

جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



أثر الإكراه في عقد الزواج

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون الأسرة

تحت إشراف الدكتورة:

نظيرة عتيق

من تقديم الطالب(ة)

- الطالب: غربي محمد أكرم

- الطالبة: بوتلجة مريم

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د/قاري علي	أستاذ محاضر	رئيسا
د/عتيق نظيرة	أستاذ محاضر	مشرفا ومقررا
أ/جدع أمال	أستاذ مساعد	مناقشا

دورة جويلية 2022

الإهداء

إلى من ساندتني في صلاتها ودعائها
إلى من شاركتني أفراحي وأساتي

إلى أروع امرأة في الوجود

الغالية

إلى من علمني أن الدنيا كفاح
إلى الذي لم يبخل علي بأي شيء

وسلاحها العلم والمعرفة

إلى من سعى لأجل راحتي ونجاحي

أبي العزيز

إلى النهر المتدفق بالعطاء والذي أنار لي دروب العلم وشجعني وحثني دائما على التعلم
وحب العلم إلى أخواتي نور الهدى ومحمد لمين، إلى اللذين ساندوني وحثوني على تجاوز
المصاعب والمواصلة إلى ابنة عمي ندى ونوال وزهرة، إلى ابنة خالي فريال أهدي كذلك
ثمرة جهدي وعملي إلى عائلة غربي وعائلة بيبي بدون استثناء، وإلى عائلتي الثانية أسرة
المنظمة الطلابية الجزائرية الحرة فردا فردا إلى كل من شجعني وساندني من بعيد أو من
قريب وحثني على المواصلة. أقدم لهم طوقا من الياسمين تعبيرا عن شكري وامتناني.

أخوه

الإهداء

إلى أعز وأغلى إنسانة على قلبي التي أنارت دربي بنصائحها وكانت بحرا صافيا يجري بفيض الحب والبسمة إلى من زينت حياتي بضياء البدر إلى من منحنتي القوة والعزيمة لمواصلة الدرب وكانت سببا في مواصلة دراستي إلى من علمتني الصبر والاجتهاد إلى الغالية على قلبي أُمي العزيزة حفظها الله وأطال في عمرها.

إلى من سعى وشقى لأنعم بالراحة والهناء الذي لم يبخل بشيء من أجل دفعي في طريق النجاح الذي علمني أن أرتقي سلم الحياة بحكمة وصبر والدي العزيز حفظه الله ورعاه . إلى إخواني وأخواتي الذين شاركوني طفولتي وأحبوني بصدق وإخلاص وتعاونوا معي على إتمام ما عليه أنا الآن.

إلى زوجي المستقبلي الغالي على قلبي ورفيق دربي وأنيسي في دنيتي إلى من شاركني السعادة والحزن وشاطرني لحظات النجاح والفشل وقاسمني لذة الفرح ومرارة الألم حفظه الله ووسع في رزقه وأكرمه برضاه وكرمه وحقق له كل أحلامه .

إلى صديقاتي الغاليات ورفيقات دربي جميعا، إلى "أسماء" صديقتي التي كانت لي سنداً متينا.

إليكم جميعا أهدي ثمرة جهدي،

مريم

شكر وعرفان

الحمد لله على نعمائه، والصلاة والسلام على صفوة خلقه وأنبيائه، وعلى آله وأصحابه وبعد: يطيب لنا وقد من الله علينا بإكمال هذه المذكرة أن نرد الجميل لأهله، وتنسب الفضل لأصحابه، فالشكر لله أولاً وآخراً على نعمه العظيمة وآلائه الحسيمة على ما يسر لنا من إنجاز هذه المذكرة، فله الحمد والثناء بما هو أهله. وانطلاقاً من المصطفى، صلى الله عليه وسلم. " لا يشكر الله من لا يشكر الناس " (رواه أحمد والترمذي) نتقدم بجزيل الشكر والتقدير للصرح العلمي الشامخ بجامعة 20 أوت 1955، كما نقدم شكرنا لكلية الحقوق والعلوم السياسية، والشكر موصول لقسم الحقوق، وبأصدق العبارات وأوفاهما تقدم شكرنا وتقديرنا للدكتورة الفاضلة وعميدة الكلية: " عتيق نظيرة «، المشرفة على هذه المذكرة، على ما أحاطت بنا به من اهتمام، وإفادتها لنا والتي لم تبخل علينا بمساعدتها وتوجيهاتها القيمة رغم انشغالاتها، فجزاها الله خير ما جرى به أستاذاً عن طالبه. كما لا يفوتنا أن نتقدم بكل الشكر والامتنان للأساتذة أعضاء اللجنة المناقشة ولكل من ساهم في إنجاز هذا البحث ولو بدعاء وأخيراً نسأل الله العظيم أن نكون قد وفقنا في هذه الرسالة، فما من توفيق فمن الله، وما كان من خطأ فمن أنفسنا ومن الشيطان

{وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ ۗ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ} سورة هود

مقدمة:

يكتسي نظام الأسرة على مر العصور أهمية بالغة باعتباره القاعدة الأساسية لتكوين المجتمعات القديمة والمعاصرة كما حرصت الشريعة على إبراز مكانة ومتانة النظام الأسري التي تقوم على زواج الذي يعتبر اللبنة الأساسية لبناء المجتمع والأسرة حيث أولى له الإسلام اهتماما خاصا وأفراد له أحكاما تؤسس له تأسيسا سليما. لأنه السبيل الوحيد الذي ارتضاه الله سبحانه وتعالى لاجتماع الذكر بالأنثى ونعته بالميثاق الغليظ تعظيما لشأنه وخطورة عقده استنادا لقوله عز وجل ﴿ومن كل شيء خلقنا زوجين لعلكم تذكرون﴾ سورة الداريات (الآية 49) ولقوله ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون﴾ سورة الروم (الآية 21) ومن جهة أخرى فإن الإسلام قد ربط الزواج بعنصر الرضائية وجعله أساسا لجميع التصرفات التي تصدر على جميع الأشخاص سواء في الأفعال أو الأقوال .

و لقد بني الإسلام أحكامه الشرعية على محبة و الرضا لأن منهج الإسلام قائم على " رضيت بالله ربا و بالإسلام ديننا و بمحمد صل الله عليه و سلم نبيا رسولا " وانطلاقا من نص المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري¹ التي تنص على أن الزواج يتم بتبادل رضا الزوجين، كما نجد أيضا المادة 33 من نفس القانون أعلاه نصت على حالة انعدام و بطلان العقد لأن إرادة طرفي العقد غير موجودة و لا يكفي أن يكون الرضا موجودا فقط بل لا بد منه أن يكون صحيحا خاليا من عيوب الإرادة و من الضوابط التي وضعها الإسلام أن جعل للزوجين حرية الاختيار أو الموافقة على شريك حياته و منع أن يقع الزواج تحت تأثير الإكراه على أي منهما لأنه يدفع الشخص المكره إلى فقد قدرته على التصرف بحرية و خاصة أن عقد الزواج من التصرفات الشرعية التي لا تحتمل الفسخ، فإذا أجري عقد تحت تأثير الإكراه فإنه يفسده. حيث أن الإكراه يعتبر من العوامل المؤثرة في بناء الأسرة التي تعتبر اللجنة الأولى في قيام مجتمع سليم فلا بد أن يقوم على الرضا لا الإكراه ويبرز الإكراه بروزا واضحا

¹-القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 09 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005م. الجريدة الرسمية، التاريخ 27 فبراير 2005م، ع:15.

في الفقه الإسلامي ويتميز بهذا الوضوح عن سائر عيوب الإرادة الأخرى كما يعتبر من أهم النظريات في القانون يتعين التوقف عنده .

إشكالية البحث :

من خلال ما قدمنا سالفا توصلنا إلى طرح الإشكالية التالية التي تتمثل في: مامدى تأثير الإكراه على عقد الزواج؟ وما هو موقف الفقه الإسلامي والقانون الجزائري من ذلك؟

أهمية الدراسة:

تظهر أهمية الموضوع "أثر الإكراه في عقد الزواج " في عدة أمور منها :
_ قلة ما كتب في هذا الموضوع.

_ إكراه المرأة على الزواج ليس أمر نادر الحدوث في الجزائر وغيرها من الدول العربية.
_ الإكراه موضوع حيوي ويعتبر من أكثر العيوب التي لها أثر كبير على الإرادة البشرية، يمس واقع الأسرة التي هي اللبنة الأولى في بناء المجتمع.

_ أنه موضوع يثير الاهتمام ويحتاج إلى المزيد من التفصيل والتدقيق فيه.
_ إثبات أن المرأة يحق لها طلب فسخ عقد زواجها إذا تم عن طريق الإكراه كما أن هذا الموضوع يشكل ردا على مزاعم أعداء الإسلام الذين يزعمون بأن الإسلام يقيم العلاقات الزوجية بالقهر والظلم.

أسباب اختيار الموضوع:

هناك عدة أسباب في اختيار موضوع "أثر الإكراه في عقد الزواج" ومن أهمها:
_ الإكراه وخاصة في الزواج يعد من أحد الأسباب الرئيسية المؤدية إلى كثرة حالات الطلاق في مجتمعنا لأن الزواج أصلا لم يبنى على الرضا والاختيار، ومن ناحية أخرى الرغبة الجامحة في معرفة آراء الفقهاء حول موضوع والغوص فيه أكثر خاصة أنه لم يتم التطرق إليه في الجانب القانوني والنص عليه بصريح المواد خاصة أنه لم يكن هناك نص قانوني يعالج موضوع الإكراه على الزواج وقلة الدراسات المتخصصة. في هذا الموضوع خاصة في الجزائر لهذا يتطلب علينا المزيد من البحث والترتيب لينتفع به طلاب العلم.

أهداف اختيار الموضوع:

_ يعود الهدف من دراسة هذا الموضوع هو تسليط الضوء على بعض المشاكل التي يعاني منها الأزواج بسبب الإكراه واهتمامي الشخصي كباقي أفراد المجتمع بهذه المواضيع التي تؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية.

منهجية البحث :

إن طبيعة البحوث في قانون الأسرة تقتضي إتباع المنهج الذي من شأنه تحقيق غايتها وكذا الوصول إلى الإجابة على الإشكالية المطروحة، وهذا لا يكون إلا من خلال الاعتماد على عدة مناهج علمية من أجل استقاء الموضوع حقه من البحث و تحقيق أهدافه المرجوة و هذه المناهج هي:

- **المنهج الاستقرائي:** فهو الملائم لدراسة هذا الموضوع، وذلك من خلال تتبع كل الجزئيات المتعلقة به سواء كان ذلك في النصوص القانونية، الفقهية، القضائية، مع جمع التعريفات والنصوص
- **المنهج التحليلي:** الذي يعتمد على التفصيل والتحليل والتمحيص في الآراء والنصوص القانونية، وهذا المنهج مهم جدا خاصة في تحليل القواعد القانونية.
- **المنهج المقارن:** فالمنهج المقارن يعتبر أساسيا في الدراسات النقدية المقارنة، حتى تتمكن من الموازنة بينهما وبيان أوجه الاختلاف والاتفاق؛ بين الفقه والقانون، والوصول إلى الرأي الراجح ذو الدليل القوي.

خطة البحث:

وللإجابة عن الإشكالية اتبعنا الخطة التالية :

- بحيث قسمنا بحثنا باعتماد على منهجية عملية بخطة متوازنة إلى فصلين .
- الفصل الأول بعنوان: الإطار المفاهيمي للإكراه والزواج بحيث قسمناه إلى مبحثين .
 - المبحث الأول يدور حول: مفهوم الإكراه وآثره على التصرفات .
 - المبحث الثاني يدور حول الرضائية في عقد الزواج .
- الفصل الثاني بعنوان: أثر الإكراه في عقد الزواج وقمنا بتقسيمه كذلك إلى مبحثين .
 - المبحث الأول: يدور حول أثر الإكراه على إنشاء عقد زواج .
 - المبحث الثاني: يدور أثر الإكراه على إنهاء عقد الزواج.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للإكراه في الزواج

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للإكراه في عقد الزواج

وجدنا من خلال البحث و الاطلاع أن الفقهاء قد استعملوا مجموعة من المصطلحات التي تدور أو تخص الإكراه على العموم في عقد الزواج أو بمعنى آخر الإجبار و استعمال عنصر الإرغام للزوج و الزوجة ودفعهم على القيام بمشروع زواج الذي يعتبر من العقود الرضائية التي يكون فيها الرضا ركن أو شرط أساسي لاعتقاده وهذا ما يجعلنا نستبعد عنصر الإكراه في عقد الزواج و الذي يعتبر عيب من عيوب الإرادة و إلزام الغير بما لا يريد و ذلك لاستناده لقوله عز وجل { ذلك بأنهم اتبعوا ما اسخط الله وكرهوا رضوانه فأحبط أعمالهم } سورة محمد الآية 28....1

وانطلاقاً من هذا الصدد سوف نتطرق إلى مفهوم الإكراه في (المبحث الأول) والرضائية في عقد الزواج في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم الإكراه وأثره على التصرفات

لقد عني أهل الفقه و القانون بالإكراه عناية متميزة باعتباره عيب من عيوب الرضا وعارض من عوارض الأهلية و تكمن هذه العناية من خلال تخصيص الفقهاء بابا خاصا بالإكراه في مؤلفاتهم باعتباره أشد العيوب تأثيرا على الإرادة و كونه أساس الإكراه موضوعي بسبب ما يتصل به من وسائل العنف التي هي أكثر ما تكون وسائل مادية ظاهرة بصفة خاصة كما انه يعرف بأنه فعل يفعله المرء بغيره فينتقي به رضاه أو يفسد به اختيار من غير أن تتعدم به الأهلية تقي الحق المكروه أو يسقط عنه الخطأ ، وذلك بغض النظر عن الآثار التي تنجم عنه و هذا ما سوف نفصل فيه لاحقا بالإضافة إلى أنواع و أركان و شروط (المطلب الأول)

وأثره على إنشاء التصرفات (المطلب الثاني).

¹ - سورة محمد، الآية 28، القرآن الكريم.

المطلب الأول: تعريف الإكراه وأركانه وشروطه

سنتناول في هذا المبحث تعريف الإكراه وتحديد أركانه في (الفرع الأول) وشروط قيام الإكراه وأنواعه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الإكراه

أولاً: تعريف الإكراه لغة

يعرف الإكراه لغتاً انه يقال قام على كره أي مشقة و إقامة فلان على كره أي اكرهه على القيام أو حمل إنسان على أمر لا يريد و بالضم ما أكرهت نفسك عليه و بالفتح ما أكرهك غيرك عليه و الكره بمعنى المكشفة و هو ما يكرهه الإنسان و يشق عليه و إنما سمي الشر مكروهاً لأنه ضد المحبوب و امرأة مستكرهة غصبت نفسها على ذلك و الإكراه في أصل اللغة هو حمل الشخص على فعل شيء يكرهه و هو نقيض المحبة إذ جاء في اللسان وكره إليه الأمر تكريها صيره كريها إليه نقيض حبه إليه وقد كان بعض أهل العربية يقول الكره و الكره بمعنى واحد مثل الغسل و الغسل و قال بعضهم الكره بضم الكاف و الكره بفتحها مصدر قال الغراء : إن الكره ما أكرهت نفسك عليه و الكره ما أكرهك غيرك عليه وتقول جنئك كرها و أدخلتني كرها فالإكراه لغتاً هو عبارة عن حمل الإنسان شيء يكرهه¹

ثانياً: تعريف الإكراه اصطلاحاً

أ- في الفقه الإسلامي : جاء تعريفه بأنه فعل يوجد من المكره فيحدث في محل معنى يصير به مدفوعاً إلى الفعل الذي طلب منه أو هو عبارة عن الدعاء إلى لفعل للإبعاد و التهديد و عرفه المالكية بأنه ما يفهمه بالإنسان مما يضره أو يؤلمه من ضرب أو غيره أما الشافعية فقلوا الإكراه إن يصير الرجل في يد من لا يقدر على الامتناع منه سلطان أو لص أو متغلب على واحد من هؤلاء أو يكون المكره يخاف خوفاً عليه دلالة انه أمر امتنع من قبول

¹ - طه صالح خلف حميد الجبوري، الإكراه على الزواج مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق جامعة الموصل عدد 53، مجلد 15،

ما أمر به يبلغ به الضرب المؤلم أكثر من إتلاف نفسه أما الحنابلة فقالوا لا يكون الشخص مكرها حتى ينال من العذاب كالضرب أو الخنق أو العصر¹

أما مجلة الأحكام العدلية فقد عرفت الإكراه بأنه هو إجبار أحد أن يعمل عملا بغير حق من دون رضاه ويقول له المكره ويقال لمن أمره مجبر وذلك العمل المكره عليه والشيء الموجب للخوف مكره به وعرفه بعض الفقهاء المحدثين منهم الإمام محمد أبو زهرة حيث قال الإكراه هو حمل الغير على أمر امتنع عنه بتخويف يقدر عليه الحامل على إيقاعه فيصير الغير خائفا².

وجاء في المبسوط عن الحديث عن الإكراه أنه يعتبر معنى في المكره و معنى فيما ما أكره عليه ومعنى في ما أكره به و يفهم في ذلك أنه لتمام الإكراه لابد من توفر أركان و شروط التي سنتطرق إليها لاحقا و بالنظر إلى رأي جمهور الفقهاء غير الحنفية أن الإكراه يؤثر في التصرفات فيجعلها باطلة سواء كانت قابلة للفسخ كالبيع و الإيجار ونحوها أم غير قابلة للفسخ كالزواج و الطلاق و اليمين والرجعة فلا يصح البيع أو الإيجار الصادر من المستكره و لا يقع طلاق المكره و لا يبيث عقد الزواج بالإكراه لان الإكراه يزيل الرضا والرضا أساس جميع التصرفات و قال الحنفية في رأيهم أنه يميز بين التصرفات المحتملة للفسخ و التصرفات الغير محتملة للفسخ فان كان التصرف لا يقبل الفسخ كالزواج والطلاق³.

و كما عرفه ابن نجيم المصري أنه فعل يفعله الإنسان بغيره فيزول به الرضا و عرفه السرخسي بأنه اسم لفعل يفعلها المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد اختياره من غير أن تتعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب و كما عرفه الفقه الشافعي عند تحديده حدود الإكراه فقال انه أن يهدد المكره القادر على الإكراه بأنواع من العقاب يمثل لعاقل لأجله لإقدام على ما اكره عليه و غلب على ضنه أن يفعل به ما هدد به أن امتنع مما اكره عليه و عرفه الظاهرية كل ما سمي في اللغة إكراها و عرف بالحس انه أكره كالوعيد بالقتل ممن لا يؤمن من انقاد ما توعده به⁴.

¹ -المرجع السابق، ص 123.

² - أسامة ديب مسعود، أثر الإكراه في عقد النكاح، درجة ماستر، جامعة النكاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، 2006، ص 78.

³ - المرجع السابق، ص 78.

⁴ - داليا قديري، احمد عيد العزيز، رهاب مصطفى كامل السيد، موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من إكراه الزوج والزوجة على الواطئ (دراسة مقارنة) كلية الحقوق والعلوم الإدارية، العدد 27، القصيم، المملكة العربية السعودية، ص 24.

ب: في الفقه القانوني:

الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد و الذي يفسد الرضا ليست الوسائل بل الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد بينما المشرع الجزائري لم يعطي مفهوما واضحا للإكراه إلا ما أورده في نص المادتين [88_ و 89_] قانون مدني بحيث تنص المادة [88_] بصريح العبارة انه يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق و المادة [89_] أنه إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس لمتعاقد المكره إن يطلب إبطال العقد إلا إذا اثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم او كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه¹.

والأصل في نظرية الإكراه ما ورد في القرآن الكريم آيات منها قوله تعالى: {لا إكراه في الدين}... البقرة² 256_، ولقوله تعالى: {لا تكرهوا فتياتكم على البغاء أن أردن تحصن عرض الحياة الدنيا ومن يكرهن فإن الله من بعد إكراههن غفور رحيم} سورة النور³ 33_ .
وبعدما تطرقنا سابقا إلى مفهوم الإكراه سننتقل الآن إلى أركان الإكراه والذي سنقوم بالتفصيل في كل عناصره.

جاء في المبسوط عن الحديث عن الإكراه أنه يعتبر معنى في المكره و معنى في ما أكره عليه و معنى في ما أكره به و يفهم من ذلك أنه لتمام الإكراه لا بد من توفر أربعة أركان و المتمثلة في المكره و هو الحامل لغيره عن عمل شيء قهرا و يكون من السلطان و غيره على حد سواء و المكره هو الشخص الذي يجبر على القيام بفعل المكره عليه و المكره عليه و هو القول أو الفعل الذي يقع فيه الإكراه على أن يكون القول أو الفعل المكره عليه من المحرمات شرعا وقد يكون من غيرها كالإكراه مثلا على أن يبيع شيئا لا يريد بيعه و المكره به نوع التهديد الذي يوجه للمكره كالقتل أو قطع عضو أو إتلاف مال أو ضرب أو نحو ذلك و قد يخلق الأذى به أو بغيره نتيجة التهديد⁴.

1 - انظر - م 88-89-القانون المدني.

2 - سورة البقرة، 256 قران الكريم.

3 - سورة النور، 33 القران الكريم.

4 -إسامة ديب مسعود، مرجع سابق، ص 84.

وبناء على ما تقدم سوف نقوم بالتفصيل في كل العناصر و نبين كل ركن من هذه الأركان أولاً المكره بكسر الراء و هو من يقوم بحمل المكره على الزواج أو التزويج بوسائل معينة و يشترط فيه أن يكون قادرا على إيقاع ما هدد به هان لم يتم عقد الزواج لذا قال أبو حنيفة رحمه الله أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان لأنه قادر على تحقيق ما توعد به دون غيره أما جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية والشافعية و الحنابلة و الجعفرية فقد ذهبوا إلى أن الإكراه يتحقق من كل قادر على تنفيذ ما توعد به سلطانا أو من عامة الناس عاقلا أو مجنونا أو بالغا أو صغيرا و رأى الجمهور ارجع لان شخصية المكره ليست محل اعتبار بل الاعتبار لقدرته لا لشخصه بحيث يجب اعتبار الإكراه أن يكون المكره قادرا على إيقاع تهدي و نود أن ننوه هنا إلى مسألة إكراه صاحب النفوذ الأدبي كالأب و الأخ أو غيره باعتباره الصورة الأكثر شيوعا للإكراه على الزواج في المجتمع إذ تقبل المرأة أو الرجل حياء أو خجلا من صاحب النفوذ الأدبي ما يفترن هذا الحياء أو الخجل بوسيلة من وسائل الإكراه التي سيأتي بيانها¹ .

و المكره بفتح الراء هو من تولدت في نفسه الرهبة بفعل المكره (بالكسر) فدفعته إلى التعرف و في إطار الإكراه على الزواج فان المكره هو الرجل أو المرأة أو وليها فالولي قد يكون مكرها على التزويج من تحت وليته كالصغيرة و الصغير أو المجانين و يشترط لاعتبار لشخص مكرها ما يأتي مثل الخوف وقد اتفق الفقهاء المسلمون على أن الخوف صفة لازمة للشخص كي يكون مكرها إلا أنهم اختلفوا فيما يتحقق به الخوف فذهبوا إلى اتجاهين الاتجاه الأول رواية عن إمام احمد رحمه الله و تقضي أن الإكراه لا يتحقق إلا إذا نال المكره شيء من الأذى و الألم و يصح كونه قد خاف على نفسه أو عضوه أما إذا غلب على ظنه انه سيوقع بما يخشى منه فان ذلك لا يعتبر عندهم خوفا و بالتالي لا يتحقق الإكراه حيث جاء في المبدع و عنه لا يكون مكرها حتى يناله شيء من العذاب كالضرب و الخنق و عصر الساق.

¹-طه صالح خلف، المرجع السابق، ص 175.

أما الاتجاه الثاني فقد ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية و الشافعية و الجعفرية الذي يقضي بان خوف مكره يتحقق و ان لم يناله شيء من الأذى بل أن مجرد الظن بوقوع ما هدد به يكفي بثبوت حكم الإكراه سواء كان المكره جادا أم هازلا في تهديد و وعيده المهم هنا تحقق الرهبة في نفس العاقد التي تدفعه إلى إنشاء عقد الزواج و رأي الجمهور اصح لان العبرة في الإكراه هي الرهبة التي تتولد في نفس العاقد فتساب إرادته تدفعه إلى إبرام عقد الزواج و هذه الرهبة لا يشترط لتحقيقها وقوع الأذى أو الضرر بل يكفي الاعتقاد بوقوعه لأنه يؤثر في إرادة العاقد¹.

أما المكره به فيقصد به الوسيلة التي يوظفها المكره للإيقاع بالإكراه كالضرب مثلا أو الصفع أو الحبس لكل وسيلة من شأنها أن تلحق الأذى بالشخص المكره².

ويقسم فقهاء الحنفية هذه الوسائل من حيث تأثيرها في إرادة المكره إلى نوعين النوع الأول : وسائل تعدم الرضا و تفسد الاختيار و لا تعدمه و هي التهديد بإتلاف النفس العضو منها أو إتلاف جميع المال أو بقتل من يهيم الإنسان أمره و هو ما يسمى بالإكراه الملزم ، أما النوع الثاني وسائل تعدم الرضا ولا تفسد الاختيار كالحبس لمدة قصيرة والضرب الذي لا يخشى من القتل أو تلف بعض الأعضاء و هو ما يسمى بالإكراه الغير ملجئ و إذا كان هذا التقسيم أثره في ثبوت حكم الإكراه بالنسبة لبعض التصرفات كالإكراه على الكفر الذي يرتفع حكمه بالإكراه الملجأ و لا يرتفع بالإكراه الغير ملجأ أما جمهور الفقهاء من الشافعية و المالكية و الحنابلة و الجعفرية فلم يعتمدوا هذا التقسيم بل أنهم ربطوا بين وسيلة الإكراه و أثرها في ثبوت حكم الإكراه بالنسبة للتصرف المكره عليه فبالنسبة للتصرفات القولية و منها عقد الزواج يثبت اثر لإكراه فيها بوسائل الإكراه الملجئة أما بالنسبة للمكره عليه فينقسم من حيث نوعيته إلى قسمين أولا الإكراه على الأفعال و هو حمل الإنسان على القيام بفعل معين دون رضاه كالإكراه على بالقتل و السرقة ولا يندرج الإكراه على الزواج تحت هذا العنوان من الإكراه .

¹ - طه صالح خلف، مرجع سابق ص 175.

² - عبد العالي باحمو، الإكراه و أثره على التصرفات، جامعة ابن زهر، أية ملول المكلف في الفقه الإسلامي (2018/20/7)، ص 26 .

ثانيا الإكراه على الأقوال هذا النوع من الإكراه ينصب على إرغام المكره على القيام بتصرف قولي كالإجبار على إبرام عقد البيع أو الهبة أو إكراه الرجل على الطلاق ويندرج الإكراه على الزواج تحت هذا النوع من الإكراه¹.

الفرع الثاني: شروط قيام الإكراه وأنواعه

نقوم في هذا الفرع بالتكلم عن شروط الإكراه أنواعه و تحديدها تديما دقيقا و التفصيل فيها و ذلك من خلال عرضها و الاستعانة برؤى أهل العلم و الأكثر منا دراية في هذا المجال بحيث انه هناك مجموعة من الشروط ذكرها العلماء من الأصوليين و الفقهاء عند بحثهم له يستفاد من معرفتها التميز بين إكراه المعتبر و غير المعتبر و أن كان في بعضها خلاف و تفصيل يطول الكلام عليه لكننا سنشير إلى أهم هذه الشروط بإيجاز و اختصار و هي كالاتي ،عجز المكره عن الدفع و هذا منتف إذا يمكنه الدفع بلحاكم لأنه صاحب السلطان الذي يستطيع دفع ذلك الإكراه و يجب الإكراه ان يكون مؤلم من قتل أو ضرب أو سجن أو قيد أو صفع في القفا لذي مروءة بقتل ولده و أخذ ماله أو بحسب يوم علم أن يتضرر به لفوات الرضا و لا يشترط في الإكراه كون المخوف به يقع ناجزا فلو قال له ان لم تطلق زوجتك فعلت كذا بك بعد شهر و حصل الخوف بذلك كان أكرها فالوعيد بمفرده ليس بالإكراه في رواية و في رواية أخرى يعتب أكرها إذ خاف القتل أو الضرب الشديد و لا يشترط في الإكراه أن يتحقق أن يكون التهديد بتحقيق النتيجة و الإكراه عند الإمام مالك : يقع سواء كان من سلطان أو غيره فأكره الزوج امرأته بالضرب أو الإضرار بها من اجل أن تتخلع يعتبر ذلك إكراها و كذلك قدرة المكره على تحقيق أمر مستحق هدد المكره به عاجلا سواء كانت قدرته عليه بولاية أو تغلب أو فرط هجوم و عجز المكره عن دفعه بهرب أو غيره و أن يكون الإكراه ظلما فلو كان الإكراه بحق فلا تأثير عليه².

الشرط الأول هو ان يكون فيه المكره قادرا على إيقاع ما هدد به على المكره فان كان عاجزا على ذلك فان الإكراه غير معتبر في هذه الحالة و يكون الشرط لم يتحقق أما الشرط الثاني فهو يتمثل في خوف المكره من تنفيذ المكره عليه ما هد جبه المكره و عجزه عن

¹ - طه صالح خلف، مرجع سابق، 173/172.

² - ماجد بن خليفة السلمي، استاذ اصول فقه المساعد، الكلية لقانون والدراسات القضائية، جدة، المملكة العربية السعودية، 2020.

الخلاص من الضرر و ذلك يكون بهروب أو مقاومة و الاستغاثة و طلب النجدة بقادر و لا يشترط انه يناله شيء من العذاب فان كان المكره لا يخاف من التهديد أو كان قادرا على الخلاص منه أو التخلص و ذلك بأي وسيلة كانت فان الإكراه في حقه غير معتبر أما بالنسبة للشرط الثالث فيجب أن يكون المكره ممتعا عن ما اكراهه عليه قبل الإكراه فان لم يكن ممتعا من قبل فانه لا يصدق عليه لأنه مكره و إكراهه غير معتبرا على الإطلاق وأخيرا الشرط الرابع يجب أن يغلب على صن المكره ان المكره سيوقع ما هدد به عاجلا في حال امتناعه أما إذا كان التهديد من المكره أجلا فانه لا يصدق عليه انه مكره¹، و من جهة أخرى الشريعة الإسلامية حصرتها في جملة من الشروط التي لا بد من توفرها حتى ينتج أثره باعتباره من عيوب الرضا و تتعلق بركان الإكراه التي سبقت ذكرها و التي يمكن تلخيصها من أقوال الفقهاء في ما يلي أن يكون المكره قادرا علي تنفيذ ما هدد به فان لم يكن قادرا على تنفيذ ما هدد به لعجزه أو هرب لا يتحقق لإكراه فعند أبي حنيفة الإكراه لا يتحقق إلا من سلطان لان السلطان هو المغيث من الإكراه أما عند جمهور الفقهاء فان الإكراه يقع سواء كان من السلطان او غيره².

بعدها تناولنا سابقا شروط الإكراه سننتقل لأن إلى أنواعه بحيث أنها تتعدد بتعدد الاعتبارات المعتمدة في تقسيمه فباعتبار مشروعيته ينقسم إلى مشروع وغير مشروع وباعتبار قوته ينقسم إلى ملجئ وغير ملجئ وباعتبار وسيلته ينقسم إلى مادي ومعنوي وسأحاول في هذا الصدد بيان هذه الأنواع في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

أولا الإكراه المشروع وغير المشروع: هذا التقسيم ذكره جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ولم يذكره الحنفية ولا القانون الوضعي إلا أن كلا من الحنفية والفقه القانوني قد تكلموا عن مشروعية وعدم مشروعية الإكراه لكن كلاهم ذلك كان في شروط الإكراه لا في أنواعه:

أولا : الإكراه المشروع أو الشرعي أو بحق : يقصد به ذلك الإكراه الذي لا ظلم فيه و لا إثم أو هو الإكراه على الفعل الذي تعلق به حق الله أو حق لمخلوق أي إكراه الشخص على أداء حق الله أو حق العبد إذا امتنع من أدائه أو قسر فيه بغير عذر شرعي و ليكون الإكراه

¹ - المرجع السابق، ص 1135.

² - طه صالح خلف حميد الجبوري، ص 175.

مشروعاً و بحق لابد من توافر شرطين هما : كون وسيلة الإكراه مشروعاً بحيث يحق للمكروه التهديد بها كون المكروه عليه أمراً مشروعاً بحيث يحق للمكروه الإلزام به بان يكون ممن يجب على المكروه أن يفعله فلما امتنع من فعله باختياره جاز إكراهه عليه يقول ابن حجر الهيتمي { معنى قولنا لإكراه بحق أن الإكراه نفسه حق ولا يكون حقاً إلا إذا كان كل من لازميه المكروه به وعليه حقاً }¹.

و عليه فالإكراه المرتد على الإسلام و إلا قتل إكراه بحق حيث توفر فيه الشرطان و كذلك إكراه المدين القادر على وفاء الدين و منع عليه النفقة على الإنفاق و المحتكر على البيع بضمن المثل و أكره المولي على الرجوع إلى زوجته أو طلاقها إذا مضت مدة الأيلاء و إكراه العنين على الفرقة إذ لم يصل إلى زوجته بعد انتهاء الأجل و إكراه الولي المجرى لمن تحت ولايته على الزواج فتصرفات المكروه عليها بحق صحيحة لازمة أن الإكراه بحق لا ينافي الطوع الشرعي إذا ما إذن المشرع في هذا الإكراه إلا ليصح التصرف و ينفذ و إلا لم تكن لع فائدة يقول ابن العربي فان كان الإكراه بحق عند الإيابة من الانقياد إليه فانه جائز شرعاً تنفذ معه الأحكام و لا يؤثر في رد شيء منها و لا خلاف فيه².

ثانياً الإكراه الغير مشروط الإكراه الغير مشروع أو الغير الشرعي أو بغير حق أو بالباطل:
يقصد به أكره الشخص ظلماً بتهديد و وعيد يحرم تنفيذه لحمله مع إتيان محرم أو مباح لا يحق للمكروه إلزامه به و يكون الإكراه الغير مشروع إذا انتفى فيه احد شرطي الإكراه بحيث تكون وسيلته غير مشروعاً أو الأمر المكروه عليه غير مشروع فتهديد الذمي الملتزم بعقد الذمة بقتله ان لم يدخل في الإسلام و مثال الإكراه الغير مشروع في الزواج أن يكره الأخ أخته على الزواج بمن لا تحبه لان الأخ ليس له ولاية الإيجابار على الزواج و إنما تثبت هذه الولاية للأب و مع ذلك فلا يشرع للأب إكراه الثيب البالغة لان ولاية الإيجابار لا تثبت عليها و أنهما تثبت على الصغيرة و مع ذلك لا يشرع للأب إكراه هذه الأخيرة من زوج معيب

¹ -بخوش رزيق، عيوب الرضا في عقد الزواج، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتورا في العلوم الإسلامية تخصص قانون الشريعة، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، كلية العلوم السياسية، قسم الشريعة، 2017-2018، ص 115.

² -المرجع السابق، ص 115.

لانتفاء المصلحة و قد عد بعض الفقهاء من الإكراه المشروع إكراه الشخص بوسيلة مشروعة لفعل أمر غير مستحق للمكره و مثاله ما ذكره الحنفية من أن الزوج لو هدد زوجته بالطلاق أو التزوج عليها أو التسريح إذ لم تهب له صداقها و الصحيح هو ما عدا هذه الأمثلة من الإكراه غير المشروع بان المكره عليه ليس مستحقا شرعا فالزوج لا يستحق صداق زوجته حتى يكرهها على هبته و ولي الدم ليس من حقه تطليق زوجة القاتل حتى يكرهه عليه و هذا ما قرره و رجحه ابن حجر الهيتمي في رسالته { الانتباه لتحقيق عويص مسائل الإكراه } و هذا ما ذكره جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية و الحنابلة في تقسيم الإكراه المشروع و غير المشروع أما الحنفية و القوانين الوضعية محل الدراسة فم تذكر هذا التقسيم رغم اتفاق الجميع على أن الإكراه مؤثر في التصرف هو الإكراه الغير مشروع و الحقيقة أن هذا المبرر الاصطلاحي قوي و دقيق فلا يصح نظريا و اصطلاحيا تقسيم الإكراه إلى مشروع و غير مشروع و مع ذلك يبقى هذا التقسيم أهميته العلمية إذ به يميز بين الإكراه المؤثر في صحة التصرف و الإكراه الغير مؤثر فيه خاصة و أن التميز بين النوعين أمر صعب حتى على المتخصصين¹.

وقد جاء في الفقه الإسلامي تقسيم أنواع الإكراه إلى الملجأ أو الكامل وغير ملجئ أو الناقص فالإكراه الملجئ أو التام هو الذي يبقي للشخص معه قدرة ولا اختيار بان يهدده بالقتل أو بإتلاف بعض الأعضاء أو بالضرب الشديد الذي منه القتل أو تلف العضو أو تلف جميع المال وحكم هذا النوع بعدم الرضا ويفسد الاختيار².

و الإكراه الملجئ يسميه الحنفية أيضا بالإكراه الكامل أو التام و هو ما كان التهديد فيه بمتلف للنفس أو العضو كالتهديد بالقتل أو القطع أو الضرب و هو مؤثر في كل التصرفات بحيث يضاف الفعل إلى المكره فيصير كان فعله بنفسه و المكره مجرد آلة له في ما يصح أن يكون آلة له كإتلاف النفس أو المال و ان لم يصح كونه آلة له نسب الفعل إلى المكره فيكون كأنه فعل باختياره دون أكراه و ذلك مثل الأقوال لان الإنسان لا يتكلم بلسان غيره فلا

¹ -المرجع السابق، ص 116.

² -عمران عبد الرزاق، أثر الإكراه في أحكام الزواج وانحلاله في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر حقوق، تخصص أحوال شخصية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2017/2018، ص 10.

ينسب لغير المتكلم و إذا كان فيه إتلاف فيضاف إليه من حيث الإتلاف لصلاحيته آلة له فيه و مثاله إن يكرهه على الزواج فيصح عندهم و يرجع على المكره إن كان فيه إتلاف بان كان بأكثر من مهر المثل.

وعند الشافعية و الحنابلة فقد عرفوه بأنه هو الذي لا يبقى للمكره معه قدرة و لا اختيار و هذا لا يتصور إلا في الأفعال كالإلقاء بشخص من شاهق على آخر فيقتله أو يتلف ماله فالمكره بهذا المعنى غير مكلف ولا ينسب إليه الفعل بل ينسب إلى من اكرهه لئلا المكره أصبح كالآلة في يد مكرهه و مثال أيضا أن يحلف شخص لا يدخل دار أو يعلق طلاقه لزوجته بدخول دار معينة فيحمل عنوة و يدخل إليها دون أن يقدر على الامتناع فهذا لا ينسب إليه الدخول و ذلك لا يحنث في يمينه لا يقع طلاقه¹ و النوع الثاني هو ما يسمى الإكراه الغير ملجئ و هو ما يسميه الحنفية أيضا بالإكراه الناقص أو القاصر و هو ما كان التهديد فيه بغير متلف للنفس و لا لعضو كالتهديد بالقيد و الحبس و الضرب غير المتلف فهو لا يكون ملجئ لان المكره لا يضطر إلا إتيان ما اكره عليه فقد يختار الصبر و تحمل الضرب و الحبس و هذا النوع يعدم الرضا و لا يفسد الاختيار و لا يؤثر إلا في التصرفات التي تحتاج إلى الرضا كالبيع و الإجارة و الإقرار دون التصرفات التي لا تحتاج للرضا كالزواج و الطلاق².

والإكراه الغير الملجأ عند الشافعية والحنابلة هو الإكراه الذي لا يبقى للشخص المكره معه قدرة واختيار كالتهديد بالقتل أو الضرب أو الحبس إذا لكم ينفذ ما طلب منه فالمكره هنا له القدرة على الإقدام والإحجام وله الاختيار بين أن يفعل المطلوب دفعا للمرهوب أو يمتنع عن فعله ويصبر عن وتحمل الضرر المرهوب³.

و جاء في القانون الجزائري تقسيم الإكراه إلى نوعين و هما الإكراه المادي أو الحسي و هو الإكراه الجسماني الذي نستخدم فيه قوة مادية لا يستطيع دفعها و تمارس على المتعاقد مباشرة فتشل إرادته و تفقده حرية الاختيار و وسيلة الإكراه المادي كالحبس أو الضرب الشديد أو إمساك اليد بالقوة للتوقيع على عقد أو وثيقة أو صك مزور أو غيرها، و الإكراه

¹ - بخوش رزيق، مرجع سابق، ص118.

² - ماجد بن خليفة السلمي، مرجع سابق، ص1137.

³ - الموسوعة الفقهية الكويتية، ج6، ص 105.

المعنوي أو النفسي أو الأدبي و هو ما يعرف بالتهديد بالوعيد الذي يوجه إلى نفسية المتعاقد فيخلق فيه حالة من الخوف أو الفزع و الرعب فيندفع إلى التعاقد تحت تأثير هذه التهديدات ووسيلة لإكراه المعنوي كتهديد بالقتل أو بقطع عضو من أعضاء الجسم أو التهديد بالهلاك المال أو إفساده أو حرقه أو المساس بالعرض و الشرف أو التعرض لأحد الأقارب أو كتابة سند لا يستحقه فالإكراه المعنوي أو النفسي يعتمد غالباً على التهديد بإيقاع ضرر ما دون إيقاعه¹.

المطلب الثاني: أثر الإكراه على إنشاء التصرفات

للإكراه آثار على إنشاء التصرفات تتمثل في أثر الإكراه على إنشاء التصرفات عند فقهاء الشريعة (الفرع 1) وكذلك إنشاء التصرفات عند فقهاء القانون (الفرع 2) وهذا ما سنتطرق إليه

الفرع الأول: أثر الإكراه على إنشاء التصرفات عند فقهاء الشريعة

يتبين لنا في هذا الفرع آراء الفقهاء في الإكراه بوجه عام ونقسمهم على اتجاهين أولاً: الأحناف ولقد ميزوا بين التصرفات التي تقبل الفسخ مثل البيع والهبة وعقود الإيجار وغيرها من العقود التي لا تقبل الفسخ وذهبوا في قولهم حول صحة هذه التصرفات إلى رأيين أبي حنيفة وصاحبه قالوا: بنفاد هذه التصرفات والرأي الثاني من أخذ بان هذه التصرفات صحيحة².

ثانياً جمهور الفقهاء: لقد خالف جمهور الفقهاء في ما ذهبوا إليه وذلك بعدما تفرقتهم بين مختلف التصرفات حيث قالوا أن جميع التصرفات معينة إذا تمت تحت الإكراه و دليلهم في ذلك قوله صلى الله عليه و سلم {إن الله و ضع على أمتي الخطأ و النسيان و ما اشكر هو عليه}³.

¹ - بخوش رزيق، مرجع سابق، ص 12.

² - سلوغة عبد الرحمان، عيوب الرضا في عقد الزواج، مذكرة شهادة ماستر تخصص أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، قسم الحقوق، 2016/2015 ص 79.

³ - الالباني، صحيح الجامع، رقم 1836.

أما في مصير العقد فقد اختلف فيه الجمهور على النحو التالي:

- 1- المالكية يعتبرون أن العقود الواقعة تحت الإكراه لا تعد صحيحة لا كنها بغير لازمة نتوقف على إجازة الشخص المستكره فان هو جازها لزمته وإن رفضها بطلت
- 2- الشافعية والحنابلة يأخذون بأن العقود التي يشوبها الإكراه باطلة لان الرضا عندهم شرط لإكراه العقود أما عن الأحناف فقد قسموا التصرفات الصادرة عن المكره إلى قسمين من حيث تأثرها بالإكراه تصرفات قولية وتصرفات فعلية¹.

عند الحنفية يختلف أثر الإكراه في لتصرفات الفعلية في التصرفات القولية فان كان المكره عليه من الإقرارات كان اثر الإكراه باطل الإقرار و إلغائه سواء كان الإكراه ملجئ أم غير ملجئ فمن اكره على الاعتراف بالزواج أو الطلاق كان اعترافه باطلا و لا يعتد به شرعا لان الإقرار إنما جعل حجة في حق المقر باعتباره ترجح جانب الصدق فيه على جانب الكذب و لا يتحقق هذا الترجيح مع الإكراه إذ هو قرينة قوية على أن المقر لا يقصد بإقرار الصدق في ما أمر به و إنما يقص دفع الضرر الذي هدد به عن نفسه أما الأقوال فمنها ما يحتمل الفسخ و منها ما لا يحتمل الفسخ أما ما يحتمل الفسخ فيتوقف على الرضا كالبيع و الإجازة و الرهن و نحو ذلك من العقود و التصرفات فاثر الإكراه فيها هو الفساد مع وجود انعقاد و لا يترتب عليه البطلان سواء كان الإكراه ملجئ أم لا².

أما التصرفات القولية التي لا تقبل الفسخ كالزواج والطلاق والرجعة وهذه التصرفات لا أثر للإكراه فيها كما لا تتأثر بالهزل لان هذه التصرفات يترتب عليها أثر بمجرد الإتيان بها عن اختيار لان الشارع بها قائلا مقام إرادة معناها وحكمها أما عند جمهور الفقهاء فقد استدلوا لرأيهم بجواز التلفظ بكلمة الكفر بشرط عدم المساعدة القلب باعتقاد لذلك جاز له التلفظ بكلمة الكفر ولا يترتب على نطقها أحكام الردة لقوله تعالى {إلا من أكره وقلبه مطمأن بالإيمان}³.

كما أن للإكراه في التصرفات الفعلية و القولية فالفعلية يكون عمليا و ليس لساني و ذلك مثل الإكراه على السرقة أو الإكراه على القتل أو ما شابه ذلك من الأفعال الممنوعة و الحكم

¹ - سلوغة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 79.

² - أسامة ديب مسعود، المرجع السابق، ص 87.

³ - إبراهيم عبد الرحمان، علم أصول الفقه الإسلامي، ط 1، عمان، دار الثقافة للنشر، سنة 1999، ص 328.

فيها يختلف باختلاف نوع الإكراه لفعل المكروه عليه وجاء في مجلة الأحكام العدلية أن الإكراه الملجئ يكون معتبرا في التصرفات القولية كذلك في التصرفات الفعلية و أما الإكراه الغير ملجأ فيعتبر في التصرفات القولية فقط و لا يعتبر في الفعلية فالفعلية لو قال احد اتلف مال فلان و إلا اقتل كما قطع أعضاء فاتف ذلك يكون الإكراه معتبرا و يلزم الضمان على المجبر فقط¹.

أما بالنسبة للتصرفات القولية: وهي ما لا تحتمل الفسخ كالطلاق والنذر والظهار والنكاح والرجعة والعفو عن القصاص وغيرها فان الجمهور يرون ان الذي يكره عليها يعتبر تصرفه فاسد ومن ثم فان طلاقه لا يقع وهكذا بالنسبة للأمور الأخرى والإقرار مثل الإنشاء عند الجمهور في كونه إذا أكره عليه لا يترتب عليه أثر فالذي يقر نفسه بالشيء كالذي ينشأ ابتداءً لان الإقرار يحتمل الصدق والكذب، وإذا أكره على العقود مثل بيع والإجارة وما شابههما فإن الإكراه يفسد ذلك البيع².

الفرع الثاني: أثر الإكراه على إنشاء التصرفات عند فقهاء القانون

تقع على المرء في بعض الأحيان ضغوط من قبل الغير تضطر إلى الإقدام على التصرفات ما كان ليقدم عليها لو لم تقع عليه هذه الضغوط و قد ازدادت هذه الضغوط في زماننا عن ذي قبل مع تعقد دروب الحيات و سبل كسب أسباب العيش و انحصار الوازع الديني من النفوس و هذا ما جاء به أو ما نص به القانون في هذا الموضوع وقد نص المشرع الجزائري على الإكراه في المادتين 88_89 من القانون المدني حيث أورد في المادة 88_ يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينية بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق و يصنف إليها في الفقرة 2_ و يراعى في تقدير الإكراه حيث وقع عليه الإكراه مت غير المتعاقدين و منه حالته الاجتماعية و جميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامه هذا الإكراه³.

و يصنف في نص المادة 89_ في حالة صدور الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد الأثر المكروه أن يطلب إبطال العقد إلا إذا اثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو من

¹ - أسامة ديب مسعود، المرجع سابق، ص 90.

² - ملحق الخليج، ملاحق الدين للحياة، 21 ديسمبر 2009.

³ - أنظر المواد 89/88، قانون مدني جزائري.

المفروض أن يعلم بهذا الإكراه و من خلال نص المادتين السابقتين الذكر _88_89_ أن
المشرع الجزائري أجاز للظرف الذي وقع عليه الإكراه طلب إبطال العقد و مفاده ذلك أنه
ترك له الخيار في إبطال العقد من عدمه مع مراعاة الظروف و الاعتبارات التي أحاطت
بهذا الإكراه و التي أتى على ذكرها في الفقرة 2 من المادة _88_ من القانون المدني و كما
أن المشروع هنا ترك السلطة التقديرية لقاضي في معرفة درجة الإكراه¹.

29 المبحث الثاني: الرضائية في عقد الزواج:

يعرف الزواج على أنه عقد يتم بين طرفين ويكون بإرادتهما ويفيد حل استمتاع كل من العاقد
بالآخر على وجه مشروع انطلاقا من هذا سوف نتطرق إلى مفهوم الزواج (المطلب 1)
وطبيعة الرضا في عقد الزواج (المطلب 2) والإشارة كذلك لعنصر الرضا في عقد الزواج
عند الفقهاء -وكذلك بالنسبة للفقهاء القانون الفرع (2) وهذا ما سنقوم بمعالجته والتفصيل فيه
من خلال دراستنا

المطلب الاول: مفهوم الزواج والحكمة منه

الفرع الاول مفهوم الزواج: يعرف الزواج في اللغة هو الاقتران والاختلاط كما يقول العرب :
زوج فلان ابله، أي قرن بعضهما ببعض ومنه قوله تعالى {وإذا النفوس زوجت} سورة التكوير
الآية 27 أي قرنت بأبدانها وبأعمالها وقوله عز وجل أيضا {إحشروا الذين ظلموا وأزواجهم
وما كانوا يعبدون} سورة الصافات الآية 22³ أي قرنائهم الذين كانوا يحضونهم على الظلم
ويفرونهم به⁴.

وجاء في تعريف آخر أن الزواج في اللغة هو اقتران كما ورد في قوله تعالى "كذلك زوجناهم
بحور العين" الدخان الآية 54.

أي قرنائهم والأزواج القرناء وتزوجه النوم خالطه، والزوج خلاف الفرد ويقال زوج أو فرد
والزوج الاثنان وكل إثنين زوج والأصل في الزوج الصنف والنوع من كل شيء وكل شئيين

1 -أنظر المواد، 89/88، قانون مدني جزائري.

2- سورة التكوير، الآية 7.

3-سورة الصافات، الآية 22.

4- بلجاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1(الزواج، الطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن

عكنون، الجزائر، ص 29.

مقترنين شكلين كانا أو نقيضين فهما زوجان وكل واحد منهما زوج وقد ورد في القرآن الكريم هذا المعنى كما في قوله تعالى {أولم يروا إلى الأرض كم أنبتنا فيها من كل زوج كريم} سورة الشعراء الآية 7 وقوله أيضا {وترى الأرض هامدة فإذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت وأنبتت من كل زوج بهيج} سورة الحج الآية 15.

وتنوعت عبارات الفقهاء في تعريف الزواج مع الاتفاق في الفرض والمقصد ونظرا لكثرتهم فسوف نقتصر منها على اختيار ما يلي :

- عقد يحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على وجه المأذون فيه شرعا.
- عقد يتضمن وطئ بفظ إنكاح أو تزويج وعرفه الإمام ابن عرفة رحمه الله بقوله :
عقد على مجرد متعة التلد بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقده حرمتها إن حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر وجاء كذلك في تعرف ابن عرفة عقد الآن فيه الإيجاب وقبول من جانبيين والعقد فيه لزوم للعائد على نفسه أمر من الأمور

ونلاحظ من خلال التعريفات السابقة التركيز على حل الاستمتاع جاعلين إياه هو الفرض الأساسي من الزواج غير مبرزين مقاصد وأهدافه الأخرى وعليه نقول ليس المقصود من الزواج قضاء الشهوة فقط بل شرع لمقاصد متصورة وفي يذهب الحنفية أنه ليس المقصود بهذا قضاء الشهوة وإنما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة ولكن الله تعالى علق بت قضاء الشهوة أيضا ليرغب فيه المطيع والمعاصي المطيع للمعاني الدينية².

والقاضي لقضاء الشهوة ونجد أن الإمام أبا زهرة رحمه الله وضع تعريفا اعتبره كاشفا عن حقيقة الزواج والمقصود منه عند الشارع والعقلاء حين عرفه بقوله «أنه عقد يفيد حلال العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق بمقتضاه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة. ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات.

¹ - أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، الاستاذ الدكتور سلمان، الدكتورة سعاد سطحي، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة للعلوم الإسلامية، دار السلام، ص6-7.

² - الدكتور بالحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، أستاذ في كلية الاقتصاد وإدارة، قسم الأنظمة، جامعة عبد العزيز، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012 م/1433 هـ، ص72.

أما في الاصطلاح القانوني فهو عقد الرجل على امرأة تحل له شرعا بحيث يفيد حلا استمتاع كل من العاقدين بالأخر. على الوجه المشروع. ويجعل لكل منهما حقوقا وواجبات على الآخر. هذا ولقد عرف أغلب الفقهاء الزواج بتعاريف متقاربة تنتهي إلى أن القصد من عقد الزواج هو ملك المتعة أو حلها¹.

وعلى هذه الأساس عرف قانون الأسرة الجزائري الزواج في المادة 4 من قانون الأسرة المعدلة عام 2005 , بكونه عقدا رضائي يتم بين رجل وامرأة.

ويلاحظ في هذا التعريف القانوني أن المشرع صرح بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة. ويكون أساسها المودة والرحمة بين الزوجين بحيث أن الزواج ميثاق تراضي وترباط شرعي بين الرجل والمرأة على وجه الدوام والجدير بالذكر أن المادة 4 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 05/02 المؤرخ في 2005/02/27. أضافت في تعريفها للزواج بأنه عقد رضائي تقبيدا وتحبيدا للعموم المادة 4 من قانون القديم رقم 84/11 المؤرخ في 1984/06/09 وذلك لكون الزواج رضائي بالأساس ويقوم على تقابل إرادتي الرجل والمرأة عن طريق اقتران المادة 9 المعدلة و 10 من قانون الأسرة الجزائري².

استنادا إلى ما تطرقنا له سابقا والذي يتمثل في مفهوم الزواج، سوف ننتقل إلى الحكمة منه ومن مشروعيته والذي يعتبر نظام إلهي زرعه الله تعالى لخير الإنسانية ولمصلحة المجتمع البشري في إقامة دعائم الأسرة التي هي عماد الأمة، ذلك أن حفظ النوع الإنساني لا يتحقق إلا بالزواج في إطار العلاقة الشرعية، لأنه المنشئ للأسرة والأسرة هي الوحدة الأولى لبناء المجتمع (م/2ق / أ).

الفرع الثاني: الحكمة من الزواج: وانطلاقا من هذا سوف نبين الحكمة من مشروعية الزواج والغاية منه

مما تقدم يتبين أن المقصود من الزواج في الإسلام ليس هو قضاء الوضع الجنسي بل الغرض الأسمى من ذلك، ولذلك اعتبره النبي صلى الله عليه وسلم سنة الإسلام. فقال: " وإن من سننا النكاح ". وما كان الزواج سنة الإسلام لأن فيه قضاء الطبع الإنساني فقط بل لمعان اجتماعية ونفسية ودينية منها أن الزواج هو عماد الأسرة الثابتة التي تلتقي

¹ - بالحاج العربي، المرجع السابق، ص 73.

² - أنظر المادة 4، من قانون الأسرة الجزائري.

فيها الحقوق والواجبات بارتباط ديني يشعر الشخص فيه بأنه يقوم بحق الآخر بأمر ديني، وتنفيذ رابطة مقدسة تعلو بإنسانية، فهو علاقة روحية تليق برقي الإنسان¹.

ومن هنا يتضح لنا بأن الغرض من الزواج لسبب وهو قضاء الغريزة الجنسية فحسب بل الغرض من ذلك هو تكوين الأسرة التي تعتبر الخلية الأولى للمجتمع وحفظ النوع الإنساني في جو من المعاني الخلقية النبيلة والراحة النفسية والتعاون والاستقرار وقد أشار الإمام الغزالي إلى فوائد التزويج والزواج والرضا في العلاقة الزوجية بقوله في راحة القلب وتقويه له على العبادة فان النفس ملول وهي من الحق نفور لأنه على خلاف طبعها فلو كانت المداومة بإكراهه بإكراهه على ما يخالفها جمعت وثارَت وإذا زوجت بالذات في بعض الأوقات قويت ونشطت ويقول الشيخ المحقق محمد أبو الزهرة في كتابه الأحوال الشخصية وفي الحق إن الزواج مظهر من مظاهر الرقي الإنساني وهي راحة النفس الفاضلة ومستقرها و أمنها وسكنها وهو تكاليف اجتماعية فمن أحجم عنه فقد فر من الواجبات الاجتماعية. ونزل إلى أدنى درجات الحيوان. لهذه المعاني السامية عنى الشارع الإسلامي بالزواج عناية خاصة لم تتوافر في غيره من العقود. وأحطه بالرعاية والأحكام الشرعية كما وضع الأسس التي يقوم عليها. فليس عقد الزواج عقده تمليك أو منفعة كالبيع والإجارة كما يدعي ذلك بعض المستشرقين وعلى رأسهم. مارشال نوران صاحب النظرية الاستعمارية للقانون الإسلامي. الجزائري. بل هو أسمى من ذلك وأجل انه عهد وميثاق بين الزوجين يربط بينهما برباط المودة والرحمة مدى الحياة ولقد أشار المشرع الجزائري لهذه الدلالات السامية في المادة 4 من قانون الأسرة. المعدلة سنة 2005. بقوله من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون والإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب هكذا وبحكم العلاقة الزوجية. يصير الزوج انكم الشخص الواحد. يدافع كل منهما عن الآخر ويتألم كل منهما بألم الآخر لقوله تعالى: «هن لباس لكم وأنتم لباس لهن» أيأن كلا من الرجل والمرأة ستر لصاحبه تماما كما يسر الثوب لابسه من أن تظهر عورته².

¹ - الامام محمد ابو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، ملزم الطبع والنشر، دار الفكر العربي، ص34.

² -بالحاج العربي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، أحكام الزواج في ضوء قانون الاسرة الجديد، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع 1435/2012هـ، ص80.

وقد جعل الله تبارك وتعالى الزواج من آياته و أوضح انه نعمة من نعمه على خلقه فقال سبحانه وتعالى: { والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات}سورة النحل الآية 72 قال عز وجل {ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون } سورة الروم الآية 21 وقال جل وعلا { المال والبنون زينة الحياة الدنيا } سورة الكهف الآية 46 ولهذا العبارات اعتبر الرسول صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام « إن من سنتنا النكاح »¹.

المطلب الثاني: طبيعة الرضا في عقد الزواج

المبدأ العام في انعقاد العقد هو الإرادة أي تراضي المتعاقدين وفق ما جاءت به المادة 59 من ق المدني «يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين» وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري حيث اعتبر الزواج عقدا رضائيا بموجب المادة 4 من قانون أ.ج «الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي ولما كان الرضا أمرا داخليا يكمن في النفس وجب التعبير عنه بالإيجاب والقبول لهذا كان وجوب توفر الرضا (الإيجاب والقبول) أو ما اصطلح عليه بالصيغة في الزواج محل إجماع فقهاء الشريعة الإسلامية الذين أوقفوا انعقاد الزواج عليه واعتبروه بمثابة الركن فيه². وانطلاقا من هذا سوف نتطرق إلى الرضا في عقد الزواج عند فقهاء الشريعة (الفرع 1) والرضا في عقد الزواج عند فقهاء قانون الأسرة (الفرع 2).

الفرع الأول: الرضا في عقد الزواج عند فقهاء الشريعة :

يعتبر الرضا ركنا جوهريا وأساسيا في عقد الزواج وذلك يكون بالإيجاب والقبول من طرف الزوجين وجعلوه فقهاء الشريعة الإسلامية محل إجماع أوقفوا انعقاد الزواج عليه واعتبروه بمثابة ركنا أساسيا فيه وهذا ما جاءت به شريعتنا، استنادا لقوله تعالى: {رضي الله عنهم ورضوا عنه} سورة التوبة الآية 100.

¹ - بالحاج العربي، المرجع السابق، ص 81.

² - بشير راضية، المركز القانوني للزوجين في الأسرة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه الطور الثالث (ل.م. د) في قانون تخصص أحوال شخصية، السنة الجامعية 2020/2021، ص 15 .

وقيل في الرضا الكثير وعرفه الحنفية بأنه امتلاء أي بلوغه نهايته بحيث يقضي أثره إلى الظاهر من الظهور البشاشة في الوجه ونحوها كما يقضى الغضب إلى الطهر من حماليق الوجه بسبب غليان القلب، حيث اجتمع فقهاء الشريعة على أن التراضي ركن أساسي في عقد الزواج و ذلك لان الأصل في العقود هو الرضا يقول السباعي "لابد من الرضا و الإرادة ولما كان أمرين خفيين لا يمكن عليهما إلا بما يدل عليهما من قول أو فعل فقد اعتبر الشاعر الإيجاب و القبول دليلين ظاهرين على تحقق الإرادة و الرضا في نفس كل من المتعاقدين و اختلفوا فيما يعبر من الرضا، هل الرضا الظاهر المعبر عنه بالإيجاب و القبول أم لابد من الرضا النفسي على قولين. فذهب الحنفية إلى إن الرضا الظاهر يكفي في عقد الزواج وهذا الرأي مبني على قاعدتهم في التفريق بين الاختيار والرضا فالاختيار (قصد التعبير) هو الذي يعد ركنا في العقود عندهم أما الرضا (قصد الأثر) فليس ركنا فيها بل هو شرط صحة في العقود التي تقبل الفسخ، إما العقود التي لا تقبله كالزواج فلا يشترط فيها الرضا أصلا، بينما ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى اشتراط مطابقة الرضا الظاهر برضا الباطن إلا أنهم الأول ركنا في الزواج والثاني شرطا لصحته¹.

كما إن الرضا ركن جوهرى في جميع العقود فللمرء الحرية الكاملة في إنشاء ما يرى إنشائه من عقود و اشتراط ما يشاء من اشتراطان و ذلك في حدود الأمور التي لم يوجبها الله سبحانه وتعالى وقال ابن تيمية "إن الأصل في العقود رضا المتعاقدين وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما، ولا يختلف الأمر بالنسبة لإنشاء العلاقة الزوجية فهو الأساس لبناء الأسرة على أسس سليمة و الحفاظ عليها ومحاولة وضع حد لمشاكلها المستقبلية والتقليل منها من خلال وجود الرغبة المتبادلة بين الرجل و المرأة و الاختيار المطلق و الرضا الكامل بالتزواج².

ومن باب أولى أن يكون الرضا ركنا في عقد الزواج يرتبط به شخصان ارتباطا مؤدبا ويخلفان به أثر الدنيا والآخرة وقد وصف الله عز وجل هذا العقد بالميثاق الغليظ ولم يصف

¹ - بشير راضية، مرجع سابق، ص16.

² - نظيرة عتيق، حماية العلاقة الزوجية في المستحدث من تشريعات الاسرة، دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامى، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في لشريعة والقانون، تخصص أحوال شخصية جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، قسم الشريعة والقانون، دراسات عليا 2016/2017، ص119.

عقدا من العقود بما وصف به فهو من العقود المهمة في الإسلام لقوله عز وجل: " وثيق تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا" سورة النساء 21

كما أن الشريعة الإسلامية اعتبرت الإيجاب والقبول دليلا ظاهرا على الرضائية في العقود وعقد الزواج على الخصوص وعليه إذا تم عقد الزواج بإكراه فسخ العقد كذلك يجب توفر الإيجاب والقبول ويكون صادرا من أحد المتعاقدين¹.

كما أنه اتفق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون ومختلف التشريعات وحتى الاتفاقات الدولية على أن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج إلا أنهم اختلفوا في تسميته فهناك من يسميه بالصيغة وهناك من يسميه بالعنصر النفسي في الزواج، كما أنه يذهب جمهور الفقهاء المسلمين الى أن نخلف ركن الرضا في عقد الزواج يجعله باطلا ومنعدما لما أصابه من خلل .ولم يرتبوا عليه أية آثاروكم يحلو له الدخول وإذا تم الدخول فلقد اتفق على وجوب التفريق بين الزوجين ويعتبرونه زنا .لكن اختلف حول وجوب إقامة حد الزنا عليها².

كما أنه في الفقه الإسلامي لا جدال في أن العقد يقوم على أساس الرضا الكامل وافتراس الصدق والأمانة بين المتعاقدين سواء في إنشاء العقد او تنفيذه كما تم عليه اتفاقهما لقوله تعالى «ياأيها الذين آمنوا ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا ان تكون تجارة عن تراضي منكم» سورة النساء الآية 29 .ولقوله صل الله عليه وسلم «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطلب نفس منه "وكذلك يجب أن يكون الرضا خاليا من عيوب الإرادة بحيث أن الشريعة الإسلامية أقرت على أنه أي عيب يصيب الإرادة يجعل العقد باطلا ولا يكون نافدا ويقصد بعيوب الرضا الأمور تلحق إرادة أحد المتعاقدين او كليهما فتفسد الرضا دون أي تزكية فالرضا موجود وغاية الأمر أن الإرادة لا تجئ سليمة إما لأنها أتت نتيجة وهم كاذب³.

¹ - المرجع السابق، ص120.

² - لموشي عادل، الرضائية في عقد الزواج في القانون الوضعي وفي الفقه الإسلامي، جامعة تيزي وزو، مولود معمري، درجة دكتور، 2018/2019.

³ - مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر 2 حقوق، عقد الزواج في ضل الشريعة الإسلامية، جامعة مستغانم عبد الحميد بن باديس، إعداد الطالبة عيد فاطمة الزهراء سنة 2017/2018.

الفرع الثاني: الرضا في عقد الزواج عند فقهاء القانون

من المعلوم أن القانون يعتبر الرضا ركنا في جميع العقود والتصرفات المادة 59 من القانون المدني وهو أساس عقد الزواج لربط الطرفين وفقا لنص المادة 9 المعدلة ق.أ بقولها: (ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين ولما كان الزواج شيئا كامنا في النفس لا يظهر إلا بالتعبير عنه بالصيغة التي تدل عليه) جعل فقهاء القانون هذه الصيغة ركنا من أركان العقد الأساسية

وهي كل ما يدل على الإيجاب والقبول ومن ثم تقضي المادة 10 من قانون الاسرة في فقرتها على ضرورة اقتران الإيجاب بالقبول¹.

وقد أثارت المحكمة العليا في العديد من قراراتها المشهورة إلى ان رضا الزوجين الركن الأساسي لعقد الزواج وانه يبطل الزواج بانعدام الرضا. كما انه لا يمكن لقضاة الموضوع إجبار الزوجة ما على إتمام مراسيم الدخول رغم معارضتها او عدم الرضا به فإن بمجرد اقتران القبول بإيجاب في مجلس واحد يتم عقد الزواج. "مادة 9-10 من قانون الاسرة" والإيجاب هو العرض الصادر من أحد الأطراف لإنشاء العلاقة الزوجية أما القبول وهو الموافقة على هذا الإيجاب الصادر من الطرف الآخر.

وبالإضافة الى هذا فإنه يبدو جليا من صياغة المواد 4-9 و 10/1 و 33/1 المعدلة بأمر 05/02 المؤرخ في 27 / 12 / 2005 ان الرضا بين الزوجين يعتبر الركن الأساسي لعقد الزواج فإذا تخلفا او أحدهما، انعدام وجود العقد نهائيا فإن المادة 04 من ق.أ بعد التعديلات تعرف عقد الزواج بأنه عقد رضائي، كما ان المادة 9 من ق أ تشير بكل وضوح. ان عقد الزواج يقوم أساسا على الرضا وزياد على ذلك. فان المادة 33 / 1 من نفس القانون تنص صراحة "انه يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"².

وقد أشارت المحكمة العليا الى ذلك صراحة في بعض قراراتها من انه يبطل الزواج بانعدام ركن الرضا وان الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن

¹ - بالحاج العربي، مرجع سابق، ص 82.

² - أنظر المادة 10/09/04، قانون الاسرة الجزائري.

الرشد لعدم رضاها هو تطبيق للقانون وعلى هذا الأساس لا يمكن لقضاة الموضوع إجبار زوجها على الدخول لها رغم معارضتها له او عدم رضاها به¹.

كما انه لما كان الرضا وتوافق الإرادتين من الأمور الباطنية والنفسية التي لا يطلع عليها. كان لابد من التعبير صراحة عليها وذلك لكون العقد يكون بتطابق الإرادتين او الطرفين في العقد والذي يعتبر شرطا أساسيا لانعقاده والنية لا تنشأ عقدا ولقد نصت المادة 10 من قانون الاسرة في الفقرة الأولى والتي أثرتنا إليها من قبل بصريح العبارة «يكون الرضا بالإيجاب من أحد الطرفين والقبول من الطرف الأخر» ما يؤخذ على هذه المادة انه حددت الإيجاب والقبول من دون ان تعرفهما ولم تحدث شروطهما.

وجعل المشرع الجزائري في المرتبة الأولى من حيث تعبير الشخص عن إرادته ان يكون ذلك عن طريق الكلام من خلال اعتبار كل لفظ يفيد معنى الزواج شرعا في إبرام عقد الزواج. فلم يحدده بألفاظ التي يتم بها التعبير عن الإيجاب والقبول، ولم يحدد اللغة التي يتم بها العقد وصيغة الفعل عند التعبير الفعل عند التعبير ومما تقدم نرى ان المشرع الجزائري قد وافق مذهب الأحناف في مسألة الصيغة اللفظية أي الرضا وعليه يشترط لصحة عقد الزواج رضا الطرفين وهذا ما نصت عليه المادة 10 الفقرة الأولى من قانون الأسرة كما ان الرضا يعتبر الركن الوحيد المتفق عليه في الفقه الإسلامي والقانوني فهو يبنى عن أساس العقد وركنه الذي لا يقوم بغيره وبالرجوع للمشرع الجزائري في تحديد أركان الزواج نجده قد نحى منحى المالكية فقد نصت المادة 9 من قانون الاسرة قبل التعديل «على انه يتم عقد الزواج بالرضا الزوجين وولي الزوجة وشاهدين وصادق»².

ومن الناحية القانونية يقتضي الأمر ان نخل ركن من أركان العقد يترتب البطلان وهذا ما تقضي به النظرية العامة للعقود في النطاق المدني والنظرية العامة للعقد تحدد كما هو معلوم ثلاثة أركان أساسية للعقد وهي الرضا المحل السبب ولا ينعقد العقد إلا بها وهذا الخلط الذي كان موجود حاول المشرع الجزائري تداركه من خلال التعديل الجديد في صورة الأمر 05/02 فقد اعتبر المشرع الجزائري عقد الزواج قائما على ركن واحد فقط هو ركن

¹ - بالحاج العربي، المرجع السابق ص83.

² - أنظر المادة 10/09، من قانون الاسرة الجزائري.

الرضا وتتص المادة 9 على انه «ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين» وبالتالي فقد ان انهي اي دور الأركان السابقة في التعديل كالولي . فقد جعل المشرع الجزائري عقد الزواج عقد رضائي بالأساس شأنه شأن جميع العقود وتصرفات¹.

فمن خلال التعديل الجديد نستنتج بان عقد الزواج أصبح يقوم على ركن واحد فقط هو الرضا فإذا اختل ركن الرضا لم ينعقد العقد أصلا ويكون باطلا بطلانا مطلقا من الناحية القانونية وقد نصت على هذا الحكم المادة 33 المعدل من قانون الأسرة في فقرتها الاولى حيث جاء فيها ما يلي. «يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا»².

وجاء تعديله مؤكدا لقرارات المحكمة العليا التي اعتبرت ان الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج وانه سيبطل من بانعدام الرضا كما انه لا يمكن لقضاة الموضوع إجبار الزوجة على إتمام مراسيم الدخول بها رغم معارضتها له او عدم رضاها به³.

كما ان المشرع الجزائري وإذا جعل الرضا ركن في عقد الزواج فهو قد جعل كل من رضا المرأة والرجل في مرتبه واحدة وذلك من اجل تحقيق التوازن. والمساواة في العلاقات الزوجية فالزوجان حران في ان يتعاقدان وفق حريتهما، وبالنظر الى المصطلح الذي استعمله المشرع الجزائري في تعديل المادة الخاصة بأركان الزواج نجده قد استعمل مصطلح الرضا بيده انه قد جانبه الصواب الى حد ما باعتبار ان فقهاء الحنفية يستعملون مصطلح الإيجاب والقبول وليس الرضا باعتباره انه أمر باطني وشيء معنوي لا يمكن الاطلاع عليه⁴

ولابد كذلك من الإشارة أن المشرع الجزائري من خلال هذا التعديل جاء متناغما في حدود ضيقة مع القانون الدولي الذي حرص على تقنين هذه المتطلبات العالمية لحماية حقوق الإنسان خاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1975

¹- أنظر المادة 9، من قانون الاسرة الجزائري.

²- أنظر المادة 33، من قانون الاسرة الجزائري.

³- نظيرة عتيق، مرجع سابق ص 124.

⁴- المرجع السابق، ص 125.

فقد نصت المادة 16 من الاتفاقية على « للمرأة حرية في اختيار الزوج وفي عدم الزواج إلا برضاها الحر والكامل»¹

¹ - الامم المتحدة، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الموقعة سنة 1979 والمصادق عليها بالأمر رقم 03/96، المؤرخ في 10 جانفي 1996 وانضمت اليها بتحفظ عن طريق المرسوم الرئاسي، رقم 51/96 المؤرخ في 22 جانفي 1997.

الفصل الثاني

أحكام أثر الإكراه على عقد الزواج

الفصل الثاني: أحكام أثر الإكراه على عقد الزواج

المبحث الأول: أثر الإكراه على إنشاء عقد الزواج

بعدما تطرقنا في الفصل الأول الى تعريف الإكراه وأثره ومعرفة أركانه وشروطه بصفة عامة سوف ننتقل الى الفصل الثاني والذي سنقوم بالتحدث على احكام أثر الإكراه على عقد الزواج بصفة خاصة ومعرفة أثره على عقد الزواج ويكون في "المبحث الأول " وكذلك معرفة طبيعة الزواج المكروه عند فقهاء الشريعة وهذا ما سوف نفصل فيه في "المطلب الثاني" وتكييف الزواج المكروه عند المشرع الجزائري

المطلب الأول: طبيعة الزواج المكروه عند فقهاء الشريعة:

الزواج عقد رضائي ينعقد بتبادل رضا الزوجين و اذا انعدم ركن الرضا في عقد الزواج ترتب عليه البطلان لان إرادة أحد طرفي العقد او كلاهما غير موجودة غير انه لا يكفي ان يكون الرضا موجودا فقط أي لابد ان يكون صحيحا خاليا من العيوب حتى يمكن اعتبار عقد الزواج صحيحا و ملزما لطرفيه و من هذه العيوب "عيب الإكراه" الذي تقدم بيانه في "الفصل الأول" و الذي اعتبره جمهور الفقهاء المسلمين عيبا يؤدي الى إبطال العقد و ذلك لكونه شرط من شروط الزواج بحيث اذا تخلف عنصر الرضا أصبح العقد منعدما و لذلك لما أصابه من خلل و لم يرتبوا عليه أية آثار ولم يحلو به الدخول و إذا تم الدخول فلقد اتفق على وجوب إقامة حد الزنى عليها فالمالكية و الشافعية و الحنابلة و أبو يوسف يقولون بإقامته في حين الحنفية ترى بأن الزواج باطل¹.

كما أن الفقهاء اختلفوا في وقوع عقد الزواج في حالة الإكراه حيث يقول الحنفية أن الإكراه على الزواج يقع لأنه تصرف قولي يستحيل في أن يكون المكروه آلة للمكروه لأن التصرفات الشرعية في الأصل نوعان إنشاء واقتران ، و الإنشاء نوعان نوع لا يحتمل الفسخ ونوع يتحمله والزواج من النوع الذي لا يحتمل الفسخ فهو يقع بإكراه واستدلوا لذلك بما يلي بعموم آيات الزواج وبأي تصرف قولي ومن هذه الآيات قوله تعالى : { وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى

1 - عبيد فاطمة زهرة، حميش يمينة، عقد الزواج في ظل الشريعة الإسلامية و قانون الاسرة للجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر 2، جامعة عبد الحميد بن باديس قسم الحقوق، 2018/2017 صفحة 55.

مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنَّ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِيهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ
سورة النور الآية 32، ووجه الدلالة في الآية أن منطوقها يدل على أن الله عز وجل أمر
الموالي بزواج العبيد والإماء مطلقاً عن شرط الرضا فمن شرطه فلا بد من دليل عليها يقول
الكنايني ان عموميات نصوص وإطلاقها يقتضي شرعيه هذه التصرفات من غير تخصيص
او تقييد فالإكراه لا يعمل على الأقوال فكل متكلم مختار فيما يتكلم به فلا يكون مستكرها
عليه حقيقة ويقول ابن عابدين ان كل ما يصح مع الهزل لا يصح مع الإكراه لان ما يصح
مع الهزل لا يحتمل الفسخ وكل ما لا يحتمل الفسخ لا يؤثر فيه الإكراه فالهزل في عقد
الزواج يقع به الزواج وكذلك الإكراه لان كل عقد لا يؤثر فيه الإكراه وما يؤثر في الهزل لا
يؤثر فيه الإكراه¹.

والقول الثاني ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة الى القول ان
الإكراه على الزواج يؤدي لفساد والعقد غير ملزم بعد زوال الإكراه ولا يترتب عليه آثار
الشرعية واستدلوا لذلك بمايلي :

عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ان رسول الله قال " رد نكاح بكر وثيب
انكحهما ابوهما وهما كارهتان " ووجه الدلالة في الحديث الشريفان منطوقه يدل على فساد
عقد الزواج في حاله الإكراه وقوله صلى الله عليه وسلم " وضع الله عن أمتي الخطأ
والنسيان وما استكرهوا عليه" وجه الدلالة في الحديث الشريف انه يدل بمنطوقه على رفع
حكم الخطأ والنسيان واستكرها عليه الإنسان ورفع الحكم يقتضي رفع المؤاخذة وعدم الاعتذار
بحكم العقد الذي أكره عليه الإنسان إكراهها ملجأ².

بعد النظر في أقوال الفقهاء و استدلالاتهم تبين لي ما استند إليه الحنفية بمقياس
المكر على الزواج على ما عقد زواجه هذا فقياس مع الفرق الآن المكره على الزواج قد وجد
تضامن الشارع على عدم صحة عقده و كذلك هو الأمل ما ذهب إليه تدهور الفقهاء من أن
عقد المكر فاسد غير صحيح هو الرأي الراجح لما ذكره أصحاب هذا القول من أدلة تستند
إلى صحة الدليل كما أنه الموافق لحكم رسول الله فلا يجوز أن تزوج البنت إلا برضاها فإذا
تزوجت بغير رضاها فسد عقد الزواج وأن ما ذهب إليه الحنفية هو قول مرجوع لا يتألف إليه

1- أسامة ديب مسعود، المرجع السابق، ص 96.

2- المرجع السابق، ص 98-99.

ولا يقول عليه لأنه يستند إلى المعقول و هو لا يقوي على معارضة منطوق الحديث الذي تمسك به الفريق الثاني بأن الاكراه على عقد الزواج يقع فاسدا¹ وبعد تطرقنا والحديث عن طبيعة الزواج المكروه عند فقهاء الشريعة سوف تنتقل إلى ولاية الإيجاب (الفرع الأول) وولاية الاختيار وهذا ما سنتناوله في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ولاية الإيجاب

تعرف ولاية الإيجاب بأنها هي التي تمكن صاحبها من إنشاء عقد الزواج استغلالا دون التدخل من المولى عليه و قد أطلق عليها بعض الفقهاء (الولاية الاستبدادية) الاستبداد المولى فيها إنشاء العقد دون المشاركة من المولى عليه و هي تثبت على الصغير و البكر الصغيرة و المجانين و المعاتيه ذكور و إناثا اذا وجدن مصلحة في تزوجهم باتفاق الفقهاء على ذلك اي ولاية الجبر للأب بدليل تزويج أبي بكر الصديق ابنته عائشة لرسول الله صلى الله عليه وسلم و هي صغيرة و لكم اليد كلكم الأب في كثير من الأحكام حيث يتصرف في مالها كالأب يأخذ بكمية في ثبوت الولاية و يقتصر على هذين ولفور شفقتهما التي لا تتوفر في غيرها من العصابات².

وزاد عليها الإمام الشافعي والإمام مالك واحمد بن حنبل على أن البكر حتى ولو كانت بالغة فتكون عليها ولاية الإيجاب ما دمت لا تزال بكرا أما لم تثبت هذه الولاية فقد التفتون فيها فالحنفية ترى بأنه تثبت العصبية ودوي الأرحام أما الشافعي فقد ثبتها للأب والوصي الذي جعل له الأب ولاية الزواج وهذا ما ذهب إليه احمد ألا ان الوصي اشترط ان يكون الأب قد حدد الزوج³.

وتثبت ولاية الإيجاب على الصغير و الصغيرة ومن في حكمها كالمجنون و المعتوه حيث اتفق الأئمة الأربعة على وجوبها على الصغير كما أجمعوا على أن الأب أن يجبر البكر غير البالغ دون التبيين البالغ الأخلاق شاذا فيهما مرده اختلاف علة الإيجاب هي الصغر أما البكارة فمن قال بالصغر قال تجبر التثبیت الصغير ولا تجبر البكر البالغة و من

¹ - أسامة ديب مسعود، نفس المرجع ص100.

² - نور الدين أبو لحية، الضوابط الشرعية لحماية الزواج، دار الكتاب الحديث ص.41.

³ - بالعواد زويير، أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفها في الشريعة الإسلامية والقانون، 2019/04/23، ص16-18.

قال بالبكارة قال تجبر البالغة ولا تجبر الثيب الصغيرة و من قال بالغاتين ما قال تجبر ثيب الصغيرة والبكر البالغ و الأول أبى حنيفة و الثاني الشافعي و الثالث مالك حيث اثبت الحنفية ولاية الإجمار على الصغيرة برا كانت أم ثيبا مالم تبلغ المحيض و كذا على البكر البالغ مع استحباب استعمارها قبل العقد ندبا ولا وجوبا كما يقع على هاته الأخيرة الإجمار ولم كانت عانسا إلا الذي عامة و هو المشهور في المذهب اما الشافعية فأثبتوها على الصغيرة اذا كانت بكرا و كذا على البكر ولو كبرت شرط حصول المنفقة لها و يندب استئذانها تطبيقا لخاطرها اما الحنابلة فقد أثبتوها على الصغيرة البكر و كذا البكر البالغ في ولاية في زاوية أخرى عدم إجبارها في الزاوية الثانية هي المرجحة¹.

ومن أسباب ولاية الإجمار في عقد الزواج نذكر:

أولا: القرابة

وتثبت لصاحبها بسبب القرابة من المولى عليه اما قرابة كالأب والجد والابن او قرابة بعيدة كابن الخال وابن العم².

وعند الحنفية تثبت للأقارب العصبات الأقرب فالأقرب لأن النكاح العصبات كما وروي عن علي رضي الله عنه وذلك على الترتيب البنوة الأبوة العمومة المعتق الإمام والحاكم ثم يأتي بعد هؤلاء العصبية النسبية ثم سلطان ونائبه وهو القاضي³.

ثانيا: الإمامة

و هي الولاية الحكم و مساعديه من القضاء و غيرهم عندما يتعذر الوالي بالقرابة و لقد كان الخلفاء في صدر الإسلام يباشرونها بأنفسهم و إن اتسعت رقعة الدولة الإسلامية و انشغل الخلفاء بالأمر السياسية العامة فأصبحت هذه الولاية من توابع القضاء و من شروطها أن لا يكون هناك والي أصلا لقوله صل الله عليه و سلم " السلطان ولي من لا ولي له" عضل الولي للمرأة البالغة العاقلة اذا طلبت النكاح من كف و جب عليها تزويجها

¹-المرجع السابق، ص 18.

²-وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته الجزء، 7 ص.187

³-الكاساني بدائع الصانع الجزء، 2ص240.

منه لأنه منهي عن الفصل والنهي عن الشيء أمر بضده فإذا أمتنع فقد اضربه والإمام لدفع الضرر فتنقل الولاية إليه¹.

ثالثاً: الإيصاء

اختلف الفقهاء في ولاية الإيصاء في الزواج قال مالك: يكون الوصي ولبا في النكاح لان الوصي نائبه بعد الوفاة غير ان الشافعي لم يجز ولاية الوصي وسبب خلافهم هل صفة الولاية. مما يمكن ان يتناسب فيهما ام لا؟ ولهذا سبب اختلفوا في الوكالة في النكاح ام الجمهور فقد أجازوا ولاية الوصي إلا أبو ثور.

ولا فرق بين الوكالة والإيصاء عندهم لأن الوصي وكيل بعد موت الوكالة تتقطع بالموت ويشترط المالكية في وصي الأب عند عدم الأب ثلاثة شروط:

1_ أن يكون الأب قد عين الزوج للوصي بأن يقول له زوجها من فلان او يأمره بجبرها صراحة.

2_ أن يأمره بالزواج دون ان يعين له الزوج بأن يقول له زوجها وبها ممن أجببت.

3_ ان يقول له: أنت وصي على بنتي او بناتي او بعضهن وإن كان لقاصر الأهلية ولي عاصب لا يجوز له الإيصاء لان الولاية للعاصب فتعيين الوصي مصادمة لحكم الشارع وان لم يكن للقاصر ولي فيجوز الإيصاء لأنه تكون له ولاية خاصة فتقدم على ولاية القاضي العامة ولا تكون هناك مصادمة لحكم الشارع².

رابعاً: الولاء: وهو نوعان:

_ ولاية عاتقة وهي الحق الشرعي الذي يثبت المعتقد على عتيقه وله ان يزوجه إذا كان العتيق صغيراً أو مجنوناً او معتوها

_ ولاية مولاة وهي الحق الذي يثبت لشخص إثر العقد الذي يعقده مع آخر على ان ينصره ويزوده عنه بالرغم عنه إذا حتى وبربه إذا مات³.

¹ - مداحي منيرة بن سعدية مسعودة، الولاية في عقد الزواج بين الإيجاب والاختيار دراسة فقهية وقانونية مذكرة لنيل شهادة ماستر،

تخصص قانون الاسرة، جامعة محند اولحاج البويرة، قسم الخاص 2014، /2015 ص 12/11

² - مداحي منيرة، نفس المرجع ص12.

³ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق ص187.

خامسا: الملك

وهي الولاية التي تثبت السيد على مملوكه فله تزويج عبده او أمته جبرا عنهما ويتوقف نفذ زواجهما على إذنه وشرط ثبوت هذه الولاية للسيد ان يكون عاقلا بالغاً فلا ولاية للمجنون والمعتوه ولا الصبي قبل البلوغ على تزويج العبد أو الأمة¹.

اما بالنسبة لموقف قانون الأسرة الجزائري من ولاية الإيجار فإنه يتضح ذلك من خلال التعديل الأخير لقانون الأسرة في المادة 13 المعدلة بموجب الأمر 02/05 والتي تنص بصريح العبارة لا يجوز للولي أيا كان او غيره ان يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له ان يزوجها بدون موافقتها وبالتالي فان الأب لا يمارس ولاية الإيجار على ابنته القاصر ولم يذهب ما نحى إليه فقهاء الشريعة الإسلامية بالنسبة لزواج القصر اما بالنسبة للمرأة الراشدة فلم يأخذ كذلك بولاية الإيجار عليها وجعله ركنا أساسيا في عقد الزواج 05/02 والتي تنصه ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين ورتب على تخلفه البطلان المطلقة من خلال نص المادة 33 المعدلة بالأمر 05/02 "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"².

كذلك جاء في المادة 11 الفقرة 1 المعدلة بنفس الأمر "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها او احد أقاربها او اي شخص تختاره "فالمرأة الراشدة بحسب هذه المادة يجوز لها ان تبرم عقد زواجها بحضور وليها او اي شخص آخر تختاره فالمشرع وضع حدا نهائيا للنقاش حول مدى سلطة الولي في إيجار من هي في ولايته على الزواج من شخص لا تحبه ولا تأنس إليه او طاعته في البيت كما ان الولي إذا اجبر ابنته وابرم العقد في بلد أجنبي تعمل قوانينه على إيجار البنات على الزواج فإن مثل هذا العقد يكون باطلا ولا قيمه له لدى المصالح الوطنية والإدارية لكونه مخالفا للأحكام المادة 97 من قانون الحالة المدنية "الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين او بين جزائري وأجنبية يعتبروا صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المؤلفة في ذلك البلد شريطه ان لا يخالف الجزائري أشهر الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لمكان عقد الزواج"³.

¹- المرجع السابق، ص 187.

²- انظر المادة 13 المعدلة بموجب الامر 02/05 ق أ.

³- أنظر المادة 11 فقرة 1.

انظر المادة 97 من قانون الحالة المدنية من ق أ.

الفرع الثاني: ولاية الاختيار

تعرف ولاية الاختيار بأنها هي التي تحول للولي حق تزويج المولى عليه مع إشراكه حقه في الرأي والاختيار، كما يطلق عليها الحنفية ولاية ندب واستحباب على معنى أنه يستحب للولي مباشرة العقد نيابة عن المولى عليها بعد ان يتم الاختيار من جهة هذه الاخيرة. كما يستحبه للمولى عليها ان توكل مباشرة العقد للولي. حيث يصح لها ان تباشره بنفسها وهذه الولاية عند أبي حنيفة مستحبة. في تزويج المرأة الحر البالغة العاقلة سواء كانت بكرًا ام ثيب رعاية لمحاسن العادات والآداب التي يربعاها الإسلام ويسميها المالكية ولاية اختيار حيث لا جبر فيها على المولى عليه وتثبت هذه الولاية. عندهم على الثيب البالغة لانعدام البكارة والصغر والمولى المجير عندهم يشمل العصبية والمولى والحاكم¹.

وعلى الرغم من تعدد تسميات ولاية الاختيار يبقى عنصر الإيجابار إمام هذا النوع من الولاية وعرفت ولاية الاختيار بأنها سلطة ثابتة شرعا للولي. تخوله المولى على المولى عليه بعد موافقتها ورضاها بالكلام الصريح والملاحظ من هذا التعريف انه ليس شاملا لأنه يخص الثيب فقط التي يشترط تعبيرها الصريح بالقول عن رضاها بالزواج والمعروف انه ولاية الاختيار كما تثبت للثيب و تثبت أيضا للبكر، فقط جوهر الإخلاف بينهما لا يشترط في الأخير القول الصريح كذلك بالنسبة للزواج اليتيمة التي يشترط اخذ إذنها عند بعض الفقهاء وفي هذا أورد الدكتور شيهاني سمير تعريف ان يشمل كل من زواج الثيب والبكر بعد اخذ رضاها في ذلك سلطة ان شرعي للولي يحق له من خلالها تزويج من هي تحت ولايته. بعد اخذ موافقتها الصريحة إذا كان ثيبا او ضمنية إذا كانت بكرًا وكون ولاية الاختيار تقضي وجود الولي في عقد الزواج من جهة ووجود رضا المرأة من جهة أخرى حتى لا يكون هناك. إيجابار لها ولإنشائها لعقد زواجها بدون رضا وليها خاصة وان جمهور الفقهاء أكدوا على عدم اعتبار عبارة النساء في الزواج خلافا للأحناف كما سوف نفصل في الأمر في حين وقته فيمكن إعطاء تعريف لولاية الاختيار وانطلاقا من التعاريف السابقة هي سلطة منحت للولي

¹ -بوصره فوزية، الولاية في الزواج وحدودها وضوابطها في الشريعة الاسلامية، وقانون الاسرة الجزائرية، مذكرة ماستر، جامعة 20

أوت 1955، كلية الحقوق، دورة جوان 2013 ص 40.

حق توليه لعقد الزواج المولى عليها ثيبا كانت أم بكرًا بعد أخذه رضاها وقبولها في تزويجها صراحة أو ضمناً وبعيداً عن كل أشكال الإيجاب حتى لا يكون هناك رد في زواجها¹.

وتستند الولاية الاختيارية في الزواج الى الأدلة التالية:

أولاً: القرآن الكريم: " و انكحوا الأيامى منكم و الصالحين من عبادكم و إمائكم ان يكونوا فقراء يغنيهم الله من فضله والله واسع عليم "² و انكحوا الايامى اي زوجهم و الأيامى هو جمع أيم بفتح و تشديد الياء المكسورة و الأيم هو من لا زوج له من الرجال و النساء سواء كان قد تزوج قبل ذلك ام لا ، ففي هاته الآية خطاب للأولياء تحثهم على تزويج النساء كما تؤكد على ضرورة الولي في عقد الزواج كما تنص على عدم صحة عقد الزواج الذي تبرمه المرأة بنفسها اي لا تصلح لعقد الزواج لأن ذلك يمس بكرامتها كما ورد في الآيتين نهى الأولياء عن الاعتراض على نكاح المرأة بمن ترضاه و هو دليل قاطع على أن المرأة لاحق لها في مباشرة عقد الزواج و إنما هو حق للولي فقط و ذلك بخلاف الحنفية الذين يرون بأن المرأة البالغة يحق لها ان تزوج نفسها³.

ثانياً: من السنة النبوية الشريفة: قوله صلى الله عليه وسلم: «لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجهن إلا من الأكفاء ولا مهر أقل من عشر دراهم⁴.

من ناحية أخرى. اختلف الفقهاء حول ثبوت ولاية الإيجاب مع اختلافهم في علة ثبوتها.

أولاً: ثبوت ولاية الاختيار على المرأة والبالغة العاقلة: كون ان المرأة البالغة العاقلة قد تكون بكرًا او ثيبا والأمر الذي خلق خلافا بين الفقهاء ومنهم من قال بثبوت ولاية الاختيار على الثيب البالغة إلا ان النصوص أثبتت ان ولاية الاختيار. تثبت أيضا للمرأة اليتيمة بعد البلوغ.

¹- قارون فايزة، دور الولي في عقد الزواج بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في قانون الأسرة، جامعة الشهيد أكلي محند اولحاج، البويرة قسم الحقوق 2013/4/20 ص47.

²- سورة النور، الآية 32 القرآن الكريم.

³- مداحي منيرة، بن سعدية مسعودة، الولاية في عقد الزواج بين الاجبار والاختيار، دراسة فقهية وقانونية، مذكرة لنيل في القانون، قانون الأسرة، جامعة العقيد أكلي محند اولحاج البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق 2015/06/16 ص44.

⁴- المرجع السابق، ص 44.

أ- تزويج البالغة العاقلة البكر: وهي التي بلغت انتهاء أحد الصغر وعرفها عبد الكريم في كتابه المفصل بأنها الأنثى التي ظهرت عليها علامات البلوغ أو بلغت سن البلوغ ومعرفة حد البلوغ يكون بمعرفته علامته التي هي محل اتفاق بين الفقهاء وهي ثلاث علامات الحيض، الاحتلام، والحمل وقد ذكر الحنفية أدنى سن الاحتلام الذكر ببلوغه 12 سنة أما الحنابلة فحددوا سن البلوغ بتسع سنوات كحد لبلوغ الأنثى وأما الشافعية باستعمالها تسع سنين قمريه وفي رواية أخرى ببلوغها خمسة عشرة سنة¹.

فولاية الاختيار أو شركة تثبت على الحرة البالغة العاقلة البكر والشيب في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومالك وذلك لان مناط الإيجاب الصحيح هو الصغر وهذا غير محقق في البالغة العاقلة لذلك لا يحق للولي إجبارها على الزواج بمن اختاره لها دون رضاها لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تزويجها بدون استئذنها، اما المالكية والشافعية والحنابلة فكونهم اتفقوا على ولاية الإيجاب وقد أورد الشافعية سبعة شروط لابد من توفرها:

_ الشرط الأول: عدم وجود عداوة ظاهرة بين الولي المجير والبكر البالغة العاقلة فإذا كانت غير ظاهرة فلا يعتد بها كسب لإسقاط حقه في جبرها.

_ الشرط الثاني: ان يكون الزوج كفؤاً للمرأة.

_ الشرط الثالث: ان لا يكون بين البكر عداوة ظاهره مع الزوج الذي اختاره وليها.

_ الشرط الرابع: وجوب قدره الزوج على توفير الصداق الذي هو حق للمرأة

_ الشرط الخامس: ان يزوجه الولي المجير بمهر مثلها.

_ الشرط السادس: ان يكون المهر من نقد البلد.

_ الشرط السابع: ان يكون المهر حالاً وليس مؤجلاً.

وجاء ترتيب الأولياء في ولاية الاختيار عند الشافعية والحنابلة لسائر الأولياء من العصبات وعند المالكية قالوا في زواج البالغة الثيب تثبت لقرابة العصبية (الابن والأخ والجد وابن العم) فهؤلاء فقط لهم تزويج البالغة بأحد إذنها صراحة ويكفي صمت البكر في ذلك².

¹ -قارون فازية، مرجع سابق، ص 48-49.

² -مرجع سابق، ص 51.

ب _ تزويج البالغة العاقلة الثيب: اتفق فقهاء الشريعة الاسلامية على ان الثيب البالغة لا يجوز تزويجها بغير إذنها. وبذلك ليس للولي الشرعي. او غيره ان يكرهها على الزواج بمن لا ترضاه هي كونها أحق بنفسها من وليها كما تبث في قوله عليه الصلاة والسلام "الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإدنها صماتها"¹.

ولعل منشأ الخلاف بين فقهاء الشريعة. حول مدى صحة العقد الذي تتولاه المرأة البالغة العاقلة من عدمه كان انطلاقاً من اشتراطهما لإذن المسبق للثيب في صحة عقد زواجها و ما كان شرط رضا الولي و أذنه مشترطاً هو الآخر في تزويج الثيب نفسها من كفاً و في هذا أورد الدكتور عبد الكريم زيدان ترجيح بين الأمرين و قال برد النكاح و عدم تصحيحه بإجازته من طرف الثيب بعد وقوعه دون رضاها لان حديث الرسول صلى الله عليه و سلم فيه دلالة صريحة على وجوب استثمار الثيب وأن إجازتها قد يحمل الولي إكراهها بحجة ظنه على قبولها وحرصاً على سمعته ما يجعل المرأة الثيب تجيزه و هي كارهة مرة ثانية².

ثانياً: زواج اليتيمة

هناك من الفقهاء من أجاز تزويج اليتيمة قبل البلوغ وقالوا باستثمارها استناداً لقوله عليه الصلاة والسلام «اليتيمة تستأمر في نفسها فإن صممت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز عليها³

" و قال احمد و إسحاق "إذا بلغت اليتيمة فزوجت فرضيت فالنكاح جائز و لا خيار لها اذا أدركت بدليل حديث عائشة رضي الله عنها "ان النبي صلى الله عليه و سلم بني بيها و هيا بنت تسع سنين)⁴.

و اليتيمة هيا الصغيرة التي لا أب لها و المراد منها البكر البالغة و لكن هذا على سبيل المجاز المرسل اذا سميت بذلك باعتبار ما كان قوله عز وجل " و آتوا اليتامى أموالهم

¹ - جاء في الحديث، وفي رواية ابن ماجة، حديث رقم 1872 ص362.

² -وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 40.

³ -المرجع السابق، ص 53.

⁴ - ارجعه الترميذي في سننه، اكراه اليتيمة، حديث رقم 1109 ص 40 .

"سورة النساء الآية 2، فسامهم يتامى باعتبار ما كان لأنه لا يتم بعد الحلم و لكن سميت البكر البالغة التي لا أب لها يتيمة لمراعاة حقها و الشفقة عليها في تحري الكفاءة و الصلاح إذا اليتيم غالبا مظنة الرأفة و الرحمة فلا يجوز تزويج اليتيمة المميزة بمصالحها كارهة اتفاقا و يشترط رضاها فإذا رضيت أجزى الزواج و ان لم ترض فليس لأحد لإجبارها و دليل ذلك ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما قال : "توفي عثمان بن مظعون وترك ابنة له من خويلة بنت حكيم بن أمية بن حارثة بن الأوقص قال : وأوصى إلى أخيه قدامة بن مظعون قال عبد الله : وهما خالاي قال : فخطبت إلى قدامة بن مظعون ابنة عثمان بن مظعون فزوجنها ودخل المغيرة بن شعبة يعني إلى أمها فأرغبها في المال فحطت إليه وحطت الجارية إلى هوى أمها فأبيا حتى ارتفع أمرهما إلى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فقال قدامة بن مظعون : يا رسول الله ! ابنة أخي أوصى بها إلى فزوجتها ابن عمتها فلم أقصر بها في الصلاح ولا في الكفاءة ولكنها امرأة وإنما حطت إلى هوى أمها قال: فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: هي يتيمة ولا تتكح إلا بإذنها، قال: فانتزعت والله منى بعد أن ملكتها فزوجها المغيرة بن شعبة"¹.

المطلب الثاني: تكيف زواج المكره عند المشرع الجزائري

سنتناول في هذا البحث بيان حقيقة الاكراه في عقد الزواج وتكيفه عند المشرع الجزائري من خلال بيان وجهة نظره الى زواج المكره في القانون المدني والذي سوف نفصل فيها في (الفرع الأول) وكذلك تكيف الاكراه في الزواج في قانون الأسرة في (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تكيف الاكراه في العقود وفي القانون المدني

تناول المشرع الجزائري في المادة 88 في القانون المدني الإكراه على انه "عيب من عيوب الإرادة" والذي يعرف على انه عبارة عن ضغط مادي ومعنوي يمارسه شخص على آخر فيدفعه للتعاقد معه وذلك نتيجة الرهبة والخوف الذي ينشأ في نفس المتعاقد والذي يدفعه لإبرام التصرف القانوني والإكراه في هذه الحالة لا يؤدي إلى إعدام الإرادة كليا بل فقط يضيق من حرية الاختيال. لدى الشخص فيدفعه للتعاقد لم يكن يرتضيه اما اذا أدى الإكراه إلى إعدام الإرادة بصفه نهائية فإن العقد يكون في هذه الحالة باطلا بطلا مطلق، وتقابلها

¹- دكتور نصر الدين سلمان، الدكتوروة سعاد سطحي، مرجع سابق ص125/126.

المادة 127 من القانون المدني المصري فيترتب على الاكراه إبطال العقد نظرا للضغط غير المشروع الذي يقع على المكره حينئذ تتولى فيه رهبة دافعة الى التعاقد خوفا من الضرر ومثال ذلك ضرب شخص آخر او القيام بتهديده بالقتل او الضرب المبرح او إفشاء سره وكذلك إتلاف أمواله¹.

وتضيف المادة 89 من القانون المدني " انه إذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره ان يطلب إبطال العقد إلا إذا اثبت ان المتعاقد الآخر كان يعلم او كان من المفروض حتما ان يعلم بهذا الأمر" ويفهم في هذه المادة أنها نصت بصريح العبارة ان الاكراه يجب ان يكون صادرا من المتعاقدين بضرورة او من أحد أطرافه وانه ليس لطرف الآخر الحق في إبطال العقد إلا إذا اثبت انه كان على علم حتما وانطلاقا من نص المادة السالفة الذكر ان للإكراه عناصر:

أولاً: استعمال وسائل تهدد بخطر جسيم محقق: وهذا هو العنصر الموضوعي، بحيث انه لا بد من استعمال وسائل الإكراه تقع على الحس او على النفس فتهدد المتعاقد المكره، ووسائل الاكراه تكون في العادة غير مشروعة ويقصد بها الوصول الى غرض غير مشروع وقد تستعمل وسائل مشروعة للوصول الى غرض غير مشروع فيتحقق الاكراه من ذلك وان يستغلها صاحب الحق المطالبة بحقه لابتزازه لفائدتها غير مشروعة من المدين ومن ذلك أيضا ان يستغل صاحب الشركة نفوذه ليحقق غرض غير مشروع.

ثانياً: خطر جسيم محقق بالنفس او المال يهدد المتعاقد نفسه : فالإكراه النفسي هو الذي يوقع في نفس المتعاقد المكره او خطرا جسيما يحرق بنفسه او جماله فتكون الرهبة التي تعاقد تحت سلطتها قائمه على أساسه و الخطر يجب ان يكون ان يكون محققا أي وشيك الوقوع فلو كان التهديد بخطر يتراخى وقوعه اي اجل يتمكن معه المتعاقد من اتخاذ الحيطة لنفسه فان التهديد ليس من شأنه عادة ان يوقع في النفس الرهبة التي تفسد الرضا على ان الأمر منوط بحالة المتعاقد النفسية فقد تتبعث في نفسه رهبة من التهديد بخطر بعيد الأجل

¹ - محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء المدني، مصادر الالتزام، المجلد 3، محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2006، صفحة

فيكفي هذا الإفساد الرضا فالعبرة إذن بوقوع الرهبة حالاً في نفس المتعاقد. كأن الخطر حال أو محقق¹.

ثالثاً: كما يجب أن يكون الخطر المتولد عن وسائل الضغط التي مارسها المكره قد بعثت في نفس المتعاقد رهبة وأن يكون غير مستند على حق أن يكون من ورائه الوصول إلى غرض غير مشروع أما إذا الغرض هو الوصول إلى ما هو مستحق فإن الضغط لا يكون إكراهاً فالعبرة في تحقق الإكراه المعيب للإرادة أن يكون من ورائه الوصول إلى غرض غير مشروع ويكون ذلك كافياً لإبطال العقد لأن الإكراه له طبيعة مزدوجة فهو إلى كونه عيباً من عيوب الإرادة الذي يؤدي إلى إبطال العقد فهو أيضاً عمل غير مشروع.

ويتمثل العنصر الموضوعي بشكل عام في استعمال وسائل فردية مادية أو معنوية تهدد بخطر جسيم محقق من أجل الوصول إلى غرض غير مشروع كما أنه يتعين الاستهزاء بالمعيار الذاتي ومراعاة ظروف متعاقد والتي من خلالها استجلاء النتيجة التي حققت والتي تختلف باختلاف ظروف كل متعاقد على حد².

كما أن الإكراه قد يكون صادراً من المتعاقد الآخر أو يكون صادراً عن طريق الغير والأصل أن الإكراه يفسد الإرادة كما قدمناها سابقاً وسواء صدر الإكراه من أحد المتعاقدين أو صدر من غير. فإن أثر الإكراه من حيث هو عيب في الرضا لا يختلف والإرادة تكون فاسدة في الحالتين أما من ناحيته أن الإكراه غير عمل غير مشروع فإن المسؤول عنها هذا العمل هو المكره وهو في إحدى حالتين غيره في الحالة الأخرى والذي يعنينا هو الإكراه بوصفه عيباً في الرضا فلا فرق إذن بين إكراه يصدر من أحد متعاقدين وإكراهاً يصدر من الغير كلاهما يفسد الإرادة ويجعل العقد قابلاً للإبطال، ومن جهة أخرى أنه قد يكون الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين ولا من الغير ولكن من ظروف تهيأت مصادفة لا يد لأحد فيها واقتصر المتعاقد على الاستفادة منها واستغلالها لحمل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد كما إذا تقدم شخص لإنقاذ آخر من خطر الغرق أو القتل أو

¹ - الشواربي، البطلان المدني الاجرائي والموضوعي، دار الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، جلال خزي وشركائه، الإسكندرية، مصر، ص624.

² - هائل حزام ميمون العماري، نظرية الإكراه المدني بين الشريعة والقانون، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث بدون مدينة نشر ولا بلد نشر ولا تاريخ نشر، ص126.

نحو ذلك، ومن هنا فإن الاكراه الصادر من الغيرة يقصد به الضغط على المتعاقد حتى ينتزع به رضاه

الفرع الثاني: تكيف الاكراه على الزواج في قانون الاسرة

يعرف الزواج بأنه عقد رضائي يتم بين الطرفين على الوجه الشرعي و يكون من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و اذا انعدم ركن الرضا ترتب عليه البطلان لان إرادة احد الطرفين العقد او كلاهما غير موجود غير انه لا يكفيان يكون الرضا موجودا فقط بل لا بد أن يكون هو الأخير صحيحا و خاليا من العيوب حتى يمكن اعتباره عقدا صحيحا و مزمنا لطرفه و من بين هذه العيوب عيب الاكراه و الذي يعتبر من العيوب التي اذا إصابة العقد جعلته باطلا و هذا ما جاء في نص المادة 04 من قانون الاسرة المعدلة بالأمر 05/02 بصريح العبارة "الزواج عقد رضائي يتم بين الرجل و المرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحسان الزوجين و المحافظة على الأنساب"¹.

والجدير بالذكر ان المادة 04 من قانون الاسرة المعدلة بالأمر 05 / 02 المؤرخ في 27 / 02 / 2005 أضافت إلى ان الزواج من بين العقود الرضائية وذلك تحديد إلى ما نصت عليه المادة 04 من القانون القديم رقم 84 / 11 المؤرخ في 09 / 06 / 1984 وذلك لكون الزواج يكون رضائيا عن طريق اقتران الإيجاب والقبول المادة 09 و 10 ق.ا.ج وهذا التعديل جاء في محل الصواب لان الزواج هو من أعلى العقود المدنية الرضائية.

كما أن المشرع الجزائري في التعديل الجديد لقانون الاسرة و انه جعل ركن الرضا عنصرا جوهريا و اذا تحلف فإنه لا ينعقد الزواج و ذلك وفقا لنص المادة 09 من قانون الاسرة الجزائري المعدلة بالأمر رقم 05 / 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 بنصه الصريح " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين " بعدما كانت قبل التعديل في القانون 84 / 11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 و ترتب على تخلفه فسخ العقد بصيغة مباشرة و يكون التعبير عن الرضا بإيجاب و القبول و هذا ما جاء له المشروع الجزائري في نص المادة 10 من

¹- انظر المادة 4، من قانون الاسرة الجزائري.

ق.1. ج بصريح العبارة "يكون الرضا بإيجاب من احد الطرفين و قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"¹.

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لفتا او عرفا كالكتابة والإشارة وكذلك استنادا لنص المادة 59 من القانون المدني بنصه
«يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية» وكذلك المادة 60 من القانون المدني الجزائري²

وإذا تخلف ركن الرضا تكون بصدور إجبار او اكراه أحد الطرفين على إبرام عقد الذي يكون أساسه الإيجاب والقبول وقد يكون هذا الأخير إجبار الولي او عضله وإرغام المرأة الراشدة على الزواج والذي يكون بمثابة تعسف وإكراه لها وذلك لان القانون قد منح للولي سلطة على نفس الغير ولكنه قد يتعسف في استعمالها وهذا يتمثل في إجبار المولى عليها بالزواج ممن لم ترضى به ويكون بمثابة ظلم وتعسف لها وهذا ما يعرف بالعضل الولي وهذا ما جاءت به نص المادة 13 من ق.1 قبل تعديله أنه قد منع ولاية الإجبار وذلك بصريح العبارة "لا يجوز للولي أبا كان او غيره ان يجبر من في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجه دون موافقتها"³

حيث أن هذه المادة تؤكد على ركن الرضا والذي جعلت منه شرطا وعنصرا جوهريا في العقد وهذا الأمر المتفق عليه في مختلف المذاهب والقوانين الوضعية، ويكون المشرع الجزائري انه منع ولاية الإجبار والاكراه سواء كانت المولى عليها بالغة ام قاصرة. وبالرجوع إلى نص المادة 11-04 نستنتج ضمناً أنه لا يمكن للولي ان يجبر المرأة الراشدة على الزواج ومن جهة أخرى قد منح قانون الاسرة المرأة الراشدة سلطة إبرام عقد زواجها بنفسها وهذا ما جاء في نص المادة 11 " باشرط حضور الولي ولا يجب ان يكون بالضرورة الأب فقد يكون اي شخص آخر ترضاه وتختاره هي"⁴.

¹ - انظر المادة 09 و10، قانون الاسرة الجزائري.

² - أنظر المادة 59 و60 من القانون المدني.

³ - انظر للمادة 11 قانون الاسرة الجزائري.

⁴ - وهبة الزحيلي، الجزء السابع، مرجع سابق ص215.

وبهذا يكون قانون الاسرة الجزائري على الولي ان يكره ابنته او من ولايته على الزواج والذي سوف يكون عقدا باطلا وذلك لانتهاء رضاها ومن هذا الصدد سنقوم بالتفصيل في مسألة عضل الولي والأحكام المتعلقة به.

أولاً: تعريف عضل الولي: يعرف العضل في اللغة انه يقال عضل عليه ضيق وعضل الأمر اشتد وعضل المرأة يعضلها مثلثة عضلاً وعضلاً بكسرهما وعضلها منعها الزواج ظلماً وعضل المكان تعضلاً، ضاق وعضلت الأرض بأهلها، عضت والمعضلات الشدائد. ويعرف اصطلاحاً: هو منع المرأة من التزويج بكفئتها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه ويقصد بالتحديد العضل منع الولي المرأة البالغة العاقلة من الزواج بكفئتها إذا طلبت ذلك ويفهم من هذا التعريف الوارد انه ليس كل رفض من قبل الولي في حق المرأة يعتبر عضلاً. فالعضل يصدر من الولي ويكون في حق موليته البالغة العاقلة¹. كما ان الناظر من أسباب الفصل يجدها كثيرة وتتنوع بحسب الزمان والمكان والأحوال منها:

1- الكفاءة : يجهل بعض الأولياء معنى الكفاءة فيتشدد في مواصفات الخاطب بحيث يرد كل من يتقدم لموليه بدعوى عدم الكفاءة أو لا يرى الكفاءة إلا في القبلية أو العائلة.

2- طمع الولي : و يتصور او يتخيل ذلك فيما اذا كانت موليه ذات مال وجاه او كانت عاملة فيمتنع من تزويجها وذلك طمعا فيها. وبالإضافة الى الأسباب فهناك اثار تترتب على الفصل وتتمثل فتمايلي:

_ الأثر النفسي: الأمر المتفق عليه انه إذا منع الولي موليته من الزواج وتكون لها الرغبة في ذلك فإنه يترك في نفسها آثاراً سيئة كالشعور بالظلم وضياع مستقبلها وبالتالي ينعكس على سلوكها بالسلب. سواء بالاندفاع والجرأة ضد الولي او بالانطواء والعزلة².

_ الأثر الخلقي: يعد الزواج من أهم الوسائل التي تقوم بالحماية المجتمع من الانحلال الخلقي والفساد وهذا ما جاءت به الشريعة الإسلامية الغراء والتي جعلت الزواج اللبنة الأولى لبناء المجتمع.

¹ - عبد النور تمين، التراضي في عقد الزواج بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد بوضياف لمسيلة، قسم الحقوق 2019/2018 ص64.

² - المرجع السابق، ص64.

- الأثر الصحي: ويرتبط هذا الجانب بالسابقة ارتباطا وثيقا ومحكما حيث يترتب على الأثر النفسي ان تصبح المرأة عرضة للأمراض النفسية وبما تتقطع شهيتها بسبب ذلك او يرتفع عندها ضغط الدم وتكون عرضة لأمراض العصر، كما ان انتشار الانحلال الخلقي يؤدي إلى تفكك الاسرة ويجعل المجتمع عرضة للأمراض الهدامة.

_ الأثر الاجتماعي: إن المرأة الواقعة ضحية الفصل غالبا ما تصبح انطوائية كارهة لوليها منعزلة عن أسرتها وهذا كله بسبب الإكراه والتعسف الشديد في حقها.

كما إن الولي يفسق بالفصل إذا تكرر منه لأنه معصية و إذا عضل الولي و لو كان مجبرا تزول عنه الولاية عند الجمهور و تنتقل إلى السلطان و هو القاضي و لا تنتقل لأبعد كما جاء في نص الحديث " فان استجاروا فالسلطان ولي من ولي له " و لأنه بالفصل يصبح ظالما و دفع الظلم موكل للسلطان و تنتقل عند الحنابلة لأبعد الأجل تعذر التزويج من الجهة الأقرب و موقف المشرع الجزائري في مسألة الفصل يتجلى في نص المادة 12 من قانون الأسرة قبل إلغائها بموجب الأمر 02/05 حيث جاء بصريح العبارة في الفقرة الأولى « لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها» أما إذا امتنع الولي عن تزويجها فلها الحق باللجوء إلى القضاء و ذلك لطلب الإذن لها بالزواج و هذا ما نصت عليه الفقرة الثانية « و إذا وقع فالقاضي أن يأذن به غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة البنت» أما بعد التعديل الذي طرأ على ذلك فلا أثر للفصل أما بالنسبة لولاية القاضي فنلاحظ أن المشرع الجزائري لم يقم بالتفصيل في المسألة بل قام بالاكتهاف بنص المادة 2/11 من قانون الأسرة الجزائري على منح الولاية له و ذلك في حالة الشخص الذي لا ولي له و هذا الحكم لا يكفي القول بأنه عضل الولي الأقرب بسبب لولاية الأبعد او انتقالها بصفة مباشرة للقاضي¹.

و بإضافة إلى نص المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري و التي أكدت بصريح العبارة انه لا يجوز للولي التدخل في من تختاره زوجا لها و كذلك هو الحال بالنسبة للشروط التي تزيد تسجيلها في العقد او التي يشترطها الزوج و تقبلها هي المادة (9 - 10 - 19) قانون الأسرة أن الولي ليس له سلطة قبول او رفض الزواج ، و كذلك نص المادة 13 من

¹أنظر، الرجوع الى نص المادة 11 والمادة 12 من قانون الاسرة الجزائري.

قانون الاسرة الجزائري <<لا يجوز للولي أبا كان او غيره سواء كانت قاصر ام بالغة، فالقانون خرج عن ولاية الإجبار بأن نص على او الولي ليس له السلطة في ذلك و من هذا ركز المشرع الجزائري على الولاية المنصبة على المرأة بحيث جعلها ولاية اختيارية تعتمد على إذنها و موافقتها فاصوليا هنا هو ممثل القاصر الذي يقف و يكتب اسمه في عقد الزواج و هو الذي يعبر و يعكس عن إرادة و شروط الزوجة في مجلس العقد و ذلك في حدود مهمته ولقد اشترط القانون موافقة المرأة وعدم منعها من الزواج إذا رغبت فيه مما يحيط الولاية بسياج من الحماية والرعاية والحرية بعيدا عن الضغط والاكراه وعليه فإن حكم الفصل في قانون الاسرة الجزائري فإنه بظهر لنا أن المشرعين الجزائريين واضعي تعديل 02 / 05 لا يريدون أن يكون للولي اي تأثير على عقد زواج المرأة الراشدة¹.

ثانيا: موقف قانون الاسرة من عضل الولي:

قانون الاسرة الجزائري كما في القوانين العربية الأخرى المماثلة والذي جعل الولي في عقد الزواج وهو الأب الفعلي للمرأة وكما سبق وأن تطرقنا إلى نص المادة 11 من قانون الاسرة و التي تنص على أن " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها او اي شخص آخر تختاره"، دون الإخلال بإحكام المادة 7 من نفس القانون " يتولى زواج القصر أوليائهم وهو الأب فأحد الأقارب الأوليين فالقاضي ولي من لا ولي له"².

كما أن قرابة الأبوة تأتي في المرتبة الأعلى و هو المسؤول الأول و له سلطة الولاية وإذا توفي الأب في هذه الحالة تنتقل الولاية بصفة مباشرة إلى أقارب الزوجة دون التفصيل فيهم و القيام بالتحديد هم و هذا ما ذهب إليه الشافعية و الحنابلة و بذلك يكون قد وسع في نطاق دائرة الولي خاصة عندما جعل كل الأشخاص أولياء المرأة و ذلك من خلال عبارة (اي شخص تختاره) و هذا يقصد به اي شخص كان صديق أو جار و هذا ما شجع او دفع الكثير من النساء أن يتزوجن دون ولي شرعي و هذا أن القانون أجاز لها و يعتبر

¹-إيمان الزهرة حميدي / دور الولي في إبرام عقد الزواج ص 125 عدد 3 مجلد10.

²-أنظر المادة 7 من قانون الاسرة الجزائري.

تصرف صحيح و ليس عليه إكراه و بهذا فإنه المشرع الجزائري قد كان بصدد المساواة بين الشخص الأجنبي و الأب الذي هو الولي الأصلي¹.

وكما جاء في نص المادة 9 مكرر والتي تخص على أنه يجب توفر الشروط التالية في عقد الزواج او لها الأهلية لزواج وثانيا الصداق او المهر وثالثها الولي بإضافة إلى الشاهدان وانعدام الموانع الشرعية للزواج حيث أن المشرع الجزائري قد وضع الولي في المرتبة الثالثة من شروط عقد الزواج وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل. هل الولي شرط من الشروط الأساسية لقيام عقد الزواج وهل غيابه عن مجلس العقد يؤثر في صحة عقد الزواج ام أن حضوره شكلي فقط خاصة وأن المشرع الجزائري في نصه أشار إلى بديل عنه وهذا بذكره عبارة (اي شخص تختاره هي). وهذا هل يعني غيابه يؤثر على صحة العقد فيجعله باطلا او فاسدا وهو من الناحية القانونية غير معتبر وإذا حضر في المجلس حضوره لا يستتار فما العبرة من الحضور وهي قادرة على إبرام العقد بنفسها ولها الحرية المطلقة في اختيار اي ولي غيره.

ولقد ألغى المشرع الجزائري ولاية الإيجاب وذلك بنص المادة 12 من قانون الأسرة الجزائري والذي تنص على ما يلي بصريح العبارة (سابق الذكر) وأن المشرع الجزائري أعطى للمرأة الراشدة سواء كانت بكر أو ثيبا الحق في إبرام عقد الزواج اي زواجها بنفسها وبحضور وليها وأنه قد أعطاها الحق في اختيار الولي الذي تريده أن يحضر معها العقد ولها كامل الحرية في اختيار اي كان وأن المشرع قد ألغى حالة الفصل بإعطائه للمرأة الحق والحرية الكاملة في اختيار وليها. وبالتالي فالعضل غير متصور في أمر المرأة الراشدة وإنما يكون محل التصور في غير الراشدة وان المشرع لم يكن بحاجة الى الكلام عن العضل ومنعه بل صار الولي الشرعي هو المعضلة بمنعه من ممارسة حقه الشرعي².

وبهذا فإن المشرع الجزائري كان صريحا في هذه المسألة وواضحا بان المرأة الراشدة تقوم بإبرام عقد زواجها بنفسها. ولم تبقى في مشكلة أمام عضل الولي.

¹ -لكحل فريدة، الشارع تحت الصدمة، جزائريات يتزوجن دون فاتحة ولا ولي، جريدة الشروق، العدد 2992

اليوم 12 / 7 / 2010 ص 17.

² -عبد القادر داودي، الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية دار البصائر، ط 1، 2013، ص132.

المبحث الثاني: أثر الإكراه على إنهاء عقد الزواج :

لقد نظم المشرع الجزائري الزواج في قانون الأسرة أركان الزواج ضمن القسم الثاني المتعلق باسم الزواج عقد رضائي يتم بتبادل الإيجاب و القبول كما ان الإنسان قد عني بالزواج ووصفه بالميثاق الغليظ و ذلك لعظمة مكانته في الإسلام ، كما حماه من جميع العيوب و ذلك بكونه عقد رضائي و خاصة الاكراه الذي يعتبر عيب من عيوب الإدارة و عارض من عوارض الأهلية خاصة انه اشد العيوب تأثيرا على الإرادة عن العيوب الأخرى و التي لها أثر على إنهاء عقد الزواج او الرابطة الزوجية و هذا ما سوف نتطرق إليه في هذا الفرع و سوف نقوم بالتركيز على مدى إمكانية الرجعة في عقد الزواج ،ذلك لان كل من الطلاق و الخلع هو حل لإنهاء الرابطة الزوجية ،لهذا نحن بصدد التفصيل في هذا الموضوع.

المطلب الاول: تعريف الرجعة في الشريعة والقانون:

الفرع الاول: الرجعة في الشريعة: تعرف الرجعة لغة بأنها العودة ويقال تراجع القوم أي رجعوا في محلهم ويقال ارتجع الى الأمر اي رده إلي وارتجع الزوج زوجته وراجعها مراجعة والعود الرجوع يقال عاد إليه إذا رجع ربابة وعوده أيضا رجعه، وفي المثل " والعود احم" والمعاودة الرجوع الى الأمر وقد عرفها الحنفية بتعريفات متعددة منها ما جاء في البدائع: وهي استدامة الملك القائم بين الزوجين بلا مهر ولا عقد جديدين ومنعه من الزوال وفسخ السبب المنعقد لزوال الملك ما دامت الزوجة في العدة¹.

و عرفها المالكية بقولهم "هي عودة الزوجة المطلقة غير بائن للعصمة من غير تجديد عقد مادامت في العدة و عرفها كذلك ابن عرفة بقوله هي رفع الزوج او الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها و قال كذلك الشافعية بأنه رد المرأة الى النكاح من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص و قال الحنابلة "هي إعادة مطلقة طلاقا غير بائن الى ما كانت عليه قبل الطلاق بغير عقد ،و عرفها من المعاصرين محمد محي الدين عبد الحميد

¹-اسامة ديب مسعود، مرجع سابق ص 108.

بقوله " استدامة الزواج القائم بين الزوج والزوجة و إلغاء عمل السبب و هو الطلاق الذي حدد أمد بقاء الزوجية بينهما بانقضاء العدة¹.

ويقال رجع، يرجع، رجعا، رجوعا ومرجعة اي انصراف وجاء في القرآن الكريم { ان الى ربك الرجعى } سورة العلق (الآية 4)²، اي الرجوع و المرجع و جاء أيضا {الى الله مرجعكم جميعاً}سورة المائدة (الآية 48)³، اي رجوعكم و يقال امرأة راجع اي التي مات زوجها رجعت الى أهلها و ارتجع المرأة و راجعها مراجعة و رجعا اي رجعها الى نفسه بعد الطلاق و الرجعة مراجعة الرجل أهله بعد الطلاق و عرفها فقهاء الحنفية بقولهم " الرجعة هي استدامة الملك القائم بلا عوض مادامت في العدة و عرفت أيضا بأنها " إبقاء الملك القائم بلا عوض في العدة فقولهم إبقاء الملك القائم معناه ان الملك عصمة الزوجة يتحمل الزوال بالطلاق الرجعي اذا انقضت العدة و الرجعة من الطلاق هو رفع لذلك الاحتمال و إبقاء لذلك الملك و استدامة به لأن ملك العصمة قائم بالطلاق الرجعي لم ينقطع و لذلك قال : الملك القائم فقوله تعالى " و بعولتهن أحق بردهن في ذلك ان أرادوا إصلاحا " اي و أزواجهن أحق بردهن فالرد معناه الرجعة اي بقاء الملك القائم و ليس الملك الزائل⁴.

وعند فقهاء الشافعية جاء في قولهم " هي الرد الى النكاح في عدة طلاق غير يائن على وجه مخصوص وأيضا «رد المرأة الى النكاح من طلاق غير بائن في العدة فإذا طلق الرجل امرأته المدخول بها ولم يستوف ما يملكه عليها من عدد الطلقات وكان الطلاق بغير عوض فله ان يراجعها قبل انقضاء العدة⁵.

¹ المرجع السابق ص 108.

² سورة العلق الآية 08.

³ سورة المائدة الآية 48.

⁴ دوران جيلالي، قاسمي كوثر، احكام الرجعة في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة مذكرة شهادة ماستر جامعة الجيلالي بونعامه خميس مليانة، قسم الحقوق ، 2018/05/26 ص 8.

⁵ أبو الحسين يحيى ابن ابي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في مذهب الامام الشافعي، المجلد 10، دار المناهج ط 1 بيروت /2000ص243.

أما بالنسبة للظاهرة فإنهم لم يتعرضوا إلى تعريف الرجعة و لكن جاء في الكتاب المحلى بالآثار لابن حزم " إن المطلقة طلاقا رجعيًا هي زوجة للذي طلقها ما لم تنقض عدتها يتوارثان و يلحقها طلاقه و ايلأؤه و ظاهره و لعانه ان قذفها و عليه نفقتها و كسوتها و إسكانها فإذا هي زوجته فحلال له أن ينظر إلى ما كان ينظر إليه منها قبل أن يطلقها و أن يطأها إذا لم يأت نص يمنعه عن شيء من ذلك و من خلال ما سبق يتضح أن الرجعة في الفقه الإسلامي يراد بها رد الزوجة المطلقة المدخول بها إلى عصمة الزوج مادامت في العدة من غير عقد جديد من كان الطلاق رجعي¹.

الفرع الثاني: الرجعة في القانون: أما بالنسبة للتعريف القانوني فإن الشرع الجزائري لم يضع أو يتعرض لموضوع الرجعة في قانون الأسرة الجزائري بل اكتفى بالنص عليها في المادة 50 حيث جاء فيها بصريح العبارة "من راجع درجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد" وكذلك ما جاءت به المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"².

فالمشعر الجزائري قد استعمل لفظ أو كلمة (راجع) وهو من الرد والمراجعة في كل حالات الطلاق إلا انه وضع عدة أحكام متباينة باختلاف نوع الطلاق والتي لا تكاد تختلف وتتنوع عن ذلك الي وردت وجاءت بشأن الرجعة والارتجاع في الفقه الإسلامي وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار الاختلاف والتباين الحاصل بين الفقه والقانون وذلك بخصوص الرجعة إلي تتم بدون عقد جديد وتلك التي يتطلب فيها الزوج المرتجع إلى عقد جديد وذلك حسب نص المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر³.

¹ - دوران جيلالي، قاسمي كوثر، مرجع سابق ص 11.

² -المادة رقم 50 -51 من قانون الاسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/02 المؤرخ في 27 فيفراير 2005.

³ - دوزان جيلالي، قاسمي كوثر، ص 12.

المطلب الثاني: حالات الرجعة وخصائصها:

الفرع الأول: حالات الرجعة

لقد اتفق الفقهاء على أن الرجعة في الأصل تكون من الطلاق الرجعي والذي يكون خلال فترة العدة ويكون دون حاجة لرضا الزوجة المطلقة طلاق رجعيًا أما إذا انتهت هذه الفترة وصار الطلاق بائنًا فإن حكم الرجعة يعد الطلاق حكم زواج جديد ويجب اشتراط الولي، والصداق والرضا.

1_ **الرجعة من الطلاق الرجعي:** يقع الطلاق الرجعي لكل لفظ صريح بعد الدخول الحقيقي إذا ما كان مجردا عن وصفه بما يفيد البينونة كوصف الشدة أو القوة أو الطويلة أو البينونة أو تملكين بها نفسك ولم يكن على مال أو مكملًا للثلاث وكذلك كل لفظ من ألفاظ الكتابة التي لا تفيد فصل الزوجة كالتعدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة إذا نوى بها الطلاق¹. فالرجعة لا تزيل الملك ولا تزيل الحل مادامت العدة قائمة بل يكون للمطلق الحق في مراجعة دوجه وذلك لحكم أنها لازالت في فترة العدة وكذلك بدون عقد جديد حيث أن هذه الفترة تعتبر مدة الصلح والطلاق في تلك المدة يعتبر طلاق رجعي وأن كان بعض شرع القانون يرون أن المشرع الجزائري لم يعترف بالطلاق الرجعي في قانون الأسرة الجزائري ولم يأخذ بالرجعة المعروفة شرعا وقرنها وربطها بفترة الصلح بدلا من فترة العدة².

والرجعة مشروع بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول أما الكتاب فقوله سبحانه "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء" أو قوله تعالى "ويعولتهن أحق بردهن في ذلك أن أرادوا إصلاحا" فقد دلت هذه الآية الكريمة على أن أزواج المطلقات رجعيًا أحق بردهن في زمن التبرص وهو العدة لأن الردة معناه الإعادة والبعل هو الزواج وذلك يدل على بقاء الزواج إذا لا قدرة لأحد على تملك الأجنبية بغير رضاها³.

ونلاحظ بأن شريعة الزواج في الإسلام تقوم على أساس بناء الأسرة الدائمة والمستقرة وأن الأصل في الطلاق هو المنح وهذا خلافا لها يدعيه بعض المستشرقين من أن القانون

¹ - محمد مصطفى شبلي، مرجع سابق ص 99.

² - دوزان جيلالي، قاسمي كوثر، مرجع سابق ص 29.

³ - بالحاج العربي، الوجيز في شرح القانون الاسرة الجزائري، الجزء الأول ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون الجزائر ص 319.

الإسلامي يشجع على الطلاق فهذا خطأ أن الطلاق ابيح استثناء الحاجة إليه كما ذكرتنا سابقا ويكون حل ومخرج من الضيق كما أن الرجعة فهي إعادة الشمل ورأي الصدع حين يفرط من المرء طلاق زوجته ثم يندم على فعله فأعطى الإسلام للزوج مراجعة زوجته خشية أن يكون طلاقه نتيجة تسرع فيتدارك ذلك وترجع المرأة إلى صوابها فتصلح أخطائها¹.

2_الرجعة من الطلاق البائن: ويطلق عليها فقهاء الشريعة الإسلامية المراجعة والارتجاع ومعناها أن يتزوج الرجل من طلقها طلاقا بائنا فتكون بإرجاع المطلقة طلاقا بائنا إلى العصمة برضاها لان المراجعة في السنة هي المعاودة وهي مأخوذة من مفاعلة تقتضي الحصول من الجانبين أما المراجعة فلا يشترط فيها إلا رعية الزوج ولو لم ترض المرأة². كما أن الطلاق البائن هو يزيل الملك بمجرد صدوره في كل أحواله فحقوق الزوج على زوجته تنقطع بمجرد وقوعه ولا حق له إلا البقاء في منزل الزوجية في مدة العدة³.

وتختلف أحكام هذا الأخير باختلاف نوع البينونة

أ -الطلاق البائن بينونة صغرى: وهو الذي لا يملك الزوج فيه أن يراجع طليقته إلا بعدد جديد ومهر جديد ويقع هذا النوع من الطلاق في الحالات التالية.

_ الطلاق الرجعي الذي مضت فيه العدة ولم يراجع الزوج فيها زوجته إذا كان قبل الدخول وذلك استنادا لقوله عز وجل «الذين آمنوا إذا نكثهم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فهالكم عليهن من عدة تعدينها "وذلك لان ثمرة الطلاق الرجعي الأولى تظهر في قدرة الزوج على أحداث الرجعة من غير عقد ولا مهر جديدين في الع⁴.

_ الطلاق يعوض لان الطلاق على مال هو الاعتداء نفسها بما تقدم من مال لقوله تعالى "فإن خفتم إلا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به "ولا يمكن أن يتحقق اقتداء مع ثبوت حق الرجعة في العدة إذا بيهم يهدم الزوج برجعته لها معنى لاقتداء⁵

¹-المرجع السابق، ص 320.

²-احمد ديب، قواعد الطلاق وضوابط الفرق، دار مصدمة / الجزائر 2015 ص 179.

³-الإمام ابو زهرة، مرجع سابق ص21،31.

⁴-سورة الأحزاب آية 49.

⁵-المرجع السابق ص 309.

ب _ الطلاق البائن بينونة كبرى: وهو الطلاق الذي يطلق فيه الزوج زوجته آخر الطلقات الثلاث التي يملكها فهو لا يملك فيه الزوج مراجعة زوجته. في العدة كالطلاق الرجعي ولا استئناف الحياة الزوجية بينهما بعقد وصادق جديدين فقط كالطلاق البائن بينونة صغرى بل تحرم عليه الزوجة حرمة مؤقتة ولا تنتهي إلا إذا تزوجت زوجا صحيحا ودخل بها دخول حقيقيا ثم طلقها وانتهت عدتها¹ لقوله تعالى {فإن طلقها فلا تحل له من بعده حتى تنتكح زوجا غيره} سورة البقرة الآية 230².

ونظم المشرع الجزائري هذا النوع من الطلاق في نص المادة 51 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاءت فيها بصريح العبارة لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء³.

الفرع الثاني: خصائص الرجعة:

إذ كانت الرجعة استدامة لعقد الزواج من كل ناحية فإنها تبقى تتميز وتختلف بجملة من الخصائص وتتمثل فيما يلي:

1_ تعتبر الرجعة حقا ثابتا غير متغير يمارسه الزوج وذلك بغيت إصلاح ما تشنت من الزواج بالطلاق وذلك دون حاجة لرضا المرأة ووليها ولا يشترط فيها عقد جديد ولا مهر جديد وذلك لكونها استدامة لملك قائم فلا يحق لها ولوليها أن يعارضا على رجعته لها خلال فترة العدة وذلك مصادقا لقوله عز وجل " ويعولتهن أحق بردهن وفي ذلك إن أرادوا إصلاحا "سورة البقرة الآية 228⁴.

ولو اشترط كل ذلك لم تكن الرجعة له حقا وعلى خلاف الزواج الذي يعد ابتداء ملك جديد وإنشاء له ولا ينعقد إلا بعقد ومهر ويكون فيه للزوجة اعتبار لرضاها ولا يتم إلا بإيجاب والقبول⁵.

¹ - بالحاج العربي مرجع سابق ص 331.

² - سورة البقرة الآية 230.

³ - أنظر المادة 51 من قانون الاسرة الجزائري.

⁴ - سورة البقرة الآية 228 القرآن الكريم.

⁵ - زيد مصطفى رزق ريان، الرجعة في الفقه الإسلامي، دراسة تطبيقية مع قانون الاحوال شخصية أردني، مذكرة ماجيستر في الشريعة، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطن فلسطين 2001 ص 642.

2_ الرجعة لا تقبل الإسقاط والتنازل وكذلك لا تنتفي بالاتفاق على نفسها وذلك كان يقول الزوج لزوجته أنت طالق ولا رجعة لي عليك أو أسقطت حقي في الرجعة أو تنازلت عنه أو يتفقان على إسقاط الرجعة حين العقد فإن هذا الحق لا يسقط لأنه حكم رتبته الله سبحانه وتعالى عن الطلاق الرجعي وأن إسقاطه يعد تغييرا لما نزعه الله، وشرع الله لا يملك أحد تغييره على خلاف الزواج الذي يمكن إنهاؤه بالطلاق أو فسخه بإتفاق.

3_ تتميز الرجعة عن الزواج بكونها محددة المدة من حيث حدوثها وتنتهي هذه الأخيرة وتتقضي بانتهائها وتلك الفترة التي تعتدها المرأة بعد الطلاق الرجعي فالزوج مقيد ومحدد بهدف الفترة إذا ما رغب في رجعة زوجته فإذا انتهت العدة بانتهائه منه ولا يمكنه مراجعتها إلى بعقد جديد.

4_ تطبق أحكام الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج ويثبت هذا العقد بمستخرج من سجل الحالة المدنية أو عن طريق حكم قضائي وذلك طبقا لنص المادتين 22/21 من قانون الأسرة الجزائري أما الرجعة فلا تطبق عليها هذه الأحكام لأنها استدامة لعقد الزواج وإنشاء له وذلك حسب نص المادة 50 والتي تنص بصريح العبارة " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"¹.

واستنادا على ما تقدم سابقا وما سلف ذكره للأمانة فإن الفقهاء قد اختلفوا في تحديد أركان الرجعة باختلاف مذاهبهم فالحنفية يرون إن ركن الرجعة هو قول أو فعل يدل على الرجعة أما المالكية فيرون بأن الرجعة ركنان هما الزوج المرتجع والزوجة المرتجعة. أما الشافعية فعندهم أركان الرجعة ثلاث الزوج المرتجع والزوجة المرتجعة والصيغة²، ونذكرها في:

1_ الصيغة: ويقصد بها الرجعة وتكون إما قوليه أو فعلية وتكون بالألفاظ صريحة والألفاظ الكنائية التي تتم بها الرجعة كما جاء في قول الحنابلة أن القول تحصل به الرجعة دون خلاف ومن ألفاظه وردت في كتاب الله والسنة.

¹- انظر: المادة 22/21/50 قانون الأسرة الجزائري.

² - دوزان جيلالي، قاسمي كوثر، مرجع سابق ص 47.

قوله تعالى: " وبعولتهن أحق بردهن " وقوله عز وجل " وامسكوهن بمعروف " وهو يعني الرجعة إما في السنة قوله عليه الصلاة والسلام مرة فليراجعها وللاحتياط أن يقول " راجعت امرأتي أو زوجتي إلى نكاحي أو مراجعتها لما وقع عليه من طلاقي " ¹.

2_ العقل: يشترط في المرجع أن يكون عاقلا فلا تصح رجعة المجنون وقد جاء عن الشافعي: إنه لا يجوز زوجة المرغوب على عقله كما لا يجوز طلاقه ولو أن رجلا صحيحا طلق امرأته ثم جن بعد ذلك فلا تصح رجعته إلا في الحين الذي لو طلق جاز طلاقه وذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه الشافعية بأن ولي المجنون الذي له أن يرجع له زوجته وذلك حرصا على ضياع حقه في الرجعة بقوة العدة (3).

3_ الإسلام: من شروط صحة الرجعة التي لا خلاف فيها بين الفقهاء أن يكون المرتجع مسلما لكن يقع الخلاق فيما اذا ارتد الزوج المرتجع عن الإسلام قبل الرجعة. كما ذهب الشافعية في الصحيح في مذهبهم والحنابلة إلى عدم صحة الرجعة إذا ما ارتد أحد الزوجين لأن الرجعة استباحة بعض مقصود فلا تصح مع الردة كالنكاح فإذا ما رجع المرتد إلى إسلامه أثناء العدة فقد صحت رجعة. ²

4_ الاختيار: فيشترط في المرتجع أن يكون مختارا غير مكره وهو ما قال به الجمهور من الشافعية والمالكية والحنابلة أما الحنفية فيرون أن الرجعة تصح مع الإكراه والهزل واللعب فلا يشترط أن يكون طائعا ومختارا ولا يشترط في الزوج المرتجع بعض الشروط الأخرى التي تشترط في الرجل، حين الزواج فتصبح الرجعة من المحرم بحجه أو عمره ومن المريض مرض الموت من السفية والمفلس باتفاق الفقهاء كما يرى البعض على عكس الزواج فإنه لا يجوز لهؤلاء أن يعقدوا نكاحهم ما داموا كذلك. ³

كما ان الفقهاء قد قدموا مجموعة من الآراء بخصوص هذا الموضوع والمتمثل في اكراه الزوج على إرجاع زوجته إلى عصمته بعد طلاقها من طلاق رجعي غير بائن، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاث أقوال، حيث يرى الحنفية في رواية عن الإمام احمد إلى القول أن الإكراه على الرجعة يقع لان التصرفات الشرعية في الأصل نوعان (إنشاء وإقرار) والإنشاء

¹ - سورة البقرة آية 229

² - وهبة الزحيلي، مرجع سابق ص 464.

³ - دوزان جيلالي، قاسمي كوثر، مرجع سابق ص 47.

نوع لا يحتمل الفسخ ونوع يحتمله. أما الذي لا يحتمل الفسخ فالطلاق والعتاق والرجعة والنكاح واليمين والايلاء كذلك فإن هذه التصرفات جائزة مع الإكراه¹.

كما ذهب الحنفية إلى القول أن الرجعة تصح بالفعل ولو كان الفعل بالإكراه، إلا أنهم يفرقون بين المراجعة بالفعل من جهة الزوج وكذلك من جهة الزوجة أيضا فان رجع الزوج زوجته بالفعل صحت قولاً واحداً وإذ جاءت فعل من طرف الزوجة ولم يمانع الزوج فالرجعة صحيحة بالاتفاق أما إذا امتنع الزوج وتم المراجعة دون علمه تصح عند أبي حنيفة ولا تصح عند أبي يوسف².

وذهب الإمام احمد في روايته إلى القول أن إكراه على الرجعة يقع في حالة الوطء ولم ينوه واستدل القائلون بوقوع الرجعة في حالة الإكراه بما يلي:

وروي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال ثلاث " جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة " ووجه الدلالة في الحديث انه يدل بمنطوقة على انه يشترط في زوج المراجع أن يكون مختاراً فتصبح الرجعة من المكره والهازل وغير القاصدة وذلك لأن الرجعة استدامة النكاح القائم ولا يشترط فيه فأولى ألا يشترط في استبقائه³.

وعن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما انه طلق امرأته وهي حائض في عهد الرسول عليه الصلاة والسلام فسأل عمر ابن الخطاب رضي الله عنه رسول الله عليه الصلاة والسلام فقال: " مرة فليراجعهما ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض " ثم تطهر ووجهه الدلالة في الحديث انه يدل على أنا لإكراه على الرجعة يقع فالرسول عليه الصلاة والسلام قال لعمر بن الخطاب " مرة فليراجعهما " ولو كان الإكراه على الرجعة لا يقع بما أمر الرسول عليه الصلاة والسلام عمر بذلك: فأكراه على الرجعة يقع صحيحاً.

وقال عمر رضي الله عنه أربع جائزات إذا تكلم بهن (الطلاق، النكاح، والعتاق، والندر) وقال على أربع لا لعب فيهن " الطلاق العتاق، النكاح والندر «، وهذه الأقوال تدل على الكلام في هذه الأمور الأربعة تقع صحيحة فإذا تكلم الشخص بالرجة سواء كان مكرهاً

¹- الكسائي، بدائع الصانع ج 7 ص 182.

²- أسامة ديب مسعود، مرجع سابق ص 110.

³- صحيح البخاري حديث رقم 5251، ج 9، ص 345.

أم غير ذلك فإنه يقع والقول الثاني جاء به الحنفية والمالكية وذهبوا إلى القول أن من طلق امرأته في الحيض أو النفاس ولم يرجعها اختياراً اجبره القاضي على الرجعة مادامت في العدة فإن لم يمتثل عزره وأدبه فإذا أصر على الامتناع ارتجع عنه¹.

وبعض الحنفية ذهبوا إلى القول أن الزوج يجبر على الرجعة إذا طلق زوجته في حاله الحيض لا في حاله النفاس وحببتهم أنه لو لم يرجعها في الحيض حتى طهرت تقررت المعصية وهي تطويل العدة بالإجبار: هو أن يأمر الحاكم أو القاضي بارتجاعها. ولو لم تقم المرأة بحقها في طلب الرجعة لأن حق الله تعالى فإن امتثل فظاهر وإن أبى هدد بالسجن ثم إن أبى بعد التهديد به سجن بالفعل ثم إن أبى الارتجاع هدد بالضرب ويقول ارتجعت لك زوجتك.

واستدل القائلون بوقوع الرجعة في حالة الإكراه في حالة الحيض بما يلي: عن نافع عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه الرسول " مره فليرجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر²."

وجاء في القول الثالث من جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى القول أن الزوج لا يجبر على إرجاع زوجته في حالة الحيض والنفاس. إلا أن المالكية قالوا إن الزوج لا يجبر على إرجاع زوجته إلى عصمته إذا كان الطلاق قد وقع في الطهر الذي جامعها فيه وبهذا القول خالفوا بجمهور الفقهاء لذلك فالرجعة لا تصح في حالة الإكراه ويشترط ويشترط لصحتها أن يكون الرجوع مختاراً غير مكره، واستدلوا بما يلي:

عن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام قال " إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه. ووجه الدلالة في الحديث أن حكم كل ما استتكر عليه عفواً لأن القصد إلى ما وضع له التصرف جوازه وهذا الشرط يفوت بالإكراه، لأن المكره لا يقصد بالتصرف ما وضع له وإنما يقصد دفع مضره عن نفسه³.

¹- أسامة ديب مسعود، مرجع سابق ص111.

²- المرجع السابق ص111.

³- صحيح البخاري ج9- حديث رقم 5251.

وقوله عليه الصلاة والسلام " إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله وكانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه¹.

ووجه الدلالة في الحديث أنه يدل بمفهومه على أن كل من أكره على قول ينوه مختاراً ما قاله لا يلزمه، لأن الأعمال المرتبطة بالنيات فعدم وجود النية تجعل ذلك القول غير ملزم لقائله. فصح أن كل من أكره على قول ولم ينوه مختاراً فإنه لا يلزمه².

¹- الكسنائي بدائع الصانع ج7، ص182.

²- صحيح البخاري حديث 1، ج1، ص3.

الخاتمة:

يتبين لنا من خلال دراسة موضوع أثر الإكراه في عقد الزواج أن الإكراه هو حمل الشخص على تصرف لم يرضى به وهو عيب من عيوب الإرادة فتكون إرادته غير سليمة وصحيحة وأن قانون الأسرة الجزائري ومعظم قوانين الدول العربية الإسلامية قد اعتبرت الرضا بين الزوجين الركن الوحيد والأساسي في عقد الزواج وأن الشريعة الإسلامية قد راعت مبدأ الرضائية في إبرام العقود بصفة عامة وعقد الزواج بصفة خاصة وسار على منهجها قانون الأسرة الجزائري حيث أن الزواج الذي يعتريه لإكراه يعد عقدا فاسدا في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

ومن ناحية أخرى فإن البكر البالغة لا يشترع بحال إجبارها على الزواج بمن لا تريده كما أنها لم تجبر إلى إخراج ما تمتلكه من مال دون رضاها فكذلك في الزواج بل هو أشد. وإن الشريعة الإسلامية لما منحت للأب سلطة الولاية على ابنته لم تطلقها وإنما قيدتها بعدم الإضرار ومن قبيل الإضرار إجبار المرأة على الزواج بمن لا تريده وكذا عضلها وهو منعها من التزويج بدون سبب مشروع لأن الشريعة الإسلامية قد أسقطت ولاية لأب على ابنته إذا أثبت الضرر منه بعضله لها وانتقلت على الصحيح أو الحاكم أو القاضي. وبإضافة إلى ذلك فلقد ذهب أغلب جمهور الفقهاء إلى القول أن الإكراه يؤثر على التصرفات الشرعية التي لا تحتل الفسخ كالزواج فإذا أبرم هذا لأخير تحت طائلة الإكراه فإنه يجعله باطلا، إذ الرضا من المتعاقدين شرط لصحة العقد فإذا فقد الرضا فقد فسخ عقد الزواج وهو ما سار عليه المشرع الجزائري من خلال نصوص المواد 4 و 10 من تقنين الأسرة الجزائري حيث جعل من عقد الزواج عقدا رضائي. بإضافة إلى نص المادة 88 من التقنين المدني التي جاءت بمبدأ عام يحكم الإكراه بحيث تجيز للمكروه أن يبطل العقد ذلك لأنه يؤثر على الحياة الزوجية ويؤدي إلى فساد العقد. ومن جهة أخرى يكون الحق للمرأة أو الزوجة المطالبة بفسخ عقد زواجها وذلك لكونه عقدا نافدا لا بد أن يكون قائما على الرضا وليس على الإكراه ما لم يكن الإكراه بحق

قائمة المراجع

- أولاً: الكتب

- 1 - أسامة ديب مسعود - الإكراه في عقد النكاح الطبقة الأولى 2011 م - 1432 هـ - دار الثقافة النسرة والتوزيع - الأردن - عمان 2011 - النعمان مندر الشاوي - الرجعة في الطلاق جامعة النهريين
- 2 - الكستنائي بدائع الصانع ج 7 - بالحاج العربي - أستاذ بمعهد الحقوق والعلوم الإدارية، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري / الجزء الأول / الطلاق - الزوج / ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون - الجزائر
- 3 - بالحاج العربي أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد _ قسم الأنظمة جامعة عبد العزيز - دار الثقافة للنشر والتوزيع سنة 2012 م / 1433 هـ
- 4 - بدران أبو العينين - الفقه المقام لأحوال الشخصية المذاهب الأربعة للسنة والمذهب الجعفري والقانون - الزواج والطلاق الجزء الأول - دار النهضة العربية للطباعة والنشر بيروت
- 5 - عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد المجلد -1- الطبعة -3- منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت لبنان 1997 م
- 6 - عبد الحميد الشوابي - البطلان المدني الإجرائي و الموضوعي - دار النشر المتعارف بالإسكندرية جلال حرى و شركاه الإسكندرية مصر - عبد القادر داودي، أحكام الشريعة في لأحوال الشخصية دار البصائر ط 1- 2013

7 - هائل حزام ميهوب العماري -نظرية الإكراه المدني بين الشريعة والقانون -دراسة مقارنة -المكتب الجامعي الحديث بدون مدينة نشر ولا بلد نشر ولا تاريخ نشر

8 -محمد عزمي البكري -موسوعة الفقه و القضاء المدني مصادر الالتزام المجلد -3 - محمود للنشر و التوزيع -القاهرة - 2006

9- محمد أبو ظهر محاضرات في عقد الزواج وأثاره دار الفكر العربي

10 - وهبة الزحيلي الجزء السابع

ثانيا: المذكرات والرسائل

1 -أسامة ذيب مسعود الإكراه في عقد النكاح الطبعة الأولى 2011. 1432هـ. دار الثقافي للنشر والتوزيع

2 -بخوش رزيق عيوب الرضا في عقد الزواج. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتور العلوم الإسلامية تخصص قانون الشريعة. جامعة الحاج لخضر. ب اتنة 1 كلية العلوم السياسية. قسم الشريعة 2017/2017

3 -بشير راضية. أطروحة لنيل درجة دكتورا الطور الثالث (ل.م.د) في القانون. تخصص الأحوال الشخصية جامعة 20 أوت 1955 السنة الجامعية 2020/ 2021

4 -بوصوفة فوزية. الولاية في الزواج وحدودها وضوابطها في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري. مذكرة ماستر جامعة 20 أوت 1955. كلية الحقوق دورة جوان 2013

5 -بولعود زويبير. أركان وشروط عقد الزواج وأثر تحلفهما في الشريعة الإسلامية والقانون
2019/4/23

6 - داليا قدري. أحمد عبد العزيز/رحاب مصطفى كامل السيد ،موقف الفقه الإسلامي _
والقانون الوضعي من إكراه الزوج والزوجة على الوطء دراسة مقارنة ،كلية الحقوق والعلوم
إدارية .العدد 27 القصيم المملكة العربية صفحة 24

7 -دوزان جيلالي. قاسمي كوثر. أحكام الرجعة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة. مذكرة
شهادة ماستر. جامعة الجيلالي بونعمة خميس مليانة. قسم الحقوق 2018/05/26

8 -زيد مصطفى، رزق ريان، الرجعة في الفقه الإسلامي، دراسة تطبيقية من قانون الأحوال
الشخصية أردني. مذكرة ماجستير في الشريعة. كلية الدراسات العليا. جامعة النجاح الوطنية
نابس فلسطين 2001

9 - سلوغة عبد الرحمان عيوب الرضا في عقد الزواج مذكرة لنيل شهادة ماجستير _
تخصص أحوال شخصية ،جامعة 20 أوث 1955 .قسم الحقوق 2016/2015

10 -عبد العالي باجمو. الإكراه وأثره على التصرفات جامعة ابن زهر. كلية الشريعة. آيت
ملول. المكلف في الفقه الإسلامي 2018/2017

11 -عمران عبد الرزاق أثر الإكراه في أحكام الزواج وانحلاله في الفقه الإسلامي والقانون
مذكرة لنيل شهادة ماستر حقوق تخصص أحوال شخصية جامعة زيان عاشور. الجزائري
الجلفة كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق 2018 / 2017

12-نظيرة عتيق، حماية العلاقات الزوجية في المستجدات في تشريعات الاسرة، دراسة
مقارنة في احكام الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة، العلوم في الشريعة
والقانون، تخصص الأحوال الشخصية، جامعة الأمير عبد القادر، العلوم الإسلامية،
قسنطينة.

الفهرس:

الصفحة	المحتويات
/	اهداء
/	شكر وتقدير
01	مقدمة
05	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للإكراه في عقد الزواج
05	المبحث الأول: مفهوم الاكراه وأثره على التصرفات
06	المطلب 01: تعريف الاكراه اركانه وشروطه
06	الفرع 01: تعريف الاكراه
11	الفرع 02: شروط قيام الاكراه وأنواعه
16	المطلب 02: أثر الاكراه على انشاء التصرفات
16	الفرع 01: أثر الاكراه على انشاء التصرفات عند فقهاء الشريعة
18	الفرع 02: أثر الاكراه على انشاء التصرفات عند فقهاء القانون
19	المبحث الثاني: الرضائية في عقد ازواج
19	المطلب الاول: مفهوم الزواج

19	الفرع 01: مفهوم الزواج
21	الفرع 02: الحكمة من الزواج
23	المطلب الثاني: طبيعة الرضا في عقد الزواج
23	الفرع 01: الرضا في عقد الزواج عند فقهاء الشريعة
26	الفرع 02: في عقد الزواج عند فقهاء قانون الأسرة
31	الفصل الثاني: أحكام أثر الإكراه على عقد الزواج
31	المبحث الأول: أثر الإكراه على إنشاء عقد الزواج
31	المطلب 01: طبيعة زواج المكره عند فقهاء الشريعة
33	الفرع 01: ولاية الإيجابار
37	الفرع 02: ولاية الاختيار
41	المطلب الثاني: تكييف الزواج المكره عند المشرع الجزائري
41	الفرع 01: تكييف الإكراه في العقود والقانون الجزائري
44	الفرع 02: تكييف الإكراه على الزواج في قانون الأسرة
50	المبحث الثاني: أثر الإكراه على إنهاء عقد الزواج
50	المطلب الأول: تعريف الرجعة في الشريعة والقانون

50	الفرع 01: الرجعة في الشريعة
52	الفرع 02: الرجعة في القانون
53	المطلب الثاني: حالات الرجعة وخصائصها
53	الفرع 01: حالة الرجعة
55	الفرع 02: خصائص الرجعة
61	الخاتمة
62	قائمة المراجع