلالة على صحة العقد الموقوف أن حكيم بن حزام كان وكيلًا بشراء شاة واحدة، فشرأوه 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>1</sup>.

وقد نوقش أن حكيم بن حزام كان وكيلًا عن النبي ﷺ وكالة مطلقة. أما إسناد الترمذي ففيه انقطاع<sup>2</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>3</sup>.

وقد أحيب أنه لا يصح القول بأن حكيم بن حزام كان وكيلًا عن النبي ﷺ وكالة مطلقة، لأن المنقول أن النبي ﷺ أمره أن يشتري له أضحية واحدة<sup>4</sup>. أما عدم سماع حبيب بن أبي ثابت من حكيم بن حزام يدعوا إلى القول بأن الحديث مرسل والأئمة الثلاثة يأخذون بالمرسل فصح الدليل<sup>5</sup>.

كما استدلوا 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 ورعاتها فخذ. فقال: اتق الله ولا تستهزئ بي. فقلت: إني لا أستهزئ بك، فخذ. فأخذه"<sup>6</sup>. هذا الحديث دليل على جواز تصرف الرجل في مال الأجير بغير إذنه، ولكنه لما ثمره له ونمائه وأعطاه أخذه ورضى به<sup>7</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>8</sup>.

نوقش وجه الاستدلال بهذا الحديث من وجهين:

- 1 - السرخسي، المرجع السابق، ج13، ص154؛ الكاساني، المرجع السابق، ج6، ص576؛ الزيلعي، المرجع السابق، ج4، ص103.
- 2 - النووي، المرجع السابق، ج9، ص317.
- 3 - محمد بن عيسى بن سورة، المرجع السابق، ج3، ص549.
- 4 - السرخسي، المرجع السابق، ج13، ص154.
- 5 - عبد الرازق حسن فرج، المرجع السابق، ص57.
- 6 - البخاري، المرجع السابق، ج2، ص156.
- 7 - عبد المنعم عبده البرعي، المرجع السابق، ص197.
- 8 - أبي داود، المرجع السابق، ج3، ص439-440.

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>1</sup>.

أما من حيث القياس، فقاموا 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>2</sup>.

وقد نوقش بأن قياس التصرف الموقوف كتصرف الفضولي بالبيع على وصية المدين قياس مع الفارق، لأن

الوصية تحتمل 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>3</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 يضار

المالك بإلزامه بما لا يرضى إذا تبين فيما بعد أنه لا يرضى بذلك<sup>4</sup>. وعليه فالعقد الموقوف على الإجازة فيه رعاية

للمصلحة وتيسير للناس في المعاملات ورفع الحرج والضيق عنهم.

<sup>1</sup> - النووي، المرجع السابق، ج9، ص318.

<sup>2</sup> - ابن همام، المرجع السابق، ج5، ص310؛ الزيلعي، المرجع السابق، ج4، ص104.

<sup>3</sup> - النووي، المرجع السابق، ج9، ص318.

<sup>4</sup> - ابن همام، المرجع السابق، ج5، ص310؛ علي الخفيف، المرجع السابق، ص318-319.

أما من حيث المعقول، فالتصرف الموقوف هو تصرف صدر من أهله في محله<sup>1</sup> فلا يلغو، بل يتحقق وجوده ثم يتمتع نفاذه شرعا لمانع فيتوقف على زوال ذلك المانع وبالإجازة يزول هذا المانع<sup>2</sup>.

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>3</sup>.

### ثانيا- الرأي القائل ببطلان العقد الموقوف

يري أصحاب هذا الرأي أن العقد الموقوف باطل، لأن صحة العقود حسب رأيهم لا تكتمل إلا بالأهلية والولاية، وتختلف هذين الشرطين يرتب البطلان<sup>4</sup>.

والقائلون بهذا الرأي هم فقهاء الشافعية في المذهب الجديد<sup>5</sup>، والحنابلة<sup>6</sup>، والظاهرية<sup>7</sup>، والشيعية الامامية، والزيدية، والاباضية<sup>8</sup>.

<sup>1</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 الخلل محلا. أنظر، أكمل الدين محمد بن محمود الباهري، شرح العناية على الهداية، ج5، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1316، ص310.

<sup>2</sup> - السرخسي، المرجع السابق، ج13، ص154.

<sup>3</sup> - السرخسي، نفس المرجع، ج13، ص154-155.

<sup>4</sup> - عجالي بخالد، المرجع السابق، ص33.

<sup>5</sup> - النووي، المرجع السابق، ج9، ص312؛ شمس الدين بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج2، ص21.

<sup>6</sup> - بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج6، ص295-296.

<sup>7</sup> - بن حزم، المرجع السابق، ج8، ص434.

<sup>8</sup> - عبد الرازق حسن فرج، المرجع السابق، ص54.

وعلى غرار الفريق الأول استند أنصار هذا الاتجاه على أدلة من الكتاب والسنة، كما استدلووا بالقياس والمعقول. أما من حيث الكتاب، قوله تعالى: ﴿ولا تكسب كل نفس إلا عليها﴾<sup>1</sup>. هذه الآية دليل على أن سعي الإنسان وكسبه يكون له لا لغيره، ومن يتصرف في شيء ليس له ولاية عليه، فتصرفه باطل<sup>2</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>3</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>4</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>5</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 مقصورياً على الحال وحكم ذلك السبب ليس هذا بل أن يثبت بالإجازة من حين ذلك العقد<sup>6</sup>. وقصة الحديث أن حكيم بن حزام قال يا رسول الله ﷺ أن الرجل ليأتينني فيطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأشترىها فأسلمها إليه، فقال الرسول ﷺ: "لا تبع ما ليس عندك"<sup>7</sup>.

أما القياس، فقد قاس أصحاب هذا الرأي العقد الوقوف على بيع الطير في الهواء والسمك في الماء، وذلك لاتحاد العلة وهي عدم القدرة على التسليم، فكان حكمهما واحد وهو البطلان<sup>8</sup>.

1 - سورة الأنعام، الآية 164.

2 - بن حزم، المرجع السابق، ج8، ص434-435.

3 - عجالي بخالد، المرجع السابق، ص34.

4 - محمد بن عيسى بن سورة، المرجع السابق، ج3، ص525.

5 - أبو زهرة، الملكية...، المرجع السابق، ص396.

6 - ابن همام، المرجع السابق، ج5، ص309.

7 - الزيلعي، المرجع السابق، ج4، ص104.

8 - السرخسي، المرجع السابق، ج13، ص153.

ويناقش 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>1</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>2</sup>.

ويناقش هذا بأن الولاية الشرعية شرط من شروط النفاذ<sup>3</sup> لا من شروط الانعقاد، وتختلف شروط النفاذ يترتب عليه وقف نفاذ العقد على 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 بالوقف، 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 على إجازة المالك، فإن أجازه نفذ، وإن رد بطل. وعند الشافعي (رحمه الله) هو شرط الانعقاد، لا ينعقد بدونه، ويبيع الفضولي باطل عنده"<sup>4</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 فضلاً على أن القول بالوقف يتفق مع مبدأ الرضائية في العقود، فلا يخرج شيء من ملك الشخص جبراً عنه أو دون رضاه وإجازته<sup>5</sup>.

1 - ابن همام، المرجع السابق، ج5، ص310.

2 - عبد الرازق حسن فرج، المرجع السابق، ص67؛ أبو زهرة، الملكية...، المرجع السابق، ص396.

3 - ابن همام، المرجع السابق، ج5، ص74؛ ابن عابدين، المرجع السابق، ج7، ص15.

4 - الكاساني، المرجع السابق، ج6، ص569.

5 - عبد الرازق حسن فرج، المرجع السابق، ص98.

وحالات العقد الموقوف متعددة أوصلها فقهاء الحنفية إلى ثمانية وثلاثين نوع<sup>1</sup> ويعتبر تصرف الصبي الدائر بين النفع والضرر، وتصرف الفضولي أبرز حالات العقد الموقوف<sup>2</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.

## المطلب الثاني

### العقد غير الصحيح

ينقسم العقد في الفقه الإسلامي، من حيث اعتبار الشارع له وترتب آثاره عليه وعدم ذلك، إلى عقد صحيح وغير صحيح، ولا خلاف بين الفقهاء، بأن العقد الصحيح هو ما أقره الشارع ورتب آثاره عليه (على حسب قوة إنشائه) بأن تكون أركانه سالمة لا خلل فيها وكذلك أوصافه، وهذا المعنى متفق على أنه المراد بالعقد الصحيح. ولكن موضع الخلاف هو في مقابل العقد الصحيح، فالجمهور يقولون أن مقابل العقد الصحيح هو عقد باطل غير منعقد، سواء كان الخلل في أركانه أو كان الخلل في أوصافه. وقال الحنفية إن كان الخلل في أركانه فالعقد باطل، أما إن كان الخلل ليس في أركانه وإنما في أوصاف خارجه عنه كان العقد فاسداً<sup>3</sup>.

فالصحيح والباطل قسم مشترك بين الحنفية والجمهور من حيث ثبوت حكمهما، وإن كان هناك اختلاف لفظي في تعريفهما. أما العقد الفاسد فخالف فيه الحنفية والجمهور من حيث تعريفه وأحكامه<sup>4</sup>.

وعليه سنحاول دراسة أقسام العقد غير الصحيح (الفرع الأول)، ثم أحكام العقد الباطل والعقد الفاسد (الفرع الثاني).

1 - ابن عابدين، المرجع السابق، ج7، ص320.

2 - محمد سعيد جعفرور، نظرات...، المرجع السابق، ص91.

3 - محمد أبو زهرة، الملكية...، المرجع السابق، ص409.

4 - أنظر، إبراهيم علي أحمد الشال الطنجي، طرق تصحيح العقد الفاسد، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، 2007، عدد31، ص163-164.



## الفرع الأول

### أقسام العقد غير الصحيح

قلنا، فيما تقدم، أن العقد في الفقه الإسلامي، ينقسم إلى صحيح وغير صحيح، وأن لا خلاف بين الفقهاء في العقد الصحيح، غير أن الخلاف على أشده في مقابل العقد الصحيح، فالحنفية يقولون أن ما يقابل العقد الصحيح إما أن يكون باطلاً أو فاسداً. أما الجمهور فيرون أن ما يقابل العقد الصحيح هو باطل غير منعقد، سواء كان الخلل في أركان العقد أو في أوصافه.

ويرجع الخلاف في ذلك إلى قاعدة أصولية، وهي فهم أثر النهي على التصرفات الشرعية، فإذا كان أثر النهي عن التصرفات الشرعية هو الجزاء على ما تركه المخالفة من خلل في التصرف. فهل الجزاء واحد على كل المخالفات، أم أن الجزاء ينبغي أن يتقدر بقدر المخالفة؟.

وعليه سنحاول دراسة أقسام العقد غير الصحيح عند فقهاء الشريعة الإسلامية أولاً، ثم أساس الخلاف بينهم حول هذا التقسيم ثانياً.

### أولاً- أقسام العقد غير الصحيح عند فقهاء الشريعة الإسلامية

انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية بصدد العقد غير الصحيح إلى فريقين: فريق أبي حنيفة وأصحابه وفريق جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة.

### أ-العقد غير الصحيح في المذهب الحنفي

ذهب فقهاء الحنفية إلى أن العقد غير الصحيح ينقسم إلى قسمين: باطل وفساد، وذلك حسب ما تركه المخالفة من خلل في العقد. فإذا كان الخلل في أركان العقد وما يتعلق بهذه الأركان من شروط كان الجزاء هو البطلان. أما إذا كان الخلل في وصف من أوصافه كان الجزاء هو الفساد، ذلك أن الاجتهاد الحنفي لاحظ أن المخالفات ليست على درجة واحدة، فهناك مخالفات في نواحي أساسية للعقد، وأخرى في نواحي فرعية<sup>1</sup>،

<sup>1</sup> - أنظر، صاحب عبيد الفتاوي، تحول العقد، ط1، مكتبة الثقافة، عمان، 1997، ص53؛ محمد سعيد جعفرور، نظرات...، المرجع السابق، ص94.

ولتحقيق إرادة الشارع فيما شرع على سنن من الحق والعدل والمصلحة، فإن الجزاء ينبغي أن يتقدر بقدر المخالفة أو الخلل قوةً وضعفًا<sup>1</sup>.

وعليه فالعقد غير الصحيح عند فقهاء الحنفية ينقسم إلى قسمين: باطل وفساد. وقد قال صاحب البدائع في هذا الشأن: "وعندنا الفاسد قسم آخر وراء الجائز الباطل"<sup>2</sup>.

## 1-العقد الباطل

البطلان لغة: الضياع والخسران أو سقوط الحكم، يقال بطل الشيء يبطل بطلا وبطولا وبطلانا: بمعنى ذهب ضياعا وخسرانا أو سقط حكمه، والباطل نقيض الحق<sup>3</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 الخاص من نشوء حق أو سقوط تكليف. ومن هنا فإن البطلان هو عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتباري وآثاره في نظر الشارع<sup>4</sup>.

ومن ثم يعرف العقد الباطل في اصطلاح الفقهاء بأنه " ما لا يكون مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه"<sup>5</sup>. وهم يريدون من عدم مشروعية العقد بأصله أنه قد وقع مخالفاً لناحية جوهرية من النظام الشرعي فيه<sup>6</sup>.

والناحية الجوهرية كما يقول صاحب البدائع هي شرائط الانعقاد العامة فإذا تخلف شرط من شرائط الانعقاد العامة فالعقد باطل<sup>7</sup>.

1 - فتحي الدريني، المرجع السابق، ص184.

2 - الكاساني، المرجع السابق، ج7، ص366.

3 - ابن منظور، المرجع السابق، ج11، ص56؛ المقري، المرجع السابق، ص20.

4 - مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ج2، ص702-703.

5 - ابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج6، ص75؛ ابن عابدين، المرجع السابق، ج7، ص233؛ فتحي الدريني، المرجع السابق، 2008، ص264؛ عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص74؛ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص276؛ محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص126.

6 - مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ج2، ص709.

7 - الكاساني، المرجع السابق، ج6، ص533.

وشرائط الانعقاد أنواع يمكن إرجاعها إلى جهات ثلاث<sup>1</sup>:

1- صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة: وتتم بصدور إيجاب وقبول متطابقين في مجلس العقد. وهذا التعبير عن الإرادة هو ركن العقد، بل هو الركن الوحيد عند فقهاء الحنفية، وهذا يكشف النزعة الموضوعية لفقهاء الإسلام الذي يعتد بالإرادة الظاهرة ويجعل منها ركن العقد الوحيد. ويشمل هذا الأصل شرطين هما:

- تطابق الإيجاب والقبول وهذا هو التراضي.

- اتحاد مجلس العقد.

2- العاقدان: وهما اللذان يصدر عنهما التعبير بالإيجاب والقبول ويشترط فيهما التمييز، فمن انعدم لديه التمييز لا يعتد شرعا بالتعبير الصادر عنه، كالصغير غير المميز والمجنون والمعتوه غير المميز والسكران الفاقد التمييز، وإذا صدر من أحدهم تعبير عن الإرادة فهذا التعبير لا وجود له شرعا إذ العقد يفترض وجود عاقلين أحدهما يصدر منه الإيجاب والآخر يصدر منه القبول، فالعقد إذن لا يتم بإرادة منفردة بل بإرادتين متطابقتين.

ومن ثم يمكن استخلاص من هذه الجهة الثانية شرطين آخرين هما:

- التعدد.

- التمييز.

3- المعقود عليه أو محل العقد: ويشترط فيه أن يكون:

- موجودا أو ممكنا أي مقدور التسليم.

- معيناً أو قابل التعيين.

- صالحا للتعامل فيه أي مالا متقوما مملوكا.

فإذا فقدت واحدة من هذه الشرائط في عقد من العقود كانت النتيجة عدم انعقاد العقد شرعا وإن وجدت صورته حسا، فيكون وجود العقد كعدمه في النظر الشرعي، وعندئذ يسمى العقد في اصطلاح الفقهاء: عقدا باطلا.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج4، ص125-126؛ محمد حسنين، المرجع السابق، ص13-14.

## 2-العقد الفاسد

الفساد لغة: يطلق على عدة معاني، فهو نقيض الصلاح والمفسدة خلاف المصلحة<sup>1</sup>، وهو التلف والعطب والاضطراب وإلحاق الضرر<sup>2</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 والبطان، فلا هو بالباطل غير المنعقد لأن المخالفة لنظامه التشريعي ليست مخالفة في ناحية جوهرية كما في حالة البطان، ولا هو بالصحيح التام لأن فيه إخلالاً بنظام التعاقد ولو أن هذا الإخلال في ناحية فرعية غير جوهرية<sup>3</sup>.

ومن ثم يعرف العقد الفاسد في اصطلاح الفقهاء بأنه "ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه"<sup>4</sup>.

الشرائط الأساسية الضرورية لانعقاد العقد لا تكفي لصحته بل يجب أن تضاف إليها أوصاف معينة، وجودها ضروري لصحة العقد، وإذا تخلف وصف منها لا يمنع ذلك من انعقاد العقد لكنه ينعقد فاسداً لخلل في وصفه<sup>5</sup>.

وشرائط الانعقاد التي تتطلب أوصافاً تكملها ليكون العقد صحيحاً هي شرط التمييز في العاقدين وشروط المحل الثلاثة؛ فشرط التمييز الذي يقوم عليه التراضي يجب أن يكمله وصف ملازم لصحة العقد، هو خلو الرضا من الإكراه<sup>6</sup>، فالعاقد إذا شاب إرادته إكراه كان عقده فاسداً. وشرط أن يكون المحل موجوداً مقدور التسليم، يكمله وصفين، فالوجود يجب أن لا يدخله غرر، والقدرة على التسليم يكملها أن تكون هذه القدرة من غير ضرر. وشرط

1 - ابن منظور، المرجع السابق، ج3، ص335.

2 - أنظر، مجمع اللغة العربية، معجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص688.

3 - مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ج2، ص729-730.

4 - أنظر، عبد الغني الغنيمي، الباب في شرح الكتاب، ج2، المكتبة العلمية، بيروت، د س ن، ص94؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ط4، دار الفكر المعاصر، دمشق، 1997، ص3396؛ ابن عابدين، المرجع السابق، ج7، ص233؛ ابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج6، ص74؛ عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص74؛ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص277؛ محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص126؛ فتحي الدريني، المرجع السابق، ص264.

5 - محمد حسنين، المرجع السابق، ص15.

6 - ذلك أن الإكراه سبب لفساد العقد عند الإمام أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف ومحمد، بخلاف الإمام زفر الذي يرى أن الإكراه سبب لاعتبار العقد موقوفاً على إجازة المكره، وليس فاسداً. الزيلعي، المرجع السابق، ج5، ص182؛ أبو بكر المرغيناني، المرجع السابق، ج7، ص295.

أن يكون المحل معيناً أو قابل للتعيين، يكمله وصف، وهو نفس الوصف الذي يكمل وجود المحل؛ أي انتفاء الغرر. وشرط أن يكون المحل صالحاً للتعامل فيه، يكمله وصفين هما: أن يكون المحل خالياً من الشرط الفاسد وأن يكون خالياً من الربا<sup>1</sup>.

وعليه فالأسباب التي تجعل العقد فاسداً في المذهب الحنفي بالرغم من انعقاده هي: الإكراه، الغرر، الضرر الذي يصحب التسليم، الشرط الفاسد، الربا.

وهذه الأسباب تجعل العقد باطلاً في المذاهب الأخرى.

### ب - العقد غير الصحيح عند جمهور الفقهاء

ذهب جمهور الفقهاء من مالكية<sup>2</sup> وشافعية<sup>3</sup> وحنابلة<sup>4</sup> كما ذهب أهل الظاهر<sup>5</sup> إلى أن العقد غير الصحيح قسم واحد لا ينعقد به العقد ولا يترتب عليه أثره الشرعي.

إن العقد في نظر فقهاء المذاهب ينقسم إلى قسمين: صحيح وباطل، وأن الصحيح هو ما توافرت جميع أركانه وشروطه بشكل يرتب الشارع جميع آثاره عليه وما عدا ذلك فهو باطل، وقد يعبر عنه بالفاسد من باب ترادف الألفاظ على المعنى الواحد، فلا فرق بين الباطل والفاسد، فهما مترادفان عندهم متباينان عند الحنفية، حيث يقول السيوطي: "الباطل والفاسد عندنا مترادفان"<sup>6</sup>. وقال الآمدي: "أما الفاسد، فمرادف للباطل، وهو عند أبي حنيفة قسم ثالث مغاير الصحيح والباطل"<sup>7</sup>. ويقول كذلك ابن قدامة: "الفاسد مرادف للباطل، فهما إسمان لمسمى واحد، وأبو حنيفة أثبت قسماً بين الباطل والصحيح"<sup>8</sup>.

وعليه فالباطل يطلق عليه الفاسد، فهما مترادفان مفهوماً، وسبباً وحكماً.

أما المفهوم فهو ارتفاع المشروعية وانعدامها.

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج4، ص147.

2 - الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص54.

3 - النووي، المرجع السابق، ج9، ص169؛ السيوطي، المرجع السابق، ج2، ص33؛ الآمدي، المرجع السابق، ج1، ص175.

4 - أحمد بن قدامة، روضة...، المرجع السابق، ص31.

5 - ابن حزم، المرجع السابق، ج8، ص421.

6 - السيوطي، المرجع السابق، ج2، ص33.

7 - الآمدي، المرجع السابق، ج1، ص175.

8 - أحمد بن قدامة، روضة...، المرجع السابق، ص31.

وأما السبب فلفوات الأركان والشروط والأوصاف اللازمة.

وأما الحكم فانعدام الآثار المقصودة من التصرف، إذ لا يترتب أي أثر منها لأنه إذا كان معنى الصحة، هو استتباع الغاية<sup>1</sup>، فالبطلان عدم استتباعها، والبطلان والفساد يقابلها، فالقسمة ثنائية.

وانطلاقاً من ذلك، فإن العقد غير الصحيح لا يتنوع في نظر جمهور الفقهاء، فهم لا يفرقون بين الخلل في أصل العقد والخلل في وصفه اللازم، فالجزاء واحد هو البطلان كما يعبر عنه بالفساد من باب ترادف الألفاظ على المعنى الواحد، حيث يقول الدسوقي في شرحه الكبير: "وأعلم أن النهي عن الشيء إما لذاته كالدم والخنزير أو لوصفه كالخمر وهو الإسكار أو لخارج عنه لازم له كصوم يوم العيد لأن صومه يستلزم الإعراض عن ضيافة الله فإن كان النهي لواحد مما ذكر كان مقتضياً للفساد وإن كان النهي عن الشيء لخارج عنه غير لازم له كالصلاة في دار المغصوبة فلا يقتضي الفساد"<sup>2</sup>. على عكس ما ذهب إليه الأحناف إذ فرقوا بينهما ورتبوا على الخلل في الأصل البطلان، ورتبوا على الخلل في الوصف الفساد.

وترتيباً على ما تقدم، فإن العقد غير الصحيح عند الجمهور هو ما لم يستوفي أركانه وشروطه، فلا يترتب عليه أثره الشرعي لخلل في صيغته أو محله أو العاقد، أو في أي وصف اتصل به يخرج من مشروعيته.

وعليه فبيع الجنين في بطن أمه وبيع الحر والميتة والبيع بثمن مؤجل إلى وقت مجهول جهالة فاحشة كهبوب الريح أو نزول المطر وبيع ما لا يقدر البائع على تسليمه، كل ذلك باطل أو فاسد عندهم لا يترتب عليه أي أثر<sup>3</sup>.

وإذا قلنا أن العقد غير الصحيح، لا يتنوع في نظر جمهور الفقهاء بخلاف فقهاء الحنفية الذين يرون أن العقد غير الصحيح نوعان: عقد باطل وعقد فاسد، وذلك حسب ما تركه المخالفة من خلل.

فتتساءل: ما هو أساس الخلاف بين الفقهاء في تقسيم العقد غير الصحيح؟.

1 - جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن، المرجع السابق، ج1، ص96-97.

2 - الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص54.

3 - عبد الرازق حسن فرج، المرجع السابق، ص29.

## ثانياً- أساس الخلاف في تقسيم العقد غير الصحيح

إن من يتأمل يجد أن الخلاف بين الحنفية وجمهور الفقهاء يرجع إلى قاعدة أصولية تتمثل في الأثر الذي يترتب على نهي الشارع، إذا ما نهي عن عقد من العقود لعدم توافر ما شرطه فيه من الشروط أو لسبب آخر<sup>1</sup>.

يرى الجمهور أن نهي الشارع عن عقد يقتضي عدم وجوده شرعاً، فإذا أقدم عليه إنسان فأنشأه مخالفاً ما أمر الشارع لم يكن ما قام به عقد في نظر الشارع، ولم يكن له وجود سواء كان النهي راجعاً إلى أركان العقد أو إلى وصف لازم له<sup>2</sup>.

والنهي عن العمل لوصف لازم له يورث الفساد في الأصل لأن التصرف وحدة كاملة لا تقبل التجزئة<sup>3</sup>، وبذلك يكون النهي عن العمل لوصف لازم نظير النهي عن العمل لذاته فهو غير مشروع<sup>4</sup>.

أما إذا كان النهي لوصف مجاور كالنهي عن البيع وقت نداء الجمعة، فإنه راجع إلى أمر جارج عن العقد وهو تفويت صلاة الجمعة لا لخصوص البيع، والتفويت أمر مقارن غير لازم لماهية البيع، وهذا القسم لا يدل على البطلان<sup>5</sup>.

ومما سبق يتضح أن النهي عن العقد لذاته والنهي لوصف لازم، سواء في اقتضاء فساد أو بطلان المنهي عنه واعتباره غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه. ولا فرق بين الفساد والبطلان فهما مترادفان<sup>6</sup> يقابلان الصحة. ولقد استدلل الجمهور على أن النهي ينصرف إلى الذات والوصف لازم، فيرتب البطلان في كلتا الحالتين، واعتباره بالتالي غير مشروع بعدة حجج، منها خاصة حديث السيدة عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال "من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد"<sup>7</sup>. فالحديث فيه تأكيد على أن التصرف الذي وقع على غير ما أمر به الشارع فهو رداً أي

1 - علي الخفيف، المرجع السابق، ص332؛ محمد سعيد جعفر، نظرات...، المرجع السابق، ص122.

2 - علي الخفيف، نفس المرجع، ص332.

3 - فتحي الدريني، المرجع السابق، ص251.

4 - محمد سعيد جعفر، نظرات...، المرجع السابق، ص124.

5 - جمال الدين عبد الرحمن بن الحسن الآسنوي، المرجع السابق، ج2، ص304-305.

6 - السيوطي، المرجع السابق، ج2، ص33.

7 - أنظر، أبو الحسن الحنفي المعروف بالسندي، سنن ابن ماجة، ج1، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1996، ص7؛ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، المرجع السابق، ج5، ص12.

مردود، ومعنى الرد ألا يكون له أثر، وهذا معنى البطلان<sup>1</sup>. كما أجمع سلف الأمة على الاستدلال ببطلان التصرفات بمجرد النهي عنها، ففهموا بطلان الربا بقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾<sup>2</sup>.

واستدل عمر رضي الله عنه في بطلان نكاح المشركات بقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا المشركات﴾<sup>3</sup>.

كذلك أننا 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 نهي عنه ويبيح ما حرمه، وإما أن نرتب أحكام تتفق مع غرض الشارع من غير نظر إلى غرض المتعاقدين وهذا غير جائز أيضا لما فيه نقض لمبدأ التراضي وهو أساس العقد<sup>4</sup>.

هذه موجز حجج الجمهور في استدلالهم على بطلان أو فساد التصرف الشرعي، واعتباره في حكم العدم من غير تفرقة بين العيب في أصل التصرف أو العيب في الوصف.

وخلافاً للجمهور، يفرق فقهاء الحنفية بين حالة ورود نهي الشارع على أصل العقد ووروده على وصف لازم له. فإذا كان النهي يرجع إلى أصل العقد بأن كان الخلل في أركانه أو شرائطه فمقتضاه بطلان العقد وعدم وجوده شرعا ذلك لأن يكون دليلا على عدم تكوين العقد وإيجاده في نظر الشارع، وإذا كان يرجع إلى وصف ملازم للعقد عارض له، كان مقتضاه بطلان هذا الوصف وعدم مشروعيته دون أن يتعدى إلى ذاته، لأن النهي لم يتعلق بما فتبقى مشروعة<sup>5</sup>.

وبذلك يتميز هذا النوع من العقود عن غيره، فيتميز عن العقد 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<sup>6</sup>، فوجب لهذا أن يكون قسم بين الصحيح والباطل لا هو بالصحيح ولا بالباطل ويسمى بذلك فاسدا.

أما إذا كان النهي يرجع إلى أمر مجاور غير ملازم له كان مقتضاه الصحة مع الكراهة للإقدام عليه.

<sup>1</sup> - محمد أبو زهرة، الملكية...، المرجع السابق، ص410 وما بعدها.

<sup>2</sup> - سورة البقرة، الآية 275.

<sup>3</sup> - سورة البقرة، الآية 221.

<sup>4</sup> - فتحي الدريني، المرجع السابق، ص255.

<sup>5</sup> - علي الخفيف، المرجع السابق، ص332-333.

<sup>6</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ج2، ص729-730.



وعليه يكون العقد صحيحا إذا كان مشروعاً بأصله ووصفه، وفسادا إذا كان مشروعاً بأصله دون وصفه، وباطلا إذا كان غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه، وفي هذا الشأن يقول عبد العزيز البخاري: "وأعلم أن الصحة عندنا قد يطلق أيضا على مقابلة الفاسد كما يطلق على مقابلة الباطل فإذا حكمنا على شيء بالصحة فمعناه أنه مشروع بأصله ووصفه جميعا بخلاف الباطل فإنه ليس بمشروع أصلا بخلاف الفاسد فإنه مشروع بأصله دون وصفه"<sup>1</sup>.

واحتج فقهاء الحنفية في ذلك بأن 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 يتبين أن النهي ضد الفسخ، فالفسخ تصرف في المشروع بالدفع ثم ينعدم أداء العبد باعتباره أنه لم يبق مشروعاً، والنهي تصرف في منع المخاطب من أداء ما هو مشروع، فيكون انعدام الاداء منه انتهاء عما نهي عنه، فيبقى المشروع مشروعاً كما كان ويصير الأداء فاسداً، لأنه فيه ترك الانتهاء الواجب بالنهي<sup>2</sup>.

ويحتج كذلك أبو حنيفة وأصحابه أنه إذا كانت الماهية سالمة من المفسدة، وكان النهي في وصف خارج عنها، لوقلنا بسقوط العقد مطلقاً لسوينا 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 ولا تتأتى التفرقة بين هذه الأقسام الثلاثة إلا بفرض رتبة وسطى بين الصحة والبطالان، وهي رتبة الفساد<sup>3</sup>.

هذه أهم وجهات النظر التي قسم من خلالها فقهاء الحنفية العقد غير الصحيح إلى باطل وفساد، فالباطل ما كان غير مشروع بأصله، والفساد ما كان مشروعاً بأصله وغير مشروع بوصفه.

إذا نظرنا تقسيم العقد غير الصحيح عند كل من الأحناف وجمهور الفقهاء، نجد أن رأي الحنفية ينم على فهم دقيق لمقاصد الشارع ويتفق مع المنطق<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البيهقي، ج1، الشركة الصحافية العثمانية، 1308، ص 259.

<sup>2</sup> - أنظر، أحمد بن أبي سهل السرخسي، أصول السرخسي، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1993، ص 85-86.

<sup>3</sup> - القرابي، المرجع السابق، ج2، ص 148-149.

<sup>4</sup> - محمد سعيد جعفرور، نظرات...، المرجع السابق، ص 130.

أما ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في بطلان كل تصرف يتخلف فيه أي شرط وضعه الشارع لصحته، فهو بجانب الدقة في الصناعة الفقهية ويأخذ بظواهر النصوص ويدل كذلك على عدم اقتناعهم هم أنفسهم بفكرة وحدة عدم الصحة، ذلك أنهم في كثير من التصرفات الشرعية يميزون بين البطلان والفساد، كما في العارية والوكالة والشركة والقراض والمكاتبه والخلع. وقد قال السيوطي: "الباطل والفساد عندنا مترادفان إلا في حالة الكتابة، والخلع، والعارية، والوكالة، والشركة، والقراض"<sup>1</sup>.

ولهذا فإن رأي الحنفية ينم عن الدقة وسعة التفكير، فهو الأجدر بالترجيح والأولى بالإتباع لأنه يميز بين البطلان والفساد، فلم يسوي بين الخلل في الأصل والخلل في الوصف لأن الخلل في الأصل أخطر شأنًا من الخلل في الوصف، لذا قالوا إن جزء الأول هو البطلان، أما جزء الثاني، فهو الفساد.

وإذا كان الفقه الحنفي دون غيره من المذاهب الفقهية الأخرى يميز بين العقد الفاسد والعقد الباطل، وبناء على هذا التفريق تتميز أحكام كل منهما عن الآخر.

## الفرع الثاني

### أحكام العقد غير الصحيح

العقد الباطل قسم مشترك بين الحنفية وجمهور الفقهاء من حيث ثبوت حكمه، فهو يعتبر غير منعقد وغير موجود، وبالتالي لا يترتب عليه أي أثر. أما العقد الفاسد يعتبر منعقدًا، وله وجود شرعي ويرتب على هذا الوجود بعض الآثار.

#### أولاً- حكم العقد الباطل

العقد الباطل ليس له وجود شرعي، فهو عدم، والعدم لا أثر له كتصرف المجنون والصبي الذي لا يعقل ونحوهما<sup>2</sup> أو الصبي المميز فيما يضره ضرراً محضاً<sup>3</sup>، كلها باطلة لا أثر لها، وذلك لفوات شرط الركن وهو أهلية

<sup>1</sup> - السيوطي، المرجع السابق، ج2، ص33.

<sup>2</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج6، ص533؛ الزيلعي، المرجع السابق، ج5، ص191؛ الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص5.

<sup>3</sup> - الخرشبي، المرجع السابق، ج5، ص192.

التعاقد، أو بيع الميتة أو الدم وبيع الحر، فهي باطلة لأن البيع ليس بمال، وكذلك من باع خنزيراً أو خمراً من مسلم كان بيعه باطلاً لا أثر له، لأن المبيع ليس بمال متقوم<sup>1</sup>، وهكذا كل عقد لم يتوفر فيه ركنه أو شرائطه.

العقد الباطل وإن كان ليس له وجود شرعي إلا أن له صورة في الخارج، وهو ما يسمى بالوجود الحسي، فإذا ما تباع مجنونان وجدت صورة العقد ووجد العقد حساً<sup>2</sup>.

والمراد بالوجود الحسي فهو ما يدركه الحس من سمع وبصر من كلام المتعاقدين ورؤية الكتابة أو الإشارة مما يتكون منه العقد<sup>3</sup>.

إذن فالعقد الباطل الذي لم يعتبره الشارع موجوداً، وإن وجدت له صورة في الخارج لا يصلح لأن يترتب عليه أثره من آثاره لأنه معدوم شرعاً، والعلة إذا انعدمت لم يكن لها أثر<sup>4</sup>.

وما دام العقد لا وجود له شرعاً ولا ينتج أي أثر فإنه يترتب على ذلك أن أحد العاقدين لا يملك أن يجبر الآخر على تنفيذه، وإذا نفذ العاقد باختياره ولو كان يعلم بالبطلان كان له أن يسترد ما سلمه تنفيذاً للعقد الباطل، وبالتالي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه<sup>5</sup>. وتطبيقاً لذلك لو تسلم المشتري شيئاً بعقد باطل وتصرف فيه لآخر بالبيع مثلاً فإن هذا التصرف الثاني لا يمنع البائع من استرداد هذا الشيء من يد المشتري الثاني لأن المشتري باع ما لا يملك، فالبيع موقوف على إجازة المالك وهو هنا البائع، فإن لم يجزه كان له أن يسترده<sup>6</sup>.

أما المذهب المالكي فيحرمي الغير في العقد الباطل، حيث يجعل الرد يفوت بخروج المبيع عن يد المشتري ببيع صحيح أو عتق أو هبة أو صدقة، ويتعلق حق للغير بالمبيع كرهنه وبإجارته اللازمة. غير أنه إذا فات رد المبيع على هذا النحو وجب على المشتري أن يرد للبائع القيمة إذا كان المبيع قيمياً أو المثل إذا كان المبيع مثلياً<sup>7</sup>.

1 - الزيلعي، المرجع السابق، ج4، ص44-45؛ الكاساني، المرجع السابق، ج7، ص377-378.

2 - علي الخفيف، المرجع السابق، ص330.

3 - أنظر، أحمد إبراهيم بك، العقود والشروط والخيارات، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة، السنة الرابعة، 1934، عدد1، ص648.

4 - عبد الرازق حسن فرج، المرجع السابق، ص25.

5 - محمد حسنين، المرجع السابق، ص21.

6 - عبد الرازق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج4، ص134.

7 - أنظر، الدردير، الشرح الكبير، ج3، دار إحياء الكتب العربية، د س ن، ص74-75؛ عبد الرازق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ج4، ص134.

ولا ترد عليه الإجازة، ذلك أن محل الإجازة يكون في العقد المنعقد الموقوف الذي يمس حقا لغير العاقدين، فلذلك الغير أن يجيزه إن شاء فينفذ عليه أو يرفضه فيبطل، والعقد الباطل ليس قائما متوقفا ليمكن إنفاذه إلى غايته بالإجازة بل هو لغو عديم الاعتبار في نظر الشرع، فكأنه لم يوجد أصلا<sup>1</sup>.

ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان لأنه عقد منعدم، فللعاقدين التمسك بالبطلان، فمثلا البائع لا يجبر على تسليم المبيع ويسترده إذا كان قد سلمه وهذا عن طريق التمسك بالبطلان، وكذا المشتري لا يجبر على دفع الثمن ويسترده إذا كان قد دفعه، وهذا أيضا عن طريق التمسك بالبطلان. وكذلك الشفيع لا يملك الأخذ بالشفعة في بيع باطل إذ يستطيع البائع أن يتمسك ببطلان البيع لمنعه من الأخذ بالشفعة، وفي هذه الصورة نجد أحد العاقدين يتمسك بالبطلان في مواجهة الغير. وللدائن المرتهن أن يتمسك ببطلان البيع الصادر من الراهن للعين المرهونة. وللمستأجر أن يتمسك ببطلان البيع الصادر من المؤجر للعين المؤجرة. وللورثة أن يتمسكوا ببطلان بيع مورثهم وذلك لبقاء العين المباعة في تركته<sup>2</sup>.

ولا يسري عليه حكم التقادم، فمضي مدة التقادم لا يمنع من التمسك ببطلان العقد لأن الباطل معدوم، والعمد لا ينقلب وجودا بطول الأمد، فإذا لم يكن المشتري في البيع الباطل قد قبض المبيع حتى انقضت خمسة عشرة عاما ثم رفع البائع دعوى على المشتري ليلزمه بقبض المبيع وأداء الثمن فإن للمشتري أن يدفع دعوى البائع ببطلان البيع، وكذا لو رفع المشتري الدعوى على البائع طالبا بتسليم المبيع بعد التقادم فإن للبائع أن يدفع دعواه ببطلان البيع<sup>3</sup>.

وإذا كان العقد الباطل لا تترتب عليه آثاره أصلا، فإذا نفذ العاقد باختياره كان له أن يسترد ما سلمه تنفيذا للعقد الباطل.

ولقد اختلف الفقه حول ما إذا كان البيع باطلا وقد قبض المشتري المبيع بإذن البائع على قولين:

1 - عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص305.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج4، ص135.

3 - مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ج2، ص762.

**القول الأول:** اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>1</sup> في القول الراجح، والمالكية<sup>2</sup> والشافعية<sup>3</sup> والحنابلة<sup>4</sup> والظاهرية<sup>5</sup>

على أن المشتري إذا قبض المبيع في العقد الباطل، فإنه يكون في ضمانه، فإذا تلف المبيع أو هلك في يد المشتري فإنه يضمنه بالمثل إن كان مثليا، وبالقيمة إذا كان قيميا، وكذلك يضمن زياداته لحصولها بيده بغير إذن الشرع. لأن المشتري قبض المبيع على سبيل المعاوضة بدفع الثمن، فيكون مضمونا كالمقبوض على سوم الشراء<sup>6</sup>. واستثنى المالكية من ذلك إذا كان المبيع مما لا يجوز تملكه شرعا كالميتة، فضمنه على بائعه وإن قبضه المشتري<sup>7</sup>.

**القول الثاني:** ذهب بعض فقهاء الحنفية<sup>8</sup> إلى أن المبيع المقبوض في البيع الباطل يكون أمانه في يد

المشتري، فإذا هلك في يده من غير تعد أو تقصير منه فلا يضمنه. وبهذا القول أخذت المجلة، حيث جاء في المادة 370: "البيع الباطل لا يفيد الحكم أصلا فإذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع في البيع الباطل كان المبيع أمانة عند المشتري فلو هلك بلا تعد لا يضمنه"<sup>9</sup>.

لأن البيع لما كان باطلا لم يبق سوى مجرد القبض بإذن البائع، وهو لا يوجب الضمان على القابض إلا بتعد أو تقصير، كالوديعة.

ومن خلال ذلك، نرى أن القول الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في أن العقد الباطل يكون مضمونا في يد المشتري لأن المشتري قبضه لنفسه ولتحقيق مصلحته، فلا يكون أدنى من المقبوض على سوم الشراء.

---

<sup>1</sup> - السرخسي، المرجع السابق، ج 13، ص 21؛ ابن عابدين، المرجع السابق، ج 7، ص 246؛ ابن همام، المرجع السابق، ج 5، ص 187؛ الزيلعي، المرجع السابق، ج 4، ص 44.

<sup>2</sup> - أنظر، الدردير، الشرح الصغير، ج 3، دار المعارف، القاهرة، 1986، ص 45؛ الدردير، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج 3، ص 70-71.

<sup>3</sup> - النووي، المرجع السابق، ج 9، ص 454-455.

<sup>4</sup> - بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 6، ص 328.

<sup>5</sup> - ابن حزم، المرجع السابق، ج 8، ص 421.

<sup>6</sup> - المقبوض على سوم الشراء: هو أن المساوم إنما يلزمه الضمان إذا رضي بأخذه بالثمن المسمى على وجه الشراء، فإذا سمى الثمن البائع وتسلم المساوم الثوب على وجه الشراء فيكون راضيا بذلك، كما أنه إذا سمى هو الثمن وسلم البائع يكون راضيا بذلك أيضا، فكأن التسمية صدرت منهما جميعا. ابن عابدين، المرجع السابق، ج 7، ص 119.

<sup>7</sup> - الدسوقي، المرجع السابق، ج 3، ص 71.

<sup>8</sup> - ابن همام، المرجع السابق، ج 5، ص 187؛ الكاساني، المرجع السابق، ج 7، ص 379؛ ابن عابدين، المرجع السابق، ج 7، ص 246.

<sup>9</sup> - علي باشا، المرجع السابق، ص 65.

وإذا تعددت أجزاء العقد ولحق البطلان بعض هذه الأجزاء ولم يلحق البعض الآخر، فهل يقتصر البطلان على الجزء الذي قام به سبب البطلان أم يتصف العقد جميعه بالبطلان؟.

هذه هي فكرة انتقاص العقد لدى الفقهاء المسلمين ويمكن القول بوجود اتجاهات متعددة لهؤلاء الفقهاء في الموقف من تجزئة البطلان نجملها على النحو الآتي:

**الاتجاه الأول:** الحكم ببطلان العقد إذا كان صفقه واحدة ولحق البطلان بعض أجزائه دون البعض الآخر.

وهذا هو رأي أبي حنيفة وزفر<sup>1</sup>، ورأي في كل من المالكية<sup>2</sup> والحنابلة<sup>3</sup> والشافعية<sup>4</sup>، وكذلك أخذ بهذا الاتجاه الظاهرية<sup>5</sup>.

ويتمسك أصحاب هذا الاتجاه بالبطلان الكلي للعقد حتى لا تفرق الصفقة على العاقدين فهما رضي بها كتلة واحدة، والفصل بين أجزائها إلزام بما لم يرضا به ولم يتفقا عليه. واستدل بعض أصحاب هذا الاتجاه في الحكم بالبطلان الكلي إلى قاعدة: "إذا جمع بين الحلال والحرام فالغلبة للحرام"، فلو جمع مثلا بين شاة ذكية وميته بطل البيع فيهما لأن الصفقة متحدة فلا يمكن وصفها بالصحة والفساد فتبطل، واستدلوا كذلك إلى أن تعذر معرفة الثمن الخاص بالجزء الصحيح من الصفقة، فلزم بطلان الصفقة كلها<sup>6</sup>.

**الاتجاه الثاني:** يقضي هذا الاتجاه بتجزئة البطلان، حيث جاء في المذهب للشيرازي أنه: "إذا جمع في البيع بين ما يجوز بيعه، وبين مالا يجوز بيعه كالحر والعبد، وعبده وعبد غيره، ففيه قولان، أحدهما تفرق الصفقة، فيبطل البيع، فيما لا يجوز، ويصح فيما يجوز، لأنه ليس إبطاله فيهما، لبطلانه في أحدهما بأولى من تصحيحه فيهما، لصحته في أحدهما، فبطل حمل أحدهما على الآخر، وبقيت على حكمهما، فصح فيما يجوز وبطل فيما لا يجوز"<sup>7</sup>.

1 - الزيلعي، المرجع السابق، ج4، ص60؛ مجموعة علماء الهند تحت إشراف محمد عالمكير، المرجع السابق، ج3، ص131.

2 - ابن جزري، المرجع السابق، ص409.

3 - بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج6، ص336.

4 - النووي، المرجع السابق، ج9، ص471؛ الشيرازي، المرجع السابق، ج3، ص54-55.

5 - بن حزم، المرجع السابق، ج9، ص16.

6 - النووي، المرجع السابق، ج9، ص471.

7 - الشيرازي، المرجع السابق، ج3، ص45-55.

**الاتجاه الثالث:** جواز العقد في الجزء الصحيح الذي لم يلحقه البطلان بقسطه من الثمن، فإن لم يعلم ما يقابل الجزء الصحيح والجزء الباطل بطل العقد كله، فلو باع فرسا وحمل فرس أخرى بألف مع الاتفاق على أن ثمن الفرس ثمانمائة والحمل بمائتين صح البيع للفرس، وبطل فيما يتعلق بالحمل ولم يلزم المشتري سوى الثمانمائة. ومن الواضح أن الصفقة تتعدد إذا انفصل كل جزء بقسطه، وقد رضي المتعاقدين في كل جزء بما يقابله من العوض فإذا فسد عقد أحدهما لم يمنع فساده صحة ما لم يرد عليه البطلان، وهذا رأي الصاحبين في المذهب الحنفي<sup>1</sup> ورأي عند المالكية<sup>2</sup> و الشافعية<sup>3</sup> و الحنابلة<sup>4</sup>.

### ثانيا- حكم العقد الفاسد

يتميز المذهب الحنفي عن غيره من المذاهب الفقهية بتفريقه بين العقد الباطل والعقد الفاسد، وبناءً على تفريقهم بين العقد الباطل والعقد الفاسد فقد تميزت أحكام كل منهما عن الآخر. فالعقد الفاسد نجده يمر بمرحلتين، ذلك أنه لا ينتج أثراً قبل القبض ولكنه ينتج بعض الآثار بعد القبض.

### أ-العقد الفاسد قبل القبض

العقد الفاسد، الأصل فيه أنه لا ينتج أثراً لأنه عقد غير صحيح ومنهي عنه، وبناءً على ذلك فإن العقد الفاسد لا ينتقل به الملك قبل الإذن بالقبض صراحة أو دلالة<sup>5</sup>، وليس لأحد العاقدين مطالبة الآخر بتنفيذ العقد، فلا يصبح المشتري مالكا للمبيع، ولا يجوز للبائع أن يجبر المشتري على دفع الثمن. كما لا يجوز للمشتري أن يجبر البائع على تسليم المبيع، لأن كلا من البائع والمشتري يملك فسخ العقد، فكان الفسخ قبل القبض بمنزلة الامتناع عن الإيجاب والقبول، فيملكه كل واحد منهما كالفسخ بخيار شرط المتعاقدين<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - الزيلعي، المرجع السابق، ج4، ص60.

<sup>2</sup> - ابن جزري، المرجع السابق، ص409.

<sup>3</sup> - الشيرازي، المرجع السابق، ج3، ص56.

<sup>4</sup> - بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج6، ص336.

<sup>5</sup> - كما إذا قبض المشتري المبيع في مجلس العقد بوجود البائع ولم يمنعه، كان إذن منه بالقبض دلالة. المرغيناني، المرجع السابق، ج5، ص230؛ ابن

الهمام، المرجع السابق، ج5، ص230؛ عبد الغني الغنيمي، المرجع السابق، ج2، ص28.

<sup>6</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج7، ص369.

والعقد الفاسد أيضا لا تلحقه الإجازة، حيث يقول الزيلعي: "الفاسد لا يجوز بالإجازة ولا يرتفع الفساد به"<sup>1</sup>، ولا تثبت به الشفعة ولو بعد القبض وانتقال الملكية إلى المشتري لأن حق البائع لم ينقطع، والشفعة إنما تجب بانقطاع حق البائع، لا بثبوت الحكم للمشتري<sup>2</sup>.

فالعقد الفاسد وإن كان غير صحيح فهو مع ذلك منعقد، وله وجود شرعي لا وجود مادي فحسب، ولكن يجوز لكل من العاقدين أن يتمسك بفسخه. فالفسخ إذن دليل على أن العقد له وجود شرعي، فلولا هذا الوجود لم تكن هناك حاجة إلى الفسخ<sup>3</sup>.

فالعقد الفاسد إذن له وجود شرعي، ولكنه وجود مهدد بالزوال في كل وقت عن طريق الفسخ، لأن فعله معصية فعلى العاقد التوبة منها بفسخه<sup>4</sup>. فيجوز إذن، بل يجب على كل من العاقدين فسخه رفعاً للفساد، ولا يشترط فيه قضاء قاض، وإذا أصرا على إمساكه وعلم به القاضي، فله فسخه جبرا عليهما<sup>5</sup>.

وإذا كان العقد الفاسد يستحق الفسخ دفعا للفساد عنه، فإنه يستحقه لغيره لا لعينه، حتى لو أمكن دفع سبب الفساد بدون فسخ العقد لا يفسخ وينقلب صحيحا كالفساد لجهالة الأجل، فقد ذهب أبو حنيفة والصاحبان - خلافاً لزفر - إلى تصحيحه بتحديد المتعاقدين الأجل الصحيح قبل الافتراق من مجلس العقد، أو تحديده قبل فسخ العقد، فيزول المفسد في الحالتين وينقلب العقد صحيحا. وكذلك يجوز تصحيح العقود الربوية برد الزيادة الربوية لو قائمة لا رد ضمانها. وتصحيح العقود المقترنة بشروط فاسدة بإسقاط هذه الشروط. كذلك بيع ما في تسليمه ضرر يلحق بالبائع إذا سلمه للمشتري، ذلك أن المانع من جواز البيع هو الضرر الذي يلحق بالبائع، قد سلمه باختياره ورضاه<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - الزيلعي، المرجع السابق، ج5، ص182.

<sup>2</sup> - ابن الهمام، المرجع السابق، ج5، ص236.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج4، ص156.

<sup>4</sup> - ابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج6، ص99.

<sup>5</sup> - أنظر، محمد كمال بن مصطفى ابن محمود الطرابلسي، الفتاوى الكاملية في الحوادث الطرابلسية، د د ن، 1895، ص77.

<sup>6</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج7، ص368؛ الزيلعي، المرجع السابق، ج4، ص60؛ ابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج6، ص136؛ إبراهيم علي أحمد الشال الطنجي، المرجع السابق، ص167 وما بعدها.



وهذا الحكم نصت عليه المادة 24 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "إذا زال المانع عاد الممنوع"<sup>1</sup>. أي إذا كان شيء جائز ومشروعاً، ثم امتنع حكم مشروعيته بمانع عارض، فإذا زال ذلك المانع يعود حكم مشروعيته<sup>2</sup>.

أما إذا لم يرتفع الفساد أو كان لا يمكن رفعه بقي العقد الفاسد، ولكل من العاقدين أن يستقل بالفسخ وبدون رضا الآخر، ويكون الفسخ بالقول كأن يقول من يملك الفسخ فسخت أو نقضت أو رددت، أو بالفعل الدال على نية الفسخ، كما إذا البائع المبيع مرة ثانية إلى مشتر آخر<sup>3</sup>.

ويشترط لصحة الفسخ أن يكون بمحضر من صاحبه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، أما عند أبي يوسف فالفسخ جائز حتى في غيبة العاقد الآخر<sup>4</sup>.

### ب-العقد الفاسد بعد القبض

فإذا كان العقد بيعاً مثلاً يجب أن يكون القبض بإذن البائع، فإن قبضه بغير إذنه أصلاً لا يثبت الملك، بأن نهاه عن القبض أو قبضه بغير محضر منه ومن غير إذنه<sup>5</sup>، فحكم هذا العقد في هذه الحالة كحكمه قبل القبض، فلا يترتب عليه أي أثر، وتعتبر يد المشتري حينئذ يد ضمان لتعديه بقبض المبيع من غير إذن مالكة، ولا يستجب عليه البائع بهذا القبض ثمناً، وإذن فعليه أن يسترد ملكه، وعلى المشتري أن يرده إليه، فإن هلك عنده كان مضموناً عليه بقيمته يوم قبضه<sup>6</sup>.

أما إذا قبض المبيع بإذن مالكة<sup>7</sup>. فإنه يفيد الملك في الجملة، ولكنه ملك من نوع خاص، فهو مضمون بالقيمة أو بالمثل لا بالمسمى، بخلاف البيع الصحيح، ويفيد انطلاق التصرف دون الانتفاع بعين المملوك كالبيع والهبة والصدقة والرهن والإجارة ونحو ذلك مما ليس فيه انتفاع بعين المملوك. وأما التصرف الذي فيه انتفاع بعين المملوك كأكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار، فالصحيح أنه لا يجل لأن الثابت بهذا البيع ملك

1 - علي باشا، المرجع السابق، ص 27.

2 - علي حيدر، المرجع السابق، ج 1، ص 39.

3 - الكاساني، المرجع السابق، ج 7، ص 369-370.

4 - الزيلعي، المرجع السابق، ج 4، ص 64.

5 - الكاساني، المرجع السابق، ج 7، ص 377.

6 - علي الخفيف، المرجع السابق، ص 424.

7 - سواء كان الإذن صريحاً كأن يقول له قبضه أو يلمه إليه، أو دلالة كأن يقبضه المشتري في مجلس العقد بحضرة البائع وهو ساكت. ابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج 6، ص 100؛ المرغيناني، المرجع السابق، ج 5، ص 230.

حبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع لأنه واجب الرفع، وفي الانتفاع به تقرر له وفيه تقرير للفساد، ولهذا لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي إلى تقرير الفساد بالتسليم<sup>1</sup>.

وذهب بعض الحنفية إلى أن المشتري بعقد فاسد بعد القبض لا يملك التصرف في العين فحسب بل يملك العين نفسها والتصرف فيها<sup>2</sup>.

ومهما يكن من أمر فإن الملك الذي ينتقل إلى المشتري بالقبض ملك غير لازم، يجب على كل واحد من العاقدين فسخه، ورد ما قبضه ما لم يمنع من ذلك مانع<sup>3</sup>.

ولكن هنا يجب التمييز بين حالتين: إما أن يكون الفساد راجعا إلى البطل، وإما أن يكون راجعا إلى غير البطل.

فإن كان راجعا إلى البطل كالبيع بالخمر أو الخنزير كان لكل من العاقدين حق الفسخ، كما كان لهما قبل القبض، لأن الفساد الراجع إلى البطل فساد في صلب العقد فيؤثر في صلب العقد بسلب اللزوم منه، فيظهر عدم اللزوم في أحدهما جميعا.

أما إذا كان الفساد راجعا إلى غير البطل كالبيع بشرط فاسد أو أجل مجهول، فقد اختلف فقهاء الحنفية لمن يكون حق الزوم.

ففي قول أبي حنيفة وأبي يوسف لكل من العاقدين حق الفسخ لأن العقد مستحق للفسخ حقا للشرع فانتهى اللزوم عن العقد، وإذا كان العقد غير لازم فلكل من العاقدين فسخه.

وعلى قول محمد فإن حق الفسخ لمن شرط المنفعة، ولا يملك العاقد الآخر حق فسخ العقد لأن من له شرط المنفعة قادر على تصحيح العقد، ذلك أنه إذا أسقط شرطه زال سبب الفساد وانقلب العقد صحيحا، فلو فسخه الآخر لأبطل حقه عليه، وهذا غير جائز<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج7، ص376.

<sup>2</sup> - ابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج6، ص100-101.

<sup>3</sup> - يمنع رد المبيع في البيع الفاسد: الزيادة المتصلة غير المتولدة، أو إذا هلك في يد المشتري، وكذلك يمنع رد المبيع وفسخ العقد، إذا تصرف المشتري بعد قبضه تصرفا يستوجب لغيره حقا، كبيعه أو هبة أو تصدق به. الكاساني، المرجع السابق، ج7، ص371 وما بعدها.

<sup>4</sup> - ابن الهمام، المرجع السابق، ج5، ص231؛ الزيلعي، المرجع السابق، ج4، ص64.

وبناء على ما تقدم، يتضح أن البطلان والفساد من الجزاءات المدنية على ما تتركه المخالفة من خلل بنظام التعاقد. ولما كان عقد الزواج كغيره من العقود يتطلب الشرع والقانون توافر أركان وشروط معينة، حتى ينشأ صحيحاً وتترتب عليه جميع آثاره. فمدى تأثير تلك الجزاءات عند الإخلال بهذه الأركان والشروط المطلوبة؟.

## المبحث الثاني

### تأثير تقسيمات العقد على أحكام الجزاءات المدنية

#### الخاصة ببعض مسائل الزواج

عقد الزواج كغيره من العقود يستلزم توافر أركان وشروط معينة، فإذا تم بالصورة والكيفية المطلوبة كان العقد صحيحاً وترتبت عليه جميع آثاره ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء، لكن إذا تم بغير الصورة والكيفية المطلوبة بأن فقد أركانه وشروطه، فذلك هو موضع النظر والتمحيص.

إذ أن جمهور الفقهاء يرون أن العقد إذا لم يتوفر على أركانه أو شروطه كان باطلاً وقد يعبر عنه بالفساد من باب ترادف الألفاظ على المعنى الواحد، فلا فرق بين البطلان والفساد، فكلاهما يعتبر وجوده كعده، والحال ينطبق على جميع العقود بما فيها عقد الزواج.

أما فقهاء الحنفية فعلى الرغم من اتفاقهم على التمييز بين الباطل والفساد في العقود المالية، إلا أنهم لم يتفقوا على الأخذ بالتمييز المشار إليه في عقد الزواج. وسبب الخلاف بينهم، يرجع إلى أن عقد الزواج وسط بين العبادات والمعاملات ففيه شبه من كل منهما أو هو خليط منهما، فمن لم يفرق بينهما غلب جانب العبادة فالحقه بالعبادات التي يتحد فيها الباطل والفساد، ومن فرق بينهما غلب جانب المعاملة فالحقه بالمعاملات التي يختلف فيها الباطل والفساد<sup>1</sup>.

ولقد أخذ بهذه التفرقة المشرع الجزائري وذلك باستعماله مصطلحي الفاسد والباطل في الفصل الثالث من المادة 32 إلى المادة 35 من قانون الأسرة، ولكنه عبر عنهما في المحتوى بما يدل على أنه تأثر بقواعد القانون المدني، دون استعمال البطلان المطلق والبطلان النسبي.

<sup>1</sup> - أنظر، محمد مصطفى شلي، أحكام...، المرجع السابق، ص 337.

ولما كان البطلان والفساد من الجزاءات المدنية، فإننا سنسير على نهج الذين يفرقون بين عقد الزواج الباطل والفساد، فنتناول في المطلب الأول الزواج الباطل وفي المطلب الثاني الزواج الفاسد.

## المطلب الأول

### الزواج الباطل

يعتبر عقد الزواج من أهم وأخطر العقود التي يبرمها الإنسان في حياته، نظراً لما يترتب عليه من آثار تمس المتعاقدين والأسرة معاً، لذلك أوجب الشرع والقانون توافر كافة الأركان والشروط المطلوبة فيه لكي ينشأ صحيحاً وتترتب عليه جميع آثاره. لكن إذا تخلف ركن من أركانه أو شرط من شروطه كان سبباً لعدم الاعتراف بهذا الارتباط بين الزوجين والاستمرار فيه، بل يجب التفريق بينهما في الحال عن طريق البطلان.

وعليه سوف نتناول بطلان عقد الزواج في الشريعة الإسلامية كفرع أول ثم بطلان عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري كفرع ثان.

## الفرع الأول

### الزواج الباطل في الشريعة الإسلامية

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة بطلان العقود بصفة عامة وتأثيرها على أحكام عقد الزواج إلى مذهبين: مذهب جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة، ومذهب فقهاء الحنفية.

#### أولاً-مذهب جمهور الفقهاء

العقد في نظر جمهور الفقهاء ينقسم إلى قسمين: صحيح وباطل؛ فالصحيح هو ما توافرت جميع أركانه وشروطه بشكل يرتب الشارع عليه جميع آثاره وماعدا ذلك فهو عقد باطل وقد يعبر عنه بالفساد من باب ترادف الألفاظ على المعنى الواحد.

فلا فرق بين العقد الباطل والعقد الفاسد عند جمهور الفقهاء فكلاهما عقد غير صحيح يعتبر وجوده كعدمه في نظر الشارع رغم قيامه من الناحية المادية، فلا يترتب عليه أي أثر من الآثار التي رتبها الشارع على

العقد الصحيح وذلك لمخالفة الشارع في ركن من أركانه أو شرط من شروطه، والحال ينطبق على جميع العقود بما فيها عقد الزواج<sup>1</sup>.

الزواج الباطل أو الفاسد عند الجمهور سوى الحنفية بمعنى واحد. فهو عند المالكية ينقسم إلى قسمين:

1- زواج اتفق الفقهاء على فساده: كالزواج بإحدى المحرمات من نسب أو رضاع أو مصاهرة أو الجمع بين الأختين أو زواج المتعة أو الزواج المرأة الخامسة.

2- وزواج اختلف الفقهاء في فساده: وهو ما يكون فاسداً عند المالكية وصحيحاً عند بعض الفقهاء، كزواج المريض والمريضة المخوف عليهما فإنه لا يجوز على المشهور عند مالك.

وللزواج الفاسد أو الباطل أحكام هي<sup>2</sup>:

1- وجوب فسخه في الحال: رفعا للمعصية، فإن تم الفسخ قبل الدخول، فليس للمرأة شيء، سواء أكان العقد متفقاً على فساده أم مختلفاً فيه، طبقاً للقاعدة الكلية القائلة: "كل فسخ قبل الدخول فلا شيء فيه سواء كان متفقاً على فساده أو مختلفاً فيه كان فساده لعقده أو لصداقه أو لهما"، فليس الفسخ قبل الدخول مثل الطلاق قبل الدخول في الزواج الصحيح. فلا شيء من الصداق قبل الدخول، إلا في نكاح الدرهمين وفرقة المتراضعين، ففيه نصف المسمى، وإنما يلزمه نصف المسمى في الأخيرة؛ لأن الزوج يتهم على أنه إنما ادعى الرضاع مع المرأة لأجل أن يفسخ النكاح فيسقط عنه نصف الصداق فعومل بنقيض قصده، أما لو ثبت الرضاع بينة أو إقرارهما فلا يلزمه شيء لعدم اتهامه.

فإن دخل الرجل بالمرأة فالعقد الفاسد بالنسبة لاستحقاق الفسخ ثلاثة أنواع:

- نوع يجب فسخه وإن طال الزمان بعد الدخول: وهو ما يكون فاسداً لعقده، كالزواج بإحدى المحارم من نسب أو رضاع أو مصاهرة، وزواج المتعة، والزواج بأكثر من أربع زوجات، والزواج بغير ولي أو بغير شهود، وزواج المريض فهو لا يجوز في المشهور عند مالك.

<sup>1</sup> - أنظر، توفيق شندارلي، فسخ عقد الزواج، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011-2012، ص44.  
<sup>2</sup> - أنظر، عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، ج2، ط1، المطبعة التونسية، تونس، 1339، ص43 وما بعدها؛ أحمد بن رشد، المرجع السابق، ج2، ص57 وما بعدها؛ أحمد بن مجزي، المرجع السابق، ص349 وما بعدها؛ الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص236 وما بعدها؛ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص161-163.

-ونوع يجب فسخه إن لم يطل الزمان بعد الدخول، ولا يفسخ إن طال الزمن، وهو زواج الصغيرة اليتيمة إذا زوجت مع فقد شرط من شروطها، وزواج الشريفة بالولاية العامة مع وجود الولي الخاص، وزواج السر<sup>1</sup>، لكن الطول في اليتيمة والشريفة يكون بمرور ثلاث سنوات فأكثر أو ولادة ولدين في بطنين، والطول في زواج السر يكون بحسب العرف.

-ونوع لا يجب فسخه بل يبقى: وهو ما كان الفساد لصدقه، بأن كان بشيء مجهول، أو إلى أجل مجهول، أو كان الفساد بسبب اقتران العقد بشرط يناقض المقصود من الزواج، مثل الزواج بشرط أن لا ينفق عليها، أو لا يقسم لها مع زوجته الثانية.

2-وجوب المهر بالدخول لا بمجرد الخلوة: سواء أكان متفقاً على فساد أم مختلفاً فيه، وتستحق المرأة المسمى إن كان مسمى، أو مهر المثل إن لم يسم تسمية صحيحة، أو كان الفساد بسبب شرط يناقض المقصود من الزواج.

3-ثبوت النسب للولد بأبيه إن كان العقد مختلفاً في فساد، وكذا إن كان متفقاً على فساد، إذا لم يكن الرجل عالماً بالتحريم، فإن كان عالماً بالحرمة أعتبر زناً، ووجب الحد، ولا يثبت النسب.

ولا حد في الوطء بناء على عقد أختلف فيه العلماء، ككنكاح الشغار، وكنكاح المحرم بحج أو عمرة، والزواج بدون ولي.

4- ثبوت الإرث بين الرجل والمرأة في حالة الفساد المختلف فيه: فلو مات أحدهما قبل فسخ العقد ورثه الآخر، سواء دخل الرجل بالمرأة أم لم يدخل، إلا زواج المريض مرض الموت، فهو غير جائز عند المالكية خلافاً للجمهور فإنه صحيح؛ لأن سبب فساد هو إدخال وارث في التركة لم يكن موجوداً عند المرض، فلو ثبت به الإرث، لفات الغرض الذي من أجله حكم بفساد العقد.

أما في حالة الفساد المتفق عليه، فلا يثبت حق التوارث بين الرجل والمرأة؛ لأنه زواج غير منعقد أصلاً.

<sup>1</sup> - وهو ما أوصى فيه الزوج الشهود بكتمه عن زوجته أو عن جماعة، أو عن أهل المنزل، إذا لم يكن الكتم خوفاً من ظالم.

5- ثبوت حرمة المصاهرة<sup>1</sup> بالدخول (الوطء) أو مقدماته، إذا كان العقد مختلفاً في فساده. وكذلك تثبت بهما إذا كان العقد متفقاً على فساده، بشرط أن لا يعتبر الوطء زناً موجباً للحد، فإن اعتبر زناً موجباً للحد لا تثبت به حرمة المصاهرة به على المعتمد.

وكذلك مجرد العقد الفاسد المختلف فيه يحرم المرأة على أصول الرجل وفروعه، ويحرم على الرجل أصولها؛ لأن العقد على البنات يحرم الأمهات، ولا يحرم عليه فروعها؛ لأن العقد على الأمهات لا يحرم البنات، فإن دخل بالأم حرمت البنت أيضاً.

أما الشافعية<sup>2</sup>، فالأنكحة الباطلة للنهي عنها كثيرة أهمها:

## 1- زواج الوليين

وهو أن يكون للمرأة وليان وأذنت لكل واحد منهما في تزويجها، فزوجهما كل واحد منهما في وقت واحد، ولم يعرف متى عقدا، أو علم أن أحدهما قبل الآخر ولكن لم يعلم عين السابق منهما، بطل العقدان لأن لا مزية لأحدهما عن الآخر، أما إذا علم السابق وتعين، فالنكاح هو للأول والثاني باطل، لما روى عن سُمرة بن الجندب رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "أيما امرأة زوجها وليان، فهي للأول منهما"<sup>3</sup>. فإن دخل بها أحدهما لزمه مهر مثلها.

## 2- نكاح المسلم كافرة غير كتابية

كوثنية ومجوسية وعابدة الشمس أو قمر، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن﴾<sup>4</sup>. ويحل له نكاح حرائر أهل الكتاب وهم: اليهود، والنصارى ومن دخل في دينهم قبل التبديل، لقوله تعالى: ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - وهو تحريم المرأة على أصول الرجل وفروعه، وتحريم الرجل على أصول المرأة وفروعها.

<sup>2</sup> - أنظر، المزني، مختصر المزني، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998، ص234 وما بعدها؛ الشيرازي، المرجع السابق، ج4، ص133 وما بعدها؛ الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص192 وما بعدها.

<sup>3</sup> - أنظر، البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ط1، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية، الهند، 1353، ص140؛ محمد بن عيسى بن سورة، المرجع السابق، ج3، ص409؛ أبو داود، المرجع السابق، ج2، ص394.

<sup>4</sup> - سورة البقرة، الآية219.

<sup>5</sup> - سورة المائدة، الآية6.

أما من دخل في دين اليهود والنصارى بعد التبديل، لا يجوز للمسلم أن ينكح حرائرهم، لأنهم دخلوا في دين باطل، كمن ارتد.

أما غير اليهود والنصارى من أهل الكتاب، كمن يؤمن بزبور داود عليه السلام، وصحف شيث، فلا يحل للمسلم أن ينكح حرائرهم.

### 3- زواج المسلمة بكافر، وزواج المرتدة

فلا تحل مسلمة لكافر بالإجماع لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ﴾<sup>1</sup>، ولا تحل مرتدة لأحد، لا لمسلم لأنها كافرة لا تقرر على ردتها، ولا لكافر لبقاء تعلق الإسلام بها.

وإن ارتد أحد الزوجين أو كلاهما قبل الدخول بطل النكاح، وإن كان بعد الدخول ينتظر: فإن جمعهما الإسلام في العدة دام النكاح، وإن لم يجمعهما الإسلام في العدة فلا يدوم النكاح.

### 4- المتنقل من دين إلى آخر

لا يحل نكاحه ولا يقبل منها إلا الإسلام.

### 5- نكاح الشغار

وهو أن يزوج الرجل ابنته أو أخته من رجل على أن يزوجه ذلك ابنته أو أخته، ويكون بضع كل واحد منهما صداق للأخرى، لما روى ابن عمر رضي الله عنهما "أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار. والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق"<sup>2</sup>، ولأنه أشرك في البضع بينه وبين غيره فبطل العقد، كما لو زوج ابنته من رجلين.

فإن لم يجعل البضع صداقا بأن سكت عنه كقوله: "زوجتك بنتي على أن تزوجني ابنتك". فقيل: فالأصح في العقدين الصحة لعدم التشريك في البضع وليس فيه إلا شرط عقد في عقد وذلك لا يفسد النكاح، ولكن يفسد المسمى ويجب لكل واحدة مهر المثل.

<sup>1</sup> - سورة البقرة، الآية 219.

<sup>2</sup> - البخاري، المرجع السابق، ج3، ص366.



## 6- نكاح المتعة

وهو أن يقول زوجتك ابنتي يوماً أو شهراً لما روى علي بن أبي طالب رضي الله عنه: " أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وعن أكل لحوم الخمر الإنسانية"<sup>1</sup>. ولأنه عقد يبطله التوقيت، كالبيع.

## 7- نكاح المُحرّم:

يحرم عليه أن يتزوج وأن يزوج غيره بالوكالة والولاية الخاصة، فإن تزوج أو زوج فالنكاح باطل، لما روى عثمان رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: "المحرّم لا ينكح ولا ينكح ولا يخطب"<sup>2</sup>.  
أما الحنابلة<sup>3</sup>، فالزواج الفاسد نوعان، فالنوع الأول يبطل النكاح من أصله، وهو أربعة عقود:

## 1- نكاح الشغار

وهو أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق، فإن سمو مع ذلك صداقاً، فقال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك، ومهر كل واحد منهما مائة، أو مهر ابنتي مائة وابنتك خمسون، أو أقل أو أكثر، صح، وإن سمي مهراً دون الأخرى صح نكاحها فقط.

## 2- نكاح المتعة

وهو أن يتزوجها إلى مدة، مثل أن يقول: زوجتك ابنتي شهراً، أو سنةً، أو إلى انقضاء الموسم، أو قديم الحاج، سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة، فهو باطل.

## 3- نكاح المحلل

وهو أن يتزوجها على أنه إذا أحلها طلقها، أو فلا نكاح بينهما، أو ينويه الزوج، أو يتفقا عليه قبله، فيحرم النكاح، ولا يصح ولا تحل لزوجها الأول.

<sup>1</sup> - أنظر، مالك بن أنس، الموطأ، دار الحديث، القاهرة، 2005، ص381.

<sup>2</sup> - السندي، المرجع السابق، ج2، ص472.

<sup>3</sup> - أنظر، أحمد بن قدامة، الشرح الكبير، ج20، ط1، دار هجر، د ب ن، ص398؛ بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص353 وما بعدها، ج10، ص42 وما بعدها.

#### 4- النكاح المعلق

كزوجتك إن جاء رأس السنة، أو إن رضيت أمها، أو فلان.

ومن الأنكحة الباطلة: نكاح المرأة المتزوجة، أو المعتدة، أو شبهه، فإن علما التحريم، فهما زانيان، وعليهما الحد، ولا يلحق النسب فيه.

وأما الزواج الفاسد المختلف في إباحته كالنكاح بلا ولي أو بلا شهود، فلا يجب به الحد، سواء أعتقد حله أم حرمة؛ لأنه مختلف في إباحته، ولأن الحد يدرأ بالشبهات، والاختلاف فيه أقوى الشبهات.

أما النوع الثاني يصح فيه النكاح دون الشرط، كما إن كان الشرط لا مهر لها أولاً نفقه، أو يقسم لها أكثر من امرأته الأخرى أو أقل، أو إذا شرط أحدهما أو كلاهما عدم الوطاء، أو شرط على المرأة أن تنفق عليه، أو تعطيه شيئاً، فهذه كلها شروط باطلة في نفسها؛ لأنها تنافي مقتضاه، وتتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده، فلا تصح، أما العقد في نفسه فصحيح.

#### ثانياً- مذهب فقهاء الحنفية

يفرق فقهاء الحنفية بين العقد الباطل والعقد الفاسد في المعاملات المالية، ماعدا عقد الزواج فنجد الكثير من عبارات قدامى المؤلفين، وعليه المحققين تفيد أنهم لا يرون فرقا فاصلا بين بطلان الزواج لعدم صلاحية المحل للعقد وفساد الزواج لخلل في أوصافه الملازمة<sup>1</sup>. فصاحب الهداية لم يذكر فرقا بين باطل النكاح وفاسده وهو أحيانا يعبر عن النكاح غير الصحيح بالفاسد وأحيانا بالباطل من غير سبب يجعل الأول مختصاً بتلك التسمية والثاني بالتسمية الثانية<sup>2</sup>، ويعلق عليه ابن الهمام فيقول: "وذكر الفاسد فيما تقدم ولا فرق بينهما في النكاح بخلاف البيع"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971، ص 199-200؛ محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص 148.

<sup>2</sup> - المرغيناني، المرجع السابق، ج 2، ص 382.

<sup>3</sup> - ابن الهمام، المرجع السابق، ج 2، ص 382.

وكذلك يسوي الإمام الأزميري بين البطلان والفساد في باب النكاح حيث يقول: "المراد بالفساد في باب النكاح هو الباطل"<sup>1</sup>. ويقول أيضا صاحب البدائع: "النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة لانعدام محله، أعني: محل حكمه، وهو الملك"<sup>2</sup>. والمعلوم أن انتفاء "محل العقد" خلل في ذاته فيكون العقد باطلا، وقد سماه فاسدا.

واستدلوا على ذلك بأن النكاح بلا شهود والنكاح بالمحارم كلاهما باطل، والأول-كما نعلم- النهي عنه للخلل في الوصف وهو انتفاء شرط الصحة، والثاني لانتفاء المحل وهو خلل في أصل العقد، 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 صلى الله عليه وسلم "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"<sup>3</sup>. ويعلل على ذلك: "...لأنه منفي بقوله عليه السلام لا نكاح إلا بشهود فكان فسحا وإبطالا"<sup>4</sup>. والنفي غير النهي إذ الأول يوجب رفع المشروعية أصلاً ونسخها.

وكذلك نكاح المحارم كما يقول البزدوي<sup>5</sup>: "منفي لعدم محله"<sup>6</sup>. لأن التحريم في قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم﴾<sup>7</sup>. مضاف إلى العين، والحرمة إذا أضيفت إلى العين أخرجتها من محلية الفعل، فوجب حمل التحريم على النفي.

أما قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلاً﴾<sup>8</sup>، فظاهره وإن كان نهيًا لكنه مستعار للنفي مجازًا؛ لأنه كما يقول السرخسي في أصوله: "فقد ثبت بالدليل أن الحرمة الثابتة بالمصاهرة<sup>9</sup>، هي الثابتة بالنسب، على أن تقوم المصاهرة مقام النسب في ذلك، فكان

1 - محمد الأزميري، المرجع السابق، ج1، ص327.

2 - الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص615.

3 - الشوكاني، المرجع السابق، ج6، ص144.

4 - أبو الحسن بن محمد بن حسين البزدوي، المرجع السابق، ج1، ص282.

5 - البزدوي، نفس المرجع، ج1، ص283.

6 - ويعلق الإمام البخاري على ذلك: "وكذلك نكاح المحارم منفي، أي محمول على النفي لعدم محله، لأن النص الوارد فيه يوجب تحريم العين، والحرمة متى أضيفت إلى العين أخرجتها من محلية الفعل، لأن الحل والحرمة لا يجتمعان في محل واحد، فكانت إضافة الحرمة إليهن نهيًا للمحل لا نهيًا". عبد العزيز البخاري، المرجع السابق، ج1، ص283.

7 - سورة النساء، الآية23.

8 - سورة النساء، الآية22.

9 - تحريم منكوحة الأب على الابن ثابت بالمصاهرة، لأن حرمة المصاهرة، هي تحريم أصول وفروع كل من الزوجين على الآخر.

تقديره في قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء...﴾<sup>1</sup>. حرمت عليكم ما نكح آباؤكم، وتصير صورة النهي عبارة عنه مجازاً باعتبار هذا المعنى فكان نفياً لما هو موجب النسخ لا نهي<sup>2</sup>.

إن العقد الباطل لا يترتب عليه أي أثر من آثار العقد الصحيح، بينما يثبت الفقهاء في النكاح بغير شهود بعض الأحكام، من سقوط الحد وثبوت النسب ووجوب العدة والمهر لشبهة العقد؛ وهي وجود صورته في محله لا انعقاد أصل العقد<sup>3</sup>، وصورة العقد هي مجرد الإيجاب والقبول الصادران من عاقدين، فالآثار السابقة تثبت بمجرد الشبهة ولو لم يكن ثمة عقد أصلاً كمن زفت إليه امرأة ضنا أنها عروسه ثم تبين أنها غيره، فيثبت بالدخول الأمور السابقة<sup>4</sup>.

وإن سلم 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 تابعاً للحل. وإذا كان موجب النكاح وأثره الأصلي هو الحل ومقتضى النهي هو الحرمة، فإن الحل والحرمة لا يجتمعان في محل واحد بدهاءة للتضاد، فكان باطلاً، بخلاف البيع فإن موجبته الأصلي هو الملك، أما الحل فهو تابع له، والملك مع صفة الحرمة يجتمعان فيكون العقد مشروعاً في موضع الحرمة كمن اشترى أمة مجوسية أو مرتدة فيثبت الملك مع الحرمة<sup>5</sup>.

وإذا كان النكاح الفاسد على تقدير أن حكمه وموجبه هو الملك، ليس بنكاح حقيقة لانعدام محله، وبعبارة أدق لانعدام محل حكمه، لأن الأصل فيه عدم المشروعية لانعدام محل حكمه، لأن حكمه الملك الضروري، والملك محله منافع البضع، وهذه المنافع ملحقة بأجزاء المرأة كلها من حيث الحرية، والملك ينافي الحرية، إذ المرأة حرة بجميع أجزائها، فلا يثبت الملك فيها، فانعدم محل الملك، ولا وجود للعقد إذا انعدم محله<sup>6</sup>.

1 - سورة النساء، الآية 22.

2 - السرخسي، المرجع السابق، ج 1، ص 90.

3 - أنظر، سعد الدين التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج 1، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، مصر، 1957، ص 221.

4 - محمد أبو زهرة، الملكية...، المرجع السابق، ص 419.

5 - أنظر، عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري، التوضيح في حل غوامض التنقيح، ج 1، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، مصر، 1957، ص 221.

6 - الكاساني، المرجع السابق، ج 3، ص 615.

غير أنه شرع ضرورة لبقاء النسل، إذا لو لم يشرع لاجتماع الذكور والاناث على وجه السفاح بداعية الشهوة، وفيه مالا يخفى من الفساد، فشرع النكاح سبباً للملك ليظهر أثره في حل الاستمتاع<sup>1</sup>.

أما النكاح غير الصحيح فيبقى على أصله عدم المشروعية 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>2</sup>.

وعليه فالنكاح الفاسد قبل الدخول باطل لا يترتب عليه أي أثر، أما إذا اقترن بواقعة الدخول، فتترتب عليه بعض الآثار للضرورة أيضاً.

والواقع أن الحنفية لا يقولون بترتب بعض أحكام النكاح على مجرد واقعة الدخول، بل مضافاً إليها شبهة العقد الفاسد.

غير أن بعض فقهاء الحنفية يفرقون بين الزواج الباطل والفساد<sup>3</sup>، وإن كانوا لم يضعوا ضابطاً واضحاً صريحاً للفرقة بينهما، ويؤيد هذه التفرقة الكثير من الفقهاء المحدثين<sup>4</sup>، وذلك كسائر العقود المالية.

فالمتبع لصور الزواج غير الصحيح يجدها في واقعها تنوع إلى نوعين: نوع لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج حتى ولو دخل الرجل بالمرأة وهو الزواج الباطل، ونوع يترتب عليه بعض الآثار إذا تبعه دخول وهو الزواج الفاسد.

وكل منهما وإن لحقه خلل إلا أنه يمكن التمييز بينهما بأن ما أصابه الخلل في أمر أساسي أو فقد شرطاً من شروط الانعقاد يكون باطلاً؛ لأن هذا الخلل يعد مع العقد حقيقة أو حكماً مع وجود صورته، وما أصابه الخلل في شرط من شروط صحته يكون فاسداً؛ لأن العقد مع هذا الخلل موجود حقيقة وحكماً ولكنه غير صالح لترتب الآثار عليه في ذاته فإن أعقبه دخول ترتبت عليه بعض الآثار<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - عبد العزيز البخاري، المرجع السابق، ج1، ص283.

<sup>2</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص615.

<sup>3</sup> - ابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج4، ص156؛ ابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص274.

<sup>4</sup> - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص67؛ عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص39؛ بدران أبو العينين بدران، أحكام...، المرجع السابق، ص138؛ فتحي الدريني، المرجع السابق، ص319.

<sup>5</sup> - محمد مصطفى شلي، أحكام...، المرجع السابق، على هامش ص337.

وبناء على ذلك فالزواج الباطل عندهم الذي حصل خلل في ركنه أو شرطاً من شروط انعقاده<sup>1</sup>. وبعبارة أخرى هو الذي لم يشرع بأصله ولا بوصفه، كزواج عدم الأهلية إذا باشر العقد بنفسه، والزواج بصيغة تدل على المستقبل، وتزوج الرجل بمن هي محرمة عليه تحريماً لا يشتهبه الأمر فيه على الناس وهو يعلم ذلك التحريم، كالعقد على إحدى محارمه أو زوجة الغير، وزواج المسلمة بغير المسلم، وزواج المسلم بغير الكتابية كالمجوسية والوثنية<sup>2</sup>، ونحوها.

والزواج الباطل هو زواج معدوم<sup>3</sup>، لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح، فحكمه<sup>4</sup>:

- لا يحل به الدخول، بل الدخول فيه معصية يوجب الحد، إذا كان الفاعل عالماً بالحرمية، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله تعالى<sup>5</sup>.

- لا يثبت فيه مهر، ولا نفقة، ولا طاعة.

- لا تجب به العدة.

- لا يثبت به نسب، ولا توارث، ولا مصاهرة إلا عند من يشتهها بالزنا.

- لا يقع فيه طلاق.

وإذا دخل الرجل بالمرأة بناء على هذا العقد كانت المخالطة بينهما حراماً، ويجب عليهما الافتراق. فإذا لم يفترقا فرق القاضي بينهما، وعلى كل من يعلم بذلك أن يرفع الأمر إلى القاضي<sup>6</sup>، لأن البطلان مفروض شرعاً في سبيل النظام العام وليس لمصلحة الزوجين.

<sup>1</sup> - أنظر، رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص337؛ حسن حسانين، أحكام الأسرة الإسلامية، ط1، دار الآفاق العربية، القاهرة، 2001، ص130؛ أسامة ديب، الإكراه في عقد النكاح، ط1، دار الثقافة، عمان، 2011، ص89؛ أكرم ياغي، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية والمسيحية، ط2، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2007، ص127؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج9، ص6605.

<sup>2</sup> - وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ج9، ص6605.

<sup>3</sup> - ابن عابدين، المرجع السابق، ج9، ص374.

<sup>4</sup> - محمد مصطفى شلبي، أحكام...، المرجع السابق، ص337-338؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج9، ص6605؛ رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص337؛ فتحي الدريني، المرجع السابق، ص311.

<sup>5</sup> - السرخسي، المرجع السابق، ج9، ص85؛ ابن الهمام، المرجع السابق، ج4، ص147.

<sup>6</sup> - محمد مصطفى شلبي، أحكام...، المرجع السابق، ص338.

وبالتالي على القاضي أن يفرق بينهما، لأن هذا الدخول زنى وهو معصية يجب رفعها والفقهاء لم يختلفوا في كونه زنا ولكن اختلافهم في وجوب الحد فيه. فالإمام أبو حنيفة يرى أن الوطء في هذا العقد لا يوجب الحد على الواطئ، ومع ذلك لم يعفنه من العقوبة، بل قال إنه يعزر أشد أنواع التعزير، ويرى الصحبان أبو يوسف ومحمد، أن الوطء في الزواج الباطل يوجب لحد الزنا، متى كان الفاعل عالما بالتحريم<sup>1</sup>.

أما المشرع الجزائري فقد تبني رأي متأخرو الحنفية في التفرقة بين بطلان الزواج وفساده حيث عنون الفصل الثالث بمصطلح "النكاح الفاسد والباطل".

## الفرع الثاني

### الزواج الباطل في قانون الأسرة الجزائري

تأثر المشرع الجزائري بأحكام الفقه الإسلامي باستعماله مصطلحي الباطل والفاسد<sup>2</sup> حيث عنون الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول بالنكاح الفاسد والباطل، وهو بذلك قد تبني الرأي الذي يفرق بين الفساد والبطلان. وتطبيقا لذلك قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1984/10/08 على أنه: "من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوافر على أركانه المقررة شرعا يكون باطلا..."<sup>3</sup>. كما قضى أيضا في قراره الصادر بتاريخ 1984/06/25 على أنه: "...ومن المقرر أيضا أنه لا يحكم بفسخ عقد النكاح إلا إذا كان هذا النكاح فاسدا شرعا..."<sup>4</sup>.

لقد تجنب المشرع الجزائري وضع تعريف للزواج الباطل، واكتفى بذكر الحالات التي يكون فيها العقد باطلا<sup>5</sup> وهو ما تناولته المادتين 32<sup>6</sup> و 33<sup>7</sup> من قانون الأسرة. وعليه فإن أسباب بطلان عقد الزواج في قانون الأسرة هي كما يلي:

---

1 - السرخسي، المرجع السابق، ج9، ص85-86؛ ابن الهمام، المرجع السابق، ج4، ص147.  
2 - أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص288؛ بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص373.  
3 - أنظر، المجلس الأعلى، غ أش، 1984/10/08، ملف رقم34137، م ق، 1989، عدد4، ص79.  
4 - أنظر، المجلس الأعلى، غ أش، 1984/06/25، ملف رقم33715، م ق، 1989، عدد4، ص99.  
5 - أنظر، عبد الفتاح تقيية، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون رقم11/84، م ج، 2003، عدد2، ص95.  
6 - تنص المادة32على أنه: "بيطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".  
7 - تنص المادة 33 فقرة الأولى على أنه: "بيطل الزواج إذا اختل ركن الرضا".

- فقدان عقد الزواج لركنه الأساسي والمتعلق برضى الزوجين: وهو ما نص عليه المشرع في المواد 4 و9 و33 من قانون الأسرة<sup>1</sup>. وتأكيدا على ذلك 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>.

كما لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1993/03/20 بهذا الخصوص بما يلي: "من المقرر شرعا قانونا 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 مراعات 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 وخصوا للمطعون ضدتهما بالزواج، مما يتعين رفض الطعن لعدم تأسيسه"<sup>3</sup>.

- الزواج بإحدى المحرمات لوجود موانع شرعية بين الزوجين سواء كانت منها مؤبدة أو مؤقتة: وهو ما نص عليه المشرع في المادة 34 من قانون الأسرة<sup>4</sup>. وتأكيدا لذلك اعتبرت المحكمة العليا أن البناء بالزوجة وهي حامل يبطل عقد الزواج، وهو ما أشارت في قرارها الصادر بتاريخ 2006/10/11 حيث قضت بموجبه بأنه: "البناء بالزوجة وهي حامل من غير زواج شرعي، يبطل عقد الزواج، ويحمل الزوجة مسؤولية الطلاق"<sup>5</sup>.

كما أن الزواج في العدة باطل وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/05/19 بما يلي: "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

<sup>1</sup> - الأجدد بالمشرع الجزائري أن يعبر "بالإيجاب والقبول" بدل من استخدامه عبارة "الرضا"، لأن الإيجاب والقبول ركنا في عقد الزواج وتختلفهما يعرض العقد للبطان. أما تختلف عنصر الرضا، فمعناه الإكراه (ولاية الإكراه) على الزواج، وهي مسألة خلافية بين الفقهاء. أنظر، محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2008-2009، ص338.

<sup>2</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 2001/02/21، ملف رقم 255711، م ق، 2002، عدد2، ص424.

<sup>3</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 1993/03/30، ملف رقم 90468، م ق، 1994، عدد3، ص66.

<sup>4</sup> - تنص المادة 34 من قانون الأسرة، على أن الزواج بالمحارم يفسخ، ولكن الأصح هو استعمال لفظ يبطل، كما ورد ذلك في النص الفرنسي (est déclaré nul). لأن الزواج بإحدى المحارم يعد من الموانع، وهو عقد باطل لخلوه من المحل وهو شرط انعقاد. أنظر، فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص163-164.

<sup>5</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 2006/10/11، ملف رقم 371562، م م ع، 2007، عدد2، ص457.



أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وأن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعنة بنت للزوج الثاني اعتماداً على قاعدة الولد للفراس، مع أن الزواج الثاني باطل شرعاً فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية". ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة<sup>1</sup>.

-زواج المسلمة بغير المسلم: وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 30 من قانون الأسرة<sup>2</sup>. وهذا يعني أن أي عقد زواج أبرم بين أمة امرأة جزائرية مسلمة وأي رجل غير مسلم، يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً، ولا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح. وإذا وقع إبرام عقد زواج المسلمة بغير المسلم أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية أو أمام غيرهما ممن هو مؤهل قانوناً لإبرام وتحرير عقود الزواج وتم تسجيله في سجلات الحالة المدنية، فإنه مع ذلك يبقى عقداً باطلاً ولا يمكن أن يحتج به لا من الزوجين ولا من غيرهما. وإذا حرر في بلد أجنبي وسجل في سجلات أجنبية، فإن مصيره كذلك البطلان، ولا يجوز الاحتجاج به أمام القضاء الجزائري لإثبات الحقوق الزوجية، وذلك تماشياً مع ما ورد النص عليه في المادة 97 من قانون الحالة المدنية التي جاء فيها "إن الزواج الذي ينعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبي يعتبر صحيحاً إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة أن لا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج"، وكذلك المادة 24 من القانون المدني التي تنص على أنه "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر...". ومنع زواج المسلمة بغير المسلم يعتبر في التشريع الجزائري من النظام العام، بحيث لا يجوز تجاوزه ولا الاتفاق على مخالفته<sup>3</sup>.

وينصرف البطلان أيضاً في حالة زواج المسلم مع امرأة لا تدين مطلقاً بدين سماوي ولا تؤمن برسول ولا كتاب إلهي، بأن تكون مشركة من الوثنيات اللاتي يعبدون الأصنام، أو المجوسيات اللاتي يعبدون النار، أو الملحدات اللاتي لا تؤمن بدين مطلقاً، أو غيرهم من معتنقات المذاهب الوجودية. وعلى خلاف ذلك يجوز للمسلم أن يتزوج امرأة كتابية التي تؤمن برسول وتقر بكتاب سماوي، سواء كانت يهودية أم نصرانية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ أش، 1998/05/19، ملف رقم 193825 إق، 2001، عدد خاص، ص 73.

<sup>2</sup> - كان يجدر بالمشرع الجزائري عند تعديله لقانون الأسرة سنة 2005 أن لا يقحم حالة زواج المسلمة بغير المسلم ضمن النساء المحرمات مؤقتاً، مثل زواج المعتدة والمطلقة ثلاثاً والجمع بين الأختين، ذلك لأن زواج كل منهن يختلف عن زواج المسلمة بغير المسلم. أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط4، دار هوم، الجزائر، 2013، ص 56.

<sup>3</sup> - عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص 34-35.

<sup>4</sup> - محمد الكشور، المرجع السابق، ص 265-266.

وكذلك يكون الزواج باطلا إذا كان أحد الزوجين مرتداً طبقاً للمادتين 32 و138 من قانون الأسرة<sup>1</sup>.

- فقدان عقد الزواج لأكثر من شرط واحد من الشروط التي اعتبرها القانون شروط الصحة<sup>2</sup> كما يفهم من

نص المادة 33 فقرة (2)<sup>3</sup>.

فالاتجاه القضائي مستقر على أنه إذا اختلى ركنان من أركان الزواج غير الرضى يبطل الزواج، وهذا ما أشار إليه المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1989/01/02 حيث قضى بأنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن للنكاح أربعة أركان وهي: صداق- صيغة (رضا الزوجين) وشاهدين، بالإضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية، ومن المقرر أيضا أنه إذا اختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانتهاك الشريعة الإسلامية والخطأ في تطبيق القانون غير وجيه ويستوجب رفضه. لما كان من الثابت- في قضية الحال- أن الشاهد الأول صرح أنه لا يوجد ولي ولا صداق، وأن الشاهد الثاني صرح أنه استدعي لحفلة عشاء ولا يعرف شيئا عن الزوج والزوجة، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس لانعدام ركنين من أركان الزواج هما الولي والصداق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا قواعد الشريعة الإسلامية ثم القانون تطبيقا سليما. ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"<sup>4</sup>.

- اشتغال عقد الزواج على شرط ينافي أصله كأن يكون شرط التوقيت بمدة زمنية، وذلك طبقا للمادة 32

من قانون الأسرة<sup>5</sup>.

1 - بلحاج العربي، أحكام...، المرجع السابق، ص 377؛ بلحاج العربي، الوجيز...، المرجع السابق، ج 1، ص 291.

2 - نص المشرع الجزائري على شروط الصحة من خلال المادة 9 مكرر والتي مفادها: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الآتية: أهلية الزوج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج".

3 - أنظر، سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، منشورات دار طليطلة، الجزائر، 2010، ص 86.

4 - أنظر، المجلس الأعلى، غ أش، 1989/1/2، ملف رقم 51107، م ق، 1992، عدد 3، ص 53.

5 - باستقراء المادة 32 من قانون الأسرة والتي تنص: "يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط ينافي ومقتضيات العقد"، والمادة 35 من نفس القانون والتي تنص: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً"، نلاحظ أن هناك تعارض أو عدم الانسجام، فإنه لنفس الواقعة (الشرط الذي ينافي العقد)، يترتب القانون حكمتين مختلفتين 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، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 99.

-اتحاد الجنس(الزواج بين رجلين وامرأتين)<sup>1</sup>، لأن مسألة الفارق في الجنس في القانون الجزائري مسألة جوهرية لا تبني الرابطة الزوجية إلا على أساسها، وبالتالي فالمشرع الجزائري لا يعترف إلا بين شخصين من جنس مختلف؛ أي بين رجل وامرأة. وعلى ذلك أعتبر عقد الزواج بين شخصين من نفس الجنس باطلا ولا أثر له طبقاً للمادة 32 من قانون الأسرة<sup>2</sup>.

-مخالفة سن الزواج: لقد أثار نص المادة السابعة من قانون الأسرة الخلاف بين الشراح على الجزاء المترتب علة مخالفته، حيث لم يجمع الفقه الجزائري على حل موحد لهذه المسألة.

إذ يري الرأي الأول أن واضعي قانون الأسرة لم يعطوا لتحديد سن الزواج الوارد في المادة السابعة القيمة القانونية، وبالتالي فالمشرع الجزائري لم يقرر أي جزاء عند مخالفة الحد الأدنى لسن الزواج، فلا يترتب على ذلك إبطال أو فسخ عقد الزواج<sup>3</sup>.

في حين يري الرأي الثاني أن المشرع قد أعطى لذلك التحديد القيمة القانونية اللازمة بمقتضى قانون 29 جوان 1963<sup>4</sup>، ويعني بذلك أن المشرع حين عالج مسألة أهلية الزواج وحددها لكل من المرأة والرجل بتسعة عشرة سنة، فيكون بذلك قد عالج النقطة نفسها التي سبق وأن عالجتها المادة الأولى من قانون 1963. وبهذا يمكن القول أن المادة الأولى قد ألغيت ضمناً لما اشتملت عليه المادة السابعة<sup>5</sup> دون المواد التالية لها التي اشتملت على أحكام تتعلق بتنظيم قواعد لم يتعرض لها قانون الأسرة ضمن مواد<sup>6</sup>.

وتطبيقاً لهذا الاتجاه يري الأستاذ بلحاج العربي أن "الزواج قبل اكتمال الأهلية باطلاً بطلاناً مطلقاً، ويكمن الطعن فيه قبل الدخول من طرف أحد الزوجين، أو النيابة العامة، أو أي شخص له مصلحة(م)1/3من

<sup>1</sup> - Cf. Ghaouti BENMELHA, Le droit algérien de la famille, O.P.U., Alger, 1993, p115.

<sup>2</sup> - أنظر، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص9-10.

<sup>3</sup> - أنظر، الغوي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص31.

- Cf. Ghaouti BENMELHA, Le droit..., op.cit., p.52.

<sup>4</sup> - أنظر، قانون رقم63-244، المؤرخ في 29 جوان 1963، المتضمن تحديد سن الزواج.

<sup>5</sup> - أنظر، عيسى حداد، عقد الزواج، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006، ص95.

<sup>6</sup> - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص28.

قانون 29 جوان 1963). أما بعد الدخول، فيصبح البطلان بطلائاً نسبياً، ويمكن الطعن فيه من طرف الزوجين فقط (م2/3 من قانون رقم 63/244 المؤرخ في 29 جوان 1963)<sup>1</sup>.

وإن كان تطبيق قانون 1963 في حالة النقص التشريعي، أفضل الحلول إذا كان الأمر يتعلق بالجزاء المترتب علة مخالفة سن الزواج، لكن الرأي القائل بتطبيقه " رغم ما فيه من وجهة، إلا أنه عرضة للنقد، فهو يتجافى مع طبيعة قواعد التشريع من حيث الإلغاء؛ لأن القواعد العامة تقضي بأنه بمجرد إصدار قانون جديد بنظم موضوعاً سبق أن نظمه قانون قديم، فإن هذا التشريع الأخير يلغي ضمناً إلغاء كلياً حتى ولو لم يتعارض في بعض أحكامه مع القانون الجديد، وذلك راجع إلى أن إعادة تنظيم نفس الموضوع من قبل المشرع يفيد انصراف نيته على العدول عن التشريع القديم بأكمله طبقاً للفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون المدني"<sup>2</sup>.

أما الرأي الأول فهو لا يوفر سنداً ثابتاً لخصائص القاعدة القانونية، ومن ثم فهو لا يستقيم مع القاعدة التي تميز القواعد القانونية عن بعض القواعد الأخرى وهي قاعدة "الإلزام"؛ أي أن إتباعها مفروض على الأشخاص ولو بالقوة وذلك بإيقاع الجزاء على من يخالفها<sup>3</sup>.

وخلاصة القول أن القانون الجزائري لم يرد فيه نص خاص بشأن الجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج، ومع ذلك فإن هذا لا ينفي القضاء بإبطاله وفقاً للقواعد العامة المقررة فيه والتي تضمنتها المواد 9 و32 و33 من قانون الأسرة، إذ أنه لا يمكن تصور الأهلية الكاملة للزواج دون انتفاء السن المقررة في المادة السابعة من ذات القانون، كما لا يمكن تصور صحة الرضا في غياب هذه السن<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، أحكام...، المرجع السابق، ص159؛ بلحاج العربي، الوجيز...، المرجع السابق، ج1، ص118.

<sup>2</sup> - تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص59-60.

<sup>3</sup> - أنظر، تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء، م ج، 1999، عدد4، ص85؛ تشوار جيلالي، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، م ج، 2000، عدد1، ص33.

<sup>4</sup> - تشوار جيلالي، سن...، نفس المرجع، ص89؛ تشوار جيلالي، حماية...، نفس المرجع، ص36.

وعلى الرغم من أن قانون الأسرة لم يذكر أي أثر من الآثار التي ترتب على عقد الزواج الباطل<sup>1</sup>، فإن من البديهي أن عقد الزواج الباطل عقد منعدم الوجود وبالتالي لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح<sup>2</sup>، فهو كما يقول الأستاذ فضيل سعد، لا يترتب إلا أحكاماً عرضية بوصفه واقعة مادية تستوجب التنظيم في نظر الإسلام والشريعة الإسلامية، بخلاف العقد الفاسد أو النكاح الفاسد الذي يقوم غير مستوفي لشروط النكاح الشرعي<sup>3</sup>.

وعليه فإن الأحكام المترتبة على الزواج الباطل هي:

- لا توارث بين الزوجين، طبقاً لنص المادة 131 من قانون الأسرة والتي تقول: "إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين".

- ثبوت النسب رعاية لحق الطفل، طبقاً لنص المادة 34 والمادة 40 من قانون الأسرة<sup>4</sup>، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/10/28 على ما يلي: "من المقرر شرعاً أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقاً لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتلاً له. ولما كان ثابتاً أن قضاة المجلس لما قضاوا 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 طبقاً للشريعة الإسلامية"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - تسميته بالعقد الباطل فيها شيء من التجاوز إذ أن كل صلة تمت بين رجل وامرأة لا تحل له شرعاً لا تعتبر عقداً، بحيث تستطيع المرأة أن تعقد على شخص آخر وتزوج زوجاً شرعياً لأنها لم تربط بأي رباط زوجي في العقد الباطل، وتعتبر الصلة بين الرجل والمرأة في العقد الباطل صلة مشروعاً، ولا يعترف الشارع والقانون على أي أثر من نشأ عن هذه الصلة غي المشروع. أنظر، عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط5، المطبعة الجديدة، دمشق، 1978-1979، ص252.

<sup>2</sup> - أنظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هوم، الجزائر، 1996، ص188-189.

<sup>3</sup> - فضيل سعد، المرجع السابق، ج1، ص165.

<sup>4</sup> - تنص 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 طبقاً للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون"، فهذه المادة أثبتت النسب بالزواج الباطل والفاسد مهما كانت نية الزوج. أنظر، تشوار جيلالي، النفاذ التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغربية في مسألة النسب، م ج، 2002، عدد1، ص152.

<sup>5</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 1997/10/28، م ق، 1997، عدد1، ص42.

-لا يترتب صداق للزوجة<sup>1</sup>.

-لا ينشأ للزوج حق على زوجته ولا للزوجة على زوجها<sup>2</sup>.

- إذا فسخ الزواج الباطل بعد الدخول، وجب على المرأة الاستبراء بثلاث حيضات ، أما قبل الدخول فلا يجب عليها الاستبراء لأنه شرع لبراءة الرحم من الحمل، طبقاً للمادة 33 والمادة 58 من قانون الأسرة.

وبطلان عقد الزواج يعتبر من النظام العام فلا يمكن إصلاحه ولا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج وإن حصل فيه دخول، فهو منعدم شرعاً وقانوناً<sup>3</sup>، ومن ثم جاز للمحكمة حق إثارته تلقائياً بمجرد تأكيدها من توافر أحد الأسباب المؤدية للبطلان، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1966/12/07:

« ...attendu qu'en état de ces constatations, les juges du fond ont, conformément aux prescriptions impératives de la loi, prononcé d'office la nullité du mariage... »<sup>4</sup>.

كما يمكن الحكم ببطلان عقد الزواج سواء بطلب من ممثل النيابة العامة أو ممن له مصلحة أو من أحد الزوجين ، وهذا ما قضت به 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>5</sup>.

الواضح مما سبق أن المشرع قد تأثر بأحكام الفقه الإسلامي باستعماله مصطلح "النكاح الباطل" لكنه عبر بما يدل أنه تأثر بقواعد القانون المدني، دون استعمال البطلان المطلق.

وبناء على ما تقدم يتضح لنا أن الزواج الباطل أو الفاسد عند جمهور الفقهاء هو ما فقد أركانه أو شروطه سواء كانت شروط انعقاد أم شروط صحة، فلا يترتب عليه أي أثر وذلك كسائر العقود الباطلة.

أما فقهاء الحنفية وخصوصاً المتأخرون منهم فالزواج الباطل عندهم هو ما فقد أركانه أو شروط انعقاده، أما إذا استوفى أركانه وشروط انعقاده ولكنه فقد شرطاً من شروط صحته يكون الزواج فاسداً.

<sup>1</sup> - أنظر، المادة 33 من قانون الأسرة.

<sup>2</sup> - فضيل سعد، المرجع السابق، ج1، ص 166؛ بلحاج العربي، أحكام...، المرجع السابق، ص379؛ بلحاج العربي، الوجيز...، المرجع السابق، ج1، ص293.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، أحكام...، نفس المرجع، ص380؛ بلحاج العربي، الوجيز...، نفس المرجع، ج1، ص294.

<sup>4</sup> - Cf. Cour Suprême, C.D.P, 07/ 12/ 1966, R.A.S.J.E.P,1968, n°1, p139.

<sup>5</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 2001/02/21، ملف رقم 255711، م ق، 2002، عدد2، ص424.

## المطلب الثاني

### الزواج الفاسد

عقد الزواج كغيره من العقود الأخرى، يتطلب الشرع والقانون عند تكوينه توافر أركان وشروط معينة، حتى ينشأ صحيحاً وتترتب عليه جميع آثاره.

لكن إذا تخلف ركن من أركانه أو شرط من شروط انعقاده كان الزواج باطلاً لا يترتب عليه أي أثر سواء قبل الدخول وبعده، أما إذا توافرت أركانه وشروط انعقاده ولكنه فقد شرطاً من شروط صحته فهنا يكون الزواج فاسداً، فلا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول فيستوي في ذلك مع الباطل، أما بعد الدخول فتترتب عليه بعض الآثار كما سنرى.

وعليه سوف نتناول الزواج الفاسد عند جمهور الفقهاء في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فنخصصه لزواج الفاسد في قانون الأسرة الجزائري.

### الفرع الأول

#### الزواج الفاسد في الشريعة الإسلامية

ذهب بعض فقهاء الحنفية إلى التفرقة بين الزواج الباطل والزواج الفاسد<sup>1</sup>، وإن كانوا لم يضعوا ضابطاً واضحاً صريحاً للتفرقة بينهما، ويؤيد هذه التفرقة الكثير من الفقهاء المحدثين<sup>2</sup>، وذلك كسائر العقود المالية.

ذلك أن المتتبع لصور الزواج غير الصحيح يجدها في الواقع تتنوع إلى نوعين: نوع لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج حتى ولو دخل الرجل بامرأة فيه، ونوع يترتب عليه بعض الآثار إذا تبعه دخول.

وإذا كان الأمر كذلك فمن المستحسن التمييز بينهما في الاسم، فنسمي الذي لا يترتب عليه أي أثر بالباطل، والذي يترتب عليه بعض الآثار بالفاسد. وكل منهما وإن لحقه خلل إلا أنه يمكن التمييز بينهما بأن ما أصابه الخلل في أمر أساسي أو فقد شرطاً من شروط الانعقاد فيكون الجزاء هو بطلان عقد الزواج؛ لأن هذا الخلل

<sup>1</sup> - ابن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج4، ص156؛ ابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص274.

<sup>2</sup> - فتحي الدريني، المرجع السابق، ص319؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص67؛ بدران أبو العينين بدران، تاريخ...، المرجع السابق، ص485؛ بدران أبو العينين بدران، أحكام... المرجع السابق، ص138؛ عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص39.

ينعدم معه العقد حقيقة أو حكماً مع وجود صورته. وما ما أصابه الخلل في شرط من شروط صحته فيكون الجزاء هو فساد عقد الزواج؛ لأن العقد مع هذا الخلل موجود حقيقةً وحكماً لكنه غير صالح لترتيب الآثار عليه في ذاته فإذا أعقبه دخول ترتبت عليه بعض الآثار لا جميعها<sup>1</sup>، فهو كسائر العقود، والدخول فيه كالقبض في العقود الأخرى<sup>2</sup>.

وبناء على ذلك فالزواج الفاسد عندهم هو الذي فقد شرطاً من شروط الصحة بعد استنفائه لأركانه وشروط انعقاده<sup>3</sup>، وبعبارة أخرى هو الذي شرع بأصله دون وصفه، وأنواعه<sup>4</sup>: الزواج بغير شهود، والزواج المؤقت، وجمع خمس في عقد، والجمع بين المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها، وزواج امرأة الغير بلا علم بأنها متزوجة، ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل: فاسد عند أبي حنيفة، وباطل عند الصاحبين، وهو الراجح.

وليس للزواج الفاسد حكم قبل الدخول<sup>5</sup>، فلا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح، فلا يحل فيه دخول بالمرأة، ولا يجب فيه مهر، ولا نفقة، ولا تجب فيه العدة، ولا يثبت به حرمة المصاهرة، ولا يثبت به نسب، ولا توارث لو مات أحدهما<sup>6</sup>.

ويجب على الزوجين أن يفترقا بأنفسهما، وإلا رفع الأمر إلى القاضي ليحكم بالتفريق بينهما، وهذا من المواضع التي ترفع فيها دعوى الحسبة، لأنها من باب إزالة المنكر<sup>7</sup>.

وإذا حصل دخول بالمرأة، كان الدخول معصية، ووجب التفريق بينهما، ولكن لا يقام عليهما الحد، لوجود شبهة العقد، والحدود تدرأ بالشبهات<sup>8</sup>.

1 - محمد مصطفى شلبي، أحكام...، المرجع السابق، ص337.

2 - فتحي الدريني، المرجع السابق، ص314.

3 - أنظر، أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص120؛ جميل فخري محمد جاتم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد، الأردن، 2009، ص20؛ أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص122؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج9، ص6602؛ محمد مصطفى شلبي، أحكام...، المرجع السابق، ص339؛ رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص339.

4 - وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ج9، ص6602.

5 - عبد الغني الغنيمي، المرجع السابق، ج3، ص22.

6 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج9، ص6602؛ رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص339؛ أحمد فراج حسين، أحكام...، المرجع السابق، ص120.

7 - عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص39.

8 - ابن الهمام، المرجع السابق، ج4، ص148.



ولكن يجب الحد في الدخول بالمحارم عند الصاحبين، ورأيهما هو الراجح، لأن التزوج في كل وطء حرام على التأييد لا يوجب شبهة، ومما ليس بحرام على التأييد كالحرم بالصهرية كالأخت والعمة والزواج بغير شهود، يكون العقد فيه شبهة، ولكن لو وطئها بعد التفريق يلزمه الحد ولو دخلته شبهة<sup>1</sup>.

كما لا تعتبر الخلوة الصحيحة دخولا كما في الزواج الصحيح، فلا يترتب عليها أي أثر لعدم التمكن شرعا من الوطء، إذ الدخول حرام، بخلاف الزواج الصحيح، فالتمكن من الدخول قائم إذ يحل به الدخول، لذلك اعتبرت الخلوة الصحيحة فيه قائمة مقام الدخول، لوجود التمكن فيه، وانتفائه في الزواج الفاسد<sup>2</sup>.

وبالرغم من كون الدخول في الزواج الفاسد معصية، فإنه عند الحنفية تترتب عليه الأحكام التالية<sup>3</sup>:

- وجوب مهر المثل للمرأة إذا خلا العقد من تسمية المهر. أما إذا كان المهر مسمى في العقد، فإنه يجب الأقل من المهر المسمى ومهر المثل، فإذا كان المسمى هو الأقل فهو الذي يجب لها، وإن كان مهر المثل هو الأقل وجب لها، هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد. أما الإمام زفر فيرى أن لها مهر المثل ما دام العقد فاسداً، لأنه متى فسد العقد نفسه فسد أيضا ما سمي فيه من مهر.

ووجوب المهر في الزواج الفاسد، وإن كان الأصل لا يجب لأنه ليس بنكاح حقيقة، إلا أنه وجب بسبب الدخول، والقاعدة الفقهية: " كل وطء في دار الإسلام لا يخلو من عقر أي حد، أو عقر أي مهر، وبما أن الحد قد انتفى لشبهة العقد، فيكون الواجب مهر المثل.

- ثبوت نسب الولد من الرجل إن وجد، احتياطا للولد وعدم ضياعه.

- وجوب العدة للمرأة من وقت افتراقهما إن افترقا بإرادتهما، ومن تفريق القاضي إن لم يفترقا اختياريا. وقال زفر: يبدأ وقت وجوب العدة من آخر وطء وطئها، لأن العدة تجب بالوطء، وتطلب لمعرفة استبراء الرحم، والحمل يكون بالوطء.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج9، ص6603.

<sup>2</sup> - فتحي الدريني، المرجع السابق، ص313.

<sup>3</sup> - ابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص275 وما بعدها؛ عبد الغني الغنيمي، المرجع السابق، ج3، ص22؛ رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص340-441؛ أحمد فراج حسين، أحكام...، المرجع السابق، ص120-121؛ محمد مصطفى شليبي، أحكام...، المرجع السابق، ص340؛ عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص40؛ أسامة ذيب مسعود، المرجع السابق، ص88.

-ثبوت حرمة المصاهرة: فيحرم على الرجل التزوج بأصول المرأة وفروعها، كما تحرم هي على أصوله وفروعه، ولا تعد حرمة المصاهرة أثراً من آثار العقد لأن العقد وقع فاسداً بل لوجود الوطء.

هذه هي الآثار التي يربتها الزواج الفاسد عند الحنفية، أما غير ذلك من الآثار التي يربتها الزواج الصحيح، فلا تجب في الزواج الفاسد، فلا تجب نفقة<sup>1</sup>، ولا طاعة، ولا يثبت توارث بين الرجل والمرأة، ولا يقع به طلاق للمرأة<sup>2</sup>.

وبذلك يتجه على متقدمي الحنفية من نقد<sup>3</sup>:

أولاً: أن الأحكام المختلفة التي رتبها على صور النكاح المنهي عنها دون الصور الأخرى، تقضي بأن البطلان ليس هو المؤيد أو الجزاء المتعين لجميع حالات المخالفة، إذ لو كان هو الجزاء الوحيد- كما يقولون- لا تحدد الأحكام، ولكنها اختلفت بل تباينت.

ولا نجد تأصيلاً للفرق بين هذه الأحكام المختلفة، إلا بالرجوع إلى البطلان والفساد، باعتبارهما من الجزاءات المدنية على ما تزكته المخالفة من خلل في التصرف، كسائر العقود المالية.

ثانياً: إنهم يصرحون بأن عقد النكاح الفاسد منعقد لما رتب عليه من أحكام من وجوب العدة، والنسب، والمهر، بعد الدخول، للضرورة، ولذا ثبت هذا النكاح مع المنافي.

أما الضرورة، لحاجة النكاح إلى درء الحد، وصيانة مائه من الضياع بثبات النسب.

وأما المنافي، فلثبوت الملك في حق المنافع، وهو ينافي مع حرية المرأة بجميع أجزائها.

وهذا ما نص عليه الكاساني بقوله: "والأصل فيه أن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة، لانعدام محله، أعني: محل حكمه وهو الملك؛ لأن الملك يثبت في المنافع، ومنافع البضع ملحقه بالأجزاء، والحر بجميع أجزائه ليس محل للملك، لأن الحرية خلوص، والملك ينافي الخلوص، ولأن الملك، في الآدمي لا يثبت بالرق، والحرية تنافي

<sup>1</sup> - إلا إذا كانت جاهلة فساد النكاح فإنها تستحق النفقة الزوجية. أنظر، مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1، ط7، المكتب الإسلامي، دمشق، 1997، ص180؛ عبد الرحمن الصابوني، شرح...، المرجع السابق، ص254.

<sup>2</sup> - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج9، ص6605؛ رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص341؛ محمد مصطفى شلي، أحكام...، المرجع السابق، ص340؛ أحمد فراج حسين، أحكام...، المرجع السابق، ص122.

<sup>3</sup> - فتحي الدريني، المرجع السابق، ص314 وما بعدها.

الرق، إلا أن الشرع أسقط المنافي في النكاح الصحيح؛ لحاجة الناس إلى ذلك. وفي النكاح الفاسد بعد الدخول؛ لحاجة الناكح إلى درء الحد، وصيانة مائه من الضياع بثبات النسب، ووجوب العدة وصيانة البضع المحرم عن الاستعمال من غير غرامة ولا عقوبة توجب المهر، فجعل منعقداً في حق المنافع المستوفات لهذه الضرورة، ولا ضرورة قبل استفتاء المنافع وهو ما قبل الدخول، فلا يجعل العقد منعقد قبله"<sup>1</sup>.

ولا ريب أن اعتبار العقد منعقداً بعد الدخول، ينافي القول ببطلانه، لأن الباطل غير منعقد أصلاً.

**ثالثاً:** أهم غلبوا جانب العبادة في عقد النكاح نظرياً، فأحقوه بها إذ جعلوا أثره الوحيد هو الحل لا الملك، وإنما يثبت الملك ضرورة واقتضاء لا مقصوداً أصلياً، فكان الملك تابع للحل. وتأسيساً على هذا، كان النهي عن بعض صور النكاح، أيّاً كان متعلقه - الركن أو الوصف الملازم - يوجب البطلان في اجتهادهم، لأن مقتضى النهي التحريم، وموجب النكاح الحل، وهما ضدان لا يجتمعان في محل واحد بداهة، إذ الحل هو أساس المشروعية.

لكن هذا غير مسلم، لأن للزواج أثراً هاماً أيضاً، ومقصداً أساسياً شرع الحل سبباً إليه، وهو إنجاب النسل والذرية، فكان الحل تابعاً له، لقوله **ﷺ**: "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم"<sup>2</sup>.

وعلى هذا، فإن المشروعية التي يستلزمها وجود ماهية عقد النكاح، معناها ترتيب هذا الأثر الأصلي عليه، وهو تحصيل الولد وبقاء النوع الإنساني، وهو غرض دنيوي فضلاً عن الحل.

والمشروعية بمعنى تحصيل الولد، قد تجتمع مع الحرمة للوصف الملازم، فيثبت النسب لثبوت ماهية العقد، وكذلك المهر والعدة، مع ثبوت الحرمة، لمعنى الفساد في الوصف الملازم. ولذا قالوا: إنه واجب الفسخ، أو التفريق بينهما، بالنظر إلى فساد الوصف، وبقاء أصل المشروعية، وإن كانت ناقصة، بالنظر لوجود الماهية سالمة عن المفسدة.

فأعطوا لكل من جهتي العقد - أصلاً ووصفاً - الحكم الذي شرع من أجله أو يناسبه، ولا تناقض لأن كليهما من وضع الشارع.

وهذا الذي انتهوا إليه باجتهادهم، هو في الواقع تطبيق عملي لنظرية الفساد، وإن أنكروها في التأصيل نظرياً في عقد النكاح.

<sup>1</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص615.

<sup>2</sup> - أبو داود، المرجع السابق، ج2، ص374.

ذلك بأنهم بترتيبهم تلك الآثار بعد الدخول، قد اعتبروا العقد مشروعاً من وجه دون وجه، ثم أوجبوا الفسخ أو التفريق، وهذا هو معنى الفساد بعينه.

بخلاف العقد الباطل، حيث عرأ الخلل ركنه أو شرط انعقاده، فكان معدوماً أو غير مشروع من كل وجه، ولذا لم يرتبوا عليه أي أثر من آثار عقد النكاح الصحيح، كما في نكاح المحارم ونكاح الكافر للمسلمة. وبذلك تراهم قد خالفوا في التطبيق والعمل ما أصلوه في النظر.

وقد يقال أن هذه الآثار إنما تترتب لا على واقعة الزواج المادية، بل على واقعة مادية أخرى هي واقعة الدخول بالزوجة مع شبهة العقد.

ويقول أبو زهرة في هذا الصدد: "وقد قرروا أن ذلك ليس موجب النكاح، ولكنه مقتضى الدخول مع شبهة العقد وهو يثبت للوطء بشبهة... ولو لم يكن عقد، لأن الشبهة هنا الجهل الذي لم تتوافر معه أسباب العلم"<sup>1</sup>.

لا يقال هذا، لأن تعليلهم صريح في تأصيل هذه الأحكام على العقد نفسه مقترناً بالدخول، ولو كانت الشبهة وحدها القائمة في صورية العقد هي مستند تلك الأحكام لاحتلفت في مقاديرها وجريان ثبوتها عما قرره، وبيان ذلك:

1- أن مهر المثل الذي يثبت حقاً للمرأة في هذا النكاح الفاسد، يجب عند الإمام وصاحبيه ماعدا زفر، ألا يزيد عن المهر المسمى في العقد، وهذا اعتبار للعقد، بدليل اعتبار ما ورد فيه من تسمية، ولو كان الحكم بوجود المهر مستنداً إلى مجرد الشبهة وواقعة الدخول وحدها، لوجب مهر المثل بالغاً ما بلغ، وهو قول زفر<sup>2</sup>.

2- إن العدة تحسب في العقد الفاسد عند الإمام وصاحبيه خلافاً لزفر من حيث يفرق بينهما، لا من وقت وقوع آخر الوطآت كما يرى زفر، فدل ذلك على أن حكم العدة ناشئ عن العقد لا عن الشبهة وحدها، إذ التفريق في العقد الفاسد كالطلاق في العقد الصحيح<sup>3</sup>.

1 - محمد أبو زهرة، الملكية...، المرجع السابق، ص419.

2 - الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص615-616.

3 - الكاساني، نفس المرجع، ج3، ص615-616.

والاعتداد بالعقد الفاسد أصلاً ينشأ عنه حكم وجوب العدة، وانتهائه يعتبر بدءاً لاحتساب مدتها، ينافي القول ببطلانه بدهاءة.

3- إن أبا يوسف ومحمد قد ذهبوا إلى أن نسب الولد يثبت إذا أتت به لستة أشهر أو أكثر من تاريخ العقد، ولو كان ثبوت النسب للشبهة وحدها، دون العقد، لكان ينبغي أن يكون النسب من تاريخ الدخول لا من تاريخ العقد<sup>1</sup>.

كل ذلك صريح الدلالة على الاعتداد بالعقد الفاسد بعد الدخول، و هو ينافي القول بالبطلان، إذ الباطل لا يترتب عليه أي أثر من آثار العقد الصحيح ولو عقبه دخول.

وخلاصة القول أن هذا الاختلاف بين البطلان والفساد من حيث الآثار إذا أعقبه دخول، هو ما جعل فقهاء الحنفية، يذهبون إلى القول بأن نظرية الفساد عند الحنفية تنطبق على عقد الزواج، كما تنطبق على العقود الأخرى.

فالعقد الفاسد في المعاوضات، لا يفيد شيئاً قبل القبض، فهو والباطل سواء، من حيث انعدام الأثر، غير أنه منعقد ولكن يجب فسخه، طوعاً أو كرهاً، حقاً للشرع. أما بعد القبض وبإذن مالكه، يفيد حكمه الأصلي، وهو الملك في الجملة، ولكنه ملك من نوع خاص، يفيد حرية التصرف دون الانتفاع بعين المملوك. وبالرغم من تملك المشتري المبيع، إلا أنه ملك غير لازم، حيث يملك كل واحد من العاقدين فسخه، ورد ما قبضه، وذلك لملازمة الوصف المنهي عنه، ما لم يمنع من ذلك مانع<sup>2</sup>.

وكذلك الزواج الفاسد، لا أثر له قبل الدخول، إذ لا ضرورة لاعتباره منتجاً آثاره، وهذا معنى قول الإمام الكاساني: "وأما النكاح الفاسد فلا حكم له قبل الدخول"<sup>3</sup>، وهنا يجب فسخه حقاً للشرع.

1 - فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 319.

2 - أنظر، حكم العقد الفاسد، ص 47 وما بعدها من هذا البحث.

3 - الكاساني، المرجع السابق، ج 3، ص 615.

أما بعد الدخول، فتنشأ الضرورة التي تقتضي ترتيب بعض الآثار عليه، من مهر، وذلك مصداقاً لقوله ﷺ: "أبما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل. فنكاحها باطل. فنكاحها باطل. فإن دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها"<sup>1</sup>.

وإذا ثبت المهر شرعاً في العقد الفاسد بالدليل، وجب أن تثبت به العدة والنسب من باب أولى، لأن الشارع يحتاط في إثبات الأنساب وحفظها، أكثر مما يحتاط في إثبات المهر، إحياءً أو حفظاً للولد من الضياع. ويجب فسخه بعد الدخول أيضاً، حقاً للشرع، لمكان النهي في وصفه الملازم. فكان الدخول في الزواج الفاسد، بمثابة القبض في عقد المعاوضة، يتأيد به كل منهما، لتقوى سببته على إنتاج حكمه، ولكن مع وجوب الفسخ<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن بعض الفقهاء<sup>3</sup> يؤيدون هذه التفرقة بين الزواج الباطل والفاسد، ولكن تحت تسمية مختلفة، حيث أطلقوا على العقد الباطل بمصطلح: الباطل غير المشتبه، أما الفاسد فأطلقوا عليه بمصطلح: الفاسد غير المشتبه، حيث أن الأول لا يترتب عليه أي أثر، أما الثاني فتترتب عليه بعض الآثار، وذلك بسبب قيام الشبهة، كشبهة الحل مثل النكاح بلا شهود أو شبهة الاشتباه مثل من أعتقد أن أخته من الرضاع حلالاً وهو يجهل الحكم أو شبهة العقد مثل صدور الإيجاب والقبول من العاقدين مع كون أحدهما فاقد الأهلية عند أبي حنيفة خلافاً للصاحبين<sup>4</sup>.

كما تجدر الإشارة كذلك في هذا المقام، أن جمهور الفقهاء، وإن كانوا لا يسلمون بهذه التفرقة بين عقد الزواج الباطل والفاسد، إلا أنهم يأخذون بها بطريقة غير مباشرة، حيث يمنحون بعض حالات الزواج غير الصحيح اعتباراً شرعياً، ويجعلونها ترتب بعض الآثار الشرعية.

فالمالكية<sup>5</sup> يفرقون بين نوعين من الزواج غير الصحيح: الزواج المتفق على فساده كالزواج بالمحارم أو زواج المتعة أو معتدة الغير أو الزواج بالمرأة الخامسة، والزواج المختلف على فساده كالزواج بدون ولي أو بدون شاهدين.

1 - محمد بن عيسى بن سورة، المرجع السابق، ج3، ص398-399.

2 - فتحي الدريني، المرجع السابق، ص320.

3 - أنظر، محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر، الأردن، 2007، ص87-88.

4 - تلخيص الشبهات؛ محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص149 وما بعدها.

5 - الزبيدي، المرجع السابق، ج2، ص43-45؛ ابن جزى، المرجع السابق، ص349-350؛ الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص240.

والقاعدة عندهم أن الزواج غير الصحيح يستحق الفسخ قبل الدخول، سواء أكان متفقاً على فساده أم مختلفاً في فساده. أما بعد الدخول، فإن كان الزواج متفقاً على فساده وكان الرجل عالماً بالحرمة أعتبر زناً ووجب الحد، ولا يثبت النسب، أما إذا كان الزواج مختلفاً على فساده فإنه يوجب بعض الآثار كسقوط الحد ووجوب النسب والعدة والصداق وحرمة المصاهرة.

أما الحنايلة<sup>1</sup> فالزواج غير الصحيح عندهم يقسمونه إلى: باطل ويقصد به ما أجمعوا على فساده كتنكاح المرأة المتزوجة أو المعتدة، وفساد وهو ما اختلف العلماء في فساده كالنكاح بلا ولي أو بلا شهود، ويتحد حكمهما في عدم ترتيب أي أثر قبل الدخول. أما بعد الدخول، فيترتب على المختلف في فساده بعض الآثار من درء الحد سواء أعتقد حله أو حرمة، وثبوت النسب للولد، وثبوت المهر للمرأة، ووجوب العدة، وأخيراً ثبوت حرمة المصاهرة، أما باقي الآثار التي يرتبها الزواج الصحيح فلا تجب في الزواج الفاسد، فلا يثبت التوارث بين الزوجين، ولا نفقة، أما الزواج المجمع على فساده فإن علم الزوجان بالتحريم، فهما زانيان، ولا يلحق النسب به.

أما الشافعية<sup>2</sup> وإن كانوا لا يفرقون بين الزواج الباطل والفساد فهما مترادفان، إلا أنهم في بعض المسائل يفرقون بين البطلان والفساد كالنكاح بلا شهود، فيقولون أنه مختلف في إباحته أو مختلف في صحته؛ لأن الباطل عندهم هو المتفق على بطلانه، أما الفاسد فهو المختلف في إباحته أو صحته. ويرتبون على النكاح الفاسد بعض الآثار كثبوت مهر المثل، ثبوت النسب للولد، وجوب العدة، ثبوت حرمة المصاهرة، سقوط الحد، وذلك لكونه وطءً بشبهة، وحصول الاختلاف في إباحته من أعظم الشبهات.

وبناء على ما تقدم يتضح أن المتتبع لصور الزواج غير الصحيح يجدها في الواقع تتنوع إلى نوعين: نوع لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج حتى ولو تم الدخول بالمرأة، ونوع يترتب عليه بعض الآثار إذا أعقبه دخول.

وهذا الاختلاف من حيث الآثار هو ما جعل فقهاء الحنفية، يذهبون إلى القول بأن نظرية الفساد المطبقة في العقود المالية تنطبق على عقد الزواج. وهو ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال استعماله مصطلح "النكاح الفاسد".

<sup>1</sup> - محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج12، ص310؛ بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص350-355.

<sup>2</sup> - أنظر، أحمد زين الدين بن عبد العزيز المعبري الملبيري، فتح المعين، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2004، ص472؛ أبو إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج4، ص119؛ النووي، المرجع السابق، ج17، ص246-248.

## الفرع الثاني

### الزواج الفاسد في قانون الأسرة الجزائري

تأثر المشرع الجزائري بأحكام الفقه الإسلامي، باستعماله مصطلحي الباطل والفاسد<sup>1</sup> حيث عنون الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول بالنكاح الفاسد والباطل، وهو بذلك قد تبني الرأي الذي يفرق بين الفساد والبطلان.

لقد تجنب المشرع الجزائري وضع تعريف للزواج الفاسد، واكتفى بذكر الحالات التي يكون فيها العقد فاسداً<sup>2</sup>، وهو ما تناولته المادة 333 فقرة ثانية<sup>3</sup> من قانون الأسرة.

ولكن بالنظر إلى مواد قانون الأسرة يمكن تعريف الزواج الفاسد بأنه كل زواج استوفى ركنه الأساسي بالإيجاب والقبول، وفقد شرطاً من شروط الصحة<sup>4</sup>. أما حالات الزواج الفاسد في قانون الأسرة الجزائري هي:

- الزواج بدون شهود: أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور حيث اشترط في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة لصحة عقد الزواج حضور شاهدين في مجلس العقد، أثناء تبادل الإيجاب والقبول بين المتعاقدين<sup>5</sup>.

وبخصوص هذه المسألة تشترط المحكمة العليا في اجتهاداتها الإشهاد لصحة عقد الزواج، وهو ما قضت به في قرارها الصادر بتاريخ 2005/02/23 بأنه: "يجوز إثبات أو عدم إثبات واقعي الزواج العرفي والطلاق، سماع الشهود، لأول مرة، على مستوى الاستئناف"<sup>6</sup>. كما قضت أيضاً في قرارها الصادر بتاريخ 1999/04/20 أنه: "يثبت الزواج العرفي متى تبين أن أركان متوفرة فيه طبقاً لأحكام المادة 09 من قانون الأسرة. ومتى تبين - في قضية الحال - أن أركان الزواج متوفرة بما فيها الاستماع إلى الشهود والإمام الذي قرأ الفاتحة وتعيين المهر وحضور الولي،

1 - بلحاج العربي، الوجيز...، المرجع السابق، ج 1، ص 288؛ بلحاج العربي، أحكام...، المرجع السابق، ص 373.

2 - عبد الفتاح تقيّة، الإشكالات...، المرجع السابق، ص 95.

3 - تنص المادة 333 فقرة الثانية 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".

4 - بلحاج العربي، الوجيز...، المرجع السابق، ج 1، ص 295؛ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 77.

5 - بلحاج العربي، أحكام...، المرجع السابق، ص 330.

6 - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 2005/02/23، ملف رقم 315403، م م ع، 2005، عدد 1، ص 275.



فإن القضاء بقضائهم بإثبات الزواج العرفي المبرم بين المدعية والمرحوم، طبقوا صحيح القانون. ومتى كان استوجب رفض الطعن"<sup>1</sup>.

وأن حضور الشاهدين يكون أمام مجلس العقد، حيث قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1988/02/29 على أنه: "من المقرر قانوناً وشرعاً أن الزواج يثبت بالشهود الذين حضروا العقد أو على الأقل الفاتحة إذا كانت مشتملة على أركانه أو شهادة السماع ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون ومخالفة القواعد الشرعية غير مؤسس يستوجب الرفض. لما كان من الثابت- في قضية الحال- أن الطاعنة أقرت على نفسها بأن علاقتها مع المطعون ضده لم تكن شرعية ولم تقم على عقد مبني على الأركان المعروفة في الزواج، فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلب الطاعنة الرامي إلى إثبات زواجها لم يخالفوا الشريعة الإسلامية وانتهكوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>2</sup>.

وبذلك اعتبر قانون الأسرة، الشهادة شرط صحة في عقد الزواج، يترتب على إغفالها الجزء المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 33 من أنه إذا تم الزواج بدون شاهدين يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل<sup>3</sup>.

أما إذا اقترن غياب الشاهدين أثناء إبرام الزواج، بغياب الولي، أو بعدم تسمية الصداق مثلاً، فإن غياب الشهود هنا يتحول إلى سبب من أسباب البطلان مع غيره<sup>4</sup>، وهو ما أشار إليه المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1989/01/02 على أنه: "من المقرر شرعاً وقانوناً أن للنكاح أركان أربعة وهي: صداق-صيغة(رضا الزوجين) وشاهدين، بالإضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية، ومن المقرر أيضاً أنه إذا احتل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانتهاك الشريعة الإسلامية والخطأ في تطبيق القانون غير وجيه ويستوجب رفضه. لما كان من الثابت- في قضية الحال- أن الشاهد الأول صرح أنه لا يوجد ولي ولا صداق، وأن الشاهد الثاني صرح أنه استدعى لحفلة عشاء ولا يعرف شيئاً عن الزوج والزوجة، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس

<sup>1</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ أش، 1999/04/20، ملف رقم 221329، إق، 2001، عدد خاص، ص60.

<sup>2</sup> - أنظر، المجلس الأعلى، غ أش، 1988/02/29، ملف رقم 48184، م ق، 1991، عدد1، ص49.

<sup>3</sup> - جعل الأستاذ الغوتي بن ملحمة الشهادة في عقد الزواج ضمن الشروط الشكلية لقيام عقد الزواج. الغوتي بن ملحمة، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص62.

- Cf. Ghaouti BENMELHA, Le droit..., op.cit., p.96.

<sup>4</sup> - عبد العزيز سعد، الزواج...، المرجع السابق، ص187.

لانعدام ركنين من أركان الزواج هما الولي والصدّاق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا قواعد الشريعة الإسلامية ثم القانون تطبيقاً سليماً. ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"<sup>1</sup>.

-الزواج بدون ولي في حالة وجوبه: جعل قانون الأسرة الولاية شرط صحة في عقد الزواج<sup>2</sup>، غير أنه ترك الاختيار للمرأة لممارسة الولاية، بحيث تتمكنها لأبيها أو لأحد أقاربها أو لأي شخص تختاره<sup>3</sup>.

وانعدام الولي المنصوص عليه كشرط صحة في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، لا يؤدي إلى انعدام الزواج، لأن المادة 9 مكرر تطبق في حدود المادة 33 فقرة 2 من نفس القانون.

وعلى هذا الأساس أشارت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2001/01/23 على أنه: "يثبت الزواج بعد الدخول بصدّاق المثل إذا اختل ركن واحد طبقاً لأحكام المادة 33 من ق.أ. وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العربي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي فإنهم خالفوا القانون"<sup>4</sup>.

أما إذا اقترن غياب الولي بغياب الشاهدين أو بعد تسمية الصدّاق مثلاً، فإن غياب الولي يتحول إلى سبب من أسباب البطلان مع غيره، وهو ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1989/01/02 على أنه: "من المقرر شرعاً وقانوناً أن للنكاح أركان أربعة وهي: صدّاق-صيغة(رضا الزوجين) وشاهدين، بالإضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية، ومن المقرر أيضاً أنه إذا اختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانتهاك الشريعة الإسلامية والخطأ في تطبيق القانون غير وجيه ويستوجب رفضه. لما كان من الثابت- في قضية الحال- أن الشاهد الأول صرح أنه لا يوجد ولي ولا صدّاق، وأن الشاهد الثاني صرح أنه استدعى لحفلة عشاء ولا يعرف شيئاً عن الزوج والزوجة، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس لانعدام ركنين من أركان الزواج هما الولي والصدّاق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا قواعد الشريعة الإسلامية ثم القانون تطبيقاً سليماً. ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، المجلس الأعلى، غ أش، 1989/01/02، 51107، م ق، 1992، عدد3، ص53.

<sup>2</sup> - أنظر، المادة 9 مكرر من قانون الأسرة.

<sup>3</sup> - أنظر، المادة 11 من نفس القانون.

<sup>4</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ أش، 2001/01/23، ملف رقم 253366، م ق، 2002، عدد2، ص440.

<sup>5</sup> - أنظر، المجلس الأعلى، غ أش، 1989/01/02، 51107، م ق، 1992، عدد3، ص53.

- الزواج بدون صداق: جعل المشرع الجزائري الصداق في المادة من 9 مكرر من قانون الأسرة شرطاً يتم العقد به، أو ركناً من أركان العقد الأساسية<sup>1</sup>، التي يجب مراعاتها عند إبرام العقد<sup>2</sup>.

وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 17 / 13 / 1998 حيث قضت بأنه: "من المستقر عليه أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق. ومتى تبين- في قضية الحال- أن المستأنفة أتت بشهود أكدوا واقعة الزواج مبينين في شهادتهم لأركان الزواج من ولي وشهود وصداق، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإثبات الزواج العربي طبقوا صحيح القانون. ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"<sup>3</sup>.

مما يفيد بأنه متى تخلف، ترتب عليه البطلان المطلق<sup>4</sup>، غير أن نص المادة 33 فقرة ثانية من نفس القانون يقضي بأن يفسخ الزواج قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول وللمرأة صداق المثل<sup>5</sup>.

وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 17 / 11 / 1998 حيث 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 العربي 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 التسبب لأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>6</sup>.

وتأكيداً لذلك أيضاً قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 23 / 01 / 2001 بأنه: "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>7</sup>.

1 - أنظر، المادة 15 من قانون الأسرة.

2 - أنظر المادة 18 من نفس القانون.

3 - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 17/03/1998، ملف رقم 188707، إ ق، 2001، عدد خاص، ص 50.

4 - بلحاج العربي، أحكام...، المرجع السابق، ص 305.

5 - أنظر، أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 77.

6 - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 17 / 11 / 1998، ملف رقم 210422، إ ق، 2001، عدد خاص، ص 53.

7 - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 23 / 01 / 2001، ملف رقم 253366، م ق، 2002، عدد 2، ص 440.

وبناء على هذا، فإن الصداق في عقد الزواج له خصائص كل من الشرط والأثر، فمن خصائصه كشرط فساد العقد دون تسمية للصداق، وأما من خصائصه كأثر لعقد الزواج صحة العقد الذي لم يتعرض فيه المتعاقدان للصداق، ونفاذ العقد الفاسد بعد الدخول بصداق المثل<sup>1</sup>.

فإن الصداق في قانون الأسرة كما يقول الأستاذ فضيل سعد هو شرط صحة، إذا تخلف كان العقد فاسداً، وهو بالمعنى القانوني قابلاً للإبطال؛ أي باطلاً بطلاناً نسبياً<sup>2</sup>.

وهذا تفسير فيه بعض الصواب، وإن جاء متأثراً بأحكام نظرية البطلان وفقاً لقواعد القانون المدني<sup>3</sup>. غير أنه يساير فقه المالكية الذي يرى أن الصداق هو شرط صحة في عقد الزواج، وأن السكوت عن تحديده مقداره مقبولاً شرعاً تجاوزاً وتساهلاً؛ لأنه عند الخلاف يحكم لها بصداق المثل، أما الاتفاق على إسقاطه فإنه يفسد الزواج<sup>4</sup>.

- إذا اشتمل العقد على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، أو يتعارض مع أحكام قانون الأسرة<sup>5</sup>. غير أن المشرع الجزائري صححه بالدخول<sup>6</sup>، حيث قرر بطلان الشرط وبقاء العقد صحيحاً<sup>7</sup>.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد أخلط بين مصطلحي الفسخ والبطلان وقلب الحكم بالنسبة للشروط الباطلة، ذلك أنه من المفروض في الشريعة الإسلامية، أن الشروط التي تنافي ومقتضيات عقد الزواج، هي شروط تقتزن بصيغة العقد، فتعدل من آثاره بالزيادة أو النقصان، كالاتفاق على عدم تقديم النفقة أو المهر أو الاتفاق على عدم التوارث بين الزوجين، فلا يمكن لهذه الشروط أن تبطل العقد، لأن الصيغة صدرت صحيحة. لكن الشروط التي تبطل العقد حسب إجماع الفقهاء الأربعة هي الشروط التي تنافي أصله، كتأقيته أو الزواج بقصد

1 - بلحاج العربي، الوجيز...، المرجع السابق، ج1، ص202.

2 - فضيل سعد، المرجع السابق، ج1، ص110.

3 - المحكمة العليا تحفظت في بعض قراراتها عن تطبيق أحكام القانون المدني في قضايا الأحوال الشخصية. أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 1998/03/13، ملف رقم 179724، إق، 2001، عدد خاص، ص277؛ المحكمة العليا، غ أ ش، 2000/02/22، ملف رقم 235367، م ق، 2001، عدد1، ص275.

4 - بلحاج العربي، أحكام...، المرجع السابق، ص306-307.

5 - أنظر، المادتين 19 و32 من قانون الأسرة.

6 - بلحاج العربي، أحكام...، المرجع السابق، ص348.

7 - أنظر، المادة 35 من قانون الأسرة.

التمتع مثلا، فهذه الشروط تأثر في صحة العقد، فيكون باطلا لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج إلا إذا حصل دخول بالمرأة<sup>1</sup>.

فكان يستوجب على المشرع الجزائري، ضمن تعديلاته عام 2005، التوفيق بين المادتين 32 و35 من قانون الأسرة، بإعادة الانسجام بينهما وإزالة الالتباس الظاهري بينهما<sup>2</sup>.

فالشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد أو الذي ينافيه، وكذا الذي يدخل في باب الكراهة، لا يلزم أحد الزوجين ولا يؤثر في صحة العقد، ومثال ذلك شرط البقاء في بلد معين، حيث قضى المجلس الأعلى في هذا الخصوص في قراره الصادر بتاريخ 1988/06/20 على ما يلي: "من المقرر شرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه والذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به ولا يؤثر في عقد الزواج ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية. ولما كان من الثابت- في قضية الحال- أن قضاة الموضوع أزموا الزوج-بالعرف- بتعهده بالبقاء بزوجه بالعاصمة، يكونوا بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة وفرضوا عليه قيودا هو مخير فيه. ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه"<sup>3</sup>.

والفسخ هو الجزاء الذي فرضه القانون على العقد الفاسد، الذي لم يستوف الشروط المنصوص عليها في القانون<sup>4</sup>، حيث قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1984/06/25 على ما يلي: "...ومن المقرر أيضا أنه لا يحكم بفسخ عقد النكاح إلا إذا كان هذا النكاح فاسدا شرعا..."<sup>5</sup>.

وقضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1985/12/02 بأنه: "قد ثبت قضاء وفقها بأن المصطلح المقبول هو فسخ عقد الزواج قبل البناء بطلب أحد الطرفين المتضرر"<sup>6</sup>.

1 - توفيق شندارلي، المرجع السابق، ص96-97.

2 - أنظر، عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط1، دار البصائر، الجزائر، 2007، ص124-125.

3 - أنظر، المجلس الأعلى، غ أش، 1988/6/20، ملف رقم 49575، م ق، 1991، عدد2، ص54.

4 - فضيل سعد، المرجع السابق، ج1، ص166؛ بلحاج العربي، أحكام...، المرجع السابق، ص386؛ بلحاج العربي، الوجيز...، المرجع السابق، ج1، ص299.

5 - أنظر، المجلس الأعلى، غ أش، 1984/6/25، ملف رقم 33715، م ق، 1989، عدد4، ص99.

6 - أنظر، المجلس الأعلى، غ أش، 1985/12/2، ملف رقم 38341، ن ق، 1988، عدد44، ص190.

غير أن اجتهاد المحكمة العليا استقر أخيراً، على أنه ينتهي الزواج العربي التام الأركان بالطلاق أو التطليق وليس بفسخ الزواج، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2005/10/12 على أنه: "ينتهي الزواج العربي، التام الأركان، إما بالطلاق وإما بالتطليق، وليس بفسخ عقد الزواج أو بفسخ الخطبة"<sup>1</sup>.

فإذا ما تبين سبب من أسباب الفساد قبل الدخول، فالزواج يعتبر كالباطل لا أثر له، وحكمه وجوب التفريق بين الزوجين، أما بعد الدخول فتترتب عليه بعض الآثار:

- تستحق الزوجة بالزواج الفاسد بعد الدخول صداق المثل<sup>2</sup>، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2001/01/23 على أنه: "يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد طبقاً لأحكام المادة 33 من ق.أ. وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العربي للمرأة الشيب لعدم حضور الولي فإنهم خالفوا القانون"<sup>3</sup>.

- ثبوت النسب إذا حملت الزوجة، وذلك رعاية للولد وعدم ضياعه<sup>4</sup>، حيث قضت المحكمة العليا بهذا الخصوص في قرارها الصادر بتاريخ 1997/10/28 على ما يلي: "من المقرر شرعاً أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقاً لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتلاً له. ولما كان ثابتاً 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 طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية"<sup>5</sup>.

ويثبت نسب الولد من أبيه، إذا جاءت به أمه في مدة الحمل أقلها ستة أشهر من تاريخ الدخول، وأكثرها عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة<sup>6</sup>، حيث قضت المحكمة العليا بهذا الخصوص في قرارها الصادر بتاريخ 1999/06/15 على أنه: "1- ومن المقرر أيضاً أنه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة

<sup>1</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 2005/10/12، ملف رقم 340671، م م ع، 2005، عدد2، ص397.

<sup>2</sup> - أنظر، المادة 33 الفقرة الثانية من قانون الأسرة.

<sup>3</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 2001/1/23، ملف رقم 253366، م ق، عدد2، ص440.

<sup>4</sup> - أنظر، المادة 40 من قانون الأسرة.

<sup>5</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 1997/10/28، ملف رقم 172333، م ق، 1997، عدد1، ص42.

<sup>6</sup> - أنظر، المادتين 42 و43 من قانون الأسرة.

أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وأن عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة. ومتى تبين - من قضية الحال - أن ولادة التوأمين موضوع النزاع وقع في ظل قيام الحياة الزوجية بين الطرفين وأن الانفصال الواقع كان إثر خلاف بينهما ولم يكن لا في حالة الطلاق ولا في حالة الوفاة حتى يخضع لأحكام المادتين 43-60 من ق.أ. ومن ثم فإن العصمة بينهما قائمة والزواج شرعياً وثبت نسب التوأمين لأبيهما لأن الطاعن لم ينفه بالطرق المشروعة أي الملاعنة. وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقاً صحيحاً، مما يستوجب رفض الوجه الأول لعدم التأسيس"<sup>1</sup>.

-ثبوت حرمة المصاهرة، حيث يحرم على الزوج بالزواج الفاسد بعد الدخول أن يتزوج أمها أو ابنتها، كما لا يجوز للزوجة أن تتزوج أباه أو ابنه"<sup>2</sup>.

-وجوب الاستبراء لمعرفة براءة الرحم من الحمل.

-تستحق الزوجة نفقة(وهي عدة الطلاق) إذا كانت تجهل سبب فساد النكاح، غير أنها لا تستحق النفقة الزوجية ولا الميراث ولو تم الدخول، لأنهما أثر من آثار الزواج الصحيح"<sup>3</sup>.

-اعتبار العقد الفاسد شبهة بعد الدخول بالزوجة، فلا يطبق حد الزنا على الزوجين"<sup>4</sup>.

وبناء على ما تقدم يتضح أن المشرع الجزائري قد تأثر بأحكام الفقه الإسلامي باستعماله مصطلحي "الباطل والفاسد" ولكنه عبر عنهما بما يدل أنه تأثر بقواعد القانون المدني، دون استعمال البطلان المطلق والبطلان النسبي"<sup>5</sup>.

ومن خلال ما سبق يتبين أن الجزاءات التي تلحق العقود المدنية تلحق عقد الزواج مع شيء من التفاوت التي تمليه طبيعة المسائل المتعلقة بهذا العقد.

وهذه الجزاءات يتم توقيعها كقاعدة بحكم قضائي عن طريق جملة من الإجراءات يتخذها المتقاضى للوصول إلى ساحة القضاء، ولعلى الدعوى هي الوسيلة للالتجاء إلى القضاء.

<sup>1</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ أش، 15/06/1999، ملف رقم 222674، م ق، 1999، عدد1، ص126.

<sup>2</sup> - أنظر، المادة 26 من قانون الأسرة.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، أحكام...، المرجع السابق، ص388.

<sup>4</sup> - أنظر المادة 40 من قانون الأسرة.

<sup>5</sup> - بلحاج العربي، أحكام...، المرجع السابق، ص390.

وفضلاً عن الحكم بالجزاء يمكن للقاضي الحكم بالتعويض في إطار الأحكام العامة للمسؤولية المدنية التي تمنع كقاعدة الإضرار بالغير بدون وجه حق. وهذا ما سنحاول دراسته في الفصل الثاني.



## الفصل الثاني

إجراءات ممارسة دعوى الجزاء المدني

ومدى التعويض عنه في حالة الضرر

سبق في الفصل الأول وأن تعرضنا إلى أن البطلان والفساد كلاهما من الجزاءات المدنية المترتبة على تخلف عنصر من العناصر الأساسية لعقد الزواج، سواء بتخلف ركن من أركانه أو شرط من شروطه.

وهذا الجزاء المدني لا يمكن للأفراد توقيعه، بل يكون كقاعدة أمام القضاء عن طريق إتباع إجراءات معينة نص عليها القانون. وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجده لم يتضمن أي نص إجرائي في ذلك، كما أنه لم يشر بتاتا إلى الإحالة إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>1</sup>، ولو أن العمل وفقه هو الجاري به في المحاكم ولو بدون إحالة، وهو ما يتبين من جل القرارات الصادرة عن المحكمة العليا.

فالإجراءات في مسائل الأحوال الشخصية -ومنها مسائل الزواج- على الرغم مما تتميز به من خصوصية، سواء كان قانون الأحوال الشخصية مندمجا في القانون المدني باعتباره جزءا منه أو كان له قانون مستقل، وسواء كانت إجراءاته مندوجة في قانون المرافعات المدنية أو كانت له مدونة خاصة، إلا أن قانون المرافعات المدنية يعتبر الشريعة العامة في شأن التقاضي والقضاء<sup>2</sup>.

كما أنه لا يمنع أن يقوم التعويض إلى جانب الجزاء، وبذلك يمكن الحكم بالتعويض على من تسبب فيه، فيشذ بذلك الأثر المانع للجزاء. ولكن التعويض هنا لا صلة له بالجزاء، فهو يقوم في إطار الأحكام العامة للمسؤولية المدنية التي تمنع كقاعدة عامة الإضرار بالغير بدون وجه حق.

وبناء على ما تقدم ونظرا لخصوصية هذا الجزاء لكونه متعلق بمسائل الزواج، يمكن أن نطرح تساؤلات التالية: من هم الأشخاص الذين يحق لهم طلب تقرير الجزاء؟ هل يجب لتقرير الجزاء أن ترفع دعوى مدنية أمام القضاء وفقا للإجراءات المتبعة بشأن الدعاوى المدنية العادية؟.

وإذا قام الزوج المضروب بطلب التعويض على من تسبب في تقرير الجزاء. فما مدى تطبيق القواعد العامة للتعويض المقررة في القانون المدني؟.

ومن خلال هذه الإشكاليات المثارة يمكن تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين رئيسيين: فالمبحث الأول نتناول فيه إجراءات ممارسة دعوى الجزاء المدني. أما المبحث الثاني فسنخصصه للتعويض عنه في حالة الضرر.

<sup>1</sup> - أنظر، قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>2</sup> - أنظر، أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1977، ص 14-16.

## المبحث الأول

### إجراءات ممارسة دعوى الجزاء المدني

إذا كان بطلان عقد الزواج أو فساده من الجزاءات المدنية المترتبة على عدم استجماع أركانه وشروطه المطلوبة، فإنه لا يمكن الحكم بهذا الجزاء والمتمثل في بطلان عقد الزواج أو فسخه إلا 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 للتجاء إلى القضاء، فإنه يمكن طرح الإشكال التالي: ما هي إجراءات ممارسة دعوى بطلان أو فسخ عقد الزواج؟ وبناء على هذه الإشكالية سنتناول الحديث في المطلب الأول عن الإجراءات السابقة للنظر في دعوى بطلان عقد الزواج أو فسخه، أما المطلب الثاني فسنخصصه لإجراءات دعوى بطلان عقد الزواج أو فسخه.

### المطلب الأول

#### الإجراءات السابقة للنظر في دعوى بطلان عقد الزواج أو فسخه

قبل الحديث عن إجراءات دعوى بطلان عقد الزواج أو فسخه، نتطرق إلى شروط قبول الدعوى ثم ما يتعلق بأحكام الاختصاص كإجراءات سابقة للنظر في دعوى بطلان عقد الزواج أو فسخه. ولبيان ذلك نتناول شروط قبول الدعوى (الفرع الأول)، ثم الاختصاص (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### شروط قبول الدعوى

إن الحديث عن الشروط التي يتطلبها القانون لقبول الدعوى، سواء تلك المتعلقة ببطلان عقد الزواج أو فسخه أو غيرها من الدعاوى المدنية، يوجب علينا أن نفرق بين الشروط المتعلقة بشخص المدعي والمدعى عليه وهي: الصفة والمصلحة، والشروط المتعلقة بالحق في رفع الدعوى ذاتها وهي: كونها لم تسقط بالتقادم ولم يسبق الفصل في موضوعها.

## أولاً-الشروط المتعلقة بشخص المدعي والمدعى عليه

الشروط اللازمة لقبول الدعوى والمتعلقة بشخص المدعي والمدعى عليه هي: الصفة والمصلحة وذلك على

النحو الآتي:

### أ-الصفة

بالرغم من التداخل الحاصل بين الصفة والمصلحة واختلاف موقف الفقه بشأنهما، ما إذا كانا متميزين عن بعضهما أو يعتبران شيئاً واحداً<sup>1</sup>، إلا أن الراجح فقها هو التمييز بينهما<sup>2</sup>، خصوصاً وأن المشرع ذكرهما معا في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نص على أنه: "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

والصفة تعني: "تلك العلاقة المباشرة التي تربط أطراف الدعوى(مدعياً كان أو مدعى عليه) بموضوع النزاع"<sup>3</sup>. أو هي: "صلاحية الشخص للدعاء بالحق المعتدى عليه، سواء لمصلحته الشخصية المباشرة أو لمصلحة من يقوم مقامه بمقتضى تمثيل قانوني"<sup>4</sup>.

وعليه فالصفة تختلف باختلاف المدعى به، فإن كان من حقوق العباد فإنها لا تثبت إلا لصاحب الحق نفسه التي تخوله رفع دعواه أمام القضاء أو من يقوم مقامه بمقتضى تمثيل كالولي أو الوصي أو الوارث ونحوه، فلا يكون أحد خصماً عن أحد بغير وكالة أو ولاية أو نيابة<sup>5</sup>.

ومن خلال هذا يمكن تحديد حالات الصفة، وذلك بالنظر إلى المدعي الذي يكون أصيلاً عن نفسه أو

ممثلاً لغيره:

<sup>1</sup> - هناك رأي يقول بأن المصلحة الشخصية والمباشرة يعبر عنها بالصفة. ورأي يفرق بين المصلحة المباشرة والصفة على اعتبار أنه توجد حالات ترفع الدعوى لا من صاحب الحق فيها بل ممن يقوم مقامه بمقتضى تمثيل قانوني. ورأي يقول اتصال هذا الحق في غالب الأحيان بتحقيق المصلحة المباشرة والشخصية. أنظر، عبد الوهاب بوضرة، النظرية العامة والخاصة لقبول الدعوى بين النظرية والتطبيق، دار هوم، الجزائر، 2005، ص141.

<sup>2</sup> - أنظر، الطيب زروتي، الكامل في العرائض القضائية، ج1، ط1، مطبعة الفسييلة، الجزائر، 2010، ص7.

<sup>3</sup> - أنظر، سائح شنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج1، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص45.

<sup>4</sup> - أنظر، سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ج1، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص10.

<sup>5</sup> - أنظر، محمد إبراهيم البدارين، الدعوى بين الفقه والقانون، ط2، دار الثقافة، عمان، 2010، ص113.

- فقد يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق محل المطالبة، وفي هذه الحالة يكون رافع الدعوى مرتبطاً 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 التطبيق قبل البناء، من طرف الزوجة وليس من طرف الولي"<sup>1</sup>.

- وقد يكون رافع الدعوى ممثلاً عن صاحب الحق، وفي هذه الحالة يعطي هذا التمثيل القانوني للممثل صلاحية اتخاذ إجراءات رفع الدعوى ومباشرتها نظراً لاستحالة مباشرة صاحب الحق دعواه شخصياً بسبب عذر مشروع<sup>2</sup>، ومن أمثلة ذلك الولي أو الوصي بالنسبة إلى ناقص الأهلية كذلك القيم أو المقدم بالنسبة إلى المحجور عليه أو المفقود وذلك طبقاً للمواد 81- 87- 92- 104- 111 من قانون الأسرة.

وفي هذه الحالة يقع على القاضي التأكد ابتداءً من صحة التمثيل ثم يبحث لاحقاً في مدى توفر عنصر الصفة لدى صاحب الحق، فقد يصح التمثيل مع فساد الصفة، فتفرض الدعوى لانعدام الصفة رغم صحة التمثيل؛ لأن هذه الأخيرة ليست من شروط قبول الدعوى بل هي من شروط صحة إجراءات الخصومة<sup>3</sup>.

أما إذا كان من حقوق الله فالصفة ثابتة لكل مسلم مكلف شرعاً وذلك بالادعاء بأمر الحسبة أمام القضاء، بل واجب عليه ذلك رعاية لحق الله تعالى<sup>4</sup>، إضافة إلى أن ذلك من قبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر المأمور به مصداقاً لقوله تعالى: ﴿كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر﴾<sup>5</sup>.

ولما كان بطلان عقد الزواج أو فسخه من حقوق الله، فإنه يجوز بل يجب لكل ذي مصلحة بما في ذلك أحد الزوجين أو كل من له صفة الادعاء في الموضوع، وكذلك يمكن للنيابة العامة بوصفها ممثلة المجتمع، الادعاء ببطلان عقد الزواج أو فسخه باعتبار أن ذلك من صميم النظام العام.

وكما أن المدعي يجب أن يكون صاحب صفة في الدعوى فكذلك المدعى عليه؛ لأن من المبادئ أن الدعوى لا تصح إلا إذا رفعت من ذي صفة على ذي صفة<sup>6</sup>. ويترتب على فقدان صفة المدعي أو المدعى عليه

1 - أنظر، المحكمة العليا، غ أش، 2006/10/11، ملف رقم 369494، م م ع، 2007، عدد 2، ص 449.

2 - سليمان بارش، المرجع السابق، ج 1، ص 10.

3 - أنظر، بريارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 1، منشورات بغداوي، الجزائر، 2009، ص 35.

4 - محمد إبراهيم البدارين، المرجع السابق، ص 113.

5 - سورة آل عمران، الآية 110.

6 - بريارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 36.

أنه يحكم القاضي بعدم قبول الدعوى، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الغير ممن يكونون أطرافاً في الدعوى. وإذا سهى أو أخطأ القاضي وقبل الدعوى ثم فصل فيها دون أن يتحقق من توفر صفة المدعي أو المدى عليه، فإنه يحق للخصم أو محاميه أن يطعن في هذا الحكم بسبب مخالفته للقانون ويطلب إلغاء الحكم ومن جديد الحكم بعدم قبول الدعوى<sup>1</sup>.

## ب- المصلحة

إن المبدأ المستقر عليه فقها وقضاء هو أنه "لا دعوى بغير مصلحة"؛ لأن المصلحة هي مناط الدعوى بحيث لا يحق لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم تكن له مصلحة في ذلك<sup>2</sup>، وتطبق جميع المحاكم هذه القاعدة رغم عدم النص عليها في القانون، لأنه من غير الواجب أن تشغل المحاكم بدعاوى لا يفيد منها أحد<sup>3</sup>. ولم ينص المشرع الجزائري على هذه القاعدة ولكنه نص في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

ويقصد بالمصلحة "الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من رفعها سواء كانت مادية أو معنوية"<sup>4</sup>. أو هي "المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء"<sup>5</sup>.

وحتى تكون المصلحة جديرة بالاعتبار يجب أن تتوفر فيها أوصاف أو شروط معينة وهي: أن تكون المصلحة قانونية، وأن تكون المصلحة قائمة وحالة.

ويقصد بالمصلحة القانونية، أن تستند إلى حق أو مركز قانوني يعترف به القانون ويحميه، 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 - 9 - 33 من قانون الأسرة، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا في هذا الشأن 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>6</sup>. وبشأن طلب بطلان عقد الزواج لوجود موانع

<sup>1</sup> - أنظر، أنظر، عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومو، الجزائر، 2013، ص 52-53.

<sup>2</sup> - سليمان بارش، المرجع السابق، ص 13.

<sup>3</sup> - أنظر، عثمان التكروري، الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ط1، مكتبة الثقافة، عمان، 1997، ص 53.

<sup>4</sup> - الطيب زروقي، المرجع السابق، ج1، ص 6.

<sup>5</sup> - بريارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 38.

<sup>6</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 2001/02/21، ملف رقم 255711، م ق، 2002، عدد2، ص 424.

شرعية بين الزوجين استنادا للمادة 23 من قانون الأسرة، اعتبرت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006/10/11 بأن: "البناء بالزوجة وهي حامل من غير زواج شرعي، يبطل عقد الزواج، ويحمل الزوجة مسؤولية الطلاق"<sup>1</sup>. وفيما يخص طلب فسخ عقد الزواج لانعدام الشاهدين أو الصداق أو الولي في حالة وجوبه وذلك استنادا لنص المادة 33 فقرة 2 من قانون الأسرة.

أما المصلحة القائمة والحالة، أن يكون وقع بالفعل اعتداء على حق المدعي أو المركز القانوني الذي يسعى إلى حمايته، فيتحمل المدعي ضررا حالا نتيجة هذا الاعتداء وبالتالي توجد له مصلحة قائمة وحالة في إصلاح هذا الضرر تبرر الالتجاء إلى القضاء. وقد توجد مصلحة قائمة وحالة رغم أن الاعتداء على حق المدعي لم يقع بعد، إذ يهدد هذا الحق خطر محقق محتمل وقوعه، لأن هذا الخطر المحتمل وقوعه يهدد استقرار المدعي ويبعث الخوف وعدم الاطمئنان في نفسه، ولذا توجد له مصلحة قائمة وحالة في الوقاية من هذا الضرر المحتمل وإزالة ما يعتريه من خوف، وهو ما يعبر عنه بالمصلحة في الاستقرار. ذلك أن الفقه الحديث يرى أن القضاء في المجتمعات الحديثة لا ينبغي أن يقتصر على إصلاح الضرر بعد وقوعه، بل ينبغي أن يؤدي دورا وقائيا، وتدخل القاضي لمنع الضرر أولى من تدخله لإصلاح هذا الضرر<sup>2</sup>. وقد نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقوله: "... وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

ومثال ذلك دعاوى سماع الشهود، كأن تكون هناك واقعة لم تعرض على القضاء ويحتمل عرضها عليه ويقتضي الأمر الاستشهاد بالشهود، وصاحب الشأن يخشى فوات فرصة سماع أقوال الشاهد عند نظر دعوى الموضوع، كما لو كان مريضا مرضا يخشى وفاته أو سفر إلى بلد لا يرجى حضوره قريبا. كأن يرفع الزوج المدعي دعوى سماع شهود نتيجة معرفته مؤخرا أنه رضع خلال صغره وقبل الفطام من أم المدعي عليها بواسطة الشهود، وبالتالي فإن المدعي عليها تعد أختا من الرضاع عملا بالمادة 28 من قانون الأسرة.

وكما تشترط المصلحة في رافع الدعوى تشترط كذلك في شخص المتدخل أو المدخل في النزاع القائم بين أطراف آخرين وهو ما نص عليه المشرع في المادة 194 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقوله: "لا يقبل التدخل إلا ممن توفرت فيه الصفة والمصلحة".

<sup>1</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 2006/10/11، ملف رقم 371562، م م ع، 2007، عدد 2، ص 457.

<sup>2</sup> - عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 55-56.

وعليه فإنه لا بد للمدعي أن تكون له مصلحة قانونية قائمة وحالة وذلك وقت مباشرة الدعوى، ومثال الدعوى الخالية من شرط المصلحة تلك الدعوى التي يرفعها المطلق لبطلان عقد زواج مطلقة بآخر. فإذا رفعها ودفع الخصم المدعى عليه بعدم قبول الدعوى لانعدام المصلحة، فإنه يتعين على القاضي أن يحكم بعدم قبول الدعوى لانعدام المصلحة.

### ثانياً-الشروط المتعلقة بالحق في رفع الدعوى ذاتها

لا يكفي لقبول دعوى بطلان عقد الزواج أو فسخه، أو غيرها من الدعاوى المدنية أن تتوفر في شخص المدعي والمدعى عليه شروط الصفة والمصلحة، بل لا بد لقبول الدعوى أن تتوفر شروط أخرى تتعلق بالحق في الدعوى ذاتها وهي: عدم سقوطها بالتقادم وعدم سبق الفصل في موضوعها.

### أ-وجوب مراعاة مدة التقادم

للحديث عن التقادم يجب التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي. ففي العقد الباطل بطلاتنا مطلقاً 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 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 لكن دعوى البطلان لا تسمع فقط.

أما العقد الباطل بطلان نسبي فلقد 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>.

أما بالنسبة للزواج الباطل أو الفاسد فالمشروع لم يرد نص خاص يحدد فيه إجراءات دعوى بطلان عقد الزواج أو فسخه. ومنه يمكن طرح الإشكال هل يمكن تطبيق الأحكام العامة على دعوى بطلان عقد الزواج أو فسخه من حيث التقادم؟.

في الحقيقة ولما كان عقد الزواج من أهم وأخطر العقود التي يبرمها الإنسان في حياته نظرا لما يترتب عليه من آثار تمس المتعاقدين والأسرة معا. وأمام عدم وجود نص خاص في قانون الأسرة يحدد إجراءات دعوى بطلان عقد الزواج أو فسخه، فإن تطبيق المدة الطويلة الواردة في الشريعة العامة يتنافى مع خصوصيات عقد الزواج، إذ أنها تحدد استقرار الزوجين، فضلا عن ذلك اختلاط الحلال والحرام طيلة هذه المدة مما يخل بمقصد الشرع.

ومن ثم كان على المشرع الجزائري أن يستأنس فيما ذهب إليه نظيره المشرع المغربي، حيث أعطى للمكروه 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 أيضا المشرع الفرنسي هذه المدة وهي ستة أشهر، شريطة أن تكون هناك معايشة زوجية خلال مدة ستة أشهر، وتحسب هذه المدة من يوم انقطاع الإكراه أو انكشاف الغلط<sup>3</sup>.

## ب- عدم سبق الفصل في الدعوى

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

<sup>1</sup> - إضافة إلى ذلك ومن خلال 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 أجرة المباني والمرتببات والأجور والمعاشات والضرائب والرسوم المستحقة للدولة... إلخ.

<sup>2</sup> - أنظر، المادة 63 من مدونة الأسرة المغربية.

<sup>3</sup> - «l'action s'éteint par six mois de communauté de vie, mais seulement à compter du jour où la liberté a été recouvrée ou l'erreur reconnue (art.181)». Cf. Gérard CORNU, Droit civil, la famille, edit. Montchrestien, Paris, 2001,p.303.

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 قوة الشيء المقضي فيه، فإنه لا يجوز لهذا المدعي إعادة طرح هذه الدعوى للمحكمة مرة ثانية، وإن فعل ذلك عمداً أو سهواً فإنه يجوز للمدعى عليه أو محاميه أن يدفع بانقضاء الدعوى لسبق الفصل فيها، ويجوز للمحكمة بعد التأكد من سلامة الدفع أن تقضي بعدم قبول الدعوى<sup>1</sup>.

وتأكيداً لذلك قضى المجلس الأعلى في قرارها الصادر بتاريخ 1988/12/16 بأنه: "من المقرر قانوناً أن الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي فيه تكون حجة بما فصلت فيه من حقوق، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المجلس الأعلى كان قضى في نفس موضوع النزاع برفض الطعن، فإن قضاة الموضوع بقضائهم على الطاعن بدفع قيمة الأثاث يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>2</sup>.

كما أنه لا يمكن للقاضي أن يثير تلقائياً قوة الشيء المقضي فيه دون طلب من صاحب المصلحة، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1991/06/18 بأنه: "من المستقر عليه قانوناً وقضاء أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بشيء لم يطلب منه. وأن لا يأخذ بقرينة الحكم الحائز 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 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>3</sup>.

وكنتيجة لذلك إذا ثبت للمحكمة أن حق إقامة الدعوى قد سقط بالتقادم أو أن المدعي لم يحترم قوة الشيء المقضي فيه، وثبت كذلك لهذه المحكمة أن المدعى عليه قد قدم دفعا لذلك وتم التأكد من سلامة وصحة هذا الدفع، فإن عليها أن تحكم بعد قبول الدعوى.

1 - عبد العزيز سعد، إجراءات... المرجع السابق، ص 61.

2 - أنظر، المجلس الأعلى، غ أ ش، 1988/12/19، 52269، م ق، 1991، عدد 2، ص 68.

3 - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 1991/06/18، ملف رقم 74924، م ق، 1994، عدد 2، ص 59.

إضافة إلى الشروط السابقة الذكر وفي مجال الخصومات الزوجية ومن بينها بطلان عقد الزواج أو فسخه يجب توافر أهلية التقاضي، وذلك لصحة انعقاد الخصومة بين المتخاصمين إذ تنص المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على حالات بطلان...الإجراءات من حيث موضوعها، منها انعدام الأهلية للخصوم...، ويرجع في إثبات أهلية التقاضي إلى نص المادة 40 من القانون المدني التي جاء فيها: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر(19) سنة كاملة".

وتجدر الإشارة في هذا المقام أن المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد اشتملت على عدد من الحالات التي يجوز فيها الدفع بعدم القبول حيث نصت على أن: "الدفع بعدم القبول، هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقدم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع".

إضافة إلى ذلك أنه يجوز للخصوم الدفع بعدم القبول في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد تقديم دفع في الموضوع<sup>1</sup>.

كما أنه يجب على القاضي أن يثير تلقائياً الدفع بعدم القبول إذا كان من النظام العام لا سيما عند عدم احترام آجال طرق الطعن أو في غياب طرق الطعن<sup>2</sup>.

وخلاصة القول إذا تبين للمدعي أو محاميه انعدام أي شرط من شروط قبول الدعوى سواء تلك المشار إليها في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو تلك المشار إليها في المادة 64 من نفس القانون فله أن يدفع بعدم قبول الدعوى. وإذا تأكد للقاضي من عدم توفر أي شرط من شروط قبول الدعوى أو تأكد من سلامة الدفع بأية حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 67 من نفس القانون فإنه يتعين عليه أن يقضي بعدم قبول دعوى المدعي.

وإلى جانب الشروط الأولية الواجب توفرها لقبول الدعوى، هناك شروط أخرى كضرورة معرفة المحكمة المختصة نوعياً ومحلياً.

<sup>1</sup> - أنظر، المادة 68 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>2</sup> - أنظر، المادة 69 من نفس القانون.

## الفرع الثاني

### الاختصاص

يعد الاختصاص من المسائل الجوهرية في سير الدعوى القضائية، ويقصد به "ولاية القضاء بالفصل في القضايا المطروحة وفقا لمعايير النوع والموقع الإقليمي"<sup>1</sup>. ولما كان الاختصاص النوعي والإقليمي في مجال شؤون الأسرة هو جزء من الاختصاص العام. ستمحور دراستنا حول الاختصاص النوعي والإقليمي في مسائل شؤون الأسرة مع الإشارة إلى مسألة بطلان عقد الزواج أو فسخه.

#### أولا-الاختصاص النوعي

يقصد بالاختصاص النوعي صلاحية الجهة القضائية لنظر في نزاع يدخل ضمن ولاية اختصاصها<sup>2</sup>. وقد وزع المشرع الاختصاص بين مختلف الوحدات القضائية على النحو التالي:

#### أ-المحكمة

يقوم النظام القضائي في الجزائر على وحدة الجهة القضائية أي المحكمة ولا توجد محاكم كما هو الشأن في النظم القانونية الأخرى<sup>3</sup>. حيث تنظر المحكمة في جميع القضايا المطروحة أمامها بحسب طبيعة النزاع، وتشكل من أقسام وكذا أقطاب متخصصة.

ولقد حدد المشرع عدد الأقسام المشكلة للمحكمة ونوعها وذكرها في ستة(06) أقسام وهي: المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة. ويتم جدولة القضايا أمام هذه الأقسام بحسب طبيعة النزاع. أما المحاكم التي لم تشأ فيها الأقسام يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع المنازعات باستثناء القضايا الاجتماعية<sup>4</sup>.

أما بالنسبة لقسم شؤون الأسرة، فالمادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تضمنت عدة أنواع من الدعاوى أسند الاختصاص له بالفصل فيها، باعتبارها أهم الدعاوى التي يعرفها القضاء، ولكنها لا تمثل كل

<sup>1</sup> - بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص74.

<sup>2</sup> - سليمان بارش، المرجع السابق، ج1، ص67.

<sup>3</sup> - أنظر، طاهري حسين، الإجراءات المدنية والإدارية الموجزة، ج1، دار الخلدونية، الجزائر، 2012، ص30.

<sup>4</sup> - أنظر، المادة32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الدعاوى التي يختص بها هذا القسم. فلقد استعمل المشرع عبارة "على وجه الخصوص" الذي تفيد أن ما ذكره جاء على سبيل المثال<sup>1</sup>. وهذه الدعاوى هي:

- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة.
- دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة.
- الدعاوى المتعلقة بالكفالة.
- الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقدم.

وبناء على ما تقدم تعتبر دعاوى بطلان عقد الزواج أو فسخه من اختصاص قسم شؤون الأسرة الذي يفصل فيها دون سواه من الأقسام الأخرى. وإذا حصل وأن تم جدولة هذه الدعاوى لقسم آخر نتيجة خطأ مادي لأمين الضبط، فإنه يحال الملف إلى قسم شؤون الأسرة عن طريق أمانة الضبط بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقاً وهذا طبقاً للمادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

### ب-المجلس القضائي

تنص المادة 34 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يختص المجلس القضائي بالنظر في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم في الدرجة الأولى وفي جميع المواد، حتى ولول كان وصفها خاطئاً". وتنص المادة 332 من نفس القانون على أنه: "يهدف الاستئناف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة". وتنص كذلك المادة 333 من نفس القانون 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".

ومن خلال قراءة المادة 57 من قانون الأسرة نجد أنها تنص على أنه: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية. تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف".

<sup>1</sup> - الطيب زروقي، المرجع السابق، ج1، ص23.

من خلال تحليل المواد سالفة الذكر، نجد المبدأ العام هو أن المجلس القضائي ينظر في الاستئنافات المقدمة من الأحكام الصادرة من مختلف المحاكم التابعة له إقليمياً. واستثناء من ذلك توجد ثلاث فئات من الأحكام الصادرة عن قسم شؤون الأسرة لا يجوز الطعن فيها بطريق الاستئناف على مستوى الدرجة الثانية وهي:

- فئة الأحكام الفاصلة في موضوع الطلاق سواء بناء على الرغبة المشتركة للزوجين أو بناء على رغبة الزوج المنفردة
- فئة الأحكام الفاصلة في موضوع التطليق لسبب من الأسباب الواردة ذكرها في المادة 53 من قانون الأسرة.
- فئة الأحكام الفاصلة في موضوع الطلاق مقابل المال.

وتأكيداً على ذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1991/03/20 على أنه: "من المقرر قانوناً أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف، ماعداً 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 جوانبه المادية مخالفين بذلك القانون. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>1</sup>.

وبالرغم من أن المشرع لم يرد نص خاص يتعلق بإجراءات ممارسة دعوى بطلان عقد الزواج أو فسخه، فإنه يمكن القول أن الأحكام الفاصلة في دعوى بطلان أو فسخ عقد الزواج تكون نهائية؛ أي لا تقبل الطعن بطريق الاستئناف أمام المجلس القضائي ما عدى جوانبها المادية من نفقة أو سكن أو متاع البيت أو التعويض في حالة الضرر، وذلك قياساً على ما ورد في المادة 57 من قانون الأسرة.

وإذا تم الطعن في هذه الدعوى بالاستئناف سهواً أو جهلاً، فإنه يجب على قضاة الدرجة الثانية أن يصدرُوا قرارهم بعدم قابلية الحكم للطعن فيه بالاستئناف.

لكن لا يجوز لهم أن يحكموا بعدم قبول الاستئناف شكلاً، ذلك أن الحكم بعدم قبول الطعن بالاستئناف شكلاً يتطلب قبل ذلك أن يكون الحكم قابلاً للطعن بالاستئناف وفقاً لأشكال وإجراءات محددة، وأن عدم صحة هذه الأشكال والإجراءات هو الذي يترتب عليه الحكم بعدم قبول الاستئناف شكلاً. أما الحكم بعد قابلية

<sup>1</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 1991/03/20، ملف رقم 72858، م ق، 1993، عدد 1، ص 57.

الحكم للطعن بالاستئناف فهو حكم قد ورد نص بالقانون يمنع للخصم من ممارسة حقة في الطعن بالاستئناف على مستوى الدرجة الثانية لكونه نهائياً<sup>1</sup>.

### ج- المحكمة العليا

تنص المادة 349 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "تكون قابلة للطعن بالنقض، الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع والصادرة في آخر درجة عن المحاكم والمجالس القضائية".

وبالاستناد إلى مضمون نص هذه المادة فإن الأحكام الصادرة في موضوع بطلان عقد الزواج أو فسخه تكون قابلة للطعن بالنقض على مستوى المحكمة العليا في كل ما يتعلق بالجوانب القانونية دون الموضوعية أو المادية.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن الاختصاص النوعي يتعلق بالنظام العام، تقضي به الجهة القضائية تلقائياً في أي مرحلة كانت عليها الدعوى وذلك من خلال المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ لأن المشرع هو الذي حدده وذلك لاعتبارات تخص المصلحة العامة وليس مصلحة الأشخاص المتقاضين. واعتبار مسألة الاختصاص من النظام العام تترتب عليه النتائج التالية<sup>2</sup>:

- لا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص النوعي.
- يتعين على النيابة العامة إذا كانت طرفاً في الدعوى إثارة مسألة الاختصاص متى كان متعلقاً بالنظام العام حتى ولو لم يتمسك به الخصوم، و النيابة العامة تعد طرفاً أصلياً في جميع الدعاوى المتعلقة بشؤون الأسرة وذلك حسب المادة 3 مكرر من قانون الأسرة.
- يتعين على المحكمة المعروضة عليها النزاع القضاء بعدم اختصاصها إذا تبين لها ذلك حتى ولو أغفل الخصوم أو النيابة العامة الإشارة إلى ذلك.

<sup>1</sup> - عبد العزيز سعد، إجراءات...، المرجع السابق، ص266-267.

<sup>2</sup> - سليمان بارش، المرجع السابق، ج1، ص80-81؛ طاهري حسين، المرجع السابق، ج1، ص35.

## ثانياً-الاختصاص الإقليمي

يقصد بالاختصاص الإقليمي "توزيع العمل بين المحاكم على أساس جغرافي"<sup>1</sup>. أو هو "ولاية الجهة القضائية بالنظر إلى الدعوى المرفوعة أمامها استناداً إلى معيار جغرافي"<sup>2</sup>.

والاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة هو قسم مشتق من الاختصاص الإقليمي العام للمحكمة والتي يعتبر قسم شؤون الأسرة قسم من أقسامها، وهذا ما أكدته المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي ورد فيها إسناد الاختصاص للمحكمة بشكل صريح. حيث أن هذه المادة حدد الاختصاص لقسم شؤون الأسرة بالمحكمة تبعاً لطبيعة كل نزاع إما في موطن المدعى عليه أو موطن المدعي أو بناء على اختيار الطرفين. والتي سنحاول تبسيطها على النحو الآتي:

### 1-المحكمة المختصة في موضوع العدول عن الخطبة

تنقضي الخطبة عادة بمجرد تحقق الغرض الأساسي المتوخى منها والمتمثل في إبرام عقد الزواج، وقد تنقضي الخطبة بأسباب أخرى كوفاة الخاطب أو المخطوبة أو الاتفاق على إنهاؤها أو عدول أحدهما عنها بإرادته المنفردة طبقاً لما يقضي به منطوق المادة 5 من قانون الأسرة.

وللاعتبارات السالفة ذكرها فإن مسألة العدول عن الخطبة تطرح بعض المشاكل القانونية والتي تتعلق أساساً بمصير المهر والهدايا التي قدمها الخاطب وبالاختصاص إلى المخطوبة، وإمكانية التعويض عن الضرر المترتب عن هذا العدول.

وعليه إذا تم العدول عن الخطبة وثار نزاع حول المسائل السالفة الذكر، فما على المدعي إلا التوجه إلى المحكمة المختصة إقليمياً وهي محكمة موطن المدعى عليه وذلك حسب المادة 426 في بندها الأول حيث تنص على أنه: "في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه".

### 2- المحكمة المختصة في موضوع إثبات الزواج

تنص المادة 426 في بندها الثاني على أنه: "في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه".

1 - عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 37.

2 - بريارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 83.



ومعنى ذلك أنه إذا ادعى أحد الزوجين أن العقد صحيح ثم أراد أن يطلب تسجيله وذلك من أجل إثباته والاحتجاج به تجاه الغير، وزعم الزوج الآخر أن العقد غير صحيح أو أنه غير موجود أصلاً، ثم نشأ نزاع بينهما أو بين أحدهما وورثة الآخر، فإن لجوء أحدها إلى المحكمة لإثبات هذا العقد محل النزاع وتسجيله في سجلات الحالة المدنية يتطلب أن يقيم دعوى عادية أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة التي يكون فيها موطن المدعى عليه.

### 3- المحكمة المختصة في موضوع الطلاق والمراجعة أو الطلاق بالتراضي

تنص المادة 426 في بندها الثالث على أنه: "في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي حالة الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما".

ومعنى هذا أنه إذا وقع خصام بين الزوجين، وغضبت الزوجة وتركت مسكن الزوجية التي تقيم فيه مع زوجها وأولادها وذهبت إلى مسكن أهلها أو أقاربها، ولم تشأ الرجوع رغم دعوتها إلى ذلك بالطرق الودية. فإن الزوج يمكنه في هذه الحالة أن يقيم ضدها دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة وهي مكان وجود المسكن الزوجي ويطلب إما الحكم عليها بالرجوع إلى محل الزوجية واستئناف العلاقة الزوجية، إذا كان يرغب في ذلك وإما الحكم بطلاقها إذا استحالت هذه العلاقة.

أما في حالة الطلاق بالتراضي فبعد أن عرفته المادة 421 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك بنصها على أن: "الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المنفردة". ثم جاءت المادة 428 ونصت على أنه: "في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط". ومعنى ذلك أن طلب الطلاق بالتراضي يوجب على الزوجين أن يقوموا بتحرير عريضة مشتركة واحدة تشمل على البيانات المشار إليها في المادة 429 من نفس القانون، ثم إيداعها أمام المحكمة المختصة وهي إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما.

### 4- المحكمة المختصة في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر

#### المحضون

تنص المادة 426 في بندها الرابع على أنه: "في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة لقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة".

ومعنى هذا الكلام أنه إذا وقع نزاع بين الحاضنة أو الحاضن وبين شخص آخر ممن له حق الحضانة شرعا سواء تعلق الأمر بإسقاطها على الغير وإسنادها إليه أو تعلق الأمر بحق الزيارة بعد إسناد الحضانة للغير، فإن المحكمة المختصة بالفصل في هذا النزاع هي المحكمة التي تمارس الحضانة<sup>1</sup> ضمن اختصاصها الإقليمي دون سواها، في حالة ما إذا كانت دعوى الحضانة مستقلة عن دعوى الطلاق. أما إذا كانت دعوى الحضانة متصلة بدعوى الطلاق فالمحكمة المختصة إقليميا هي محكمة وجود السكن الزوجي.

## 5- المحكمة المختصة في موضوع النفقة الغذائية

تنص المادة 426 في بندها الخامس على أنه: "في موضوع النفقة الغذائية بموطن الدائن بها".

ومعنى هذا النص إذا أرادت الزوجة أن تقيم دعوى ضد زوجها قبل الطلاق أو بعده من أجل الحكم لها أو لأولادها القاصرين الذين في رعايتها بالنفقة الواجبة على زوجها أو مطلقها، فإن المحكمة المختصة في مثل هذا الطلب هي المحكمة التي يوجد بدائرتها موطن الزوجة المدعية باعتباره موطن الدائن بها.

## 6- المحكمة المختصة في موضوع متاع بيت الزوجية

يراد بمتاع البيت كل ما يوجد داخل بيت الزوجية مما ينتفع به عادة ومن ذلك مثلا الأفرشة والأغطية والملابس وأدوات المطبخ والتحف الفنية والكتب وأدوات التجميل ونحوها التي يكون الزوج قد جهز بها بيت الزوجية، وقد تكون الزوجة قد جلبتها معها يوم زفافها.

قد يثار بين الزوجين سواء أثناء فترة الزواج أو بعد انتهائه بأي وجه من الأوجه نزاع حول أحقية كل منهما في الأشياء الموجودة داخل بيت الزوجية وقد يثار النزاع أيضا بين الزوج الباقي على قيد الحياة وورثة الزوج الآخر. وفي هذا الصدد يجب على المدعي أن يرفع دعوى وفقا للأشكال المنصوص عليها في القانون أمام المحكمة المختصة في مثل هذا النزاع وهي محكمة وجود المسكن الزوجي، حسب المادة 426 في بندها السادس والتي تنص على أنه: "في موضوع متاع بيت الزوجية بمكان وجود المسكن الزوجي".

<sup>1</sup> - ويتحدد مكان ممارسة الحضانة إما بمكان تواجد بين الزوجية أو مكان تواجد أهل الحاضنة، حيث قضت المحكمة العليا في هذا الخصوص في قرارها الصادر بتاريخ 2010/11/11 على أنه: "يتحدد مكان سكن ممارسة الحضانة، إما بمكان تواجد بيت الزوجية، أو مكان تواجد أهل الحاضنة. أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 2010/11/11، ملف رقم 581700، م م ع، 2011، عدد 1، ص 252.

## 7- في موضوع الترخيص بالزواج

يشترط المشرع كقاعدة عامة لصحة عقد الزواج أن يكون كل من طرفي العقد وهما الزوج والزوجة عاقلًا بالغًا سن الرشد القانوني كما حددته المادة 40 من القانون المدني ووفقًا لنص المادة 7 من قانون الأسرة. ورغم ذلك فإن تقرير هذه القاعدة لم يمنع المشرع لاعتبارات اجتماعية أو نفسية أو بيئية من وضع استثناء يتعلق بزواج من لم يبلغ سن الرشد، وذلك عن طريق ترخيص من القاضي وفقًا لنص المادة 7 من قانون الأسرة. ويتم الحصول على هذا الترخيص بطلب يقدمه المعني إلى المحكمة المختصة إقليميًا وهي محكمة مكان طالب الترخيص حسب المادة 426 في بندها السابع والتي تنص على أنه: " في موضوع الترخيص بالزواج بمكان طالب الترخيص".

## 8- في موضوع الصداق

تنص المادة 426 في بندها الثامن على أنه: "في موضوع المنازعة حول الصداق بمكان موطن المدعى عليه".

ومعنى ذلك أنه في حالة وجود نزاعات متعلقة بالصداق كتلك التي ترمي إلى استرداده بعد فسخ الخطبة أو تحصيل مؤخره أو تأكيده، فإن المحكمة المختصة في مثل هذه النزاعات هي المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها موطن المدعى عليه.

## 9- في موضوع الولاية

تنص المادة 426 في بندها التاسع على أنه: "في موضوع الولاية بمكان ممارسة الولاية".

ومعنى ذلك أن دعاوى الولاية على نفس القاصر وعلى أمواله يؤول الاختصاص بشأنها إلى المحكمة التي يكون في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الولاية. فمثلا عند استقراء المادتين 453 و458 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يتبين أن الشخص الذي يريد إسقاط سلطة ولاية أحد الوالدين على ولده أو أولاده القصر، سواء أكان هذا الشخص أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة أو غيرها مما يهمله الأمر، يجب عليه أن يقدم طلبه في شكل عريضة استعجالية حسب الأوضاع والأشكال المقررة قانونًا لرفع الدعوى الاستعجالية، أمام المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الولاية.

هذه أهم المسائل التي نص عليها المشرع في المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تختص المحكمة الإقليمية بشأنها وذلك حسب طبيعة كل نزاع. وإلى جانب هذه المادة نصت المادة 40 في بندها الثاني من نفس القانون على أنه: "في مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن، على التوالي، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن".

وبمقارنة حكم المادة 426 والمادة 40 بند الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مع مضمون قانون الأسرة، نجد هناك مسائل لم يرد النص على اختصاصها لقسم شؤون الأسرة بالمحكمة، ومن بين هذه المسائل الدعاوى المتعلقة ببطلان عقد الزواج أو فسخه. ومنه يمكن طرح السؤال: ماهي المحكمة المختصة إقليمياً في هذه الحالة؟.

للإجابة عن هذا السؤال نكون أمام فرضيتين هما:

**الفرضية الأولى:** المحكمة المختصة هي محكمة موطن المدعى عليه باعتبار أن المسألة تتعلق بقيام الزوجية سواء كانت صحيحة أو باطلة أو فاسدة.

**الفرضية الثانية:** المحكمة المختصة هي محكمة وجود مسكن الزوجية باعتبار أن كل من الطلاق والبطلان والفساد من أسباب الفرقة الزوجية.

وبناء على ما تقدم يتضح أنه إذا أقيمت أية دعوى بشأن موضوع من المواضيع السالفة الذكر أمام المحكمة غير التي منحها القانون صلاحية الاختصاص بالفصل فيها، ودفع المدعى عليه بعدم الاختصاص الإقليمي بشأنها، فما على القاضي إذا تبين له صحة هذا الدفع إلا الحكم بعدم الاختصاص دون مناقشة الموضوع.

لكن السؤال الذي يمكن طرحه في هذا المقام هو: هل الاختصاص الإقليمي المتعلق بهذه المسائل يعتبر من النظام العام؟.

أن من يراجع المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا يجد فيها ما يفيد صراحة ولا ضمناً أنها روعي فيها مصلحة سير القضاء، بل العكس من ذلك قد روعي فيها المصلحة الخاصة وهي مصلحة

المتقاضين، وهو ما يجعلنا نعتقد بأن الاختصاص الإقليمي هو من حيث المبدأ لا يتعلق بالنظام العام إلا إذا ورد نص خاص يسند الاختصاص إلى جهة قضائية محددة دون سواها<sup>1</sup>.

هذه أهم الإجراءات السابقة للنظر في دعوى بطلان عقد الزواج أو فسخه من حيث قبول الدعوى ومن حيث أحكام الاختصاص. أما إجراءات رفع الدعوى للوصول بها إلى ساحة القضاء، سنتناولها في المطلب الثاني.

## المطلب الثاني

### إجراءات دعوى بطلان عقد الزواج أو فسخه

قبل الحديث عن عريضة دعوى بطلان عقد الزواج أو فسخه من حيث شكلها ومضمونها ومن حيث إيداعها ومن حيث تبليغها إلى المدعي عليه وتكليفه بالحضور، لابد من طرح الإشكال التالي: من هو الشخص الذي يحق له طلب إبطال عقد الزواج، أو يحق له الادعاء بفسخه أو الدفع به؟.

للإجابة عن ذلك نقول أنه إذا وقع انعقاد زواج ما سواء كان باطلاً أو فاسداً، ثم بعد فترة من الزمن اكتشف أمره، فهنا إما أن يكون الزوجان راضيين به ولم يعلم غيرهما سبب بطلانه أو فساده. وإما أن يكون أحدهما غير راضٍ بالحياة مع الآخر في ظل هذا العقد غير الصحيح. أو أن يكون الغير مما له مصلحة يرغب في بطلانه أو فسخه. وفي هذه الحالة يجوز لأحد الزوجين ولكل واحد من له مصلحة في بطلان أو فسخ عقد الزواج أن يتقدم إلى المحكمة المختصة ويرفع دعوى أمامها يعرب فيها عن رغبته في الحكم بفسخ ذلك الزواج أو التقرير ببطلانه.

كما يمكن لممثل النيابة العامة أن يقوم بنفس الإجراءات باعتبار أن ذلك من النظام العام ومن واجب النيابة العامة الحرص عليه<sup>2</sup>، وفقاً لنص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون". حيث لها رفع دعوى بطلان أو فسخ عقد الزواج.

أما من حيث كيفية طلب بطلان عقد الزواج أو فسخه، فهي لا تختلف مبدئياً عن غيرها من الدعاوى الأخرى سواء كانت دعاوى متعلقة بشؤون الأسرة أو الدعاوى الأخرى كالاقتصادية والعقارية... إلخ. ولهذا

1 - عبد العزيز سعد، إجراءات...، المرجع السابق، ص 42-43.

2 - عبد العزيز سعد، الزواج...، المرجع السابق، ص 189.

سنحاول دراسة هذا الموضوع في عنصرين أساسيين: العنصر الأول يتعلق بشكل ومضمون عريضة رفع الدعوى وكيفية إيداعها ثم إجراءات تبليغها رسمياً (الفرع الأول). أما العنصر الثاني فيتمحور حول إجراءات التكليف بالحضور إلى الجلسة (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### عريضة رفع الدعوى وإجراءات تبليغها

عريضة دعوى بطلان عقد الزواج أو فسخه لا تختلف مبدئياً في شكلها ولا في مضمونها ولا من حيث كيفية إيداعها إلى أمانة ضبط المحكمة، ولا أيضاً من حيث إجراءات تبليغها إلى المدعى عليه وإلى النيابة العامة عن الدعاوى الأخرى. 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

فبالنسبة لشكل عريضة افتتاح الدعوى أو عريضة رفع الدعوى ورد النص عليها في المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث أنها ترفع أمام المحكمة بعريضة مكتوبة وموقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعى 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 تضمنت شكل العريضة دون تحديد الجزاء الذي يرتب على إغفال أحد العناصر والبطلان لا يكون إلا بنص، فالرأي هو جواز تصحيح الإجراءات أثناء سير الخصومة<sup>1</sup>. وفي ذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/04/30 على أنه: "من المقرر قانوناً أنه إذا كان البطلان أو عدم صحة الإجراءات المدفوع به ليس من النظام العام، فيجوز للقاضي أن يمنح أجلاً للخصوم لتصحيحه ويرجع هذا التصحيح إلى تاريخ الإجراء المطعون فيه بالبطلان أو عدم الصحة ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون. ولما كان ثابتاً- في قضية الحال- أن المجلس القضائي لما قضى بعدم قبول الاستئنافين الذين قدمهما الطاعن بحجة عدم توقيع عريضته الأولى وعدم إدخال الوالي في العريضة الثانية

<sup>1</sup> - بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 51.

بالرغم من هذا الإجراء ليس من النظام العام يكون بقضائه كما فعل قد خالف القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<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، فأخر 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 السندات والوثائق المؤيدة للدعوى.

هذه البيانات رتب المشرع على الإخلال بما عدم قبول الدعوى شكلا؛ لأن الغاية من كون تلك البيانات هي حماية النظام العام فيما يتعلق بالاختصاص ودفع الجهالة بأطراف الخصومة وضمن سير مرفق القضاء. 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 المشرع.

أما بالنسبة لإغفال البيانات المتعلقة بالإشارة إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى، فلا يكون سببا لعدم قبولها شكلا؛ لأن المشرع قيد الإشارة بالاقتضاء.

وبعد أن ينتهي المدعي من تحرير عريضة افتتاح الدعوى وفقا لبيانات الشكل والمضمون المنصوص عليهما في المادتين 14 و15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يقوم بإيداعها لدى أمانة الضبط بالمحكمة المختصة مرفقة بوصل تسديد الرسوم القضائية المتعلقة بتسجيل الدعاوى ما لم ينص القانون على خلاف ذلك حسب المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وبعد ذلك 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

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ أش، 1990/04/30، ملف رقم 59728، م ق، 1992، عدد4، ص61.

العريضة، ويسلمها للمدعي بغرض تكليف الخصوم رسمياً بالحضور للجلسة وذلك قبل عشرين يوماً على الأقل من يوم تاريخ الجلسة المعنية لنظر الدعوى، وذلك حسب ما جاء في نص المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

## ثانياً- إجراءات التبليغ الرسمي لعريضة الدعوى إلى المدعى عليه وإلى النيابة العامة

### أ- إجراءات التبليغ الرسمي لعريضة الدعوى إلى المدعى عليه

إن الأثر المترتب من تبليغ عريضة الدعوى للمدعى عليه يتمثل في انعقاد الخصومة، ذلك أن عدم تبليغ هذه العريضة تبليغاً رسمياً وفقاً للقانون ينتج عنه حرمان المدعى عليه من إعداد دفاعه، مما يؤدي إلى عدم انعقاد الخصومة وبالتالي عدم جواز مناقشة موضوع الدعوى وعدم جواز الفصل فيها<sup>1</sup>.

وإجراءات تبليغ عريضة افتتاح الدعوى إلى المدعى عليه في دعوى بطلان عقد الزواج أو فسخه لا تختلف عن مثيلاتها من الدعاوى الأخرى، حيث تخضع أساساً للأحكام الواردة في نص المادة 406 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويقصد بعبارة التبليغ الرسمي للعريضة هو ما بينته المادة 406 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه التبليغ الذي يتم بموجب محضر يعبه المحضر القضائي بناء على طلب الشخص المعني أو ممثله القانوني أو الاتفاقي، ويتعلق التبليغ الرسمي إما بعقد قضائي أو غير قضائي أو أمر أو حكم أو قرار.

ومن خلال هذه المادة يتبين أن هناك فارق جوهري بين التبليغ الرسمي والتبليغ العادي. إذ أن التبليغ الأول يقوم به المحضر القضائي ويحرر بموجبه محضراً في عدد من النسخ مساوٍ لعدد الأشخاص المراد تبليغهم رسمياً، أما الثاني فيتم بدون محضر تسليم كالإشعار أو التسليم من طرف أمانة الضبط<sup>2</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.

<sup>1</sup> - عبد العزيز سعد، إجراءات...، المرجع السابق، ص 19-20.

<sup>2</sup> - بريارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 314.



- 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.

وعليه فمحضر إثبات التبليغ حتى يكون صحيحا يجب أن يتضمن كل هذه البيانات، إذ أن تخلف بيان أو أكثر من البيانات المشار عليها أعلاه، يكون هذا المحضر مآله البطلان، وهو ما أكدت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 407 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت على ما يلي: "وإذا لم يتضمن محضر التبليغ الرسمي البيانات المشار عليها أعلاه، يجوز للمطلوب تبليغه الدفع ببطلانه قبل إثارته لأي دفع أو دفاع".

أما عن مراحل إجراءات التبليغ الرسمي لعريضة الدعوى وغيرها من السندات القضائية وغير القضائية. فالقاعدة العامة هي أن التبليغ يكون إلى المدعى عليه شخصيا حيثما وجد، وهذا ما أكدته المادة 604 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما إذا عين أحد الخصوم وكيلًا، فإن التبليغ الرسمي للعريضة إلى هذا الوكيل يعد تبليغا صحيحا وذلك وفق ما نصت عليه المادة 409 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فإذا كان التبليغ الرسمي للشخص المراد تبليغه مستحيلا، فقد أجابت المادة 410 على ذلك بقولها: "عند استحالة التبليغ الرسمي شخصيا للمطلوب تبليغه، فإن التبليغ يعد صحيحا إذا تم في موطنه الأصلي إلى أحد أفراد عائلته المقيمين معه أو في موطنه المختار. يجب أن يكون الشخص الذي تلقى التبليغ متمتعا بالأهلية، وإلا كان التبليغ قابلا للإبطال".

ومعنى هذه المادة أنه إذا لم يعثر المحضر القضائي على الشخص المراد تبليغه تبليغا شخصيا، فإن تسليمه الوثيقة محل التبليغ إلى أفراد أسرته كزوجته أو ابنه أو أبيه أو أخيه أو غيرهم ممن يقيمون معه في موطنه الحقيقي أو في موطنه المختار، يعد تبليغا صحيحا بشرط أن يكون أحد أفراد الأسرة الذي تلقى التبليغ متمتعا بالأهلية، وإلا كان هذا التبليغ عرضة للطعن فيه بالبطلان.

أما إذا كان الشخص المراد تبليغه في الحبس من دون تمييز بين الحبس المؤقت أو قضاء المدة المحكوم بها، فيعد التبليغ صحيحا إذا تم بمكان حبسه وذلك حسب نص المادة 413 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما إذا 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 يجره بهذا الشأن. ثم بعد ذلك يشرع في تنفيذ مرحلة أخرى وهي مرحلة أن يقوم بوضع العريضة موضوع التبليغ ضمن ظرف أو غلاف ويرسله إلى عنوان المعني في موطنه، وذلك بموجب رسالة مضمونة الوصول مع إشعار بالاستلام. ويعتبر التبليغ في هذه الحالة بمثابة التبليغ الشخصي وبحسب الأجل من تاريخ ختم البريد.

أما إذا كان الشخص المراد تبليغه لا يملك موطنًا معروفًا داخل الوطن، فهنا وحسب ما نصت عليه المادة 412 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتعين على المحضر القضائي أن يقوم بإجراء يؤدي إلى تبليغ العريضة ويتمثل هذا الإجراء في تحرير محضر يشمل الإجراءات التي قام بها، وبعد ذلك يقوم بالتبليغ الرسمي وذلك بتلصيق نسخة منه بلوحة الإعلانات بمقر المحكمة ومقر البلدية التي كان له بها آخر موطن.

ويتبع نفس الإجراء إذا رفض الأشخاص الذين لهم صفة تلقي التبليغ الرسمي مثل أفراد العائلة المقيمين معه والمذكورين في المادة 410 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفضلا عن ذلك يرسل التبليغ الرسمي برسالة مضمونه مع إشعار بالاستلام إلى آخر موطن له وذلك حسب ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 412 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولإثبات هذه الإجراءات والمتمثلة في إجراءات الإرسال بالبريد، وإجراءات التعليق بلوحة الإعلانات بمقر المحكمة ومقر البلدية، فإن الفقرة الثالثة من المادة 412 نصت على أن الإرسال المضمون يثبت بختم إدارة البريد.

أما عملية التعليق بمقر البلدية تثبت بتأشيرة رئيس المجلس الشعبي البلدي أو موظف مؤهل لذلك. وأما عملية التعليق بلوحة الإعلانات بمقر المحكمة تثبت بتأشيرة رئيس أمناء الضبط.

أما إذا كانت قيمة الالتزام تتجاوز خمسمائة ألف دينار، نصت الفقرة الرابعة من المادة 412 على أنه ينشر مضمون عقد التبليغ الرسمي في جريدة يومية وطنية، بإذن من رئيس المحكمة التي يقع فيها مكان التبليغ وعلى نفقة طالبه.

وفي جميع الأحوال، يسري أجل التبليغ الرسمي من آخر إجراء حصل وفق هذه الطرق بمثابة التبليغ الرسمي وذلك حسب الفقرة الأخيرة من المادة 412.

أما بالنسبة لتبليغ عريضة رفع الدعوى إلى المدعى عليه أو غيره الذين يقيمون خارج الوطن وله موطن معروف هناك، فإن التبليغ يكون وفقا للإجراءات المنصوص عليها في الاتفاقيات القضائية وذلك طبقا لنص المادة 414 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وفي حالة عدم وجود اتفاقية قضائية، يتم إرسال التبليغ بالطرق الدبلوماسية وذلك حسب ما نصت عليه المادة 415 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما بالنسبة إلى الوقت الذي يمكن من خلاله تسليم العريضة إلى المدعى عليه أو إلى غيره فلقد حددته المادة 416 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت على أنه: "لا يجوز القيام بأي تبليغ رسمي قبل الساعة الثامنة صباحا ولا بعد الثامنة مساء ولا أيام العطل، إلا في حالة الضرورة وبعد إذن من القاضي".

وعليه، فإذا كان المشرع قد حدد مراحل إجراءات التبليغ الرسمي وجعل المرحلة الأولى هي مرحلة التبليغ الشخصي. أما المرحلة الثانية فهي مرحلة تبليغ أفراد عائلته المقيمين معه في موطنه الأصلي أو في موطنه المختار إذا استحال التبليغ الرسمي شخصيا. أما المرحلة الثالثة فهي التبليغ بواسطة البريد إذا رفض الشخص المراد تبليغه استلام محضر التبليغ أو رفض التوقيع عليه أو رفض وضع بصمته. أما المرحلة الرابعة فهي مرحلة التبليغ بواسطة لوحة الإعلانات بمقر المحكمة ومقر البلدية التي كان له بها آخر موطن، وذلك إذا كان الشخص المراد تبليغه لا يملك موطنًا معروفًا أو إذا رفض أفراد عائلته استلام محضر التبليغ.

فإنه يجب على المحضر القضائي المكلف بالتبليغ الرسمي أن يراعي هذه المراحل ولا يجوز له تبليغ الشخص المراد تبليغه عن طريق أفراد أسرته مع أنه يمكن تبليغه شخصيا أو تبليغ الشخص عن طريق لوحة الإعلانات بمقر

المحكمة ومقر البلدية مع أن للشخص أفراد عائلته مقيمين معه في موطنه الأصلي أو في موطنه المختار. فإذا أغفل المحضر القضائي المكلف بالتبليغ مراعاة إحدى هذه المراحل فإنه سيكون محضر التبليغ مآله الطعن فيه بالبطلان وبطلان إجراءات التبليغ<sup>1</sup>.

### ب- إجراءات التبليغ الرسمي لعريضة الدعوى إلى النيابة العامة

بعد أن نصت المادة 3 من قانون الأسرة باعتبار أن النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع الدعاوى المتعلقة بشؤون الأسرة<sup>2</sup>، جاءت المادة 438 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ونصت على أن: "يجب على المدعي في دعوى الطلاق، أن يبلغ رسمياً المدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة المشار إليها في المادة 436 أعلاه. ويجوز له أيضاً تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط".

قياساً على دعوى الطلاق، فإنه يجب على المدعى عليه في دعوى بطلان عقد الزواج أو فسخه، أن يقوم بتبليغ نسخة من عريضة افتتاح دعوى بطلان عقد الزواج أو فسخه إلى وكيل الجمهورية ممثل النيابة العامة على مستوى المحكمة. وذلك إما مباشرة بواسطة المحضر القضائي الذي يحرر محضر تبليغ بذلك. أو بواسطة أمين الضبط الذي ينبغي أن يحرر وصل تسليم يوقعه مع المبلغ له.

إذا قام المحضر القضائي بإجراءات التبليغ حسب ما نص عليه القانون، فإن الأمر يتطلب إجراء آخر يتمثل في تحرير وثيقة التكليف بالحضور إلى الجلسة وفق بيانات محددة في القانون، ثم تسليمها إلى المدعى عليه بواسطة المحضر القضائي، الذي يتعين عليه كذلك أن يحرر محضر التسليم الذي يشمل هو الآخر على بيانات معينة وهذا ما سنحاول الحديث عنه.

## الفرع الثاني

### إجراءات التكليف بالحضور إلى الجلسة

إجراءات التكليف بالحضور إلى الجلسة في دعوى بطلان عقد الزواج أو فسخه لا تختلف عن إجراءات تكليف المدعى عليه بالحضور إلى الجلسة في الدعاوى الأخرى، وهي إجراءات تتطلب من المحضر القضائي تحرير

<sup>1</sup> - عبد العزيز سعد، إجراءات...، المرجع السابق، ص 24-25.

<sup>2</sup> - وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 11/10/2006 على أنه: "يجب إطلاع النيابة العامة، باعتبارها طرفاً أصلياً، على قضايا الأحوال الشخصية. أنظر، م ع، غ أ ش، 11/10/2006، ملف رقم 401317، م م ع، 2007، عدد 2، ص 489.

وثيقة التكليف بالحضور إلى الجلسة وفقا للبيانات المحددة في القانون، ثم تسليمها إلى المدعى عليه بواسطة المحضر القضائي الذي يتعين عليه أن يحرر كذلك محضر التسليم الذي يشمل هو الآخر على بيانات أوجب القانون مراعاتها. ولهذا فإننا سنتحدث عن وثيقة التكليف بالحضور أولا، ثم محضر تسليمها ثانيا.

### أولا-وثيقة التكليف بالحضور

التكليف بالحضور يتم على يد المحضر القضائي وهو الوسيلة التي أقرها قانون الإجراءات المدنية والإدارية للتخاطب رسميا وقضائيا<sup>1</sup>. ومن ثم يقصد بالتكليف بالحضور هو دعوة المدعى عليه للمثول أمام المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى<sup>2</sup>. ولقد حددت المادة 18 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية البيانات الواجب توافرها في وثيقة التكليف بالحضور 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.

رغم أن القانون لم يشير إلى أي جزاء يترتب على إغفال أحد أو بعض هذه البيانات، إلا أن عبارة "يجب" التي صيغت بها هذه المادة، توحى بأن إغفال أحد أو بعض هذه البيانات يعرض وثيقة التكليف بالحضور للبطلان<sup>3</sup>.

وفضلا عن ذلك حدد القانون فترة زمنية بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور وبين التاريخ المحدد لأول جلسة حيث نصت المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "... يجب احترام أجل عشرين(20) يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور، والتاريخ المحدد لأول جلسة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

<sup>1</sup> - طاهري حسين، المرجع السابق، ج1، ص19.

<sup>2</sup> - أنظر، فريجه حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د س ن، ص21؛ سليمان بارش، المرجع السابق، ج1، ص94.

<sup>3</sup> - عبد العزيز سعد، إجراءات...، المرجع السابق، ص46.

ومع أن هذا النص جاء بصيغة الوجوب، فإنه في حالة عدم احترام الأجل يحق لأحد الخصوم أن يدفع ذلك ويطلب الحكم بعد قبول الدعوى شكلا بسبب مخالفة القانون وحرمان المدعى عليه من إعداد وسائل دفاعه خلال الوقت المناسب الذي منحه إياه القانون.

### ثانيا- محضر تسليم التكليف بالحضور

إن حلقة وصل بين طرفي الخصومة هو المحضر القضائي، فلا تصح إجراءات التكليف بالحضور إلا بواسطته، حيث أن القانون خوله الإشهاد على واقعتين، استلام التكليف من طرف الخصم وفقا للقانون، ثم تحرير محضرا رسميا على الواقعة، ذا حجية لا تقبل إلا الدفع بالتزوير<sup>1</sup>.

ولقد حددت المادة 19 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية البيانات الواردة في 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، مرفقا 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.
- تنيبه المدعى عليه بأنه في حالة عدم امتثاله للتكليف بالحضور، سيصدر حكم ضده، بناء على ما قدمه المدعي من عناصر.

<sup>1</sup> - بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص62.

رغم أن القانون لم يتضمن نصا على وجوب ذكر هذه البيانات تحت طائلة البطلان، فإنه من حق المبلغ له أن يدفع ذلك ببطلان هذا المحضر وذلك لإخلاله بأحد أو بعض عناصر هذه البيانات، ومن ثم عدم قبول الدعوى شكلا<sup>1</sup>.

وبناء على ما تقدم يتضح أن التكليف بالحضور المستوفي الأحكام القانونية المشار إليها، يترتب عليه انعقاد الخصومة بحيث يحضر الأطراف أمام المحكمة بأنفسهم أو بواسطة وكلائهم أو محاميهم<sup>2</sup>.

أما إذا تقاعس المدعي عن مباشرة إجراءات التكليف بالحضور فإن الخصومة لا تنعقد، إذ أنها لا توجد إلا بوجود طرفين وانعدام أحدهما يعتبر انعداماً لركن من أركانها، وبالتالي فالحكم الصادر بدون تكليف الطرف الآخر لا يعتبر باطلاً فحسب بل يعتبر منعماً، والحكم المعدوم لا تلحقه أي حصانة، وبالتالي فالتمسك بانعدامه يبقى مفتوحاً والظعن فيه يبقى قائماً. أما في حالة عدم حضور الخصم رغم صحة تكليفه، فإن الخصومة تكون صحيحة<sup>3</sup>.

هذه هي أهم الإجراءات المتعلقة بعريضة رفع دعوى بطلان عقد الزواج أو فسخه من حيث شكلها ومضمونها، ومن حيث إيداعها بأمانة الضبط، ومن حيث تبليغا رسميا إلى المدعى عليه وتكليفه بالحضور إلى الجلسة.

وتجدر الإشارة في هذا المقام أن المشرع لم يرد نص خاص وصریح يبين الحكم الصادر في دعوى بطلان عقد الزواج أو فسخه. ولهذا يمكن القول أن المحكمة تحكم ببطلان عقد الزواج أو فسخه سواء طلب منها ذلك من أية جهة كانت لها مصلحة في ذلك أو لم يطلب منها، حيث لها أن تثير ذلك تلقائياً لأن المسألة تتعلق بصميم النظام العام. ومن ناحية أخرى يمكن التمسك ببطلان عقد الزواج أو فسخه أمام المجلس القضائي بل وأمام المحكمة العليا رغم أن ذلك لم يثر من قبل أمام المحكمة.

والحكم الصادر من المحكمة يتبعه تنفيذه سواء رضاً أو قضاءً، مع العلم أن الحكم ببطلان عقد الزواج هو حكم كاشف غير منشئ يترتب آثاره في الحال دون الاحتياج - مبدئياً - إلى أي إجراء قضائي، أما الحكم بفسخ عقد الزواج هو حكم منشئ.

1 - عبد العزيز سعد، إجراءات...، المرجع السابق، ص 49.

2 - سليمان بارش، المرجع السابق، ج 1، ص 97.

3 - بريارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 63-64.

فضلا عن ذلك يجب على وكيل الجمهورية ممثل النيابة العامة على مستوى المحكمة أن يقوم بتسجيل الحكم في سجلات الحالة المدنية، حيث نصت المادة 49 في فقرتها الأخيرة من قانون الأسرة على أنه: "تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة". وإن كانت هذه المادة متعلقة بالطلاق إلا أنه يمكن قياسها على بطلان عقد الزواج أو فسخه وذلك لاتحاد العلة.

ومن زاوية القانون المقارن، نجد أن المشرع المغربي أقر على هذا الإجراء في المادة 141 من مدونة الأسرة التي نصت على أنه: "توجه المحكمة ملخص وثيقة الطلاق، أو الرجعة، أو الحكم بالتطليق، أو بفسخ عقد الزواج، أو ببطلانه، إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين، مرفقا بشهادة التسليم داخل خمسة عشر يوما من تاريخ الإشهاد به، أو من صدور الحكم بالتطليق أو الفسخ أو البطلان.

يجب على ضابط الحالة المدنية ضميين بيانات الملخص بمامش رسم ولادة الزوجين.

إذا لم يكن للزوجين أو أحدهما محل ولادة بالمغرب، فيوجه الملخص إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط.

تحدد المعلومات الواجب تضمينها في الملخص المشار إليه في الفقرة الأولى أعلاه بقرار من وزير العدل".

هذه جملة الإجراءات التي نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تمكن أحد الزوجين للوصول إلى هيئة القضاء للحكم له بتقرير الجزاء. وفضلا عن طلب تقرير الجزاء يمكن للزوج الذي لحقه ضرر أن يطالب بالتعويض على من تسبب في ذلك ، وهذا ما سنحاول دراسته في المبحث الثاني.

## المبحث الثاني

### التعويض عن الأضرار المترتبة عن الجزاء المدني

سبق وأن بينا أنه لا يمكن الحكم بالجزاء المدني والمتمثل ببطلان عقد الزواج أو فسخه إلا أمام القضاء وفقا لإجراءات معينة حددها القانون. فإذا تقرر بطلان أو حكم بفسخ عقد الزواج فإنه يمكن للزوج البريء أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحقه على من تسبب في البطلان أو الفسخ، طبقا للأحكام العامة للمسؤولية المقررة في القانون المدني. وإذا تبين للقاضي أن الوقائع كافية لقيام عناصر المسؤولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة



السببية بينهما، كانت له السلطة الواسعة في تقديره للتعويض مع إبرازه بما فيه الكفاية للعناصر التي استمد منها في تقديره، إذ أنه لا تعويض دون مسؤولية ولا تقدير حيث لا تعويض.

وبناء على ذلك سنحاول بيان المسؤولية المدنية للتعويض عن بطلان عقد الزواج أو فسخه (المطلب الأول)، ثم سلطة القاضي في تقديره لهذا التعويض ومدى رقابة المحكمة العليا عليه (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### المسؤولية المدنية في حالة التعويض عن بطلان عقد الزواج أو فسخه

عند الحكم ببطلان عقد الزواج أو فسخه، يمكن للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يحكم بالتعويض طبقا للأحكام العامة في المسؤولية المدنية التي تمنع كقاعدة عامة الإضرار بالغير بدون وجه حق. وعليه سنحاول الحديث عن الأساس القانوني للتعويض عن بطلان أو فسخ عقد الزواج أو فسخه (الفرع الأول)، ثم عناصر المسؤولية المدنية من وجود الخطأ والضرر والرابطة السببية بينهما (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### الأساس القانوني للتعويض عن بطلان عقد الزواج أو فسخه

إذا كان عقد الزواج صحيحا، التزم كل واحد من الزوجين بمقتضاه، وإلا كان مسؤولا مسؤولية عقدية. لكن قد يكون عقد الزواج باطلا أو فاسدا ويكون سبب البطلان أو الفساد آتيا من جهة أحد الزوجين، أما الزوج الآخر فيعتقد صحة العقد ويظمن إلى ذلك ويبني العقد على أساس هذا الاعتقاد. ومن أمثلة ذلك كأن يكون أحد الزوجين سيء القصد أو النية بأن يكون على علم بأن زواجهما محرم كزواج المرأة وهي في العدة أو حامل، أما الزوج فيجهل ذلك ويعتقد أن الزواج صحيح وينشئ عقد الزواج على أساس هذا الاعتقاد. وكاستعمال أحد الزوجين طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته عند إبرام عقد الزواج كتزوير شهادة الميلاد مثلا، أما الزوج الآخر فيظمن إلى صحة العقد، إذ لو علم بأنه ناقص الأهلية لما أبرم عقد الزواج. وقد يكون سبب البطلان يرجع إلى غلط في صفة جوهرية كأن تدعي الزوجة أنها بكر على خلاف الحقيقة واعتقد الزوج ذلك وأبرم عقد الزواج على أساس هذا الاعتقاد فضلا عن ذلك أنه اشترط العذرية، ثم يثبت أنها لم تكن بكر وأن الزوج لم يكن على علم بذلك من قبل. فإذا تقرر بطلان عقد الزواج أو حكم بفسخه وترتب من وراء ذلك ضرر لم يكن في حسابه.

فهل يمكن للمضروع الرجوع بالتعويض على من كان سبب في ذلك؟. وإذا كان له الرجوع فعلى أي أساس قانوني يكون هذا الرجوع؟.

فنتناول تبعا نظرية إهرنج في الخطأ عند تكوين العقد، ثم نقد هذه النظرية، ثم موقف المشرع الجزائري من هذه النظرية. وأخيرا سنحاول الحديث بإيجاز عن موقف الفقه الإسلامي من التعويض.

الوضع القانوني في هذه المسألة، هو معرفة الأساس القانوني لتعويض المضروع عن بطلان العقد. هل يتعين تعويضه استنادا لأحكام المسؤولية التعاقدية؟. ويعتبر العقد الباطل متضمنا خطأ تعاقدية سبب ضررا للمتعاقد الآخر ورتب له حق في التعويض. أم أن التعويض يكون استنادا لأحكام المسؤولية التقصيرية؟. ويعتبر العقد الباطل في هذه الحالة منعما لا وجود له وبالتالي لا يصلح سندا لترتيب التعويض، وعندئذ يكون التعويض عن الخطأ التقصيري. وهذا ما سنحاول توضيحه فيما يلي:

### أولا- نظرية إهرنج في الخطأ عند تكوين العقد

تصدى لهذه النظرية الفقيه الألماني إهرنج، وضع نظريته عن الخطأ في تكوين العقد، حيث بحث في نصوص القانون الروماني الذي كان سائدا في ألمانيا آنذاك، فعر على بعض النصوص التي تقضي برجوع أحد المتعاقدين على الآخر في العقد الباطل بمقتضى دعوى العقد ذاته. 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 السائد آنذاك في ألمانيا، بل رسم مبدأ عاما يقضي بأن كل متعاقد تسبب ولو بحسن النية في إيجاد مظهر تعاقدية اطمئن إليه المتعاقد الآخر بالرغم من بطلان العقد الذي قام عليه هذا المظهر، يلتزم بمقتضى العقد الباطل ذاته أن يعرض المتعاقد الآخر نتيجة ما أصابه من ضرر بسبب اطمئنانه إلى العقد<sup>1</sup>.

ويبرر إهرنج هذه المسؤولية العقدية، إلى أن كل من يدخل في علاقة تعاقدية مع آخر يلتزم في نفس الوقت أن يهيب له عقدا صحيحا؛ أي يلتزم بعدم ارتكاب أي خطأ عند التعاقد<sup>2</sup>، وبعبارة أخرى أن كل متعاقد

<sup>1</sup> - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، د د ن، د س ن، ص505.

<sup>2</sup> - أنظر، أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، ط4، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص167.

عند إقدامه على إبرام العقد يتعهد للطرف الآخر بإبرام عقد صحيح، وهذا التعهد ضمني، وعلى ذلك إذا تقرر بطلان العقد يكون المتعاقد قد أخل بتعهدده، ولذا يسأل عن تعويض الطرف الذي اطمأن إلى العقد<sup>1</sup>.

والتعويض في هذه الحالة لا يكون عن المصلحة الإيجابية لأن العقد ليس صحيحا، وإنما يكون عن المصلحة السلبية. والمقصود بالمصلحة السلبية الضرر الذي أصاب المتعاقد من جراء عدم صحة العقد كالمصاريف التي تكبدها في سبيل الصفقة، فبتعويضه المتعاقد عن هذه المصلحة تعود الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد. أما المصلحة الإيجابية فإنها تتضمن عنصرين: الخسارة اللاحقة والكسب الفائت؛ 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 مثلا يوضح الفرق بين التعويضين: شخص حجز غرفة في فندق وتخلف عن الحضور. فإذا كان العقد صحيحا كان مسؤولا عن تعويض المصلحة الإيجابية، وفي مثل هذه الحالة يرجع عليه صاحب الفندق بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من عدم تنفيذ العقد الصحيح، ويتقاضى أجره الغرفة منه سواء طلب آخرون تأجير الغرفة أم لم يطلبها أحد. أما إذا نشأ العقد باطلا ومع ذلك صاحب الفندق اطمأن إلى صحته، فإنه لا يرجع على من أقدم على التعاقد معه إلا بالمصلحة السلبية فقط، فيطلب تعويضا 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 مثلا آخر بقوله لو أن تاجرا باع عشرة صناديق من السجائر، وكان العقد صحيحا ولكن لم ينفذ المشتري العقد رغم تكبد البائع مصاريف نقلها، فللبائع أن يطلب تعويضا عن المصلحة الإيجابية والمتمثلة في الخسارة التي لحقته من عدم تنفيذ العقد، والكسب الفائت الذي كان سيحنيه لو تسلم المشتري الصفقة. أما إذا كان العقد باطلا بأن كان المشتري لم يطلب إلا صندوقا واحدا مثلا، ولكنه وقع خطأ مادي في بريقة المشتري جعل البائع يعتقد أن المطلوب عشرة صناديق، فليس للبائع الحق في التعويض إلا عن المصلحة السلبية حتى يعود

1 - أنظر، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، ط4، دار الهدى، الجزائر، 2006-2007، ص270.

2 - أنظر، عبد الحكم فوده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، ط2، دار الفكر القانوني، الإسكندرية، 1999، ص662.

3 - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج2، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص626.

البائع إلى الحالة التي كان عليها من قبل، وهي الوفاء بمصاريف التسليم دون الكسب الذي سيحنيه لو تمت الصفقة<sup>1</sup>.

والملاحظ أن نظرية إهرنج أنها 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 خطأ تقصيرياً، لأن القانون الروماني وهو الذي كان يطبق في ألمانيا في ذلك العهد لا يجعل كل عمل ضار يشكل خطأ تقصيرياً، بل على العقد الباطل كعمل قانوني. فهو لا يجرّد العقد الباطل من كل آثاره، فنقص ركن من أركانه أو شرط من شروطه فأصبح باطلاً، كان معنى البطلان أن العقد لا ينتج من الآثار القانونية ما يقابل هذا الركن أو هذا الشرط، ويكون التعويض من قبيل الأثار العرضية للعقد الباطل<sup>2</sup>.

هذه النظرية لاقت قبولا في بعض التشريعات وعلى الأخص 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 الأخر أن يطالب بالتعويضات عن الضرر الذي أصابه بسبب اعتقاده صحة إعلان هذه الإرادة، دون أن يجاوز مقدار التعويض حدّ ماله من مصلحة في أن تكون الإرادة صحيحة. ولا يكون التعويض واجبا إذا كان الطرف الآخر يعلم أو يجب ضرورة أن يعلم سبب البطلان. 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 بطلان 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 هذه المسؤولية المادية والمسؤولية التعاقدية المبنية على خطأ تعاقدية مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس<sup>3</sup>.

كما نصت المادة 307 من القانون الألماني على أنه من كان 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

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص507.

2 - عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص663.

3 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية...، المرجع السابق، ج2، ص628.

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 لنظرية الخطأ عند تكوين العقد 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>1</sup>.

وعلى الرغم من أن المادة الأولى خاصة ببطلان الإرادة والمادة الثانية خاصة ببطلان التصرف بسبب محله، تتفقان في أن التعويض عن المصلحة السلبية التي تعيد المتعاقد إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، دون المصلحة الإيجابية التي تتعلق بعد تنفيذ العقد<sup>2</sup>، إلا أنهما يختلفان من حيث أن المادة 122 تجعل المسؤولية مادية، ولا تشترط أي خطأ عند الطرف الذي أتي 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 بهذه الاستحالة وفي هذه الحالة يكون مقصراً، فهو في كلتا الحالتين مخطئ والمسؤولية هنا مبنية على الخطأ<sup>3</sup>.

أما في القانون الفرنسي فقد أخذ بعض الفقهاء الفرنسيين بنظرية الخطأ في تكوين العقد على أساس الاتفاق الضمني الذي يتعهد بمقتضاه كل من المتعاقدين بضمان صحة التعاقد. وقد استند الأستاذ "سالي" إلى أن القانون الفرنسي يأخذ بهذه النظرية بمقتضى المادة 1599 من القانون المدني والتي تقضي بأن يبيع ملك الغير باطل، وهو سبيل إلى الحكم بالتعويض إذا كان المشتري يجهل أن الشيء مملوك للغير. فالالتزام بالتعويض في هذه الحالة في نظر سالي، لا يمكن أن يكون خطأ البائع فقد يكون حسن النية، وإنما هو عقد ضمان ما بين البائع والمشتري يستخلص من ظروف التعاقد، إذ أن البائع بإقدامه على التعاقد يكون قد تعهد ضمناً بضمان صحة العقد<sup>4</sup>. غير أن غالبية الفقهاء الفرنسيين لا يأخذون بنظرية الخطأ عند تكوين العقد، ويرون أنه إذا كان العقد

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية...، المرجع السابق، ج2، ص629.

2 - عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص664.

3 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية...، المرجع السابق، ج2، ص629.

4 - أنظر، سالي في الالتزامات في القانون الألماني، فقرة161؛ مقتبس عن عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص509.

باطلا، فلا يكون من أتى سبب البطلان من جهته مسؤولا إلا إذا ثبت خطأ من جانبه طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، ذلك أننا لا نستطيع إقامة مسؤولية عقدية على أساس العقد الباطل، لأن هذا الأخير لا ينتج أثرا<sup>1</sup>.

### ثانيا- نقد نظرية إهرنج والرجوع إلى فكرة الخطأ التقصيري

إن 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 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 صوغ 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>2</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 تعاقدي يؤدي إلى مسؤولية تعاقدية، فهذه الحقيقة فكرة الخطأ المفترض أو تحمل التبعة المفروضة في هذا المجال<sup>3</sup>.

وإذا قلنا أن هناك عقد ضمني يلتزم بمقتضاه المتعاقد بضمان صحة العقد، فما القول لو كان المتعاقد ناقص الأهلية؟. أيكون القاصر وهو غير ملتزم بالعقد الصحيح الذي تقرر إبطاله لنقص أهليته، ملتزما بالعقد الضمني الذي يجعله متعهدا بضمان صحة العقد!. وأين نقص أهليته؟. ألا يؤثر في العقد الضمني كما يؤثر في العقد الصحيح؟<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، بلانول وريبر، فقرة 131 وفقرة 143؛ مقتبس عن بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص201.

<sup>2</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق، ص168-169.

<sup>3</sup> - عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص668.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص511.

وأخيرا يمكن القول أنه إذا قضى ببطلان العقد، فإن العقد بعد بطلانه لا يصلح أن يكون أساسا لأي مسؤولية عقدية، وإنما إذا أمكن أن يتصور أن يكون للطرف الآخر حقا في التعويض، فإنه لا يتم إلا على أساس المسؤولية التقصيرية التي توجب على كل مخطئ تعويض ما أصاب الغير من جراء خطئه<sup>1</sup>.

### ثالثا- موقف المشرع الجزائري من نظرية إهراج

المشرع الجزائري لم يأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد، حيث أنه وضع قاعدة عامة مقررة في المسؤولية التقصيرية بأن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من كاد سبب في حدوثه بالتعويض. إذ تنص المادة 124 من القانون المدني على أنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض". وتطبيقا لهذا قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 19/10/1988 على أنه: "من المقرر قانونا أن كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض..."<sup>2</sup>.

وعليه إذا كان أحد الطرفين قد تسبب في بطلان العقد، فإن التعويض لا يجب عليه إلا إذا كان هذا العمل يشكل خطأ طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية. والتعويض هنا يكون طبقا للقواعد العامة التي تقضي بجبر الضرر على أساس ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب<sup>3</sup>. حيث قضى المجلس الأعلى بهذا الشأن في قراره الصادر بتاريخ 27/11/1985 على أنه: "من المقرر قانونا، أن التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من ربح، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية لعدم التنفيذ إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوخاه ببذل جهد معقول، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون"<sup>4</sup>.

تجدر 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

<sup>1</sup> - أنظر، رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ط3، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص192.

<sup>2</sup> - أنظر، المجلس الأعلى، غ م، 1988/10/19، ملف رقم 56959، م ق، 1991، عدد3، ص32.

<sup>3</sup> - أنظر، المادة 182 من القانون المدني.

<sup>4</sup> - أنظر، المجلس الأعلى، غ م، 1985/11/27، ملف رقم 41783، م ق، 1990، عدد1، ص43.

لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد". ويستطيع مطالبته بالتعويض<sup>1</sup>.

2- ومن ذلك أيضا ما تناولته 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 (حيث تقوم المسؤولية على أساس الخطأ)، بل أيضا حتى لو كان حسن النية، حيث تقوم المسؤولية هنا على أساس تحمل التبعة.

وفي هاتين الحالتين نجد أن القانون المدني الجزائري رتب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، وليس على أساس المسؤولية العقدية<sup>2</sup>.

ونفس الأمر يقال بالنسبة لبطلان عقد الزواج أو فسخه. فإذا كان الزواج باطلا أو فاسدا نتيجة فقدان ركن من أركانه أو شرط من شروطه سواء كانت شروط انعقاد أو صحة، وكان سبب البطلان أو الفساد آتيا من جهة أحد الزوجين حيث يكون سيء النية أو القصد. أما المتعاقد الآخر فيعتقد صحة الزواج ويطمئن إلى ذلك وينشئ العقد على أساس هذا الاعتقاد. فإذا تقرر بطلان عقد الزواج أو حكم بفسخه، وترتب من وراء ذلك ضرر لم يكن في حسابه، فللطرف المضرور حق الرجوع بالتعويض على من تسبب في ذلك، على أساس القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، بعد توافر أركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، والخطأ لا يكون إلا إذا كان أحد الزوجين عالما أو على الأقل كان في استطاعته العلم بسبب بطلان عقد الزواج أو فسخه ومع ذلك أبرم العقد ثم فاجأ الطرف الآخر. وعلى ذلك لا بد من إثبات ركن الخطأ لقيام المسؤولية. أما التعويض هنا يكون طبقا للقواعد العامة التي تقضي بجبر الضرر على أساس ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب (المادة 182 من القانون المدني).

<sup>1</sup> - نلاحظ أن بعض التقنينات 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> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج1، ص270.



## رابعاً- التعويض في الفقه الإسلامي

فكرة التعويض عن بطلان عقد الزواج أو فسخه لم يتناولها الفقهاء القدامى إذ لم نجد في مصنفاتهم أساساً لها، ولكن هذا لا يعني عدم إمكانية وضع أسس للتعويض عن بطلان عقد الزواج أو فسخه.

التعويض عن الضرر يعبر عنه في لسان العرب بالضمان، فلفظ الضمان هو التعبير السائغ في لسان فقهاء الشريعة الإسلامية<sup>1</sup>، يقترب إلى حد ما المسؤولية القانونية سواء كانت عقدية أو تقصيرية عند فقهاء القانون الوضعي<sup>2</sup>.

الضمان لغة هو الكفالة أو الالتزام، فضمن الشيء كفل به، وضمنت المال التزمته، ويقال ضمنته المال ألزمته إياه<sup>3</sup>.

أما اصطلاحاً يستعمل أكثر الفقهاء كلمتي "الضمان والكفالة" على أنهما مترادفان يراد بهما ضمان المال وضمان النفس، كما يستعملون الضمان فيما هو أعم من ذلك وهو ضمان المال بعقد أو بغير عقد كالاكتداء<sup>4</sup>. ولقد ذكر الفقهاء تعريفات للضمان، منها أن الضمان: التزام بتعويض مالي عن الضرر للغير<sup>5</sup>. ومنها: شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل<sup>6</sup>.

ولقد عرفته مجلة الأحكام العدلية من خلال المادة 416 على أن: "الضمان هو إعطاء الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات"<sup>7</sup>.

وعموماً يمكن تعريف الضمان بأنه: "التزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية"<sup>8</sup>.

1 - أنظر، أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، ج1، ط1، دار ابن عفان، السعودية، 1997، ص983.

2 - أنظر، وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ط9، دار الفكر، دمشق، 2012، ص16.

3 - ابن منظور، المرجع السابق، ج13، ص256؛ المقرئ، المرجع السابق، ص138.

4 - أنظر، علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000، ص8.

5 - مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ج1، ص1035.

6 - علي الخفيف، الضمان...، المرجع السابق، ص8.

7 - علي باشا، المرجع السابق، ص71.

8 - وهبة الزحيلي، نظرية...، المرجع السابق، ص22.

ولقد قررت الشريعة الإسلامية مبدأ التضمين للحفاظ على حرمة أموال الآخرين وأنفسهم، وقمعا للعدوان، وزجر للمعتدين، وجبرا للضرر، وذلك في مناسبات كثيرة في القرآن والسنة.

فمن الآيات القرآنية، قوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾<sup>1</sup>. وقوله تعالى: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾<sup>2</sup>. وقوله تعالى: ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم﴾<sup>3</sup>.

ومن السنة النبوية، ما رواه أنس قال: أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إليه طعاما في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي ﷺ: "طعام بطعام، وإناء بإناء"<sup>4</sup>.

ومن السنة أيضا، روى حزام بن محيضة، أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطا (بستانا) فأفسدت فيه، ففضى النبي ﷺ: "على أهل الأموال حفظها بالنهار، وعلى أهل المواشي حفظها بالليل"<sup>5</sup>.

ومما يستدل على وجوب التعويض عموما قاعدة أساسية في هذا الشأن، وهو قوله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>6</sup>. وبناء على هذا الحديث استنبط الفقهاء عدة قواعد استعانوا بها على نفي الضرر ومشروعية التعويض، منها "الضرر يزال"<sup>7</sup>. ومنها "الضرر يدفع بقدر الإمكان"<sup>8</sup>. ومنها أيضا "الضرر لا يزال بالضرر"<sup>9</sup>.

وللضمان أو التضمين أسباب عديدة أشار إليها الفقهاء في مواضع متعددة من أبواب الفقه، وهي لا تخرج عن الاعتداء، والاتلاف، والتفويت، والتعيب، والغصب، والتغيير، ووضع اليد دون إذن من المالك، والحيلولة بعد الاعتداء. ورغم تداخل هذه الأسباب، إلا أنها تندرج تحت عنوان الفعل الضار<sup>10</sup>.

1 - سورة البقرة، الآية 193.

2 - سورة الشورى، الآية 37.

3 - سورة النحل، الآية 126.

4 - محمد بن عيسى بن سورة، المرجع السابق، ج3، ص631.

5 - أبو داود، المرجع السابق، ج3، ص530.

6 - مالك بن أنس، المرجع السابق، ص515.

7 - ابن نجيم، الأشباه...، المرجع السابق، ج1، ص94.

8 - أنظر، المادة 20 من مجلة الأحكام العدلية.

9 - السيوطي، المرجع السابق، ج1، ص143.

10 - علي الخفيف، الضمان...، المرجع السابق، ص11-12.

فإذا ما تحقق الضمان كان الواجب فيه التعويض، ومن المعلوم أن الذي يتولى تقدير التعويض هو القاضي، وهذا هو الأصل، ولكن قد يتعذر على القاضي في بعض الأحيان تقدير التعويض بذاته، ومن ثم فإن له أن يستعين بالخبراء<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### عناصر المسؤولية المدنية للتعويض عن بطلان أو فسخ عقد الزواج

إذا ارتكب أحد الزوجين بخطئه في بطلان عقد الزواج أو فسخه، وترتب من وراء ذلك ضرر للطرف الآخر، فإنه يمكن للزوج المضرور الرجوع بالتعويض على من تسبب بخطئه في بطلان عقد الزواج أو فسخه باعتباره مسؤولاً عن ذلك. والمسؤولية كما أقرها القانون المدني تقوم على ثلاث عناصر وهي: خطأ، ضرر، علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

ولأجل ذلك نحاول البحث عن عناصر المسؤولية المدنية في حالة التعويض عن بطلان عقد الزواج أو فسخه. فنعرض لفكرة الخطأ ثم الضرر وأخيراً علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

### أولاً - الخطأ

تمثل فكرة الخطأ أهم موضوعات المسؤولية المدنية، لأنها تعتبر الركيزة الأساسية في ترتيب الأثار الناشئة عن تلك المسؤولية<sup>2</sup>، ذلك أنه لا يكفي أن يحدث ضرر بفعل الشخص حتى يلزمه بالتعويض بل يجب أن يكون ذلك الفعل خطأً.

ولقد نص المشرع في القانون المدني على عنصر الخطأ ولكن دون تعريفه، وذلك لصعوبة تحديده تحديداً دقيقاً تاركاً ذلك للفقه والقضاء، فاقصر في المادة 124 بالنص على أنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سبب في حدوثه بالتعويض".

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية...، المرجع السابق، 89 وما بعدها.

<sup>2</sup> - أنظر، مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009-2010، ص71.

ولم يحدث أن اختلف الرأي حول مفهوم قانوني مثل ما اختلف في تعريف الخطأ، فمنهم من قال هو إخلال بالتزام سابق، والبعض قال هو إخلال بالثقة المشروعة، كما قيل أنه العمل الضار المخالف للقانون، وقيل أيضا هو الاعتداء على حق يدرك المعتدي فيه جانب الاعتداء، ومنهم من قال هو الإخلال بواجب مع تبين هذا الإخلال<sup>1</sup>. والمستقر عليه فقها وقانونا أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو: "إخلال الشخص بالتزام قانوني مع إدراكه لهذا الإخلال"<sup>2</sup>. وهذا الالتزام القانوني هو دائما التزام ببذل عناية، بمعنى أن على الشخص أن يتوخى في سلوكه اليقظة أو التبصر حتى لا يضر بالغير. فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب، وكان قادرا على التمييز بحيث يدرك أنه انحرف، كان هذا الانحراف خطأ مستوجبا لمسؤولية تقصيرية<sup>3</sup>. ومن هنا يتبين أن للخطأ ركنين: أحدهما مادي وهو الانحراف أو التعدي، والركن الثاني معنوي وهو الإدراك.

### أ-الركن المادي: التعدي أو الانحراف

التعدي هو الإخلال بالتزام قانوني بعدم الإضرار بالغير<sup>4</sup>. فقد يفرض القانون التزاما معيناً فالخطأ في هذا الفرض ليس إلا إخلال بهذا الالتزام، أي إتيان الفعل الذي أمر به القانون بالامتناع عنه أو الامتناع عن إتيان الفعل الذي أمر به القانون، ولكن لا ينحصر الخطأ- قطعاً- في الحالات التي فرضها القانون بنصوص، فهناك واجبات قانونية كثيرة لم يحددها المشرع ولكن تعد من قبيل الواجبات العامة التي يفرض على الأشخاص احترام حقوق الغير والامتناع عن الإضرار به<sup>5</sup>. ومن هنا تبدو ضرورة وضع معيار للسلوك الذي يجب أن يتخذه الشخص، بحيث يعتبر انحرافه عن هذا السلوك تعدياً ثبت عليه الخطأ وبالتالي توجب مسؤوليته.

وفي هذا الشأن يمكن الأخذ بمعيارين: معيار ذاتي ومعيار موضوعي.

يقصد بالمعيار الذاتي أن ننظر إلى الشخص المعتدي نفسه، فنحكم على ما صدر منه في ضوء سلوكه هو، فإذا كان فعله انحرافاً عن السلوك عد مخطئاً وإن لم يكن كذلك فلا يعد مخطئاً. ونعني بذلك أن الشخص إذا كان شديد الحرص، فإن أقل انحرافه منه يعتبر تعدياً، وإذا كان مهملاً فلا بد أن يكون انحرافه على درجة كبيرة من

<sup>1</sup> - راجع الآراء التي قبلت في تحديد فكرة الخطأ. أنظر، علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص146-147؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص777-778.

<sup>2</sup> - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص331؛ بلحاج العربي، النظرية...، المرجع السابق، ج2، ص63.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص779.

<sup>4</sup> - أنظر، رضا متولي وهدان، المسؤولية المدنية، ط1، دار الفكر القانوني، 2011، ص34.

<sup>5</sup> - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص331-332.

الجسامة حتى يعتبر تعدياً. ويترتب على الأخذ بهذا المعيار، أن استحقاق المضرور للتعويض يتوقف على معرفة حقيقة الشخص الذي وقع منه الضرر ليتبين درجة يقظته أو إهماله، ثم نحدد ما إذا كان هناك انحراف في سلوكه أو لا<sup>1</sup>.

ويتضح من هذا المعيار أنه يؤدي إلى العدالة، فهو يقيس مسؤولية كل شخص بمعيار درجة فطنته ويقظته<sup>2</sup>. لكن يعيبه أنه لا يصلح أن يكون معياراً منضبطاً، لأن هذا المعيار المبني على درجة اليقظة لدى الشخص يؤدي إلى محاسبة الشخص شديد اليقظة على أقل هفوة تصدر منه، على حين يفلت معتاد الإهمال من مسؤوليته إذا كان الخطأ يسيراً، هذا بالإضافة إلى ما يقتضيه هذا المعيار من مشقة البحث في عادات المسؤول لمعرفة درجة يقظته ثم يقاس على ما وقع منه إلى المؤلف من سلوكه لمعرفة ما إذا كان يعتبر انحرافاً أو لا<sup>3</sup>.

لذا كان لا بد من طرح المعيار الشخصي والأخذ بالمعيار الموضوعي، الذي يقاس الانحراف على أساس سلوك الشخص المجرد من ظروفه الشخصية، وهذا الشخص المجرد هو الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس، فلا هو شديد الحيطة ولا هو محدودها، وهذا الشخص هو الذي عرفه القانون الروماني وسماه برب الأسرة العاقل. فينظر إلى المؤلف من سلوك هذا الشخص العادي ثم يقاس عليه سلوك الشخص الذي نسب إليه التعدي، فإذا كان لم ينحرف في سلوكه عن المؤلف من سلوك الشخص العادي فهو لم يعتد وبالتالي انتفى عنه الخطأ، أما إذا كان قد انحرف فقد تعدى وثبت عليه الخطأ<sup>4</sup>. وهذا المعيار لا يختلف من شخص إلى آخر، ولا يقتضي البحث عن أمور خفية تتعلق بالشخص المعتدي، وبالتالي فهو معيار ثابت بالنسبة للجميع من خلاله تستقر جميع الأوضاع القانونية وتنضبط<sup>5</sup>.

ومن هنا فإن الخطأ الموجب للمسؤولية طبقاً لنص المادة 124 من القانون المدني، هو الإخلال بالتزام قانوني يفرض على الفرد بأن يلتزم في سلوكه مثل ما يلتزم به العادي المجرد حتى لا يضر الغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك يكون قد تعدى وثبت عليه الخطأ.

1 - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج2، ص31-32.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص780.

3 - أنظر، أنور سلطان، مصادر الالتزام، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2007، ص300.

4 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص781.

5 - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص333.

وهذا المعيار الموضوعي أي معيار السلوك المألوف للشخص العادي، يكون مجردا كما رأينا من جميع ظروفه الشخصية الخاصة بالشخص المعتدي، وهذه الظروف الداخلية ترجع إلى طبيعة الشخص ونفسيته وعاداته وحالته الصحية كظروف المرض أو ضعف البصر، أو ترجع إلى سنه بأن كان صبيا أو شيخا أو إلى جنسه بأن كان رجلا أو امرأة، إلا أن هذا المقياس يفترض عدم إسقاط الظروف الخارجية كظروف الزمان والمكان باعتبارهما ظرفان عامان يخضع لهما جميع الناس<sup>1</sup>. ومعنى ذلك على القاضي في تقديره لسلوك الشخص أن ينظر إلى الظروف الخارجية للشخص المعتدي، فيجب النظر إلى الزمان والمكان الذي وقع فيه التعدي<sup>2</sup>.

التعدي على الوجه الذي بيناه إذا وقع من شخص فألحق ضررا بالغير، كان على المضرور عبء إثبات وقوعه من المعتدي، وذلك بإثبات أن المعتدي قد انحرف عن سلوك الرجل العادي، ويكون هذا الإثبات بكافة الطرق. فالخطأ في المسؤولية عن الأعمال الشخصية خطأ واجب الإثبات بمعنى أنه لا يفترض<sup>3</sup>.

وبما أن التعدي عمل مادي، فهو من الوقائع التي لا رقابة فيها عن المحكمة العليا، بمعنى أن تقدير وقوع الخطأ أو عدم وقوعه مسألة يستقل بها قاضي الموضوع دون أي رقابة من المحكمة العليا. أما تكييف الوقائع بأنها خطأ أو لا، فهي من الأمور القانونية التي تخضع لرقابة المحكمة العليا<sup>4</sup>.

## ب-الركن المعنوي: الإدراك

القاعدة العامة في جميع الشرائع هي أن إدراك الشخص لما في مسلكه من انحراف هو الركن المعنوي، فلا مسؤولية بغير تمييز<sup>5</sup>. ولهذا نص المشرع في المادة 125 من القانون المدني على أنه: "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو إهماله منه أو عدم حيظته إلا إذا كان مميزا". ويتضح من نص هذه المادة أن الإرادة التشريعية قد ربطت أهلية المسؤولية التقصيرية بالتمييز، ومن ثم فلا مسؤولية غير المميز وطبقا للقانون المدني الجزائري هو دون الثالثة عشر (المادة 42 من القانون المدني). أما من بلغ سن التمييز فيعتبر مميزا وتصح مسؤوليته مسؤولية تقصيرية، حتى يقوم الدليل على فقد التمييز لسبب عارض. وكذلك الأمر بالنسبة للمجنون والمعتوه عتها كاملا (المادة 42 والمادة 44 من القانون المدني). أما المعتوه المميز فتجاوز مساءلته حتى ولو كان محجورا لتوافر ركن

1 - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 301.

2 - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 334.

3 - عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج 1، ص 785.

4 - بلحاج العربي، النظرية...، المرجع السابق، ج 2، ص 71-72.

5 - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 334.

الإرادة فيه. أما ذو الغفلة والسفيه فتصح مساءلتهم لتوافر التمييز لديهم. أما من فقد التمييز لسبب عارض كنتيجة لتعاطيه مسكراً أو مخدراً، فلا ترفع مسؤوليته إذا كان سبب انعدام التمييز راجعاً إلى خطئه كما لو كان يعلم أن السكر أو المخدر سيفقده الوعي. أما إذا فقد التمييز لسبب عارض لا يرجع إلى خطأ الشخص فلا يسأل عن فعله الضار، كما هو الشأن بالنسبة للمصاب بمرض النوم أو الصرع أو تحت تأثير التنويم المغناطيسي<sup>1</sup>.

وبناء على ما تقدم يمكن طرح السؤال: ماهي الأفعال التي توصف بكونها خطأ توجب التعويض عند بطلان عقد الزواج أو فسخه؟.

نقول أن بطلان عقد الزواج أو فسخه في حد ذاته لا يوجب أي تعويض، لأن المسألة تتعلق بصميم النظام العام حيث يحق للزوجين أو لكل من له مصلحة أن يطلب تقرير بطلان عقد الزواج أو الحكم بفسخه، كما يمكن للنيابة العامة أن تقوم بنفس الإجراء باعتبارها ممثلة للمجتمع.

غير أنه قد يتسبب أحد الزوجين بفعله في بطلان عقد الزواج أو فسخه، حيث بسلوكه قد انخرق عن السلوك المألوف للشخص العادي، فهنا يوصف سلوكه هذا بأنه خطأ يوجب التعويض على أساس القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية وعملاً بنص المادة 124 من القانون المدني.

وعموماً فالفعل التي يوصف بكونه خطأ يوجب التعويض هو كل فعل يؤدي إلى مخالفة الشروط التي يتطلبها الشرع والقانون لقيام الرابطة الزوجية. ولتحديد معيار الخطأ يجب فحص الظروف المحيطة على من تسبب في بطلان عقد الزواج أو فسخه. ماهي الأسباب المباشرة التي دفعته إلى ذلك؟. هل كان يعلم ببطلان أو فساد العقد عند إقدامه لإبرام عقد الزواج؟. هل قصد الإضرار بالطرف الآخر؟. ماهي الغاية من وراء ذلك؟.

فقد يكون الخطأ هو استعمال الزوج طرق احتيالية للوصول إلى الغرض غير المشروع كاستعمال الغش والخديعة أو مجرد السكوت لإخفاء الحقيقة وذلك لدفع الطرف الآخر للتعاقد ومثال ذلك إخفاء القاصر السن الحقيقي للزواج كتزوير شهادة الميلاد. فإنه يمكن للطرف الآخر طلب إبطال العقد استناداً للمادة 86 من القانون المدني والمتعلقة بالتدليس، فضلاً عن المطالبة بالتعويض. حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2001/01/17 على ما يلي: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. إن قضاة الموضوع بإلغائهم سند البيع مع إعادة

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص801-802.

الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ومنح تعويض للمطعون ضدها لكون الطاعنين ارتكبا تدليسا باستعمال حيلة لإبرام العقد فإنهم قد أحسنوا تطبيق المادة 86 من ق.م<sup>1</sup>.

وقد يكون الخطأ زواج المرأة وهي حامل، حيث يعتبر مانعا من موانع الزواج والذي يترتب عليه البطلان المطلق ويحمل المرأة مسؤولية تعويض الضرر الذي أصاب الرجل. حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006/10/11 بأنه: "البناء بالزوجة وهي حامل من غير زواج شرعي، يبطل عقد الزواج ويحمل الزوجة مسؤولية الطلاق"<sup>2</sup>.

وقد يكون الخطأ إخفاء الأمراض المعدية أو الخطيرة وعيوب الأعضاء التناسلية، حيث يحق للزوجة طلب التطبيق استنادا للمادة 4 والمادة 53 فقرة ثانية من قانون الأسرة، ويعطي للزوج الذي اكتشفها وكان ضحية عيب مرضي أو جنسي طلب إبطال العقد للغلط استنادا للمادة 81 من القانون المدني، لأن الشخص العادي لا يتحملها في الحياة الزوجية، باعتبار هذه الأمراض موضوع العقد ذاته أي السبب الرئيسي الدافع للتعاقد، والغلط في موضوع العقد يترتب عليه لا محالة عدم اقتران الإيجاب والقبول. كذلك الشأن إذا اشترط الزوج أن تكون الزوجة عذراء، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000/05/23 بما يلي: "عدم اشتراط العذرية في عقد الزواج لا يحمل الزوجة المسؤولية في الطلاق والتعويض لأن البناء بالزوجة ينهي كل دفع بعدم العذرية"<sup>3</sup>.

وقد يكون الخطأ هو الضغط غير المشروع الذي يمارس على إرادة أحد الزوجين، فيولد حالة من الرهبة والخوف الأمر الذي يحمله على التعاقد. حيث أن حق الزوجة في اختيار الزوج أمر لا نزاع فيه، كما أن رضاها هو الركن الأساسي لعقد الزواج.

## ثانيا- الضرر

لا يكفي لقيام المسؤولية وقوع الخطأ، بل لابد من أن يترتب على الخطأ ضرر وإلا انتفت مصلحة المدعي في ممارسة دعوى المسؤولية<sup>4</sup>. وبهذا تتميز المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية وعن المسؤولية الخلقية، فالأولى قد

<sup>1</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ م، 2001/01/17، ملف رقم 233625، م ق، 2001، عدد2، ص109.

<sup>2</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 2006/10/11، ملف رقم 371562، م م ع، 2007، عدد2، ص457.

<sup>3</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 2000/05/23، ملف رقم 243417، إ ق، 2001، عدد خاص، ص109.

<sup>4</sup> - أنظر، عبد العزيز اللصاصمة، المسؤولية المدنية التقصيرية، ط1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، الأردن، 2002، ص62.



تترتب دون أن يكون هناك ضرر قد أصاب الأفراد كالشروع في الجريمة، والثانية قد تترتب بمجرد النوايا الشريرة ولولم تبرز نتائجها إلى الوجود<sup>1</sup>. ولقد ورد نص المادة 124 من القانون المدني قاطعا في ضرورة توافر ركن الضرر في المسؤولية التقصيرية حيث قضى بأنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

الضرر يمكن تعريفه بأنه الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة<sup>2</sup>، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو ماله أو عاطفته أو حرته أو شرفه واعتباره أو غير ذلك. أي أنه لا يشترط أن يكون المساس بحق يحميه القانون سواء كان بمعناه الضيق كحق الملكية وحق الانتفاع أو حقا عاما كالحق في الحياة أو الحق في سلامة الجسم، بل الأكثر من ذلك يكفي أن يقع على مصلحة للشخص طالما أن هذه المصلحة مشروعة، أي مخالفة للقانون، كمصلحة من يعولهم الشخص في بقائه على قيد الحياة<sup>3</sup>.

والضرر قد يكون ماديا وقد يكون أدبيا.

### أ-الضرر المادي

الضرر المادي هو ما يصيب الشخص في جسمه أو ماله<sup>4</sup>. ومن خلال هذا التعريف يتبين أن الضرر المادي قد يكون ضررا جسديا بحتا يصيب الشخص في حياته سواء كان ناتجا عن القتل أو الجرح، أو ضررا يصيب الذمة المالية للمضروب أو ما يسمى بالضرر الاقتصادي كإلحاق التلف بمال الغير أو الإنقاص من قيمته نتيجة لذلك الضرر أو حرق أو هدم منزل الغير أو سرقة أمواله<sup>5</sup>.

والضرر المادي لا بد حتى يصلح أساسا للتعويض يجب توافر فيه شرطان هما: أن يكون الضرر محققا، الإخلال بحق مالي للمضروب أو مصلحة مالية.

1 - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص162.

2 - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج2، ص 77؛ بلحاج العربي، النظرية...، المرجع السابق، ج2، ص143؛ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص44.

3 - عبد العزيز اللصاصمة، المرجع السابق، ص64.

4 - أنظر، عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، ط1، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1998، ص192؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص855؛ أنور سلطان، المرجع السابق، ص328؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج2، ص77.

5 - عبد العزيز اللصاصمة، المرجع السابق، ص65-66.

## 1-تحقق الضرر

الضرر يعتبر محققا إذا وقع حالا، كما أن الضرر يعتبر محققا إذا كان من قبيل الضرر المستقبل وهو ضرر لم يقع بعد ولكن وقوعه مؤكد، أي أن سبب الضرر قد تحقق ولكن آثاره كلها أو بعضها تراخت إلى المستقبل. فإذا أمكن للقاضي تقدير الضرر فورا حكم به كاملا، ولكن قد لا يكون من المستطاع تقدير الضرر المستقبل في الحال لأنه يتوقف على أمر لم تعرف حقيقته بعد كإصابة العامل إصابة لا يعرف مداها وتأثيرها على قدرته في العمل مستقبلا، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يقدر تعويضا يساوي الضرر المحقق وقت الحكم به، ويحتفظ للمضروب بالحق في المطالبة بتعويض آخر إذا ساءت حالته في المستقبل. كما يجوز له تأجيل الحكم بالتعويض حتى يتبين مدى الضرر كله. كما يجوز للقاضي أن يجعل التعويض إيرادا مرتبا مدى الحياة<sup>1</sup>.

على أن الضرر المستقبل قد لا يكون متوقعا وقت الحكم بالتعويض فلا يدخل في حساب القاضي عند تقديره، ثم يحصل بعد ذلك أن يستفحل الضرر، كأن تكون إصابة العامل طفيفة فقدر القاضي التعويض على هذا الأساس، ثم بعد ذلك زادت خطورة الإصابة فأدت إلى عاهة مستديمة أو إلى الوفاة. وفي هذه الحالة يجوز للمضروب أو لورثته أن يطالبوا في دعوى جديدة بالتعويض عن الضرر الذي استفحل ولم يكن قد دخل في تقدير القاضي سابقا، وليس في ذلك أي إخلال بقوة الشيء المقضي فيه<sup>2</sup>.

وينبغي عدم الخلط بين الضرر المستقبل والضرر المحتمل، فالضرر المستقبل كما قلنا محقق الوقوع وبذلك يكون محلا للتعويض، أما الضرر المحتمل فهو غير محقق الوقوع في المستقبل، قد يقع وقد لا يقع، لذلك لا يصح التعويض عنه وإنما يجب الانتظار إلى أن يقع<sup>3</sup>.

وينبغي هنا عدم الخلط كذلك بين الضرر المحتمل والذي لا يعوض عنه كما قلنا سابقا، وبين الضرر المتمثل في تفويت الفرصة وهو ما يقبل التعويض، ذلك أن الفرصة وإن كانت أمرا محتملا، فإن تفويتها يعتبر أمر محقق، وبذلك يجب التعويض على من تسبب بفعله في تفويت فرصة النجاح في الامتحان، والتعويض عن تفويت الموظف فرصة الترقية إلى درجة أعلى<sup>4</sup>.

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص859.

2 - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص363.

3 - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج2، ص80.

4 - أنور سلطان، المرجع السابق، ص330-331؛ عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص192.

## 2-الإخلال بحق أو مصلحة مالية للمضرور

ذكرنا سابقا أن الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مالية للمضرور، حيث يجب لمساءلة المعتدي أن يمس اعتدائه حقا ثابتا يحميه القانون، سواء كان هذا الحق حقا ماليا أو غير مالي، ومثال الحق المالي حق الملكية أو الدائنية أو حق المؤلف، فإذا ما ترتب انتقاص من الذمة المالية عند المساس بحق من تلك الحقوق كان الضرر ماديا فمثلا التعدي على الملكية هو الإخلال بحق ويعتبر ضررا ماديا. ومثال الضرر المادي الناتج عن المساس بحق غير مالي كالمساس بسلامة الجسم إذا نتج عنه خسارة مالية كالمصروفات الطبية من دواء أو صور الأشعة أو أجرة الطبيب، أو الضرر الناجم عن العجز الجزئي الدائم الناجم عن فقدان عضو من أعضاء الجسم<sup>1</sup>.

وقد يكون الضرر إخلالا بمصلحة مالية للمضرور، فقد يكون الشخص عائلا لقريب له لا تجب عليه نفقته قانونا ثم يقتل هذا الشخص فيضار القريب نتيجة هذا القتل في مصلحة مالية، حيث أثبت أن المقتول كان يعيله بصفة مستمرة وأن فرصة الاستمرار في المستقبل كانت محققة، فللقريب هنا مصلحة مشروعة في المطالبة بالتعويض<sup>2</sup>. أما إذا كانت المصلحة غير مشروعة فلا محل للتعويض عما يقع المساس بها، وعلى هذا الأساس لا يقضى بالتعويض للخليلة عما أصابها من ضرر بفقد خليلها لأن العلاقة بينهما لم تكن مشروعة<sup>3</sup>.

### ب-الضرر الأدبي

الضرر الأدبي هو ذلك الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله وإنما يمس مصلحة غير مالية للإنسان<sup>4</sup>. ويمكن إرجاع هذا الضرر إلى الأحوال الآتية<sup>5</sup>:

1- ضرر أدبي يصيب الجسم كالجروح والتلف الذي يصيب الجسم وما ينجر عن ذلك من آلام أو تشوه في الوجه أو في الأعضاء.

1 - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج2، ص78.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص858.

3 - أنور سلطان، المرجع السابق، ص329.

4 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص864؛ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص364.

5 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، نفس المرجع، ص864-865؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج2، ص82-83.

2- ضرر أدبي يصيب الشرف والاعتبار والعرض كالكذف وهتك العرض، فهذه الأعمال تحدث ضرراً أدبياً لأنها تؤذي الإنسان في شرفه وتحط من سمعته واعتباره بين الناس.

3- ضرر أدبي يصيب العاطفة والشعور والحنان كخطف ابن من أحضان أمه أو الاعتداء على الأب أو الأم أو الزوج، فهذه الأعمال تصيب الإنسان في عاطفته وشعوره وتملاً قلبه بالحزن والأسى.

4- ضرر أدبي يصيب الشخص نتيجة الاعتداء على حق ثابت له كما لو اقتحم شخص ملك غيره غصباً.

ويجب في جميع هذه الأحوال أن يكون الضرر الأدبي محققاً كالضرر المادي، فالضرر الأدبي الاحتمالي لا تعويض عنه<sup>1</sup>.

وعلى الرغم من أن مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي يثير عدة خلافات تقليدية، ولعل السبب في ذلك هو الاعتقاد بأن طبيعة الضرر الأدبي غير قابلة للتعويض، إذ أن التعويض المالي لا يكون إلا لخسارة مالية والضرر الأدبي ليس كذلك هذا من جهة، ومن جهة أخرى صعوبة تقدير التعويض فيه، حيث أن التعويض عن الضرر المادي يسهل تقديره بالمال تقديراً شبه حسابي، والأمر ليس كذلك بالنسبة للضرر الأدبي فلا يمكن تقدير ما يصيب العواطف والمشاعر من آلام، وإذا كان التعويض عن الضرر المادي يمكن أن يصلح ما أفسد الضرر وبمحو آثاره، فإن التعويض عن الضرر الأدبي لا يمكن أن يزيله كما لو وقع تشوه لفتاة جميلة كانت تعتر بجملها أو لعارضة أزياء أو ما شابه ذلك، وإلى جانب ذلك ليس من السائغ أن يتقاضى المرء مالا ثمناً لما أصاب شرفه من أذى<sup>2</sup>.

غير أن جمهور الفقهاء في العهد الأخير يقولون بجواز التعويض عن الضرر الأدبي. فلا صحة للقول بأن طبيعة الضرر الأدبي لا تقبل التعويض، إذ أنه لا يقصد بتعويض الضرر محوه وإزالته من الوجود وإلا فالضرر الأدبي لا يمحى ولا يزول بتعويض مادي، ولكن يقصد بالتعويض ما يخفف عن المضرور من آثار الضرر الذي أصابه، وعلى هذا المعنى يمكن التعويض عن الضرر الأدبي. وصعوبة تقدير التعويض عن الضرر الأدبي ليس من شأنها أن تهدر حق المضرور في التعويض لا سيما أن نفس الصعوبة قد تكون في تقدير التعويض عن بعض الأضرار المادية،

<sup>1</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق، ص331.

<sup>2</sup> - عبد العزيز اللصاحمة، المرجع السابق، ص91؛ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص164.

فضلا عن ذلك فإن عدم مساءلة المخطئ الذي تسبب في الضرر ينافي قواعد العدالة<sup>1</sup>. وعلى هذا الأساس كرست الإرادة التشريعية في التقنين المدني مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي حيث نصت المادة 182 مكرر بأنه: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي، كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

وبناء على ما تقدم يتبين أن الضرر عنصر ضروري لقيام المسؤولية، فإذا انتفى فلا مسؤولية ولا تعويض وهذه قاعدة لا استثناء لها. والضرر بدوره قد يكون ماديا يصيب الشخص في جسمه أو ماله، وقد يكون أدبيا يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه. ومن هنا يمكن طرح السؤال: ماهي الأضرار الناجمة عن بطلان عقد الزواج أو فسخه؟.

المقصود بالضرر هنا هو الذي يزيد عن الحكم ببطلان عقد الزواج أو فسخه. إذ أن تقرير بطلان عقد الزواج أو الحكم بفسخه هو في حد ذاته يعتبر ضرا، ولكن إذا تسبب أحد الزوجين بخطئه في بطلان عقد الزواج أو فسخه، ونجم عنه ضرر للطرف الآخر، فإنه يمكن لهذا الأخير الرجوع على من تسبب في ذلك بالتعويض عن الذي أصابه، وذلك طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية المقررة في المادة 124 من القانون المدني. ولكن بشرط أن يكون هذا الضرر محققا، وهو الذي وقع فعلا أو يكون وقوعه في المستقبل على نحو مؤكد.

والضرر المحقق الناجم عن بطلان عقد الزواج أو فسخه يكون إما ماديا أو أدبيا. ومن الأضرار المادية ما يتعلق بتكاليف الزواج، فإن كان عرف كل بلد يختلف عن الآخر إلا أن الغالب والأعم هو اشتراك الزوجين في تكاليف الزواج، مع العلم أن الزوج يتكبد أكثر التكاليف إلا أن هذا لا ينفي أن أهل الزوجة لم ينفقوا شيئا على زواج بناتهم. ومن الأضرار المادية فقدان الزوجة معيلا وهو الزوج لمواجهة الحياة القاسية في المستقبل، حيث أنها كانت تعتمد قبل بطلان أو فسخ عقد الزواج على نفقة الزوج لسد حوائجها. ومن يشترط على الزوجة قبل الزواج مثلا عدم الدراسة أو التخلي عن الوظيفة وتقبل هذا الشرط وبعد مرور عقد من الزمن يتسبب بخطئه في بطلان أو فسخ عقد الزواج يعتبر من الأضرار المادية. قيام الزوجة بمساعدة زوجها ولو بثمان مهرها لدعم مشروع معين أو التخلص من ضائقة مالية، دون أن يكون بينهما سند رسمي يكفل حق الزوجة في ذمة زوجها، يعتبر من الأضرار المادية.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص867؛ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص46.

أما الأضرار الأدبية فهي الألم والحزن والأسى الذي لحق أحد الزوجين في شعوره أو عاطفته أو كرامته كزواج المرأة برجل وهي حامل من غير زواج شرعي. فقدان الزوجة للطمأنينة على نظام حياتها في كنف الزوج يعتبر من الأضرار الأدبية. المنازعات أمام القضاء بين الرجل والمرأة بخصوص الآثار المترتبة عن بطلان أو فسخ عقد الزواج كمؤخر الصداق والنفقة والسكن وغيرها من الخصومات التي تعرض على ساحة القضاء، والتي تتطلب حضور المرأة وترددها إلى المحكمة يعتبر ضرراً أدبياً لها ينقص من قيمتها في المجتمع.

أما الضرر المحتمل الناجم عن بطلان عقد الزواج أو فسخه لا يكون محل للتعويض عنه وإنما ينتظر وقوعه. ومع أن الضرر المحتمل لا يعوض عنه إلا إذا تحقق، فإن تفويت الفرصة يجب التعويض عنها، لأنه إذا كانت الفرصة في ذاتها أمراً محتملاً فإن تفويتها أمر محقق الوقوع، ومن هذا القبيل تفويت فرصة الزواج مستقبلاً. حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006/11/15 على أنه: "يحق للزوجة، في حالة الطلاق قبل الدخول بها، الحصول على تعويض، من جزاء تفويت فرصة الزواج من الغير، عليها"<sup>1</sup>. وإذا كان تفويت فرصة الزواج من الغير هنا يتعلق بالطلاق قبل الدخول، فإنه يمكن إسقاطه في حالة بطلان أو فسخ عقد الزواج لاتحاد العلة بينهما.

ومادام الضرر يتعلق بواقعة مادية، فإنه يجوز إثباته بكافة الطرق بما فيها البيينة والقرائن. وهذه مسألة موضوعية يستخلصها قاضي الموضوع من ظروف الدعوى ومن قرائن الأحوال وأقوال الشهود دون رقابة من المحكمة العليا<sup>2</sup>. أما تحديد الضرر وبيان عناصره وموجباته وتكييف نوعه كلها تخضع لرقابة المحكمة العليا، لأنها من مسائل القانون الذي يخضع لها قاضي الموضوع للرقابة.

ولا يكفي من المدعي إثبات الضرر الذي أصابه وخطأ المدعى عليه، بل عليه أن يثبت أن الضرر الذي يدعيه إنما هو ناشئ عن خطأ المدعى عليه، وأن هناك علاقة مباشرة بينهما أي علاقة السببية. وهذا ما سنتناوله تبعا.

<sup>1</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ أش، 2006/11/15، ملف رقم 372290، م م ع، 2007، عدد1، ص487.

<sup>2</sup> - أنظر، زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومه، الجزائر، 2009، ص65.

### ثالثاً- علاقة السببية بين الخطأ والضرر

القاعدة أنه لا يكفي الخطأ والضرر لقيام المسؤولية، بل يجب أن تكون هنالك علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي يرتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور<sup>1</sup>، وبمعنى آخر أن يكون الخطأ هو السبب في وقوع الضرر، فقد يقع الخطأ والضرر ولا توجد علاقة بينهما رابطة سببية فلا تقوم المسؤولية<sup>2</sup>.

ولقد نص المشرع الجزائري على ركن السببية في المادة 124 من القانون المدني على أنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص يخطئه ويسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض". لذا يجب على المضرور حتى يستحق التعويض، أن يثبت وجود علاقة السببية بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول وبين الضرر الذي أصابه، فلو أن الضرر لم ينشأ عن خطأ المدعى عليه فلا مسؤولية، إذ لا يعقل أن يطالب شخص بدفع تعويض عن الضرر الذي سببه غيره. والمدعى عليه إذا أراد أن يدفع عن نفسه المسؤولية يجب أن ينفي علاقة السببية وذلك بإثبات السبب الأجنبي أي السبب الذي لا يد له فيه<sup>3</sup>. حيث نصت المادة 127 من القانون المدني على أنه: "إذا ثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

وفي مجال بطلان عقد الزواج أو فسخه يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ الذي ارتكبه أحد الزوجين والضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء هذا الخطأ، وبعبارة أخرى يجب أن يكون الضرر الحاصل للمضرور نتيجة مباشرة لخطأ المسؤول.

فإذا توافرت للقاضي عناصر المسؤولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر السالفة الذكر، كانت له سلطة واسعة في تقديره للتعويض، مع مراعاته في ذلك القواعد المتعلقة بالتعويض، على اعتبار أنه لا تعويض بدون مسؤولية ولا تقدير حيث لا تعويض. وهذا ما سنحاول بيانه.

1 - عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص872-873.

2 - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص366.

3 - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج2، ص94.

## المطلب الثاني

### سلطة القاضي في تقدير التعويض عن بطلان عقد الزواج أو فسخه

#### ورقابة المحكمة العليا عليه

يترتب على بطلان عقد الزواج أو فسخه التزام على عاتق الطرف الذي تسبب في البطلان أو الفسخ بتعويض الطرف الآخر عن الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك في إطار الأحكام العامة للمسؤولية المدنية التي تمنع كقاعدة عامة الإضرار بالغير بدون وجه حق.

والقاضي عند حكمه بجبر الضرر الذي لحق الزوج البريء له السلطة المطلقة في تقديره للتعويض وكيفية دفعه دون رقابة من المحكمة العليا. إلا أنه وإن كان هذا التقدير يدخل في سلطة القاضي، فهذا لا يعني أن القضاة لا يخضعون مطلقاً لرقابة المحكمة العليا، إذ يجب عليهم أن يبرزوا بما فيه الكفاية العناصر التي استمدوا منها تقديرهم واقتناعهم بالتعويض، وذلك حتى يتسنى للمحكمة العليا مراقبة مدى تطبيق القانون. وعليه سنحاول الحديث عن سلطة القاضي في تقديره للتعويض عن بطلان أو فسخ عقد الزواج (الفرع الأول)، ثم رقابة المحكمة العليا عليه (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول

### سلطة القاضي في تقدير التعويض عن بطلان عقد الزواج أو فسخه

إذا ثبت للقاضي أن الوقائع المطروحة من قبل الخصوم كافية لتشكيل عناصر المسؤولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر حكم للمدعي بالتعويض لجبر الضرر الذي لحقه.

وتقدير التعويض قد يقوم به المشرع بالنص الصريح أحياناً أو عن طريق تحديد المسؤولية بحد أقصى، وهو ما يعرف بالتقدير القانوني للتعويض. وقد يتركه لاتفاق الأطراف وفقاً لما يبدو لهم من خلال واقع وظروف العقد والالتزامات المتقابلة، وهو التقدير القانوني للتعويض. وفي كلتا الحالتين يكون القاضي ملزم بهذا التحديد.

وأخيراً قد يمنح المشرع للقاضي حرية مطلقة في تقديره للتعويض، وهو ما يعرف بالتقدير القضائي للتعويض. فأى طريقة من هذه الطرق الثلاثة تحكم القاضي في تقديره للتعويض عن بطلان أو فسخ عقد الزواج؟.



ولذلك سنحاول التطرق للأساس القانوني لتقدير التعويض بصفة عامة، ثم إلى الأساس القانوني لتقدير التعويض عند بطلان عقد الزواج أو فسخه.

## أولاً- أساس تقدير التعويض

تقدير التعويض قد يقوم به المشرع وهو التقدير القانوني للتعويض. وقد يتركه لاتفاق الأفراد وهو التقدير الاتفاقي أو الشرط الجزائي. وفي حالة ما إذا كان التعويض غير محدد قانوناً أو اتفاقاً يتولى القاضي تقدير التعويض وهو ما يعرف بالتقدير القضائي.

## أ- التقدير القانوني للتعويض

الأصل في تقدير التعويض أن يتم بمعرفة القاضي، غير أنه قد يتولى القانون تقدير التعويض، وذلك بوضع أحكام أو قواعد يسمح تطبيقها بالوصول إلى مبلغ جزائي يكون هو التعويض، كما فعل بالنسبة لبعض القوانين الخاصة بقانون التعويض عن حوادث العمل وقانون التعويض عن حوادث السيارات. وقد يعمد المشرع في بعض الأحيان إلى تحديد المسؤولية، فيقوم بوضع أسس لتقدير التعويض وذلك من خلال تحديد سقف لا يمكن أن يتجاوزه التعويض، حتى ولو كان الضرر الواقع يتجاوز هذا المقدار، وعادة ما يرتبط هذا النوع من التحديد للمسؤولية بالجانب الاقتصادي، كتحديد مسؤولية الناقل البحري من خلال القانون البحري وتحديد مسؤولية الناقل الجوي في قانون الطيران المدني. ولذلك سنحاول تبعا بيان التحديد القانوني للتعويض أو ما يعرف بالتعويض الجزائي، ثم التحديد القانوني للمسؤولية.

## 1- التحديد القانوني للتعويض (التعويض الجزائي)

فقد يعمد المشرع إلى وضع أحكام تتعلق بتحديد التعويض تحديداً إجمالياً. ومن تطبيقات هذا التعويض القانون رقم 83-13<sup>1</sup> الذي يعطي للعامل الحق في التعويض عن الأضرار الناتجة عن إصابته في العمل على أساس فكرة التبعية دون اشتراط الخطأ من رب العمل. وقد بدأ ظهور هذا النوع من النظام في نهاية القرن التاسع عشر<sup>2</sup>، كمظهر لاستجابة المشرع الفرنسي لما نادى به بعض الفقه الفرنسي من تأسيس التعويض على فكرة تحمل

<sup>1</sup> - أنظر، قانون رقم 83-13 المؤرخ في 02/07/1983 المعدل والمتمم بأمر 96-19 المؤرخ في 06/07/1996 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية.

<sup>2</sup> - صدر أول تشريع لتعويض إصابات العمل في فرنسا في 09/04/1898 الذي يقضي بمسؤولية رب العمل عن حوادث العمل. تأثر به المشرع الجزائري وأخذ بنفس النظام من خلال الأمر 66-01 الصادر في 21/01/1966 ثم قانون 83/13 مع بعض التعديلات.

التبعة بدلا من الخطأ. وقد كانت إصابات العمل هي المجال الهام الذي أظهر قصور النظرية الشخصية للمسؤولية من ملاحقة التطور الصناعي السريع، الذي أدى إلى ازدياد عدد حوادث العمل وصعوبة إثبات الخطأ منها<sup>1</sup>.

فإرادة المشرع من خلال هذا النظام هي التي تحدد كيفية مجر الضرر وما يكفي لجبره من وجهة نظر العدالة.

ويتضمن التعويض الجزائي في حالة حادث العمل أخطاء عينية وأخرى نقدية. فتتمثل الأخطاء العينية في العلاجات التي يستلزمها شفاء المصاب، الأجهزة، إعادة التأهيل الوظيفي، إعادة التكييف المهني<sup>2</sup>. أما الأخطاء النقدية فتتكون إما في شكل تعويضات يومية على أساس أجر العامل في حالة العجز المؤقت، أو في شكل إيراد مدى الحياة في حالة العجز الدائم<sup>3</sup>.

وإن كان نظام التعويض عن حوادث العمل لا يقوم على المسؤولية المدنية المبنية على الخطأ كمبدأ عام، إلا أن هناك حالة استثنائية تترتب فيها المسؤولية المدنية لصاحب العمل، وتتعلق هذه الحالة على الخصوص بالخطأ المرتكب من طرف رب العمل إذا كان غير معذور أو متعمد<sup>4</sup>، حيث أنه وطبقا للمادة 47 من قانون رقم 83-15<sup>5</sup> يستفيد المصاب أو ذوو حقوقه من الأخطاء الواجبة منحها من طرف هيئات الضمان الاجتماعي طبقا للقانون رقم 83-13 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية. كما يحق للمصاب أو لذوي حقوقه المطالبة بالتعويضات الإضافية عن الأضرار الناجمة عن الحالات وفقا لقواعد القانون العام.

ومن تطبيقات التقدير القانوني للتعويض أو التعويض الجزائي الأمر رقم 74-15<sup>6</sup>، حيث تعطي المادة 08 منه لأي متضرر عن حادث مرور الحق في التعويض دون البحث في توفر الخطأ أو المتسبب في الضرر، ودون اعتبار لصفة الضحية. يمكن القول أن التعويض طبقا لهذا الأمر لا يقوم على أساس المسؤولية المدنية

1 - أنظر، محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة، الإسكندرية، د س ن، ص 294-295.

2 - أنظر، المواد 29-32 من قانون رقم 13/83.

3 - أنظر، المواد من 36-41 من قانون رقم 83-13.

4 - اعتبرت المادة 45 الخطأ غير المعذور الصادر من صاحب العمل إذا توافرت فيه الشروط التالية: خطأ ذو خطورة استثنائية، خطأ ينجم عن فعل أو عن تغاض متعمد، خطأ ينجم عن إدراك صاحب العمل بالخطر الذي يسببه، عدم استدلال صاحب العمل بأي فعل مبرر. أما الخطأ المعتمد فيتم تحديده استنادا إلى مبادئ القانون العام وذلك طبقا للمادة 46.

5 - أنظر، قانون رقم 83-15 المؤرخ في 15/07/1983 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

6 - أنظر، أمر رقم 74-15 المؤرخ في 30/01/1974 المعدل والمتمم بقانون رقم 88-31 المؤرخ في 19/07/1988 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار.

المؤسسة على فكرة الخطأ، وذلك لقصورها في مواكبة التطور الصناعي الذي أدى إلى ازدياد عدد حوادث العمل وصعوبة إثبات الخطأ، مما نتج عنه حرمان جزء كبير من الضحايا في الاستفادة من التعويض<sup>1</sup>.

## 2-التحديد القانوني للمسؤولية

يقوم المشرع في هذه الحالة بوضع حد أقصى لا يمكن أن يتجاوزه التعويض الذي يستحقه المضرور، حتى ولو كان الضرر الذي أصابه يفوق المبلغ المحدد. والتحديد القانوني للمسؤولية يجد مجال تطبيقه في مسؤولية الناقل الجوي<sup>2</sup>، حيث يرتب عقد النقل الجوي على عاتق الناقل التزاما بنقل الأشخاص والأمتعة والشحن، وعدم التأخر في نقلها، تحت قيام مسؤوليته<sup>3</sup> بالتعويض عن الخسائر والأضرار الناشئة عن وفاة الشخص المنقول أو جرحه أو إصابته بضرر، وعن تلك الناجمة ضياع أو تلف أو خسارة الأمتعة، وكذلك عن الخسائر الناتجة عن التأخر في نقل الأشخاص أو البضائع. والأصل أن التعويض يكون جابرا لكل الضرر، غير أن المشرع خرج عن هذا المبدأ ووضع للتعويض الذي يتحمله الناقل حد أقصى، حيث نصت المادة 150 من قانون الطيران المدني على أنه: "مع مراعاة أحكام المادة 152 أدناه، تمارس مسؤولية الناقل الجوي إزاء كل شخص طبقا لقواعد اتفاقية وارسو المؤرخة في 15 أكتوبر سنة 1929 وبروتوكول لاهاي المؤرخ في 28 سبتمبر 1955 المصادق عليهما من طرف الجزائر. وتحدد قيمتها بمائتي وخمسون ألف (250.000) وحدة حسابية كحد أقصى عن كل مسافر. يقصد بالوحدة الحسابية في مفهوم هذا القانون وحدة حسابية مشكلة من خمسة وستين ميلغرام ونصف من الذهب على أساس تسعمائة من الألف من الذهب الخالص، ويمكن أن تحول وحدات الحساب المذكورة إلى العملة الوطنية بأرقام صحيحة ويتم التحويل، في حالة دعوى قضائية حسب قيمة الذهب للعملة المذكورة في تاريخ النطق بالحكم".

ومن تطبيقات كذلك التحديد القانوني للمسؤولية، مسؤولية الناقل البحري<sup>4</sup>، إذ يقع على عاتقه التزامات يفرضها عقد النقل وأهمها نقل البضاعة المشحونة وتسليمها في الميعاد المتفق عليه أو في الميعاد المعقول في ميناء

1 - محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 295.

2 - تناول المشرع الجزائري مسؤولية الناقل الجوي بموجب قانون رقم 98-06 المؤرخ في 27/06/1998 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني.

3 - مسؤولية الناقل الجوي تقوم على أساس الخطأ المفترض في جانبه بمجرد إخلاله بالتزامه، ولكن التزامه هنا ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، وهو ما يتضح من نص المادة 148 من قانون الطيران المدني والتي تنص على أنه: "الناقل الجوي غير مسؤول عندما يبرهن أنه اتخذ صحة كل مندوبيه الإجراءات الضرورية لتفادي الخسارة أو استحالة اتخاذهم ذلك. لا يكون الناقل الجوي مسؤولا عن نقل الأمتعة والشحن إذا برهن أن الخسارة ناتجة عن عيب في البضاعة ذاتها".

4 - لقد تناول المشرع الجزائري مسؤولية الناقل البحري من خلال الأمر 76-80 المؤرخ في 23/10/1976 المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-04 المؤرخ في 15 أوت 2010 والمتعلق بالقانون البحري.

الوصول. بحيث إذا تم الإخلال بهذه الالتزامات ترتبت مسؤولية الناقل البحري<sup>1</sup>. فإذا ترتبت مسؤولية الناقل التزم بالتعويض، ويكون هذا التعويض متناسبا مع الضرر اللاحق مادام هذا الضرر لم يتعدى الحد الأقصى الذي حدده المشرع، ومتى فاق الضرر هذا الحد لم يكن للمضرور الحق في التعويض إلا بهذا الحد الأقصى دون زيادة. أما إذا كان مقدار الضرر يقل عن الحد الأقصى للتعويض فلا يستحق المضرور إلا تعويضا معادلا لذلك الضرر الذي أصابه، ولا يجوز له المطالبة بالحد الأقصى لأن في ذلك إثراء له على حساب الناقل البحري.

## ب- التقدير الاتفاقي للتعويض

إذا كان الأصل أن القاضي هو الذي يقوم بتقدير التعويض، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من اتفاق الطرفين مقدما على مقدار التعويض المستحق للدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخير فيه، وهذا النوع من الاتفاق يعرفه الفقه بالشرط الجزائي. فما مفهوم الشرك الجزائي؟ وما هي أحكامه؟.

### 1- مفهوم الشرط الجزائي

قد يدرك المتعاقدان من واقع ظروف العقد ومدى الالتزامات المتقابلة، أن التعويض الذي يقدره القاضي وفقا للقواعد العامة عند الإخلال بالعقد لا يكون عادلا بالنسبة لأحدهما أو لكليهما، فيتفقان مقدما على تحديد قيمة التعويض بما يريانه عادلا من وجهة نظرهما المشتركة<sup>2</sup>.

وبهذا يكون الشرط الجزائي هو عبارة عن اتفاق يقدر فيه الطرفان مقدما التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه<sup>3</sup>. وسمي بالشرط الجزائي لأنه يوضع عادة كشرط من شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه. لكن لا يمنع من أن يكون في اتفاق لاحق، وفي هذه الحالة ينبغي أن يكون هذا الاتفاق سابقا على واقعة إخلال المدين بالتزامه؛ أي سابقا على عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه،

<sup>1</sup> - مسؤولية الناقل البحري تقوم على أساس الخطأ المفترض، وعلى الناقل حتى يتخلص من مسؤوليته عن هلاك البضاعة أو تلفها أو تأخيرها أن يثبت إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة 803 من القانون البحري. أنظر، الواحد رشيد، مسؤولية الناقل البحري للبضائع، مذكرة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2013، ص24.

<sup>2</sup> - محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص303.

<sup>3</sup> - أنظر، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج2، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص63.

لأنه إذا كان لاحقا لها فإنه في هذه الحالة يعتبر صلحا لا شرط جزائي<sup>1</sup>. حيث نصت المادة 183 من القانون المدني على أنه: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق".  
والشرط الجزائي باعتباره بندا في العقد الذي يربط الدائن بالمدين بحسب الأصل، وأنه لا يستحق إلا في حالة إخلال المدين بالتزامه المحدد في العقد، فإننا هذا يترتب عنه أن الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام تابع وليس التزام أصلي<sup>2</sup>.

## 2- أحكام الشرط الجزائي

باعتبار الشرط الجزائي تعويضا، فإنه تسري عليه أحكام هذا الأخير، ويترتب على ذلك أنه يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي كل شروط التعويض وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية ثم الإعذار<sup>3</sup>، وقد نصت على ذلك المادة 183 من القانون المدني بقولها: "وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181".

**- الخطأ:** يشترط وقوع خطأ من المدين، وغالبا ما يكون خطأ عقديا، وعلى الدائن إثبات الخطأ طبقا للقواعد العامة. فإذا لم يكون هناك خطأ من المدين فلا يلتزم بالتعويض، ومن ثم لا محل لإعمال الشرط الجزائي.

**- الضرر:** لا بد من وقوع ضرر للدائن، فإذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن فلا استحقاق للتعويض لأن الضرر من أركان استحقاق التعويض، وبالتالي لا محل لإعمال الشرط الجزائي في هذه الحالة. فاتفق الطرفين على شرط جزائي وتقديرهما مسبقا مبلغ التعويض معناه أنهما مسلمان بأن إخلال المدين بالتزامه يحدث ضررا اتفقا على المقدار اللازم لتعويضه، غير أن التقنين المدني الجزائري أجاز للمدين دحض قرينة الضرر، فنصت المادة 184 في فقرتها 1 على أنه: "لا يكون الضرر المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر".

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج2، ص851.

<sup>2</sup> - أن الأصل أن ينفذ المدين الالتزام الملقى على عاتقه، فإن هو أخل بذلك وجب عليه تنفيذ الالتزام التبعي. ويترتب على هذا أن بطلان الالتزام الأصلي ينجر عنه بالضرورة بطلان الالتزام التبعي إذ الفرع يتبع الأصل، بينما بطلان الشرط الجزائي-لمخالفته النظام العام مثلا- لا يترتب عليه بطلان الالتزام الأصلي. أنظر، دربال عبدالرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام، دار العلوم، الجزائر، 2004، ص17.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج2، ص855.

- **علاقة السببية:** كما يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي توافر علاقة سببية بين الخطأ والضرر، فإن انتفت هذه العلاقة بإثبات السبب الأجنبي، أو كان الضرر غير مباشر أو غير متوقع، فلا تتحقق المسؤولية، ومن ثم لا يستحق التعويض، ولا محل لإعمال الشرط الجزائي.

- **شرط الإعذار:** فالإعذار شرط لاستحقاق الشرط الجزائي، إلا إذا تعلق الأمر بإحدى الحالات التي يكون فيها الإعذار ضروريا (المادة 181 من القانون المدني)، فعندئذ يستحق الشرط الجزائي دون إعذار.

فإذا تحققت الشروط السالفة الذكر، فإن الدائن يستحق الشرط الجزائي كاملا، بحيث يلتزم القاضي بأن يحكم به كما هو وارد في الاتفاق طبقا للقوة الملزمة للعقد. غير أن المشرع أورد مع ذلك استثناءات لهذا الأصل، بحيث أجاز للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي بالإلغاء أو بالإنقاص أو الزيادة:

- فالقاضي لا يقضي بالشرط الجزائي أصلا، متى أثبت المدين أن الدائن لم يصبه أي ضرر، وذلك طبقا للمادة 184 فقرة 1 من القانون المدني.

- للقاضي أن ينقص أو يخفض من مقدار الشرط الجزائي إذا ما نفذ المدين جزءا من التزامه، خاصة إذا كان الشرط الجزائي قد قدر لعدم التنفيذ، مما يجوز معه الاستخلاص أن التنفيذ الجزئي لا يؤدي إلى استحقاق الشرط الجزائي كليا، كما يجوز التخفيض أيضا إذا ثبت أن تقدير الشرط الجزائي كان مبالغيا فيه إلى حد الإفراط، مما يجب معه رد التعويض الاتفاقي إلى حدوده المعقولة ولو زاد عن الضرر الفعلي دون أن يبلغ حد الإفراط<sup>1</sup>.

- كما للقاضي الزيادة من مقدار الشرط الجزائي إذا أثبت الدائن أن الضرر الذي أصابه أكبر من التعويض المقدر، وأن المدين ارتكب غش أو خطأ جسيم، ويجب للقاضي أن يصل بهذه الزيادة إلى مقدار الضرر الحاصل فحسب<sup>2</sup>.

### ج- التقدير القضائي للتعويض

إذا لم يوجد نص أو اتفاق يقدر التعويض، فإن القاضي هو الذي يقدره وذلك طبقا لما تقتضيه الظروف الملازمة. تنص المادة 131 من القانون المدني على أنه: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملازمة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن

<sup>1</sup> - أنظر، المادة 184 الفقرة 2 من القانون المدني.

<sup>2</sup> - أنظر، المادة 185 من نفس القانون.

يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في تقدير التعويض". أما المادة 182 من نفس القانون تنص على أنه: "إذا لم يكن التعويض في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيم إلا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد". في حين تنص المادة 182 مكرر من نفس القانون على أنه: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي، كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة". في حين تقضي المادة 175 على أنه: "إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ، حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلتزم به المدين، مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدأ من المدين".

ومن خلال هذه النصوص يتضح لنا أن التعويض يتحدد بقدر الضرر الذي لحق المدعي نتيجة خطأ المدعى عليه، وذلك بالنسبة لكل حالة ووفقًا لظروفها، سواء كان ضررًا ماديًا واقعًا على المال أو الجسم، أو كان ضررًا أدبيًا ينتج عن المساس بالحرية أو الشرف أو المركز الاجتماعي، أو الاعتبار المالي، لأن قوام المسؤولية المدنية إعادة التوازن الذي اختل نتيجة الضرر بأقصر ما يمكن من دقة، ورد المضروب على نفقة المسؤول إلى الوضع الذي كان فيه لو لم يقع الفعل الضار، فالتعويض يجب أن لا يتجاوز قدر الضرر من ناحية ويتعين أن لا يقل عنه من ناحية أخرى<sup>1</sup>.

وهنا يجب أن يشمل التعويض كل الضرر المباشر ماديًا كان أو أدبيًا متوقعًا أو غير متوقع وسواء كان حالًا أم مستقبلًا مادام محققًا. والضرر المباشر يشمل ما لحق المضروب من خسارة وما فاته من كسب، وهذان العنصران هما بالذات يقومهما القاضي بالمال<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، أسامه السيد عبد السميع، التعويض عن الضرر الأدبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 306-307.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط... المرجع السابق، ج 1، ص 971.

أما عن طريقة التعويض، فهذا الأخير قد يكون عينيا أو بمقابل. وللقاضي الحرية في اختيار طريقة التعويض وذلك لتحديد ما هو أنسب لإصلاح الضرر، معتمدا في ذلك على نص المادة 132 من القانون المدني من حيث الظروف وما يبدي المضرور من طلبات<sup>1</sup>.

ويقصد بالتعويض العيني بأنه الحكم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل أن يرتكب المسؤول الخطأ الذي أدى إلى وقوع الضرر، وهو بالتالي يؤدي إلى محو الضرر بإعادة حالة الأشياء ما قبل وقوع الضرر<sup>2</sup>. والتعويض العيني على هذا الأساس يختلف عن التنفيذ العيني<sup>3</sup>.

غير أنه يصعب في بعض الحالات إعادة الحال إلى ما كانت عليه، مما يدفع القاضي اللجوء إلى التعويض بمقابل<sup>4</sup>. وهذا الأخير إما أن يكون تعويضا غير نقدي أو تعويضا نقديا، فالأول يكون في دعاوى السب أو القذف حيث يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه في الصحف، وهذا النشر يعتبر تعويضا غير نقدي عن الضرر الأدبي<sup>5</sup>.

أما التعويض النقدي فيتمثل في مبلغ من النقود يقضى به على المسؤول سواء كنا بصدد مسؤولية عقد أم تقصيرية. ويتعين على القاضي في جميع الأحوال التي يتعذر فيها التعويض العيني، ولا يرى سبيلا إلى التعويض غير النقدي أن يحكم بالتعويض النقدي<sup>6</sup>. فالتعويض النقدي هو الأصل ومن ثم نصت المادة 132 في فقرتها الثانية على أنه: "ويقدر التعويض بالنقد...".

والأصل أيضا أن يكون التعويض النقدي مبلغا معينا يعطى دفعة واحدة، ولكن ليس ثمة ما يمنع القاضي من الحكم تبعا للظروف، بتعويض نقدي يكون على شكل أقساط أو إيراد مرتب مدى الحياة، والفرق بين

1 - نص المادة 132 من القانون المدني على أنه: "يعين القاضي طريقة التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين أن يقدم تأمينا بأن يقدم تأمينا. ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وأن يحكم على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع".

2 - أنظر، نصير صبار لفته الجبوري، التعويض العيني، ط 1، دار قنديل، عمان، 2010، ص 21.

3 - التنفيذ العيني محو أو يزيل الضرر الذي ينجم عن الإخلال بالالتزام بحيث يؤدي إلى إعادة الدائن إلى الوضع الذي كان عليه، على حين أن التعويض العيني لا يرفع ذلك الضرر، فيبقى الإخلال بالالتزام قائما ويقدم للدائن بديل عنه يكون كافيا مثل تقديم شيء مماثلا لما التزم الملمم برده، أو شافيا كإصلاح الشيء الذي أعطبه المدين بخطئه، فيعد تعويضا عينيا إلزام المدين برد مثل المنقول الذي ضاع أو تلف بإهماله، أو بإعادة بناء الجدار الذي أهدم بخطئه، لأن الدائن في هذه الحالة أو تلك لا يحصل على عين حقه وإنما على بديل عنه. نصير صبار لفته الجبوري، نفس المرجع، ص 83.

4 - عبد العزيز اللصاصمة، المرجع السابق، ص 191.

5 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج 1، ص 967.

6 - نصير صبار لفته الجبوري، المرجع السابق، ص 102.



الصورتين أن التعويض المقسط يدفع على أقساط يحدد مقدارها ويعين عددها ويتم استفتاء التعويض بدفع آخر قسط منها، أما الإيراد المرتب مدى الحياة فيدفع هو أيضا على أقساط يحدد مقدار القسط فيها، ولكن لا يعرف عددها مقدما لأن الإيراد يدفع مادام صاحبه على قيد الحياة ولا ينقطع إلا بموته. ولما كان المسؤول هو المدين بهذا التعويض المقسط أو بهذا الإيراد المرتب، وكان الدين المترتب في ذمته يبقى محمدا قد تطول، فيجوز للقاضي أن يلزمه بتقديم تأمين<sup>1</sup>.

### ثانيا- تقدير القاضي للتعويض عن بطلان أو فسخ عقد الزواج

لقد سبق وأن قلنا أن تقدير التعويض يكون إما بنص قانوني أو وفقا لاتفاق الأفراد وإن لم يكن كذلك يتولى القاضي تقديره، ففي مجال بطلان عقد الزواج أو فسخه لا يوجد نص في قانون الأسرة يحدد هذا التعويض ولا طريقة حسابة مما يخرج من دائرة التعويض القانوني. وكذلك لا يمكن القول بأن يكون التعويض اتفاقيا، لأن هذا الأخير لا محل له إلا إذا كان العقد صحيحا، وما دام عقد الزواج غير صحيح فلا مجال لتطبيقه، وبذلك يبقى فقط التعويض القضائي الذي يمنح فيه السلطة الكاملة للقاضي في تقديره للتعويض مراعيًا في ذلك عناصره. فكيف يمكن تقدير التعويض؟. وماهي الضوابط التي تحكم تقديره؟.

### أ- تقدير التعويض عن بطلان عقد الزواج أو فسخه

إن لقاضي الموضوع سلطة واسعة في تكييف الوقائع المادية، وتقدير مقدار الضرر، ومن ثم تحديد مقدار التعويض.

فعندما يقدم طلب التعويض، سواء كان ضمن دعوى بطلان عقد الزواج أو فسخه أمام قاضي شؤون الأسرة، أو طبقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية أمام القاضي المدني، يجب على القاضي في المرحلة الأولى أن يبحث عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على الوقائع المطروحة من قبل الخصوم، حيث يقوم بنشاط ذهني في فحص واقع النزاع، وذلك للتقريب بين الواقع وبين القاعدة القانونية التي يراها هو أقرب إلى احتوائها على هذا الواقع المطروح. فنشاط الذهني للقاضي هو أقرب للعودة بالقاعدة القانونية إلى أصلها الطبيعي على أنها واقع، ويفهمه لهذه القاعدة القانونية يكون قد انتهى من المرحلة الأولى، وذلك بتكييف أولي حدد بموجبه القاعدة القانونية المحتملة التطبيق ضمن مجموع القواعد القانونية التي تتصارع في أولويتها بمطابقة المفترض الوارد فيها والواقع

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص967-968.

المطروح. ثم بعد ذلك ينتقل إلى المرحلة الثانية والمتمثلة في إجراء مقارنة بين مجموع الوقائع المطروحة من جانب الخصوم والنموذج الوارد في هذه القاعدة القانونية، وبعبارة أخرى يقوم القاضي بما يسمى بالقياس القانوني الذي تكون نتيجته بالضرورة تدل على أن مجموع الوقائع توجد في هذه القاعدة القانونية<sup>1</sup>. دون الالتفات إلى القواعد القانونية التي يرتكز عليها الخصوم<sup>2</sup>.

وعليه إذا تأكد القاضي بأن الوقائع المطروحة من خلال الخصوم كافية لتشكيل المسؤولية المدنية، يأتي إلى المرحلة الثالثة والمتمثلة في تقدير التعويض. والقاضي له سلطة واسعة في ذلك، إذ قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006 /07 /12 على أن: "تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص قضاة الموضوع دون غيرهم"<sup>3</sup>.

وتقدير القاضي للتعويض يكون طبقاً لما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب، وإن كان هذا التقدير لجانب الخسارة والكسب عن الضرر المادي أمر يمكن إدراكه في وقائع تقبل التقدير بالمال، فإن الأمر يختلف بالنسبة لتقدير التعويض عن الضرر الأدبي<sup>4</sup>، لأن هذا الأخير يصيب معنويات الإنسان وقيمه غير المالية<sup>5</sup>. إذ كيف يتسنى لقاضي أو خبير أن يصل إلى تقدير الآلام النفسية التي حدثت نتيجة عدوان المسؤول، فضلاً عن ذلك كيف يمكن جبر تلك الآلام النفسية<sup>6</sup>؟.

ومها يكن من أمر، فإن هذا لا يعني عدم التعويض عن الضرر الأدبي، لأن عدم مساءلة المخطئ الذي تسبب في الضرر الأدبي يناهز قواعد العدالة<sup>7</sup>. لأن الاعتداء على شخصية الإنسان وقيمه الأدبية يمثل ولا شك اعتداء صارخ على روح القانون<sup>8</sup>.

1 - نصير صبار لفته الجبوري، المرجع السابق، ص 138-139.

2 - أنظر، لمطاعي نور الدين، سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكيف القانوني للوقائع، م ج، 2012، عدد3، ص336.

3 - أنظر، المحكمة العليا، غ أش، 2006 /07 /12، ملف رقم 368660، م م ع، 2006، عدد2، ص483.

4 - أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص305.

5 - نصير صبار لفته الجبوري، المرجع السابق، ص260.

6 - أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص312-313.

7 - رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص46.

8 - نصير صبار لفته الجبوري، المرجع السابق، ص260.

وعليه فإن القاضي إذا تصدى لتقدير التعويض، فعليه أن يبحث أولاً عن توافر أركان المسؤولية وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، فإن ثبت لديه توافرها حكم بالتعويض<sup>1</sup>.

والتعويض الذي يحكم به القاضي عن بطلان عقد الزواج أو فسخه قد يكون مادياً، يتمثل بمبالغ من النقود يتناسب مع الضرر اللاحق بالزوج البريء. وللقاضي الحرية في اختيار أي شكل من أشكال التعويض النقدي تبعاً للظروف، على شكل مبلغ يعطى للزوج المتضرر دفعة واحدة، أو على شكل أقساط، أو إيراد مرتب مدى الحياة.

وقد يكون التعويض عينياً يتمثل في تصحيح الزواج. ويتمثل التصحيح في حالة مانع السن، حيث بالرجوع إلى المادة 4 من قانون 63-224 التي تجعل عقد الزواج صحيحاً بصفة مطلقة للزوجين في الحالتين التاليتين:

**الحالة الأولى:** إذا كان الزوجان قد بلغا السن القانونية قبل تحريك الدعوى من قبلهما، أو ممن له مصلحة في هذا الزواج، أو النيابة العامة التي لم يبلغها العلم بذلك إلا بعد أن صار الزوجين بالغين.

**الحالة الثانية:** إذا كانت الزوجة التي لم تبلغ السن قد حملت<sup>2</sup>.

كذلك يمكن تصحيح الزواج إذا أبرم بدون الشهادة أو الصداق أو الولاية في حالة وجوبه، وذلك بعد الدخول. طبقاً لنص المادة 33 فقرة 2 من قانون الأسرة.

<sup>1</sup> - حيث قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1989/02/08 بما يلي: "من المقرر قانوناً أن تحديد المسؤولية المدنية عن ضررها وتقدير جسامته ذلك الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير جدير. ولما كان - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع اعتمدوا في قضائهم على المادتين 124 والمادة 127 من ق.م بما لهم من سلطة تقديرية في تحديد المسؤولية المدنية وتقدير التعويض يعدون طبقوا صحيح القانون". أنظر، المحكمة العليا، غ م، 1989/02/08، ملف رقم 58012، م ق، عدد 2، ص 14.

<sup>2</sup> - تنص المادة 4 من قانون 63-224 على أنه: "أن الزواج المعقود من زوجين لم يبلغا السن المقررة أو الذي لم يبلغ أحدهما هذا السن لا يصلح الطعن فيه في الحالتين التاليتين: أ- إذا كان الزوجان قد بلغا السن القانونية. ب- إذا كانت الزوجة لم تبلغ السن قد حملت". بالرغم من وجود هذه المادة ضمن قانون 1963 إلى أنها تبقى سارية المفعول وذلك استناداً لنص المادة 223 من قانون الأسرة الصادر سنة 2005. عيسى حداد، المرجع السابق، ص 102-103.

## ب- الضوابط التي تحكم تقدير التعويض عن بطلان عقد الزواج أو فسخه

رغم ما توصي به نصوص القانون وما استقر عليه الفقه التقليدي من أن التعويض يجب أن يكون عادلاً<sup>1</sup>، فإن القاضي واستناداً إلى سلطته التقديرية في تقدير التعويض دون رقابة من المحكمة العليا من جهة، ومن جهة أخرى مراعاته للظروف الملابسة التي تحكم تقدير التعويض، فإنه يتجه إلى جبر الضرر بتعويض عادل دون تعويض كامل، وذلك من خلال العناصر التالية:

### 1- الإعتداد بجسامة الخطأ

لما كانت وظيفته القاضي المدني الحكم بالتعويض فقط وليس بالعقوبة، فمن المنطق أن لا يكون لجسامة الخطأ تأثير في تقدير التعويض<sup>2</sup>. فإذا تحققت المسؤولية قدر التعويض بقدر جسامة الضرر لا بقدر جسامة الخطأ، فمهما كان الخطأ يسيراً فإن التعويض يجب أن يكون على كل الضرر المباشر الذي أحدثه هذا الخطأ اليسير، ومهما كان الخطأ جسيماً فإن التعويض يجب أن لا يزيد عن الضرر المباشر<sup>3</sup>.

إلا أنه من الناحية العملية ونزولاً عن مقتضيات العدالة، يدخل القضاء في حسابه عادة عند تقدير التعويض درجة جسامة الخطأ الواقع من المسؤول<sup>4</sup>، وهذه الحقيقة يعترف بوجودها ويقدرها كل الفقهاء، لأنه ليس من المرغوب فيه أن لا يأخذ القاضي مطلقاً بعين الاعتبار جسامة خطأ المسؤول في تقدير التعويض، لأن ذلك يؤدي إلى إبعاد الجانب الأخلاقي عن موضوع المسؤولية المدنية<sup>5</sup>.

### 2- الظروف الشخصية للمضرور

كذلك على القاضي وهو بصدد النظر في تقدير التعويض عن بطلان أو فسخ عقد الزواج، أن يأخذ بعين الاعتبار الظروف الشخصية للزوج المضرور، وذلك حسب ما تضمنته عبارة المادة 131 "مع مراعاة الظروف الملابسة".

1 - محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 318.

2 - عبد العزيز اللصاحمة، المرجع السابق، ص 207.

3 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج 1، 973-974.

4 - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 355.

5 - عبد العزيز اللصاحمة، المرجع السابق، ص 207.

فالظروف الشخصية للمضروب تدخل في الاعتبار، لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضروب فيقدر على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي، ويكون محلاً للاعتبار حالة المضروب الصحية والعائلية والمالية<sup>1</sup>.

والأصل أن لا يعتد بالظروف الشخصية للمسؤول كونه فقيراً أو غنياً، فهو ملزم بدفع التعويض بقدر ما أحدثه من خطأ دون اعتبار لظروفه الشخصية، إلا أن البعض يرى أن النص طالما جاء عاماً بالنسبة للظروف الملازمة فإنه لا يجوز قصره على المضروب دون المسؤول<sup>2</sup>.

### 3- حسن النية

يقصد بحسن النية الاستقامة والنزاهة وانتفاء الغش، كما يقصد بها ما يجب أن يكون من إخلاص المتعاقد في تنفيذ ما التزم به<sup>3</sup>، حسب ما تقتضيه المادة 107فقرة 1 من القانون المدني: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن النية".

وإن كان حسن النية أو سوءها لا يكون له تأثير في تقدير التعويض. أما في مجال بطلان عقد الزواج أو فسخه لا يمكن إغفال ذلك، فإذا كان أحد الزوجين حسن النية لا يعلم سبب بطلان عقد الزواج أو فسخه كأن يتزوج الرجل بامرأة بينهما مانع القرابة وهو يجهل ذلك، أو إذا ما تزوجت المرأة اعتقاداً منها بوفاة زوجها السابق في الوقت التي يثبت فيه وجوده، فلا يلتزم الزوج حسن النية بالتعويض إذا ما طلب من المحكمة الحكم بطلان عقد الزواج أو فسخه، لأن طلبه هذا يكون مبرراً. والوقت المعتبر في تقدير حسن النية هو وقت إبرام عقد الزواج.

ومما سبق يتبين أن للقاضي السلطة الواسعة في تقديره للتعويض عن بطلان عقد الزواج أو فسخه دون معقب من المحكمة العليا، إلا أنه وعند تقديره لهذا التعويض عليه أن يبرز بما فيه الكفاية للعناصر التي استمد منها اقتناعه في تقديره للتعويض، وذلك حتى يتسنى للمحكمة العليا مراقبة مدى تطبيق القانون من طرف قضاة الموضوع. وهذا ما سنحاول بيانه.

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، 971- 972.

2 - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص396.

3 - زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص326.

## الفرع الثاني

### رقابة المحكمة العليا على القاضي في تقدير التعويض عن بطلان عقد الزواج أو فسخه

رغم أن تقدير التعويض يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع دون رقابة من المحكمة العليا<sup>1</sup>، إلا أن هذه السلطة أو الصلاحية تحكمها ضوابط معينة، لأنها لا تعتبر حالة نفسية يحكم من خلالها القاضي حسب أهوائه.

ولهذا كان تقدير التعويض مسألة موضوعية وقانونية، تستوجب على القاضي مما له من سلطة مطلقة في ذلك استبعاد كل إجحاف أو مغالاة، فيلتزم في ذلك فقط بالضرر الفعلي ويقدر التعويض من خلاله، وفي سبيل ذلك يجب على القاضي عند حكمه بالتعويض، أن يبين في حكمه من جهة عناصر وشروط الضرر الذي يقضي من أجله بالتعويض، ومن جهة أخرى عليه أن يراعي عناصر تقدير التعويض، حتى يتسنى للمحكمة العليا مراقبة مدى صحة تطبيق القواعد المتعلقة بالتعويض.

### أولاً- رقابة المحكمة العليا على عناصر الضرر وشروطه

باعتبار أن الضرر مناط تقدير التعويض، فلا بد أن يتناسب هذا التعويض مع الضرر ويتقدر بقدره، ولا يكون هذا التناسب إلا بعد تحديد العناصر والشروط الواجب توافرها في الضرر حتى يكون أساساً للتعويض<sup>2</sup>.

ولئن كان الثابت من وقوع الضرر وعدمه مسألة واقعية يستقل بها قضاة الموضوع دون معقب من المحكمة العليا، فإن تحديد الضرر وبيان عناصره وموجباته وتكييف نوعه تعتبر من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة المحكمة العليا. ومن هنا فإن كون الضرر ماساً بحق أو بمصلحة مشروعة، وتكييفه بأنه ضرر محقق أو احتمالي، وتكييفه بأنه ضرر مادي أو معنوي، وفي هذه الحالة الأخيرة القول بانتقال حق التعويض عن الضرر الأدبي إلى الورثة أو عدم انتقاله، كلها من مسائل القانون التي يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج2، ص167.

<sup>2</sup> - أنظر، مجماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية بين الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية والأساس الحديث، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007-2008، ص105.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، النظرية...، المرجع السابق، ج2، ص169-172.

إلا أن الملاحظ في الواقع العملي أن قضاة الموضوع لا يحددون عناصر الضرر ولا شروطه في أحكامهم، فلا يبينون نوع الضرر إذا كان مباشرا أو غير مباشر، متوقعا أو غير متوقع، محققا أو احتمالي، ماديا أو أدبي<sup>1</sup>.

وبذلك نقضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1986/07/08 حكما صادرا عن محكمة الجنايات الذي اقتضت في التعويض عن الضرر المادي دون اعتبار للضرر المعنوي مع أن كلاهما موجب للتعويض. وقد جاء في حشيات هذا القرار: "متى كان مقررا أن الضرر يكون ماديا أو معنويا ومن ثم فإن حكم محكمة الجنايات الذي قضى دعوى والد الضحية في حقه وحق أولاده القصر في التعويض عن وفاة ابنه يعد قضاء منتهكا للقانون. ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن قضاة محكمة الجنايات أسسوا قضائهم على كون الضحية كانت نفقة الطرف المدني الذي لم يلحقه لهذا السبب أي ضرر فإنهم بقضائهم كما فعلوا لم يحيطوا بالدعوى من جميع جوانبها واقتصروا بذلك على الضرر من جانبه المادي فقط دون اعتبار لجانبه المعنوي، مما جعل قضائهم ناقصا. ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال الحكم المطعون فيه"<sup>2</sup>.

كما نقضت نفس المحكمة قرارا لم يبين نوعية الضرر كونه ماديا أو معنويا. حيث قضت في قرارها الصادر بتاريخ 2000/03/28 بما يلي: "وحيث يتبين من القرار المطعون فيه أنه لم يحدد نوعية التعويض المقضي به، هل هو عن الضرر المادي أم عن الضرر المعنوي، ومعلوم أنه لا يجوز دمجها معا، الأمر الذي يشكل قصورا في التسبب، ينجر عنه النقض"<sup>3</sup>.

وقياسا على ما سبق، فإنه يجب لقضاة الموضوع عند حكمهم بالتعويض عن بطلان عقد الزواج أو فسخه أن يبينوا عناصر الضرر وشروطه، وإلا كان حكمهم عرضة للنقض أمام المحكمة العليا لقصورهم في التسبب.

### ثانيا- رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض

إن لقاضي الموضوع السلطة الواسعة في تقديره للتعويض من حيث فهم وتكييف الوقائع المادية وتقدير مقدار الضرر ومن ثم تحديد مقدار التعويض دون معقب من المحكمة العليا، وإنما لهذه الأخيرة الرقابة على ما يقوم

<sup>1</sup> - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص355.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ ج، 1986/07/08، ملف رقم، 423078، م ق، 1990، عدد1، ص254.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ م، 200/03/28، ملف رقم231419، م ق، 2003، عدد خاص، ص627.

به قاضي الموضوع من الاعتداد بعناصر تقدير التعويض، فليس له أن يختار منها ما يريد ويغفل ما يريد إغفاله من بين هذه العناصر، وهذا هو المبدأ.

غير أن هناك بعض قرارات المحكمة العليا تخالف هذه القاعدة، إذ أنها تخلط بين تقدير القاضي للتعويض بمبلغ ثابت أو نصاب معين وبين عناصر تقدير التعويض. فالأولى مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع وفقا لما توضح له من جسامه أو يسر الضرر، دون رقابة عليه من المحكمة العليا، ولكن كيفية تحديد هذه الجسامه أو اليسر، هو الذي يكون محل رقابة من المحكمة العليا. حيث تنصب هذه الرقابة على مدى احترام القاضي للعناصر التي وضعها المشرع للوصول إلى تقدير للتعويض بما يتناسب والضرر<sup>1</sup>.

فإذا كان القاضي بصدد تطبيق معيار الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، فعليه أن يبين الواقعة المثبتة في الدعوى، التي تصدق عليها وصف الخسارة أو الربح.

وفيما يتعلق بمعيار الظروف الملايسة، ومن وجوب الاعتداد القاضي بالظروف الشخصية للمتضرر من حيث حالته الصحية والعائلية والمالية، فعلى القاضي أن يبين الواقعة التي تفيده إصابة الشخص بضرر في ذمته المالية، دخله، عدد الأشخاص الذين يعيّلهم، وهذه كلها تخضع لرقابة المحكمة العليا، لأنها من قبيل التكييف القانوني للوقائع.

وفي هذا السياق قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1985/05/08 بما يلي: "إذا كان مؤدى نص المواد 130، 131، 182 من ق.م، أن التعويض يخضع في تقديره لسلطة القاضي، فإن عدم الإشارة من طرف قضاة الموضوع إلى مراعاتهم الظروف الملايسة للضحية وقيامهم بتحديد الخسارة، يجعل قرارهم غير سليم ويعرض للنقض"<sup>2</sup>.

كما قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1993/01/06 بما يلي: "...وأنه ينبغي على قاضي الموضوع أن يستجيب لطلبات المطعون ضده للتعويض عن الأضرار اللاحقة به من جراء فقدان قريبهم، فإنه ملزم مع ذلك بذكر العناصر الموضوعية التي تمكنه من تحديد التعويض وهي على وجه الخصوص سن الضحية ونشاطه

<sup>1</sup> - بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص 107.

<sup>2</sup> - أنظر، المجلس الأعلى، غ م، 1985/05/08، ملف رقم 39694، م ق، 1989، عدد 3، ص 34.



المهني، ودخاه الدوري أو أجره، في حين أن قضاة المجلس لم يذكروا أي معلومة في هذا الشأن، بحيث أن المحكمة العليا أضحت عاجزة عن ممارسة رقابتها على قضائهم"<sup>1</sup>.

وجاء أيضا في قرار آخر لها صادر بتاريخ 1994/05/24 والتي قضت فيه بما يلي: "حيث من المبادئ العامة أن التعويضات المدنية يجب أن تكون مناسبة للضرر الحاصل ولا تكون مصدر إثراء أو تفجير لأحد الأطراف، وتكريسا لهذه القاعدة فإنه مستوجب على القضاة أن يبينوا في أحكامهم الوسائل المقدمة أمامهم والمعتمدة من طرفهم لتقدير التعويض..."<sup>2</sup>.

كما أن حكم القاضي بتعويض معين رغم ماله من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك، وإلا كان قراره عرضة للنقض. وفي ذلك قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1984 /04 /02 على أنه: "من المقرر شرعا أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببيه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية. إذ كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي تحكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حالة الطرفين وطبقتهما الاجتماعية دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما وغناهما أو فقرهما أو غنى أحدهما أو فقر الآخر، ودون اعتبار لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف أن يغطي عادة بما يتناسب مع إمكانيات الزوج المادية، فإن هؤلاء القضاة فصلوا بدون تسبيب وإعطاء شيء غير مألوف دون الاستناد على أية قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة"<sup>3</sup>.

وفي نفس السياق قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1991/06/18 على النحو التالي: "من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل. ولما كان من الثابت

1 - أنظر، المحكمة العليا، غ م، 1993/01/06، ملف رقم 87411، ن ق، عدد50، ص55.  
2 - أنظر، المحكمة العليا، غ ج، 1994/05/24، ملف رقم 109568، م ق، 1997، عدد1، ص123.  
3 - أنظر، المجلس الأعلى، غ أ ش، 1984 /04 /02، ملف رقم 32779، م ق، 1989، عدد2، ص61.

- في قضية الحال- أن قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة والتعويض والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة دون أن يبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التعليل. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>1</sup>.

وبخصوص الضرر المعنوي فقد ذهبت المحكمة العليا إلى أن تقدير التعويض عنه لا يخضع للعناصر التي أوجبهها المشرع والمستعملة في ذلك، لكونه يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني. حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000/03/28 بما يلي: "حيث أنه إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي باعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني، فإن التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره"<sup>2</sup>.

وكذلك جاء في قرار آخر عنها بتاريخ 2009/12/17 على أنه: "لا يستوجب التعويض عن الضرر المعنوي ذكر عناصر التقدير"<sup>3</sup>.

وقياسا على ما سبق، فإن قضاة الموضوع عند حكمهم بالتعويض عن بطلان عقد الزواج أو فسخه، يجب عليهم أن يبينوا بما فيه الكفاية للعناصر التي استمدوا منها تقديرهم للتعويض، وإلا كان حكمهم عرضة للنقض أمام المحكمة العليا.

<sup>1</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ أش، 1991/06/18، ملف رقم 75029، م ق، 1994، عدد2، ص65.

<sup>2</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ م، 2000/03/28، ملف رقم 231419، م ق، 2003، عدد خاص، ص593.

<sup>3</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ م، 2009/12/17، ملف رقم 505072، م م ع، 210، عدد1، ص135.

# خاتمة

فقهاء الحنفية متفقون على تقسيم العقد غير الصحيح إلى باطل وفساد، 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، فأسباب النهي حسب اجتهادهم ليست سواء من حيث الأثر على مشروعية التصرف، لسبب بسيط وهو أن أثر النهي إذا كان من الجزاءات المدنية على ما تتركه المخالفة من خلل في نظام التعاقد، فيجب أن يكون الجزاء على قدر المخالفة قوة وضعفاً، وعليه فإذا كان النهي يرجع إلى أصل العقد بأن كان الخلل في أركانه وما يتعلق بهذه الأركان من شروط الانعقاد فمعناه بطلان العقد وعدم وجوده شرعاً في اعتبار الشارع. أما إذا كان النهي يرجع إلى وصف لازم له بأن كان الخلل في شرط من شروط الصحة، فيستدعي صحة ومشروعية الأصل وفساد الوصف ولا تناقض في ذلك، فتأخذ كل جهة حكمها الخاص بها، وهذه هي مرتبة الفساد بين الصحة والبطلان.

وفي العبادات فالأرجح هو أن أثر النهي يوجب البطلان لا الفساد، أي كان متعلقه الأصل أو الوصف اللازم، لتناقض أثر العبادة وحكم النهي، ودفعاً للتناقض وجب الحكم بالبطلان، وألحقوا بعض فقهاء الحنفية الزواج بالعبادات فلا يفرقون بين باطل الزواج وفساده، وتأسيساً على هذا كان النهي عن مسائل الزواج أي كان متعلقه- الأصل أو الوصف اللازم- يوجب البطلان في اجتهادهم، لأن مقتضى النهي التحريم وموجب الزواج الحل وهما ضدان لا يجتمعان.

ولكن هذا غير مسلم به، لأنه إذا نظرنا إلى صور الزواج غير الصحيح في المذهب الحنفي عموماً نجد في واقعها تنوع إلى نوعين. نوع لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج حتى ولو دخل الرجل بالمرأة فيه، ونوع يترتب على الدخول بالمرأة فيه بعض الآثار.

وظالما الأمر كذلك فمن الأفضل التمييز بين هذين النوعين في الاسم، بحيث يسمى النوع الذي لا يترتب عليه أي أثر بالباطل، والنوع الذي يترتب عليه بعض الآثار بالفساد. وكل منهما وإن لحقه خلل إلا أنه يمكن التمييز بينهما بأنه إذا كان الخلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط الانعقاد يكون العقد باطلاً لأن الخلل ينعقد معه العقد حقيقة وحكما مع وجود صورته. أما إذا كان الخلل في شرط من شروط الصحة يكون فاسداً لأن العقد مع هذا الخلل موجود حقيقة وحكما ولكنه غير صالح لترتب الآثار عليه في ذاته فإن حصل فيه دخول ترتبت عليه بعض الآثار، فهو كسائر العقود الدخول فيه كالقبض في العقود الأخرى.

جمهور الفقهاء لا يفرقون بين البطلان والفساد، فالجزء عندهم واحد وهو البطلان أو الفساد فهما مترادفان سواء كان الخلل في أصل العقد أو وصفه اللازم، فالعقد في نظرهم وحدة كاملة لا انفصال والحال ينطبق على العقود المالية وغير المالية.

وعلى الرغم من أن جمهور الفقهاء لا يفرقون بين البطلان والفساد، إلا أنه عند عرض آرائهم وخاصة في مسائل الزواج، نرى أن كل مذهب من المذاهب له حصته في التفريق بين الزواج الباطل والزواج الفاسد تحت عناوين أخرى، فالزواج الباطل هو ما اتفق الفقهاء على فساده، أو كان دليل التحريم فيه قويا، وهو ما أخذ به المالكية. والثاني: هو الإجماع على فساده، وهو ما أخذ به الحنابلة. والثالث: هو المتفق على بطلانه، وهو ما أخذ به الشافعية. أما الزواج الفاسد فهو ما اختلف الفقهاء على فساده أو إباحته.

المشروع الجزائري متأثر بأحكام الفقه الإسلامي وخصوصا الفقه الحنفي باستعماله مصطلحي الباطل والفساد، ولكنه عبر عنهما بما يدل على أنه متأثر بقواعد القانون المدني دون استعمال البطلان المطلق والبطلان النسبي.

وبذلك يتبين أن البطلان ليس هو الجزء المتعين لجميع مسائل الزواج، وإنما كلا من البطلان والفساد- باعتبارهما من الجزاءات المدنية-، يلحقان عقد الزواج مثلما يلحقان العقود المدنية مع شيء من التفاوت التي تمليه طبيعة مسائل الزواج.

لا يمكن للأفراد توقيع الجزاء بأنفسهم، بل يكون أمام القضاء وفقا لإجراءات معينة نص عليها القانون، وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجده لم يتضمن على أي نص إجرائي في ذلك، كما أنه لم يشر بتاتا إلى إحالة إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وعلى الرغم من خصوصية المسائل المتعلقة بالزواج فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية يعتبر الشريعة العامة في شأن التقاضي والقضاء.

كما أنه لا مانع من أن يقوم التعويض إلى جانب الجزاء في إطار الأحكام العامة للمسؤولية المدنية التي تمنع كقاعدة الإضرار بالغير بدون وجه حق.

## قائمة المراجع

## أولاً- المراجع العامة

- 1- ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج2، ج4، ج5، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1315.
- 2- ابن تيمية، العقود، دار السنة المحمدية، مصر، د س ن.
- 3- ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج4، ج7، ج9، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.
- 4- ابن منظور، لسان العرب، ج2، ج3، ج11، دار صادر، بيروت، د س ن.
- 5- ابن نجيم، الأشباه والنظائر، دار الفكر، دمشق، 1999.
- 6- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4، ج5، ج6، شركة علاء الدين للطباعة، بيروت، د س ن.
- 7- أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، ج3، ج4، ط1، دار القلم، بيروت، 1996.
- 8- أبو الحسن الحنفي المعروف بالسندي، سنن ابن ماجه، ج1، ج2، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1996.
- 9- أبو الحسن بن محمد بن حسين البزدوي، أصول البزدوي، ج1، الشركة الصحافية العثمانية، 1310.
- 10- أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، الفروق، ج2، ج3، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998.
- 11- أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، ج6، ج7، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- 12- أبو داود، سنن أبي داود، ج2، ج3، ج5، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1997.
- 13- أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع، ج9، ج17، مكتبة الإرشاد، السعودية، 1980.
- 14- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، ج2، ج3، ط1، المطبعة السلفية، القاهرة، 1403.
- 15- أحمد إبراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية، المطبعة الفنية، القاهرة، 1936.

- 16- أحمد بن جُزَي، القوانين الفقهية، د دن، د س ن.
- 17- أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ط 6، دار المعرفة، بيروت، 1982.
- 18- أحمد بن سهل السرخسي، أصول السرخسي، ج 1، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1993.
- 19- أحمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، مكتبة لبنان، لبنان، 1987.
- 20- أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا، الفواكه الدواني، ج 2، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
- 21- أحمد بن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر، د د ن، د س ن.
- 22- أحمد بن محمد بن قدامة، المغنى، ج 6، ج 9، ط 3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997.
- 23- أحمد زين الدين بن عبد العزيز المعبري المليباري، فتح المعين، ط 1، دار ابن حزم، بيروت، 2004.
- 24- أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- 25- أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1977.
- 26- أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، ج 1، ط 1، دار ابن عفران، السعودية، 1997.
- 27- أسامة السيد عبد السميع، التعويض عن الضرر الأدبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 28- أكمل الدين محمد بن محمود البابرقي، شرح العناية على الهداية، ج 5، ط 1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1316.
- 29- البيهقي، السنن الكبرى، ج 7، ط 1، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية، الهند، 1953.
- 30- الجرجاني، معجم التعريفات، دار الفضيلة، مصر، 2004.
- 31- الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 6، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995.
- 32- الخرشبي، شرح الخرشبي على مختصر خليل، ج 5، ط 2، مكتبة الكبرى الأميرية، مصر، 1318.



- 33- الدردير الشرح الكبير، ج3، دار إحياء الكتب العربية، د س ن.
- 34- الدردير، الشرح الصغير، ج3، دار المعارف، القاهرة، 1986.
- 35- الرملي، نهاية المحتاج، ج3، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- 36- الطيب زروقي، الكامل في العرائض القضائية، ج1، ط1، مطبعة الفسييلة، الجزائر، 2010.
- 37- المزني، مختصر المزني، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998.
- 38- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، ط4، دار الثقافة، الأردن، 2010.
- 39- أنور سلطان، مصادر الالتزام، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2007.
- 40- بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، د س ن.
- 41- بريارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، منشورات بغداوي، الجزائر، 2009.
- 42- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ج2، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- 43- بن حزم، المحلى، ج8، ج9، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1350.
- 44- بن قدامة، الشرح الكبير، ج20، ط1، دار هجر، د س ن.
- 45- بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج2، دار التقوى، القاهرة، 2006.
- 46- جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر، ج2، ط2، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، 1997.
- 47- جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن، نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول، ج1، عالم الكتب، القاهرة، 1343.
- 48- دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام، دار العلوم، الجزائر، 2004.

- 49- رضا متولي وهدان، المسؤولية المدنية، ط1، دار الفكر القانوني، 2011.
- 50- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ط3، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.
- 51- زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومه، الجزائر، 2009.
- 52- سائح شنفوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج1، دار الهدى، الجزائر، 2011.
- 53- سعد الدين التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج1، مطبعة محمد علي الصبيح وأولاده، مصر، 1957.
- 54- سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ج1، دار الهدى، الجزائر، 2006.
- 55- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج9، ج12، ج13، دار المعرفة، بيروت، 1989.
- 56- شمس الدين محمد بن الخطيب الشرييني، مغني المحتاج، ج2، ج3، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1997.
- 57- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، ج3، دار إحياء الكتب العربية، د س ن.
- 58- صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد، ط1، مكتبة الثقافة، عمان، 1997.
- 59- صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، ط3، دار العلم للملايين، 1989.
- 60- طاهري حسين، الإجراءات المدنية والإدارية الموجزة، ج1، دار الخلدونية، الجزائر، 2012.
- 61- عبد الحكم فوده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، ط2، دار الفكر القانوني، الإسكندرية، 1999.
- 62- عبد الرازق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، مصر، 1969.
- 63- عبد الرحمن الصابوني، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ج2، ط4، المطبعة الجديدة، دمشق، 1978-1979.
- 64- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، ج2، د د ن، د س ن.

- 65- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، ج4، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- 66- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج2، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
- 67- عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي، ج1، الشركة الصحافية العثمانية، 1308.
- 68- عبد العزيز، اللصاصمة، المسؤولية المدنية التقصيرية، ط1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، الأردن، 2002.
- 69- عبد الغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، ج2، المكتبة العلمية، بيروت، د س ن.
- 70- عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، ط1، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1998.
- 71- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987.
- 72- عبد المنعم عبده البرعى، فساد المعاملات الجارية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- 73- عبد الوهاب بوضرسة، النظرية العامة والخاصة لقبول الدعوى بين النظرية والتطبيق، دار هومه، الجزائر، 2005.
- 74- عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري، التوضيح في حل غوامض التنقيح، ج1، مطبعة علي صبيح وأولاده، مصر، 1957.
- 75- عثمان التكروري، الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ط1، مكتبة الثقافة، عمان، 1997.
- 76- عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، ج2، ط1، المطبعة التونسية، تونس، 1339.
- 77- عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2009.
- 78- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، بيروت، 2008.

- 79- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000.
- 80- علي باشا، مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، بيروت، 1302.
- 81- علي بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج1، ط1، دار الصميعي، الرياض، 2003.
- 82- علي حيدر، دُرر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ج2، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.
- 83- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 84- فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2008.
- 85- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق، ج1، ج4، ج5، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1314.
- 86- فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د س ن.
- 87- مالك بن أنس، الموطأ، دار الحديث، القاهرة، 2005.
- 88- مجمع اللغة العربية، معجم الوسيط، ج4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.
- 89- مجموعة علماء الهند تحت إشراف محمد عالمكير، الفتاوى العالمية المعروفة بالفتاوى الهندية، ج3، ط2، المطبعة الأميرية، مصر، 1310.
- 90- محمد إبراهيم بدارين، الدعوى بين الفقه والقانون، ط2، دار الثقافة، عمان، 2010.
- 91- محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر، مؤسسة الثقافة، الإسكندرية، د س ن.
- 92- محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، 1958.
- 93- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976.
- 94- محمد الأزميري، حاشية مرآة الأصول، ج1، د د ن، د س ن.

- 95- محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج8، ج12، ط1، دار ابن الجوزي، السعودية، 1425.
- 96- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، ج5، ج6، شركة مصطفى الباجي وشركائه، مصر، 1971.
- 97- محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترمذي، ج3، ط2، مصطفى الباجي الحلبي، مصر، 1968.
- 98- محمد حسنين، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988.
- 99- محمد سراج، نظرية العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
- 100- محمد سعيد جعفرور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 1998.
- 101- محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومه، الجزائر، 2003.
- 102- محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2005.
- 103- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، ج2، ط4، دار الهدى، الجزائر، 2006-2007.
- 104- محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أصول الإنسان، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1308.
- 105- محمد كمال بن مصطفى ابن محمود الطرابلسي، الفتاوى الكاملة في الحوادث الطرابلسية، د د ن، 1895.
- 106- محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، 1983.
- 107- مصطفى محمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ج2، ط1، دار القلم، دمشق، 1998.

- 108- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج2، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- 109- نصير صبار لفته الجبوري، التعويض العيني، ط1، دار قنديل، عمان، 2010.
- 110- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ج9، ط4، دار الفكر المعاصر، دمشق، 1997.
- 111- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ط9، دار الفكر، دمشق، 2012.
- 112- يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، ج4، مطبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.

## ثانيا- المراجع المتخصصة

### أ- المؤلفات

#### 1- باللغة العربية

- 1- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.
- 2- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
- 3- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 4- أسامة ديب، الإكراه في عقد النكاح، ط1، دار الثقافة، عمان، 2011.
- 5- أكرم ياغي، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية والمسيحية، ط2، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2007.
- 6- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 7- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط2، دار التأليف، مصر، 1961.
- 8- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2012.

- 9- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- 10- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 11- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 12- جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد، الأردن، 2009.
- 13- حسن حسانين، أحكام الأسرة الإسلامية، ط1، دار الأفاق العربية، القاهرة، 2001.
- 14- رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
- 15- زبير مصطفى حسين، الطبيعة القانونية لعقد الزواج، دار الكتب القانونية، مصر، 2012.
- 16- سليمان ولد خسال، ميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، منشورات دار طليطلة، الجزائر، 2010.
- 17- عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط5، المطبعة الجديدة، دمشق، 1978-1979.
- 18- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومه، الجزائر، 2013.
- 19- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومه، الجزائر، 1996.
- 20- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، ط4، دار هومه، الجزائر، 2013.
- 21- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- 22- عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط1، دار البصائر، الجزائر، 2007.
- 23- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم، الكويت، 1990.

- 24- عيسى حداد، عقد الزواج، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006.
- 25- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- 26- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، مصر، 1957.
- 27- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971.
- 28- محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج1، ط2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2009.
- 29- محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، دار الجامعية، بيروت، 1983.
- 30- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر، الأردن، 2007.
- 31- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1، ط7، المكتب الإسلامي، دمشق، 1997.

## 2- باللغة الفرنسية

- 1- Gérard cornu, Droit civil, la famille, edit. Montchrestien, Paris, 2001.
- 2- Ghaouti Benmelha, Le droit algérien de la famille, O.P.U., Alger, 1993.

## ب- رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير

- 1- الواحد رشيد، مسؤولية الناقل البحري للبضائع، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2013.
- 2- بحماوي، الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية بين الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية والأساس الحديث، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007-2008.
- 3- توفيق شندرالي، فسخ عقد الزواج، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011-2012.
- 4- عجالى بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2005.



5- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2008-2009.

6- مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009-2010.

### ثالثا- المقالات والتعليق

#### أ- باللغة العربية

1- إبراهيم علي أحمد الشال الطنجي، طرق تصحيح العقد الفاسد، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، 2007، عدد 31.

2- أحمد إبراهيم بك، العقود والشروط والخيارات، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة، السنة الرابعة، 1934، عدد 1.

3- تشوار جيلالي، النقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2002، عدد 1.

4- تشوار جيلالي، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2000، عدد 1.

5- تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1999، عدد 4.

6- عبد الحفيظ محمد عيدو رواس قلعة جي، بطلان العقد في الفقه الإسلامي، مجلة الحقوق، الكويت، 2004، عدد 2.

7- عبد الفتاح تقيّة، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون رقم 11/84، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2003، عدد 2.

8- عبد الفتاح تقية، خصائص القاعدة التنظيمية في الشريعة الإسلامية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2012، عدد 4.

9- لمطاعي نور الدين، سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكييف القانوني للوقائع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، 2012، عدد 03.

ب- باللغة الفرنسية

1-Mohamed el-alfy, Les contrats valides et les contrats nuls en droit musulman, journal of law, 1980, n.2.

## الفهرس

05 ..... مقدمة

### الفصل الأول

12 ..... تصنيف العقود فقها وتأثيرها على أحكام الجزاءات المدنية الخاصة ببعض مسائل الزواج.....

14 ..... المبحث الأول: أقسام العقد من حيث الصحة والعدم

15 ..... المطلب الأول: العقد الصحيح

17 ..... الفرع الأول: العقد الصحيح النافذ

18 ..... أولا: العقد النافذ الازم

20 ..... ثانيا: العقد النافذ غير الازم

22 ..... الفرع الثاني: العقد الصحيح الموقوف

23 ..... أولا: الرأي القائل بصحة العقد الموقوف

29 ..... ثانيا: الرأي القائل ببطلان العقد الموقوف

32 ..... المطلب الثاني: العقد غير الصحيح

33 ..... الفرع الأول: أقسام العقد غير الصحيح

33 ..... أولا: أقسام العقد غير الصحيح عند فقهاء الشريعة الإسلامية

39 ..... ثانيا: أساس الخلاف في تقسيم العقد غير الصحيح

42 ..... الفرع الثاني: أحكام العقد غير الصحيح

42 ..... أولا: حكم العقد الباطل

47	..... ثانيا: حكم العقد الفاسد
51	..... <b>المبحث الثاني:</b> تأثير تقسيمات العقد على أحكام الجزاءات المدنية الخاصة ببعض مسائل الزواج
52	..... <b>المطلب الأول:</b> الزواج الباطل
52	..... الفرع الأول: الزواج الباطل في الشريعة الإسلامية
63	..... الفرع الثاني: الزواج الباطل في قانون الأسرة الجزائري
71	..... <b>المطلب الثاني:</b> الزواج الفاسد
71	..... الفرع الأول: الزواج الفاسد في الشريعة الإسلامية
80	..... الفرع الثاني: الزواج الفاسد في قانون الأسرة الجزائري
<b>الفصل الثاني</b>	
89	..... إجراءات ممارسة دعوى الجزاء المدني ومدى التعويض عنه في حالة الضرر
91	..... <b>المبحث الأول:</b> إجراءات ممارسة دعوى الجزاء المدني
91	..... <b>المطلب الأول:</b> الإجراءات السابقة للنظر في دعوى بطلان عقد الزواج أو فسخه
91	..... الفرع الأول: شروط قبول الدعوى
92	..... أولا: الشروط المتعلقة بشخص المدعي والمدعى عليه
96	..... ثانيا: الشروط المتعلقة بالحق في رفع الدعوى ذاتها
100	..... الفرع الثاني: الاختصاص
100	..... أولا: الاختصاص النوعي
104	..... ثانيا: الاختصاص الإقليمي

109	المطلب الثاني: إجراءات دعوى بطلان عقد الزواج أو فسخه.....
110	الفرع الأول: عريضة رفع الدعوى وإجراءات تبليغها.....
110	أولاً: شكل ومضمون عريضة افتتاح الدعوى وكيفية إيداعها.....
112	ثانياً: إجراءات التبليغ الرسمي لعريضة الدعوى إلى المدعى عليه وإلى النيابة العامة.....
116	الفرع الثاني: إجراءات التكليف بالحضور إلى الجلسة.....
117	أولاً: وثيقة التكليف بالحضور.....
118	ثانياً: محضر تسليم التكليف بالحضور.....
120	المبحث الثاني: التعويض عن الأضرار المترتبة عن الجزاء المدني.....
121	المطلب الأول: المسؤولية المدنية في حالة التعويض عن بطلان عقد الزواج أو فسخه.....
121	الفرع الأول: الأساس القانوني لتعويض عن بطلان فسخ عقد الزواج أو فسخه.....
122	أولاً: نظرية إهرنج في الخطأ عند تكوين العقد.....
126	ثانياً: نقد نظرية إهرنج والرجوع إلى فكرة الخطأ التقصيري.....
127	ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من نظرية إهرنج.....
129	رابعاً: التعويض في الفقه الإسلامي.....
131	الفرع الثاني: عناصر المسؤولية المدنية للتعويض عن بطلان عقد الزواج أو فسخه.....
131	أولاً: الخطأ.....
136	ثانياً: الضرر.....
143	ثالثاً: علاقة السببية بين الخطأ والضرر.....

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن بطلان عقد الزواج أو فسخه ورقابة المحكمة العليا عليه	
144 .....	
الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن بطلان عقد الزواج أو فسخه .....	144
أولاً: أساس تقدير التعويض .....	145
ثانياً: تقدير القاضي للتعويض عن بطلان عقد الزواج أو فسخه .....	153
الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا على القاضي في تقدير التعويض عن بطلان عقد الزواج أو فسخه .....	158
أولاً: رقابة المحكمة العليا على عناصر الضرر وشروطه .....	158
ثانياً: رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض .....	159
خاتمة .....	163
قائمة المراجع .....	166

## ملخص

يعتبر الزواج من أهم العقود المدنية وأعظمها شأنًا، نظرا للوظيفة الكبرى التي يؤديها داخل المجتمع، وبذلك أصبح محط اهتمام الشرائع والأديان والقوانين قديما وحديثا، ويظهر أن عقد الزواج ينقسم إلى عقد صحيح وعقد غير صحيح، والمعيار الذي يأخذ بعين الاعتبار في هذا التقسيم هو مدى توافر الأركان والشروط فيه، فإذا استجمعت الأركان والشروط المطلوبة كان العقد صحيحا ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء، أما إذا لم تتوافر إحدى هذه الأركان والشروط كان ذلك محل اختلاف كبير بين الفقهاء، شأنه في ذلك شأن باقي العقود المدنية المرتبطة أساسا بتبادل الأموال أو المنافع.

وبذلك فالجزاءات المدنية التي تلحق العقود المدنية تلحق الزواج مع شيء من التفاوت التي تمليه طبيعة المسائل المتعلقة بهذا الأخير.

## الكلمات المفتاحية

الزواج - البطلان - الفساد - الدعوى - التعويض .

## Résumé

Le contra de mariage est considéré par tous les législations, religions et réglementations de par le monde. comme le plus important des contrats que le société génère quotidiennement ce contrat peut ne pas remplir les conditions régues pour se légalité nous serons danc en présence d'un contrat légal ou d'un contrat illégal.

Le nom respect de ces inters donne lieu à des points de vues divergents et passe des polémiques entre les chercheurs. par conséquent, aussi lieu le contrat social nul que le contrat de mariage nul peuvent avoir les mêmes effets, les mêmes sanctions, même si le second est empreint de quelques spécificités.

## Mots clés

Mariage - nullité - vicieux -action - indemnité.

## Abstract

The marriage is one of the mast important civil contract and the greatest pith because of its huge job that preformed in the community, and there by it became the focus of attention rites and religions and ancient lows and newly. And it shows that marriage contract is divided into a valid contract and invalid one, the availability of staff and condition the unavailability of one of this condition and staff was dispute among scholars, like the rest of civil contracts mainly associated with the exchange of money and benefits.

Thus, the civil sanctions that cause civilian contracts attached to the marriage with abut of disparity, that is dictated by the nature of the matter relating to the last.

## Key words

Marriage - nullification - corruption - case - compensation.