

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية-

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون الخاص



الإكراه المدني بين الفقه والقانون - دراسة مقارنة-

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: القانون الخاص الشامل

تحت إشراف الدكتورة

إسعد فاطمة

من إعداد الطالبين:

- تازيت صفيان

- عسول وليد

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة): عشاش حفيظة، أستاذة مساعدة "أ"، جامعة بجاية..... رئيسة

الأستاذة: د. إسعد فاطمة، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة بجاية..... مشرفة ومقررة

الأستاذ(ة): دفوس هند، أستاذة مساعدة "أ"، جامعة بجاية..... ممتحنة

السنة الجامعية: 2018/2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى:

﴿ ثُمَّ اسْتَوَىٰ إِلَى السَّمَاءِ وَهِيَ دُخَانٌ فَقَالَ لَهَا وَلِلْأَرْضِ ائْتِيَا طَوْعًا أَوْ
كَرْهًا قَالَتَا أَتَيْنَا طَائِعِينَ ﴾

سورة فصلت الآية 11

وقوله تعالى:

﴿ وَلِلَّهِ يَسْجُدُ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ طَوْعًا وَكَرْهًا وَظِلَالُهُم بِالْغُدُوِّ
وَالْأَصَالِ ۝ ﴾

سورة الرعد الآية 15

كلمة شكر

نستهل الشكر ومحظيم الإمتنان إلى من لا يتوانى عن شكره أحد الله جللى وعللى على
عونه وتوفيقه لنا فى إنجاز هذا العمل، كما يدفعنا عرفاننا بالجميل بتقديم جزيل الشكر
والعرفان للأستاذة المشرفة

" إسماء فاطمة "

اللى لم تبخل علينا بتوجيهاتها و نصائحها القيمة الللى كانت عوننا لنا فى إتمام هذا
البحث .

كما لا يفوتنا أيضا أن نتقدم بفائق الإحترام و الشكر لأعضاء لجنة المناقشة الللى شرفونا
بمناقشتهم لهذه المذكرة و إثرائها بملاحظاتهم القيمة من عدة جوانب.
كما نتوجه بالشكر والتقدير إلى كل من أرشدنا من قريب أو بعيد
وفى الأخير نتمنى من الله عز و جل أن يرشدنا إلى سراء السبيل و يحقق هدفنا النبيل .

إلى أمي



إلى ملائكتي في الحياة , إلى معنى الحب و إلى معنى العنان و التفاني , إلى
بسمة الحياة و سر الوجود ,

إلى من كان دماؤها سر نجاحي و حنانها بلسم جراحي , إلى من رأتهني بقلبيما
قبل عينيها , إلى أغلى الحبايب
أمي الحبيبة .

إلى من علمتني الله بالصبر و الوفاق إلى من علمتني العطاء بدون إنتظار , إلى
من أحمل إسمه بكل إنتظار , أرجوا من الله أن يمد في عمرك لتري ثمارا قد
حان طاقها بعد طول الإنتظار , وستبقى كلماتك نجوى أمتدي بها اليوم
وفى الغد وإلى الأبد ,

أبي العزيز .

إلى من كانوا شعلة تضيء دربي بالأمل والبسمة إلى إخواني و أخواتي

الأطفال

"كن عالما فإن له استطع فكن متعلما فإن له استطع فأحب العلماء فإن له استطع

فلا تبغضهم"

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة إلى نبي الرحمة ونور العالمين

"سيدنا محمد ﷺ"

إلى من رباني حبيبا، وأدباني حبيبا، وهجاني على طلب العلم، وكانوا معي

في كل خطوة أخطوها بدعهم لي وصرعهم على حسن التربية والنهاة فاللهم

بارك لهم في عمرهم وانقر لهم وارحمهم كما رباني حبيبا.

الوالدين

إلى كل اللذين تميزوا بالإخاء والوفاء والعطاء والصدق الصافي الذين معهم

معدتهم برفقتهم في دروب الحياة سررتهم إلى من كانوا معي في طريق النجاح

والخير إلى من عرفتهم كيف أجدهم وعلموني كيف لا أخيبهم .

الأصدقاء

وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى

يوم الدين وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

وليد



قائمة بأهم المختصرات

أولاً- باللغة العربية:

- إلخ: إلى آخره
د. ن : دون ناشر
د. س. ن : دون سنة النشر
د. م. ن : دون مكان النشر
ط : الطبعة
ج : الجزء
ص: الصفحة
ص ص: من الصفحة إلى الصفحة

ثانياً- باللغة الفرنسية:

- Op.cit : Opus citatum
P :page
P P : de page à la page

هتدفة

كرم الله الإنسان فخلقه حرا طليقا وميزه عن سائر المخلوقات بالعقل الذي هو مناط التكليف وأداة للإختيار والرضاء، ومنه تتوقف صحة التراضي على صحة الإرادة التي هي جوهر العقد وأساس قوته الملزمة، نظرا لما تتمتع به من حرية الدخول في العلاقات التعاقدية، ونظرا لما لها من دور في إنشاء العقود وتحديد أثارها، والإرادة لا تنتج أي أثر قانوني إلا إذا كانت حرة وواعية أحاطت بمضمون التصرف فاتجهت إليه بمحض الإرادة ولهذه الأخيرة حالتين: الحالة الأولى هي التي يمكن أن تكون معدومة إذا ما صدرت ممن لا يملكها كالصبي غير المميز أو المجنون ... إلخ ، في هذه الحالة يكون العقد منعذما ومن ثم باطلا بطلانا مطلقا، أما الحالة الثانية إذا ما صدرت من كامل الأهلية لكنها شابها عيب من عيوب الرضا كالإكراه والغلط والتدليس، في هذه الحالة يكون العقد باطلا بطلانا نسبيا.

وموضوع دراستنا تقتصر على عيب الإكراه الذي هو من أبرز عيوب الرضا وأقدمهم على الإطلاق، فشهد له أول ظهور في القانون الروماني لما ظهرت الرضائية في العقود ظهر معها عيوب الرضاء على رأسهم الإكراه والذي هو من أشهر عيوب الإرادة التي عرفت الإنسانية.

ومن الأسباب الأساسية الدافعة لإختيار هذا الموضوع هو إبطال إدعاء أقوال القائلين بقصور الشريعة الإسلامية وعدم مسايرتها في الأحوال العبادية في عصرنا الحالي، وهذا ما دفعنا للخوض فيه وجمع كل ما له صلة بالموضوع من كتب فقهية وقانونية مع إجراء مقارنة بينهما.

أما السبب الأخر يتجلى في أننا لم نجد بحثا علميا تطرق لهذا الموضوع جملة وتفصيلا إنما وجدنا دراسات تناولت موضوع الإكراه بشكل وجيز ولم يلم بالموضوع كاملا، وعليه حاولنا الإلمام به ولو بشكل قليل طالما أن الموضوع يحتاج إلى الزيادة وبحث وترتيب ومحاولة ربط بين الشريعة والقانون وتبيان مختلف الآراء الفقهية والقانونية محاولين بذلك الوصول إلى أوجه التقارب واختلاف بينهما، ولكون الإكراه يمس حقا أساسيا من حقوق الأفراد وهو حريتهم في إبرام مختلف التصرفات بمحض إرادتهم والإكراه يقف حاجزا دون تحقيق ذلك، وهو ظاهرة معقدة تعرقل كيان الناس

وتلازمهم في معاملاتهم، ولإعتباره هذا الموضوع يمس حياة الناس وأمنهم واستقرارهم فهو أخطر العيوب التي بشأنها تضغط على إرادة الإنسان وتؤثر في تصرفاته.

الإكراه في العلاقات التعاقدية موضوع هام جدا يتطلب الحذر والدراسة الدقيقة المتأنية لأنه يشمل عدة جوانب حقوقية وقانونية وقضائية وكذا ضرورة إستيعاب وجهات النظر الفقه المتعددة، ومن أهم وأبرز عيوب الرضاء وأبلغها تأثيرا على إرادة الإنسان؛ لأنه يمس حقا جوهريا من حقوق الأفراد وحريرتهم، ضف إلى ذلك كونه ظاهرة إجتماعية ومشكلة واقعية منتشرة بين الناس تلازمهم في معاملاتهم وحياتهم.

وعليه نحاول الإجابة على الإشكالية التالية:

"مامدى تأثير الإكراه على التصرفات الشرعية والقانونية؟".

ومن الصعب في الإكراه الإلتزام بمنهج بحثي معين؛ لأن معظم القوانين الوضعية استلهمت أحكام الإكراه من الفقه الإسلامي، ونظرا لطبيعة الموضوع وطبيعة الإشكالية المطروحة فإننا إعتدنا في إطار بحثنا الأكاديمي على عدة مناهج علمية، وعليه إرتأينا إتباع المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن، فالمنهج الوصفي هي المرحلة الأولى التي على الباحث إعتمادها من أجل إبراز الجانب النظري عن طريق جمع المعلومات لإستيعاب معمق للموضوع، أما على المنهج التحليلي الذي إعتدنا عليه لتحليل الآراء الفقهية والمواد القانونية المتعلقة بالموضوع الإكراه، وارتكازنا على المنهج المقارن للمقارنة بين تنظيم التشريعات القانونية والفقه الإسلامي.

وتأكيدا لما سبق ذكره، ورغبة منا الإحاطة بالموضوع، تم تقسيم العمل إلى فصلين مستقلين:

خصصنا لماهية الإكراه بين الفقه والقانون في (الفصل الأول)، حيث تعرضنا مفهوم الإكراه في (المبحث الأول)، وشروط وأنواع ومصادر الإكراه في (المبحث الثاني).

وتطرقنا إلى أحكام الإكراه بين الفقه والقانون في (الفصل الثاني)، والذي يشمل أثار الإكراه في الفقه الإسلامي في (المبحث الأول)، وأثار الإكراه في القانون الوضعي في (المبحث الثاني).

الفصل الأول

ماهية الإكراه

يبين

الفقه والقانون

سارت التشريعات الوضعية والشريعة الإسلامية على نفس المسلك في تقرير مبدأ حرية الإنسان، فجاءت نصوص هذه التشريعات بما يكرس هذا المبدأ ويضمن تحقيقه وعدم المساس به، ويعد الإكراه من أخطر الظروف التي تواجه الإنسان، فتضغط على إرادته وتؤثر على حريته في الإختيار وتدفعه للقيام بالعمل أو إمتناع عن عمل خلافا للإرادته، والإكراه له مفهوم خاص يميزه عن غيره من العيوب الأخرى.

ومن هنا قسمنا هذا الفصل إلى مفهوم الإكراه في الفقه والقانون (المبحث الأول)، وإلى بيان شروطه وأنواعه ومصادره (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم الإكراه

يبرز الإكراه بروزاً واضحاً في الفقه الإسلامي، ويتميز بهذا الوضوح عن سائر عيوب الإرادة الأخرى، كما يعتبر الإكراه أهم النظريات في القانون يتعين التوقف عنده، و لكي نستطيع الوقوف على فكرة الإكراه وتوضيحها يتطلب الأمر التطرق إلى تعريف الإكراه (المطلب الأول)، وبيان عدم مشروعيته (المطلب الثاني)، وفي الأخير التمييز بينه وبين عيوب الإرادة الأخرى (المطلب الثالث).

المطلب الأول

تعريف الإكراه

تقتضي الضرورة العلمية في تعريف الإكراه التطرق إلى تعريفه لغة (الفرع الأول)، وإلى تعريفه اصطلاحاً (الفرع الثاني)، وإلى تعريفه قانوناً (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف الإكراه لغة

الإكْرَاهُ إِسْمٌ مُشْتَقٌّ مِنْ الْفِعْلِ أَكْرَهَ وَ مُجْرَدُهُ كَرِهَ، يُقَالُ كَرِهْتُ الشَّيْءَ كُرْهًا وَكَرْهًا وَكَرَاهَةً، وَكَرَاهِيَّةً نَقِيضٌ أَحْبَبَهُ، فَهُوَ شَيْءٌ كَرِيهٌ وَ مَكْرُوهٌ، وَ أَكْرَهْتُهُ عَلَى الشَّيْءِ حَمَلَهُ عَلَى أَمْرٍ هُوَ لَهُ كَارِهِ وَ أَكْرَهْتُهُ عَلَى الشَّيْءِ حَمَلْتُهُ عَلَيْهِ قَهْرًا⁽¹⁾.

وقد أجمع الكثير من أهل اللغة على أن الكره (بالضم) والكره (بالفتح) لفظان بمعنى واحد فبأي لفظ قيل فهو جائز، إلا الفراء فإنه يزعم على أن الكره (بالضم) ما أكرهت نفسك عليه أي على مشقة، والكره (بالفتح) ما أكرهك غيرك عليه⁽²⁾ تقول: جئت كُرْهًا و أدخلتني كُرْهًا .

(1) جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم المعروف بإبن منظور ، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، 1375هـ / 1956م، ص.534.

(2) محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة مصطفى الحلبي القاهرة، 1369هـ / 1950م، ص. 569.

مما يدل على صحة قول الفراء قول الله عزّ وجل ﴿وَلَهُ أَسْلَمَ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ طَوْعًا وَكَرْهًا وَإِلَيْهِ يُرْجَعُونَ﴾⁽¹⁾، وجه دلالة الآية الكره (بفتح الكاف) فعل مضطر، وكذا قوله تعالى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَّكُمْ﴾⁽²⁾، فوجه الدلالة في هذه الآية الكره (بضم الكاف) فعل مختار⁽³⁾.

ومما سبق فإن الإكراه في اللغة هو حمل الغير على أمر يكرهه، أي معنى قائم بالذات يضاد المحبة و الرضا، قال الله تعالى في الآية 216 من سورة البقرة: ﴿عَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ وَعَسَى أَنْ تُحِبُّوا شَيْئًا وَهُوَ شَرٌّ لَّكُمْ﴾.

الفرع الثاني

تعريف الإكراه اصطلاحاً

تعددت تعريفات الفقهاء للإكراه ، وسنكتفي بذكر بعض هذه التعريفات على المذهب الحنفي والمذهب المالكي:

أولاً- المذهب الحنفي

يعرف الإمام السرخسي في مبسوطه الإكراه بأنه: "إسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب"⁽⁴⁾.

(1) سورة آل عمران / الآية 83 .

(2) سورة البقرة / الآية 216.

(3) هائل حزام ميهوب العامري، نظرية الإكراه المدني بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، (د م ن)، 2005، ص.50.

(4) شمس الدين أبي بكر محمد بن أحمد المعروف بالسرخسي، المبسوط، ج24، دارالمعرفة، بيروت، لبنان، 1406هـ، ص.38.

وعرفه الإمام كمال الدين بن همام فقال بأنه: "حمل الغير على ما لا يرضاه"⁽¹⁾.

وما يلاحظ من تعريف السرخسي أنه حصر الإكراه على الأفعال دون الأقوال، وذلك بإستعماله كلمة (فعل)، في حين أنه كما يكون الإكراه بفعل صادر من المكره فإنه قد يكون بالقول و التهديد⁽²⁾.

ثانياً - المذهب المالكي

الإكراه لدى المالكية هو "كل ما فعل بالإنسان، مما يضره أو يؤلمه من ضرب، أو سجن، أو تخويف"⁽³⁾.

ما يلاحظ من هذا التعريف أن إستعمال عبارة (ما يضره أو يؤلمه) يجعل كل ما يصيب الإنسان من ضرر أو ألم إكراهاً، في حين أن كل اعتداء أو غصب أو إكراه يقع على شخص قد يلحق به ضرراً أو ألماً⁽⁴⁾.

نستخلص مما سبق تناوله في تعريف الإكراه أن المعنى اللغوي والإصطلاحي يلتقيان في نقطة واحدة ألا وهي أن الإكراه هو حمل الغير على فعل هو كاره له، و لعل أحسن تعريف الذي نختاره من بين التعريفات السابقة هو تعريف الإمام كمال الدين بن همام الحنفي الذي عرف الإكراه بأنه "حمل الغير على ما لا يرضاه"، و يرجع سبب إختيارنا لهذا التعريف لكونه يشمل الإكراه على

(1) كمال الدين محمد بن عبد الوحيد المعروف بالسيواسي، فتح القدير شرح الهدايا، ج5؛ دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1415هـ/1995م، ص.293.

(2) حميد سلطان علي الخاليلي، الإكراه وأثاره في المسؤولية الجنائية: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الجنائية؛ منشورات الحلبي القانونية، لبنان، 2013، ص.43.

(3) محمد سعود المعيني، الإكراه وأثاره في التصرفات الشرعية: بحث مقارنة بين فقه الإسلامي والقانون الوضعي، مطبعة الزهراء الحديثة، بغداد، 1985م، ص.31.

(4) حميد سلطان علي الخاليلي، مرجع سابق، ص.45.

الأقوال والأفعال، و تطرقه لأركان الإكراه دون التقيد بشرط معين أو وسيلة معينة بل فتح المجال حتى يتسع لشتى أنواع الوسائل، و سبب الأخير يتمثل في وجازة تعريفه.

الفرع الثالث

تعريف الإكراه قانونا

يعرف الإكراه بأنه ضغط مادي أو أدبي، ينشئ في نفسية المتعاقد رهبة تحمله على إبرام العقد خشية من الأذى⁽¹⁾، حسب ما جاءت به المادة 88 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري والتي تنص "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون وجه حق"⁽²⁾، تقابلها المادة 127 القانون المدني المصري⁽³⁾، فيترتب على الإكراه إبطال العقد نظرا للضغط غير المشروع الذي يقع على المكره، حينئذ تتولد فيه رهبة دافعة إلى التعاقد خوفا من الضرر، ومثال على ذلك ضرب شخص آخر أو تهديده بالقتل أو الضرب المبرح أو إفشاء سره أو إتلاف أمواله أو حتى خطف ابنه للوصول إلى غاية غير مشروعة⁽⁴⁾.

(1) محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي؛ دار هومه، الجزائر، 2002، ص.66؛ محفوظ

لعشب، مبادئ العامة للقانون المدني الجزائري؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص.182.

(2) المادة 1/88 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق ل 26 سبتمبر 1975، يتضمن التقنين المدني

الجزائري، الجريدة الرسمية، عدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

(3) تنص المادة 1/127 من القانون المدني المصري «يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر

في نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس». قانون رقم 131 لسنة 1948، يتضمن التقنين المدني المصري، المؤرخ في 29 جويلية

1948، مجلة الوقائع المصرية، العدد 128 مكرر (أ).

(4) محمد عزمي إليكري، موسوعة الفقه والقضاء في القانون المدني: مصادر الإلتزام، المجلد 3، محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2006،

يقابل هذين النصين نصوص أخرى في التقنينات العربية⁽¹⁾ ، أما عن القوانين الغربية نجد مثلا القانون المدني الفرنسي الذي نص على الإكراه في المادة 1111 وما يليها على أن الإكراه الواقع على من تعاقد يكون سببا في البطلان، حتى لو صدر من شخص غير المتعاقد الآخر الذي تم الإتفاق لصالحه⁽²⁾ .

نلاحظ أن المشرع الفرنسي وبعض التشريعات العربية قد بينوا بالتفصيل أحكام الإكراه في مواد عديدة مما تعطي له شرحا وتفصيلا أكثر على عكس المشرع الجزائري الذي جاء فقط بمادتين واكتفى بهما ألا وهما المادة 88 والمادة 89 من القانون المدني الجزائري⁽³⁾ .

عرف الفقه القانوني الإكراه بأنه إستعمال وسائل الضغط بدون حق مما تخلق في نفس المتعاقد رهبة تجبره على التعاقد من غير رضاه⁽⁴⁾ .

ويعرفه محمود بكرة بأنه: "ضغط غير مشروع بوسائل مادية أو معنوية فعالة، يبعث الرهبة في روح الشخص، فيحمله على قبول تصرف قانوني لم يكن ليقبله لو كانت إرادته سليمة عند

(1) يقابل هاتين المادتين في التقنينات العربية الأخرى ما يلي: في القانون السوري: المادتان 128 و 129 مدني وهما متطابقتان/ في

القانون الليبي: المادتان 127 و 128 مدني وهما متطابقتان/ في القانون العراقي: المواد من 112 إلى 116 موافقة/ في القانون اللبناني:

المواد من 210 إلى 212 موافقة/ في القانون الكويتي: المواد من 156 إلى 158 موافقة/ القانون الأردني: المواد من 135 إلى 143

موافقة للفقه الإسلامي . محي الدين إسماعيل، نظرية العقد مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، ط3؛ دار النهضة العربية عالم الكتب ودار حراء المكتبة القانونية، (د س ن)، ص.265-266.

(2) تجري صياغة المادة 1111 من القانون المدني الفرنسي :

«La violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation, est une cause de nullité , encore

qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit du quel la convention a été faite».

(3) تنص المادة 89 من القانون المدني الجزائري«إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا

أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه». من الأمر رقم 75-58 يتضمن التقنين المدني

الجزائري، المعدل والمتمم.

(4) TRETLLARD, **La violence comme vice de consentement en droit comparé**, Mélanges Laborde-la coste 1963, p.419.

مباشرة"، فهذا التعريف يشمل على نوعين من الإكراه وهما الإكراه المادي والإكراه المعنوي، والوسيلة المستعملة التي تتمثل في الوسيلة المادية والمعنوية، و يشمل الأشخاص المهددين بالأذى سواء المتعاقد نفسه أو غيره، كما يشمل أيضا هذا التعريف الزمن الذي يقع فيه الضرر إذ يمكن أن يقع في الحال أو في المآل وفي كل الأحوال العبرة بالرهبة الحالة على المكره⁽¹⁾.

المطلب الثاني

عدم مشروعية الإكراه

سنتطرق في هذا المطلب إلى عدم مشروعية الإكراه في القانون (الفرع الأول)، وفي القرآن الكريم (الفرع الثاني)، ومن السنة النبوية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

عدم مشروعية الإكراه في القانون

ممارسة الإكراه بوجه حق لا يعتبر إكراها، كمن حمله القاضي بوسيلة مرهبة على بيع ممتلكاته لوفاء بدين حال لا يقبل التأخير مستحق عليه، فهذا لا يعتبر إكراها و يكون البيع صحيح؛ لأن الضغط الواقع على إرادته كان بحق لإحتوائه على تبرير شرعي⁽²⁾.

كما جاء في القانون المدني الجزائري في المادة 88 على جواز إبطال العقد للشخص الذي تعاقد تحت إكراه تولدت لديه رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق⁽³⁾.

(1) محمود جمعة أبو بكرة، نظرية الإكراه في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع القانون المدني الجزائري والقوانين العربية الأخرى،

لنيل شهادة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 1974، ص.59.

(2) محمود جمعة أبو بكرة، مرجع سابق، ص.45.

(3) المادة 88 من الأمر رقم 75-58 يتضمن التقنين المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

وقوع ضغط يحدث رهبة و خوف دون حق أي عدم مشروعيته، وعليه قد وردت نظرية الإكراه في القوانين الحديثة أنها مبنية على مبدأ مزدوج، فلا يعتد به سببا لإبطال العقد بمجرد تعيبيه لرضا فقط، إنما يشترط أن يكون الإكراه غير مشروع و هذا ما جاءت به المادة السابقة.⁽¹⁾

الفرع الثاني

عدم مشروعية الإكراه من القرآن الكريم

جاء في كتاب الله تعالى كثير من الآيات التي تجعل من الإكراه أمرا محضورا، وتوضح أثره على التصرفات والمعاملات التي يقوم بها الإنسان تحت تأثيره، و من بين هذه الآيات:

1_ قوله تعالى ﴿ لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ ۚ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ ۚ فَمَنْ يَكْفُرْ بِالطَّاغُوتِ وَيُؤْمِنْ بِاللَّهِ فَقَدِ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَىٰ لَا انفِصَامَ لَهَا ۗ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ۙ ﴾⁽²⁾ .

وجه الدلالة في هذه الآية أنها جاءت لتأكيد على حرية الإنسان خاصة في اختيار ما يعتقدده، فليس لأحد أن يكره أحدا على اعتقاد أو تغيير إعتقاده تحت أي ظرف من الظروف، و بأي نوع من أنواع الإكراه، ويفسر ابن كثير الآية فقال: أن الله تعالى في هذه الآية نهى إكراه الغير و إجبارهم بقوة إلى الدخول في الإسلام، فالإسلام دين حق واضح في معالمه و جلي في دلائله و حُجَجِهِ، فلا يحتاج إلى القسر على الدخول فيه بل يدخل بهدى الله، و كذلك من شرح له صدره و أضاء بصيرته دخل فيه على قناعة و بينة من أمره، فلا يقبل دخوله للإسلام مُكْرَهًا مُقَهَّرًا⁽³⁾ ، وفي

(1) محمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية؛ المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984، ص.167-168.

(2) سورة البقرة / الآية 256.

(3) طه جابر العلواني، لا إكراه في الدين؛ مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2003، ص.91-92؛ إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي،

تفسير القرآن العظيم، مطبعة مصطفى البابي، القاهرة، 1356هـ/ 1937م، ص.310.

نفس سياق الآية جاءت آيات أخرى مؤكدة لهذا المعنى (1) .

2_ قال الله تعالى ﴿ وَلَا تُكْرِهُوا فَتِيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِنَبْتُهُنَّ عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهِنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ (2) .

وجه الدلالة في هذه الآية أن الله عزّ و جل نهى عن اقرار فاحشة الزنا للكسب، واعتبره من الكبائر وما ينجم عليه من التعدي على شرف الآخرين وأعراضهم واختلاط أنسابهم، كما بينت أن عقوبة الإكراه تعود إلى المكرهين بدلا من المكرهات على الزنا؛ لأن إتيانهم بهذا الفعل كان بعيدا عن إرادتهم و رضاهن، وعليه رفع الله تعالى العقوبة عليهن ولا يؤاخذهن (3) .

3_ قال تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ (4) .

وجه الاستدلال في هذه الآية أن التراضي شرط جوهرى في صحة العقد، والإكراه يتناقض مع الرضا، فإذا أنتقي هذا الأخير أصبح أكل أموال الناس بالباطل وبدون حق منها عنه، إلا من أجبر إلى التعدي على مال غيره ليسد جوعه فلا يحاسب عليه لأنه بررته الضرورة، أما إتلاف مال الغير بدون سبب مقنع وجدي فهو أمر محذور فيجب التعويض على المضرور وهو مالا تحلله الضرورة ولا الإكراه (5) .

(1) قوله تعالى ﴿ وَقُلِ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكُمْ ۖ فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيُكْفُرْ ﴾ سورة الكهف الآية 29.

_ وقال تعالى ﴿ إنا هديناه السبيل إما شاكراً وإما كفوراً ﴾ سورة الإنسان الآية 3.

_ وقوله تعالى ﴿ لَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَأَمَنَّ مَنْ فِي الْأَرْضِ كُلَّهُمْ جَمِيعاً أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّىٰ يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ ﴾ سورة يونس الآية 99.

(2) سورة النور / الآية 33 .

(3) محمد سعود المعيني، مرجع سابق، ص.49.

(4) سورة النساء / الآية 29 .

(5) هائل حزام ميهوب العامري، مرجع سابق، ص.67-68.

الفرع الثالث

عدم مشروعية الإكراه من السنة النبوية

1_ قال رسول الله ﷺ « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »⁽¹⁾.

أجمع جمهور الفقهاء أن الشيء المرفوع عن الأمة المحمدية في هذا الحديث هو الإثم والحكم معاً، إستثناء ما نصه الدليل كثبوت الدية والضمان على تلف أو ضياع المال، وعليه فأن صدور التصرف عن الإكراه فلا وجود لحكم له في الدنيا ولا لإثم في الآخرة، أما مذهب الحنفية فقد إعتبروا المرفوع هو الإثم وحده، برروا موقفهم بحجة أن الفعل لم يصدر عن الإرادة المحضة للإنسان، أما بخصوص الحكم الدنيوي ثابت لثبات الدليل⁽²⁾.

2_ قال رسول الله ﷺ « إنما البيع عن التراضي »⁽³⁾.

وجه الدلالة من هذا الحديث عدم جواز بيع المَكْرَه لعدم التراضي ، فإذا انعدمت الإرادة بطلب البيع كان المَكْرَه قد سلب اختياره و رضاه⁽⁴⁾.

3_ قال رسول الله ﷺ « لا طلاق ولا عتاق في إغلاق »⁽⁵⁾.

ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من تأثير الإكراه على أثر التصرفات التي لا تقبل الفسخ كالتأثيره على التي تقبل الفسخ، فلا ينعقد نكاح المَكْرَه ولا يقع طلاقه وذلك:

(1) أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج7؛ دار الكتب العلمية، لبنان، 1420هـ/1998م. ص.584.

(2) أحمد شاكر، المحلي بلأثار، ج7، دار الكتب العلمية، لبنان، 2010، ص.210؛ هائل حزام ميهوب العامري، مرجع سابق، ص.68.

(3) الحافظ أبو عبد الله ابن ماجه، سنن ابن ماجه، دار الفكر للتراث، القاهرة، 2010، ص.737.

(4) مازن مصباح صباح وسامي عدنان العجوري، "عيوب الرضا وأثارها على الإرادة العقدية عند الشيخ مصطفى الزرقا دراسة فقهية

مقارنة"؛ مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الأقصى، العدد الأول، يناير 2014، ص.112.

(5) محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، ج8؛ دار الكتب العلمية، لبنان،

2010، ص.378.

ماروي عن ابن عباس أن جارية ذهبت إلى النبي ﷺ فذكرت أن أباهاً زوّجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ، فالرسول لم يقر زواجها فكيف يوافق على زواج أو طلاق يقع من عابث ظالم يحرم الحلال ويحلل الحرام، بما أن الرضا يشترط توافق الإرادتين كالبيع والإجارة فإنه يكون أولى من ذلك خاصة في النكاح والطلاق لأنهما أشد خطراً وأكثر إحتراماً لدى الله تعالى من كل عقد آخر، إضافة إلى ما ورد في الحديث «أبغض الحلال عند الله الطلاق»⁽¹⁾، لكي لا يقدم عليه الإنسان إلا عندما يقتضي الأمر ضرورة قصوى فكيف يصح شرعاً وقوع هذا التصرف من إكراه تولد عن ظالم عابث ولقد أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1985/12/2 على أن إكراه الزوجة على الزواج بدون رضاها يعطي لها الحق في فسخ العقد «كانت الزوجة مكرهة إكراهها معنوياً في قبولها عقد الزواج مع المكره يؤدي من الناحية الشرعية والقانونية إلى فسخ العقد نظراً لما شاب عنصر الإرادة في التعاقد من إكراه»⁽²⁾ .

المطلب الثالث

مقارنة الإكراه مع غيره من عيوب الإرادة

سنتناول في هذا المطلب تمييز الإكراه عن غيره من العيوب في القانون (الفرع الأول)، وتمييزه عن غيره من العيوب في الفقه (الفرع الثاني)، وتمييز الإكراه بين القانون والفقه (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تمييز الإكراه عن غيره من العيوب في القانون

نميز الإكراه عن غيره من العيوب في القانون من حيث المفهوم، ومن حيث الشروط، ثم من حيث الإثبات وأخيراً من حيث البطلان .

(1) عبد الرحيم صالح يعقوب، "الإكراه تأصيلاً وتطبيقاً: دراسة أصولية فقهية"، مجلة العلوم التربوية والدراسات الإسلامية؛ جامعة الملك سعود، عدد22، 2010، ص.10.

(2) محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 38341، مؤرخ في 1985 /12/2، (قضية ط . ج ضد ج . ن)، نشرة القضاة، العدد 44، 1988، ص.190.

أولاً- من حيث المفهوم

1_ الغلط يعيب الإرادة، يكون بتصور مخالف للواقع يدفع المتعاقد إلى إبرام العقد، فيولد في نفسه توهم عن شيء معاكس لحقيقته مما يؤدي إلى إبرام العقد، أما الإكراه فهو كذلك يعيب الإرادة، إلا أنه يكون بمبادرة المتعاقد بالتعاقد بسبب رهبة تولدت لديه جراء تهديد غير مشروع، عندئذ سلبت إرادته فيكون مجبر على التعاقد رغماً عنه ليضمن سلامة نفسه و غيره من المنكر الذي يتوعد به⁽¹⁾.

2_ التدليس هو إتجاه أحد المتعاقدين إلى الحيلة والخداع لحث المتعاقد الآخر على التعاقد ويشبه كثيراً الغلط، لهذا لجئ الفقه إلى وصفه غلط مستثار نظراً لتوليد في شخصية المتعاقد وهم غلط⁽²⁾، أما عن الغبن يكون أحد العوضين متفاوت بكثير لآخر في القسمة و يكون في العقود المعوضات⁽³⁾.

3_ التدليس والغلط كلاهما يدفعان إلى التعاقد، فالغلط وهم نفسي يتصوره الذي وقع فيه ، أما التدليس يعود الأمر إلى المتعاقد الآخر نتيجة استعمال طرق إحتيالية تظليلية، فالإرادة في حالتي الغلط و التدليس مصاب في قلة الإدراك ، أما في الإكراه فالرضا مصاب في عنصر حريته نتيجة الرهبة التي سيطرت على حرية إختياره بسبب القهر، كذلك التدليس والغلط لهما علاقة مترابطة، يعمل الأول إلى إيقاع المتعاقد آخر في غلط ليحمله على التعاقد جراء وسائل تظليلية إحتيالية ، كما يتشابه التدليس مع الإكراه، وذلك لإتخاذ وسائل بغية التعاقد لكن مختلفة عن وسائل

(1) عدنان إبراهيم السرحان ونوري محمد خطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية: الإلتزامات؛ دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص.133؛ محمد حسين منصور، مصادر الإلتزام: العقد والإرادة المنفردة؛ الدار الجامعية، بيروت، 2000، ص.166.

(2) محمد علي البدوي، النظرية العامة للإلتزام: مصادر الإلتزام، ج1، ط2؛ منشورات الجامعية المفتوحة، (د م ن)، 1993، ص.99.

(3) كفاح عبد القادر السوري، التغير وأثره في العقود؛ دار الفكر، عمان، 2007، ص.27.

الإكراه، لكونها وسائل ضغط مادية و حسية سالبة للإرادة⁽¹⁾ .

ثانيا- من حيث الشروط

يشترط في الغلط أن يكون جوهريا، وله معيار عام وهو بلوغ حد من الجسامة، بحيث لو كان المتعاقد على علم بالأمر ما كان له أن يتعاقد نظرا لعدم علمه بالحقيقة، في كونه جوهريا لا بد أن يقع في صفة الشيء أو ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، أما الإكراه فيشترط فيه أن يكون التعاقد تحت سلطان رهبة بينة غير مشروعة دفعته لتعاقد، مما أحدثت خطر محقق يهدد ذاته أو غيره ، في حين يشترط في التدليس إستعمال أساليب أو طرق خداعية من طرف المدلس، لإضفاء صفات مفقودة في المعقود عليه ومن ثم حث المتعاقد إبرام التصرف⁽²⁾ .

ثالثا- من حيث الإثبات

عيوب الرضا جميعا تدخل تحت الأعمال المادية، وعليه يمكن إثبات العيب بكافة طرق الإثبات كالبينة و القرائن، إلا أنه في الغلط لا تكون حجية الإثبات بسهولة تامة، لأنه وهم يتغلغل في عقله، حيث يكون رضاه في العقد مغايرا عن إتجاه نيته، أما إثبات التدليس يكون يسير لظهور وسائل الإحتيالية التي إستعملها المدلس، في حين الإثبات في الإكراه يكون أكثر سهولة، نظرا لوضوح الوسائل التي لم تدع مجالا للشك و كونه دون حق، في حين يكون إثبات الغبن واضح عندما تكون الإلتزامات أحد المتعاقدين ليست متساوية إنما هنالك تفاوت كبير مع الإلتزامات المتعاقد

(1) هائل حزام ميهوب العامري، مرجع سابق، ص.79؛ أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني؛ منشأة المعارف، الإسكندرية،

2003، ص.160؛ محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.71.

(2) أنور العمروس، المرجع السابق، ص.145؛ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري: النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر

الإلتزامات-التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ط2؛ (د ن)، الجزائر، 1997، ص.197؛ كفاح عبد القادر الصوري، مرجع سابق،

الآخر، فمن المفترض أن رضاه لم يأتي عن محض إختياره⁽¹⁾

رابعاً - من حيث البطلان

يختلف نطاق الإبطال من عيب إلى الآخر، فنطاق إبطال الغلط ظني نظرا لتولده في ذهن الشخص واعتقاده الخاص، كما يتسع في التدليس لكونه موضوعي النزعة، كما يكون أكثر إتساعا وشمولية في الإكراه نظرا لإستعماله وسائل عنف ظاهرة، كذلك الإبطال في التدليس و الغلط ينتقان في الإرادة الباطنة، هذا عكس ما هو بالإكراه الذي تكون الإرادة واضحة لما يؤول إليه العقد من آثار ونتائج، على الرغم من ذلك يبرم العقد لإنتراع حريته في الإختيار، ومن الملاحظ أيضا كون الحكم بالإبطال للتدليس والإكراه ملزما للقاضي شريطة تمسك به من طرف من تضررت مصلحته، أما في الغلط هناك إمكانية تقادي حكم إبطال بتنفيذ الإلتزام على وجه ما توهم به الغالط، عكس الحالات المذكورة أنفا نجد أن الغبن يعطي القاضي تخييره بحالتين؛ سواء الحكم ببطلان التصرف، أو جعل الإلتزمات بين الطرفين متعادلة⁽²⁾.

إذا إختار الشخص الذي وقع في الغبن دعوى الإبطال، فإذا وجد القاضي أنه لم يكن ليتعاقد لولا الإستغلال فيبطله، أما إذا وجد أن الإستغلال لم يكن سببا كافيا وأن المغبون كان ليبرم العقد لكن بشروط معقولة، فيرفض القاضي إبطال العقد و يبادر في إنقاص الإلتزمات⁽³⁾.

وتسقط دعوى الإستغلال خلال سنة واحدة حسب المادة 90 فقرة 2⁽⁴⁾، أما مدة سقوط دعاوي الإبطال بسبب الغلط و التدليس و الإكراه هي عشرة سنوات، أما مدة بداية دعوى الإستغلال تكون من تاريخ إبرام العقد، بينما دعوى إبطال بشأن دعاوي الأخرى (غلط، تدليس) تكون من بداية

(1) أنور العمروسي، مرجع سابق، ص.132؛ هائل حزام ميهوب العامري، مرجع سابق، ص.80؛ زهدي يكن، شرح قانون الموجبات

والعقود مع المقارنة بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية، ج4، (د ن)، (د م ن)، (د س ن)، ص.25.

(2) هائل حزام ميهوب العامري، مرجع نفسه، ص.79-80.

(3) أنور العمروسي، مرجع سابق، ص.256.

(4) تنص المادة 2/90 من القانون المدني الجزائري « يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة».

إكتشافها، أما الإكراه من يوم إنقطاعه، حسب ما جاء في المادة 2/101 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾.

الفرع الثاني

تمييز الإكراه عن غيره من العيوب في الفقه

نميز الإكراه عن غيره من العيوب في الفقه من حيث التعريف، ثم من حيث المحل ، وأخيرا من حيث المعيار .

أولاً- من حيث التعريف

الإكراه في تعريف المحدثون إلزام شخص على فعل ما لا يطيقه و لا يلزمه شرعا ، أما التدليس فهو إخفاء أحد المتعاقدين عيبا باطنا كان على علم به في محل عقد عن المتعاقد الآخر، يكون أكثر في عقود المعوضات كالبيع والإجارة، و يختلف بذلك عن الغلط بكونه توهم على غير حقيقته فتدفعه إلى إبرام التصرف عائد إلى هذا التوهم⁽²⁾.

ثانيا- من حيث المحل

يكمن محل الإكراه في تصرفات الإنسان التي قد تكون قولية والتي تتجلى في الألفاظ، ومثال ذلك الكلام الفاحش، الكفر...إلخ، كما قد تكون فعلية كالقتل، الزنا، أكل مال الغير، فيرفع الحكم على التصرفات القولية الآتية بدون اختيار الواقعة تحت تهديد، وفي التصرفات الفعلية نميز بين الأفعال التي تتعلق بحق الله و الأفعال التي تتعلق بحق العباد، فالأفعال التي تتعلق بحقوق العباد كالإيذاء، إتلاف مال الغير...إلخ، لا يبيحها الإكراه، ولزم الضمان، أما إذا كانت الأفعال تتعلق

(1) تنص المادة 2/101 من القانون المدني الجزائري «ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من يوم الذي يزول فيه هذا

السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من يوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم إنقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق

الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا إنقضت عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد». من الأمر رقم 75-58 يتضمن التقنين المدني

الجزائري، المعدل والمتمم.

(2) كفاح عبد القادر السوري، مرجع سابق، ص.10؛ مازن مصباح صباح وسامي عدنان العجوري ، مرجع سابق، ص.121،126.

بحق الله كالإكراه على شرب الخمر، أكل الميتة... إلخ، فإن كان مضطر فلا إثم عليه⁽¹⁾، لقوله تعالى ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾⁽²⁾.

ثالثا - من حيث المعيار

حدد الفقهاء معيار الغبن بالزيادة أو بالنقصان فينقسم إلى قسمين: الأول الغبن اليسير فخير مثال على ذلك التاجر الذي باع سلعته بعشرين دينار وفي ثمنها الأصلي تساوي تسعة عشر دينار فالفرق بسيط ويسير، أما القسم الثاني هو الغبن الفاحش الذي يخل بالمعاوضة يعمل على إحداث فرقات بين المتعاقدين كبيرة، مع الإشارة إلى أن الفقه أخذ بالمعيار المادي لتحديده، أما الغلط فلا بد أن يكون مؤثر، فلا يعتد بالغلط الذي ليس له تأثير في العقد، بعيدا عن ذلك يجب أن يكون الغلط مانعا يقع على المعقود عليه يقع في شخص العاقد أو القيمة⁽³⁾.

والمعيار المتفق عليه للتقدير كلا من الإكراه والغلط والتدليس هو معيار ذاتي، لا بد البحث في حالة الشخص الذي تعيبت إرادته والظروف والملابسات المحيطة به وكل ما يساعد على تكييف الوضع⁽⁴⁾.

الفرع الثالث

تمييز الإكراه بين الفقه و القانون

لتمييز الإكراه بين الفقه والقانون سنعتمد على بعض الجوانب الأساسية، وذلك من حيث التقسيم، والشروط ومن حيث المعيار، ومن حيث عدم المشروعية، وأخيرا من حيث الحكم.

(1) محمد بحر العلوم، عيوب الإرادة في الشريعة الإسلامية؛ رسالة دكتوراه، كلية الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، 1980، ص.211.

(2) سورة البقرة / الآية 173.

(3) محمد بحر العلوم، مرجع سابق، ص.412؛ مصطفى أحمد الزرقا، مدخل الفقهي العام، ج1، ط2؛ دار القلم، دمشق، 1425هـ، 2004،

ص.476-477؛ MAZEAUD (Henri, Léon et Jean.): Leçons de droit civil, par michel de juglard, les

obligations, t.2, éd.1969, p.166.

(4) العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون الجزائري، ط3؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص.121.

أولاً- من حيث التقسيم

يتفق الفقه الإسلامي مع القانون المدني على مبدأ أن الإكراه هو السبب الذي دعى الشخص على التعاقد، بحيث ما كان للمكروه أن يلجأ إلى التعاقد لولا الرهبة التي خلقها الإكراه في نفسه⁽¹⁾.
 علماً أن الإرادة تتكون من عنصري الرضا والإختيار، وفقاً لذلك تم تقسيم الإكراه في الفقه الإسلامي إلى إكراه ملجئ وغير ملجئ، الأول مفسد لرضا، مؤثر على التصرفات القولية والفعلية، أما الثاني غير مفسد لرضا ويقتصر تأثيره على التصرفات القولية فقط، كما يقابله في الفقه القانوني تقسيمه إلى إكراه مادي وإكراه معنوي⁽²⁾.

ثانياً- من حيث الشروط

نجد في الفقه الإسلامي أنه يشترط في الإكراه شروط متعلقة بالمكروه وأخرى متعلقة بالمكروه وأخرى بالقيمة له ولا يمكن الإعتداد به، أما في الفقه القانوني يشترط الحكم على أن المتعاقد قد وقع في عيب الإكراه توفر الشروط التالية: إبرام المتعاقد التصرف تحت تأثير رهبة غير مشروعة، كون الرهبة دافعة للتعاقد، كون الرهبة ناتجة من الطرف الآخر أو كان على علم بها أو حتى من المفترض العلم بها⁽³⁾.

خلافاً أيضاً عن الفقه الإسلامي الذي يشترط على المكروه إيقاع ما هدد به، فإن القانون المدني الجزائري إستبعد هذا الشرط لعلبة ألا وهي الخوف والرهبة⁽⁴⁾.

(1) محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.209.

(2) هائل حزام ميهوب العامري، مرجع سابق، ص.82-83.

(3) محمد محمود المحمد، "أثر الإكراه في المعاملات المالية"، مجلة دراسات الإجتماعية؛ عدد الثاني عشر، ديسمبر 2001، ص.194-

195؛ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص.193.

(4) محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.207.

ومن الملاحظ أن القانون المدني لا يشترط في الإكراه أن ينجم من المتعاقد ذاته، بل يمكن أن يصدر من الغير، بشرط علم المكره أو إمكانية علمه، و يعتد الفقه الإسلامي حتى لو كان محدثاً من طرف الغير، إلا أنه نجد أن الحنفية تشترط إتصال المتعاقد الآخر بالإكراه أي كونه متواطئاً مع المكره، أما المالكية لا تأخذ التواطؤ بعين الاعتبار، إنما يكتفون بحصول الإكراه على الرغم أن الطرف الآخر لم يحط بعلم الإكراه ولم يستطع إكتشافه⁽¹⁾.

ثالثاً- من حيث المعيار

تأخذ الشريعة بمعيارين متلازمان في تحقيق الإكراه، لا يمكن الفصل بينهما بحيث لولا الأسباب المادية التي يخشى منها المكره لما تولدت في نفسيته خوف ورهبة، فلولا هذه الرهبة لما كان للإكراه وجود، وإتفق فقهاء القانون حول هذين المعيارين، و يتضح لنا أن فقهاء الشريعة والقانون قد رجحوا المعيار الذاتي كمعيار أساسي ومهم في فعل الإكراه، إلا أنه يختلف باختلاف الأشخاص والظروف والملابسات⁽²⁾.

رابعاً- من حيث عدم المشروعية

يستوجب الفقه القانوني أن يكون الإكراه غير مشروع، وأغلبية شراح القانون إنتهوا في تبيان أساس عدم المشروعية، بأن المغزى في ذلك هي غاية الضغط لا بالوسائل المستعملة أما في الفقه الإسلامي يقتضي عكس ذلك، حيث تكون الوسيلة المضغوط بها في حق المكره بالغة الشدة، نتيجة ذلك يطرأ خطراً موقفاً في حق المكره ، ويتفق الفقه الإسلامي مع القانون حتى يكون للإكراه تأثير على العقد أن ينشأ بغير حق⁽³⁾.

(1) أحمد عبد الحميد عشوش، العقود المدنية في الشريعة الإسلامية، ج1؛ دار ثروة للنشر، (د م ن)، (د س ن)، ص.112؛ محي الدين

إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص.278.

(2) محمد بحر العلوم، مرجع سابق، ص.220،222.

(3) محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.207،209.

يتطلب الفقه الإسلامي أن يتسم الخطر المهدد به بالعجولة؛ لأن التأجيل يساعد المکره على التخلص من الإكراه وذلك بطلب النجدة وتبليغ السلطات العامة، فنجد المکره ليس عاجزا عن دفع التهديد الملقى على عاتقه، وهذا ما يخالف شرط من شروط الإكراه ألا وهو العجز عن دفع التهديد حسبما ذهب إليه الحنفية، والشافعية، والمالكية، كذلك نفس الشيء بالنسبة للقانون المدني الجزائري الذي يشترط أن يكون الخطر محقق و وشيك الوقوع، لأنه هو الذي يخلق الرهبة التي تدفع المکره على التعاقد، أما إذا كان التهديد بخطر مستقبلي فيعطي فرصة له لتهيئة نفسه و تقاويه دون تعب حينئذ لا يولد الرهبة ولا يعيب الإرادة⁽¹⁾.

خامسا- من حيث حكم الإكراه

اختلف الفقهاء في آثار التبعية للإكراه إذ يرى الإمام الشافعي و الإمام أحمد بن حنبل أن تصرفات المکره باطلة، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾⁽²⁾ ، واتخذوا وجه دلالة أخرى في قوله عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»⁽³⁾ ، و هذا إن دل فإنه يدل حتما على عدم إعتداد بما أكره المرء عليه ورفع الإثم عليه، أما الإمام مالك يرى أن تصرف المکره ليس لازم، بإمكان المتعاقد الذي كان تحت إكراه فسخ التصرف أو إمضاءه، في حين يعتبر الإمام أبي حنيفة و أتباعه تصرف المکره فاسد لإنعدام الرضا، كما له إمكانية إجازة العقد فيزول الإكراه، أما رأي الإمام زفير بن الهديل الذي يعتبر من كبار أصحاب أبي الحنفية، أن فعل المکره يعتبر موقوفا إلا أن يجيزه بمحض إرادته، فعند إجازته ينفذ في حقه، وإذا لم يجيزه إنفسخ وأصبح معدوم الأثر⁽⁴⁾.

(1) عبد الرحمان زعل الشراعية، الضوابط القانونية والشرعية للرضا بالعقود "دراسة مقارنة"، رسالة الماجستير في القانون الخاص، كلية

الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014، ص.25؛ عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص.129.

(2) سورة البقرة/ الآية 256.

(3) رواه البيهقي، السنن الكبرى، ج7، المرجع السابق، ص.584.

(4) صلاح الدين شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني "دراسة موازنة بالفقه الإسلامي"؛ دار العلمية الدولية ودار الثقافة

للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص.96-98.

خلافًا للقانون الوضعي، فإذا تم إثبات الإكراه فإن العقد يكون باطل بطلان نسبيًا، لكن لا بد من إحترام مدة الطعن المقررة قانونًا من يوم إنقطاع الإكراه، بما أن الإكراه عمل غير مشروع فإن للمضور حق مطالبة متسبب الضرر وهو المكروه بالتعويض طبقًا لقواعد المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

المبحث الثاني

شروط الإكراه وأنواعه ومصادره

بعد أن إنتهينا من تحديد فكرة الإكراه من حيث تعريفه وبيان عدم مشروعيته وتمييزه عن غيره من عيوب الإرادة الأخرى في الشريعة الإسلامية ومن ثم في القانون، فإن الأمر يتطلب إستعراض الشروط الواجب توافرها في الإكراه (المطلب الأول)، وبيان أنواعه (المبحث الثاني)، وتحديد مصادره (المطلب الثالث).

المطلب الأول

شروط الإكراه

لا يتحقق الإكراه ولا ينتج أثاره إلا بتوفر مجموعة من شروط، وهذه الشروط سنتطرق إلى دراستها في القانون (الفرع الأول)، وفي الفقه الإسلامي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط الإكراه في القانون

تتمثل الشروط الواجب توافرها في الإكراه في وجود الخطر يهدد المكروه، ووجود ضغط يبعث في نفس المتعاقد رهبة دون حق، وصدور الضغط من المتعاقد الآخر أو علمه به أو على الأقل إمكانية العلم به.

(1) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص.173.

أولاً- وجود خطر يهدد المكره

تتمثل شروط الخطر في أن يكون جسيماً وموشك الوقوع وحقيقياً.

1_ أن يكون الخطر جسيماً

لا يكفي وقوع ضغط مادي أو معنوي على المكره لكي يعيب رضاه، لأن العبرة لا يعتد بالوسائل الضغوط إنما يعتد بتأثيرها، ولا بد من بلوغ حد من الجسامة وذلك بإثارة رهبة معتبرة في نفسية المتعاقد، تحدث وسائل الإكراه خطر جسيم يقع على النفس أو الجسم أو الشرف أو المال أو على المتعاقد نفسه أو غيره، وليس المقصود بالغير أحد الأقارب فقط، إنما الحالة النفسية التي تتصل مع المهدد بالخطر سواء كان قريب أو بعيد، فقد ينجذب إلى شخص ما يحترمه ويحبه دون أن تجمعهما صلة القرابة⁽¹⁾.

حسب ما تقتضي المادة 1113 من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾، وتقتضي المادة 1112 من نفس القانون أن الإكراه يتولد شريطة تأثيره على الشخص معتدل الإدراك، وسبب له خشية إلحاق على نفسه أو ماله لخطر جسيم، مع الأخذ بعين الاعتبار جنسه وسنه وحالته الشخصية، ومن هذا النص يتضح لنا أن المشرع الفرنسي خلط بين المعيار المادي والنفسى، فمن الجهة المادية يجب أن يصل الخطر إلى حد الجسامة إلى درجة تأثيرها على الرجل العادي، ومن الجهة النفسية عندما يؤخذ بجنس وسن وحالة المتعاقد، يجب ترجيح معيار على الأخر، والمعيار الأصح هو المعيار النفسى، لأن المعيار المادي الذي ورد في المادة السابقة ما هو إلى خطأ ارتكب حينما نقل هذا المعيار من الفقيه بوتيه⁽³⁾.

(1) هائل حزام ميهوب العامري، مرجع سابق، ص 169.

(2) تجرى صياغة المادة 1113 من القانون المدني الفرنسي :

«La violence est une cause de nullité du contrat, non seulement...lorsqu'elle a été exercé sur la partie contractante...»

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، ط2؛ منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص.433-434.

أما المشرع الجزائري نص في المادة 88 فقرة 2 على "أن يكون التهديد بخطر جسيم"⁽¹⁾ ، فتقدير أو قياس جسامته الإكراه تعود إلى الحالة الشخصية للمكروه، نهاية ذلك رهبة تحرضه على التعاقد على الرغم من عدم جدية الوسائل المستخدمة كالشعوذة، فدائماً تبقى القضية مسندة إلى القاضي الموضوع الذي يفصل فيها⁽²⁾ .

2_ أن يكون الخطر موشك الوقوع

يعتبر التهديد المحقق الشيء الوحيد الذي بقدرته بث الرهبة، أما التهديد الذي قد يقع في المستقبل قد لا يخلق الرهبة في المكروه لسبب تمهيل الوقت له فبإمكانه تقادي الخطر ويتخذ التدابير اللازمة وأخذ الحيطة والحذر ومن ثمة لا يعتبر الخطر معيب للإرادة⁽³⁾ .

لابد للخطر أن يكون على وشك الوقوع ولا يعتد بالخطر الذي وقع مسبقاً، حسب ما جاء في القانون المدني الفرنسي الذي يأخذ به في المادة 1112، على ان الإكراه يتحقق إذا كان من شأنه أن يؤثر في الشخص مستقيم الإدراك وأن يشعره بالخوف من أن يعرض نفسه أو ماله لخطر جسيم مع النظر في هذا الأمر إلى السن والجنس وحالة الشخص⁽⁴⁾ .

(1) المادة 2/88 من الأمر رقم 58-75، يتضمن التقنين المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

(2) العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص.118.

(3) أنور العمروسي، مرجع سابق، ص.206؛ محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص.268؛

Jacques flour ;Jean-Luc Aubert ;éric savaux, Droit civil, les obligations, 1 L'acte Juridique, 12 Edition,p.155.

(4) تجري صياغة المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي :

«il ya violence, lors qu'elle est de nature a faire impression sur une personne raisonnable et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune a un mal considerable et présent, on égard en cette matière a l'âge au sexe et a la condition des personnes».

وما يلاحظ أن المشرع الفرنسي عند صياغته لتلك المادة قد صاغها بطريقة غير صحيحة، وذلك في إعتبره أن الخطر حال إلا أنه في حقيقة الأمر أن الحال تتمثل في الرهبة والخوف⁽¹⁾.

3_ أن يكون الخطر حقيقيا

يتوجد الخطر حينما يولد ضغط يخلق رهبة في نفسية المتعاقد وكونه غير مشروع، ويتجلى هذا الضغط بإستعمال وسائل الإكراه المادية والمعنوية، بفضلها تكون الرهبة متبعة بإضطراب وتغير المزاج والخوف الشديد التي تدل على أنه هناك خطر محدد حقيقيا جسيما يهدد المكره أو شخص عزيز، كما أن الإكراه يمكن أن يقع على الجسم أو المال أو الشرف⁽²⁾.

ويستوجب أن يكون الخطر محدد من طرف المكره ، بإمكانية أن يكون التهديد عاما ليس محدد، كتهديد شخص ما بغير تحديد نوع الخطر الذي من الممكن وقوعه، فهذا لا يدخل ضمن الإكراه المعيب للرضا، إلا إذا وجدت علاقة سابقة بين المتعاقدين التي تمكن من التعرف على نوع الخطر المهدد به⁽³⁾.

ثانيا - وجود ضغط يبعث في نفس المتعاقد رهبة دون حق

يستعمل المكره وسائل الضغط مختلفة بإختلاف الغاية المرجوة منها، يبعث من خلالها في نفس المكره رهبة بينة بدون حق تحمله على التعاقد.

1_ إستعمال وسائل الضغط

يستعمل المكره وسائل مادية أو معنوية يضغط بها على إرادة المكره بهدف الحصول على نتائج، لا يستطيع الحصول عليها لولاها.

(1) جاك غستان، المطول في القانون المدني "تكوين العقد"؛ ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،

بيروت، 2000، ص.644.

(2) أنور طلبية، المطول في شرح القانون المدني؛ المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004، ص.249.

(3) عدنان إبراهيم سرحان ونوري محمد خاطر، مرجع سابق، ص.126.

أ. إستعمال وسائل غير مشروعة لتوصل لغرض غير مشروع

ومن الأمثلة على ذلك نجد تهديد شخص بوضع حد على حياته أو خطف قاصر وطلب مبلغ مالي معتبر لوالده كفدية لإرجاعه، أو حتى تهديد شخص ما بإفشاء سره أو إفضاحه، فكل ما هو مذكور في الأمثلة السابقة تفسد الرضا وتبطل العقد⁽¹⁾.

من الممكن أيضا أن يهدد دائن مدينه بكشف سره وبذلك تشوه شهرته إذا لم يتم بوفاء بدين له أو توقفه عن العمل إلى غاية تسديد المبلغ المستحق... إلخ، من هنا ظهر بعض الفقهاء الذين ينادون بأن الإكراه في هذه الحالة مشروع لإعتبار ألا وهو إنتفاء الجريمة من الفعل الذي أتى به المكره، إلا أنه أنتقد رأيهم، على أن وسائل الإكراه غير مشروعة خارجة عن القانون فينتج مباشرة على ذلك إكراه غير مشروع، نظرا لأولوية تطبيق القانون واحترام حرمة الإنسان على الذمة المالية لأحد المتعاقدين⁽²⁾.

ب. إستعمال وسائل غير مشروعة لتحقيق غرض مشروع

يلجأ صاحب الحق المشروع في كثير من الأحيان إلى إتخاذ وسائل الإكراه بغية تحقيق حقه من طرف الآخر، كالذي قام بعملية إختطاف المدين وحجزه بهدف إقرار بدين ما، أو تهديد أحد التجار بحرق محله إذا لم يقر بدينه، فهذا التهديد الذي يحدث خوفا ورعبا في شخصية المدين، يعتبر منافي للأخلاق وأمر محظور قانونا، ويتلقى البطلان، إن كان أصلا حقه إلا أنه أذهب بتلك الوسيلة الغير المشروعة⁽³⁾، في حين أنه هناك رأي معاكس يقول بأن الشخص الذي هدد بوسائل غير مشروعة لتحقيق هدف مشروع لا يعد إكراها، لكن بدون التغافل عن أخذ الإحتياط والحذر في إستعمال الوسائل الغير المشروعة، لأنها من الممكن أن تدخل في حيز

(1) إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج1، ط2؛ (د ن)، (د م ن)، 1997، ص.201؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، مرجع سابق، ص.426.

(2) عدنان إبراهيم سرحان ونوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص.123.

(3) مصطفى العوجي، القانون المدني "العقد"، ج1، ط4؛ منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص.409؛ Flow(J) et

القانون الجنائي، وإذا تمسك المكره بهذه الوسائل فيبطل العقد ويكون أمام تعسف في استعمال الحق وهذا الأخير يولد التعويض⁽¹⁾.

ج. استعمال وسائل مشروعة لتحقيق غرض غير مشروع

ومثال ذلك الذي رأى شخص متلبس بالجريمة، فهدده بالتبليغ عنه إذا لم يحرر له شيك يحتوي على مبلغ هائل دون إستحقاقه بذلك ينجم جراء هذا التصرف رهبة تدفعه للقيام بما أمر به، على غرار الذي حرر شيك بمبلغ يساوي أو يعادل الضرر الذي أحدثه بسبب الجرم الذي أتاه⁽²⁾.

إلا أنه ذهب جانب من الفقه على إعتبار أن الإكراه لا يتحقق عند استعمال وسيلة مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع، متى كان هناك تناسب بين الوسيلة المستعملة والغاية، كتهديد الدائن مدينه بالتنفيذ على أمواله أو شهر إفلاسه إذا لم يسدد الدين، أو رهن ماله كضمان لوفاء بدينه⁽³⁾.

د. استعمال وسائل مشروعة لتحقيق غرض مشروع

حينما تكون الوسيلة مشروعة وتتبعها غاية مشروعة فلا يكون العقد باطل للإكراه، خير مثال على هذا الشخص الذي يهدد سارقه حالة ما إذا لم يرد له المسروقات أو قيمتها يقوم بإبلاغ النيابة، أن يهدد الدائن مدينه بشهر إفلاسه في حالة عدم تحرير وثيقة تثبت العلاقة الدائنية بينهما ويعتبر غرضه مشروعاً، وعليه لا مجال للإكراه فيه ولا يبطل الوثيقة، ونفس الشيء للمودع الذي يقوم بتهديد المودع لديه عن إعلام النيابة بتصرفاته الطائشة التي أحدثها على الوديعة إذا ما لم يقدم له سنداً⁽⁴⁾.

(1) محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص.169.

(2) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص.195؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، مرجع سابق، ص.428.

(3) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص.169.

(4) أنور العمروسي، مرجع سابق، ص.214؛ أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"؛

دار الثقافة، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص.112.

إلا أنه إذا وجدت إساءة الدائن في استعمال الوسيلة المشروعة للوصول إلى غرض مشروع كأن يهدف للحصول على أكثر من حقه، من هنا يكون الإكراه بدون حق⁽¹⁾.

2_ بعث ضغط في نفس الشخص رهبة بينة تدفعه لتعاقد

يستوجب أن تكون الرهبة المتولدة عن الإكراه هي الدافعة لتعاقد، إذ لا يكفي فقط للإكراه أن يخلق رهبة طالما أنها غير دافعة لتعاقد، وأساس الإكراه هي تلك الرهبة التي تخلق في نفسية المتعاقد فتجبره على إبرام العقد فلولاها لما تجرأ على التعاقد، إذا افترضنا أن الرهبة ليست هي الدافعة للتعاقد بل الحاجة، على سبيل المثال إذا كان الغرض تحقيق مصلحة ما فلا يقع الإكراه هنا⁽²⁾.

ولا يشترط لخلق الرهبة أن تكون متعلقة فقط بتهديد المكره، بل أبعد من ذلك بإمكان أن يصل الإكراه إلى شخص تربطه معه علاقة القرابة أو نسب فيزرع في نفس المتعاقد رهبة، مما بادرت بعض القوانين في تحديد الأشخاص الذين يقع عليهم الإكراه⁽³⁾، ولا يعتبر الأشخاص المحددين على سبيل الحصر فإذا كان الخطر يهدد أحدهم وجدت قرينة بوجود الإكراه أما إذا ابتز غير هؤلاء فإنه يستوجب إثبات الخطر المهدد به⁽⁴⁾.

(1) علي فيلالي، الإلتزامات: النظرية العامة للعقد؛ موفم للنشر، الجزائر، 2001، ص141.

(2) همام محمد محمود ومحمد حسين منصور، مبادئ القانون المدخل إلى القانون الإلتزامات؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، (د س ن)،

ص.263؛ أمجد محمد منصور، النظرية العامة للإلتزامات: مصادر الإلتزام؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، لبنان، 2006، ص.104؛

MAZEAUD, op-cit, p.200.

(3) تنص المادة 137 من القانون المدني الأردني «التهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الأولاد أو الزوج أو ذي رحم محرم، وتهديد بخطر

يخشى الشرف يعتبر إكراها ويكون ملجئ أو غير ملجئ بحسب الأحوال»؛ وتنص المادة 1113 من القانون المدني الفرنسي «... إذا وقع

على زوجه أو زوجته، أو على فروعه أو أصوله»؛ وتنص المادة 1/210 من الموجبات العقود اللبناني «... تهديد موجه على شخص

المديون أو على أمواله أو على زوجه أو على أحد أصوله أو أحد فروعه»؛ وتنص المادة 3/112 من القانون المدني العراقي «والتهديد

بإيقاع ضرر بالوالدين أو الزوج أو ذي رحم محرم».

(4) أنور سلطان، مرجع سابق، ص.73-74.

يختلف نص الجزائري ونص المصري، فما يخص مصطلح "الغير المهدد بالخطر"، فالقانون المدني الجزائري حدده في المادة 88 بأنه "أو أحد أقاربه"، أما القانون المدني المصري إستعمل عبارة "أو غيره"، فبإمكان هذا الغير أن يكون قريب أو بعيد لكنه عزيز على المتعاقد، فالعبرة بتأثر المكروه، وعليه لم يميز المشرع المصري بين الشخص القريب والبعيد، أما القانون المدني الفرنسي حدد في المادة 1113 الأقارب ألا وهم الزوج أو الزوجة والأصول والفروع (1).

تقدر الرهبة بالمعيار المعنوي، نأخذ بحالته الشخصية ونرى إلى أي مدى تأثر الرهبة فيه ولا بد أن نأخذ كل العوامل التي تساعدنا على تحديد طبيعته، فالطفل الصغير غير الشاب القوي غير المسن العجوز، ولا يتساوى الرجل والمرأة، وكذلك الشخص المتعصب والهادئ، وبين الضعيف والقوي، وبين المريض والسليم، وبين المتعلم والجاهل...إلخ، ومن الظروف المحيطة أيضا نجد أنه ليس مثل الخطر الذي بإمكانه خلق رهبة للمتعاقد المعتزل عن الناس ومثل الذي هو في المدينة مكتظة بالناس وأمنة، كما قد يخاف المتعاقد حالة ما إذا كان وحيدا ولا يخاف إذا كان في جماعة، وقد يكون الخوف شديدا في حالة وقوعه في منتصف الليل ولا يبلغ حد الشدة في النهار (2).

3_ وقوع الضغط بدون حق

إتفق الفقهاء على عدم مشروعية التهديد الواقع على المكروه، وذهبوا إلى أن هدفه متناقض مع مبدأ العدالة مما يكون المتحصل عليه من الإكراه باطلا لعبرة أن المكروه مجبر على إختيار بين أهون الضررين إما تحمل الأذى أو الرضوخ لأوامره، فالضغط يقع بدون سبب مشروع، فالشخص الذي يهدد الآخر برفع دعوى عليه على أساس ظروف وملابسات غير ثابتة وقطعية لهدف واحد وهو إجباره على توقيع سند يحتوي على دين أو سلب حق من حقوقه أو ملك من الملكية الخاصة

(1) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص.194؛ علي فيلاي، مرجع سابق، ص.138-139.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، مرجع سابق، ص.135.

وإن لم يفعل ذلك يتعرض لعواقب وخيمة⁽¹⁾ .

لا يمكن أن نعتبر الإكراه إكراها إلا إذا كانت الغاية منه الوصول إلى قصد غير مشروع، فإذا كان الهدف منه تحقيق هدف قانوني أو حق خوله القانون لصاحبه لا يكون له وجود ولا يؤثر في التصرف، فيكون هنا إكراها بحق أو ما يسمى بالجبـر الشرعي، كأن يلزم القاضي المدين ببيع ممتلكاته لتسديد ديونه⁽²⁾ .

السؤال الذي يثور هنا، هل تعتبر الشوكة والنفوذ الأدبي إكراها مفسدا للإرادة ؟

إذا سـلط الأب أو الوصي نفوذه على الإبن أو الموصى عليه إلى إجراء تصرف قانوني يراه نافعا نفعاً محضاً له، فإن هذا التصرف يكون صحيحاً على الرغم من عدم رضا الإبن أو الموصى عليه في إبرام هذا التصرف لكن يبقى مشروعاً⁽³⁾ ، كذلك نفوذ الأستاذ على طلبته، ورجل الدين على المتدينين، والرئيس على مرؤوسه، فإن كان المغزى من هذا النفوذ هو الشعور بالإحترام وتقدير لصاحبه فإنه يعتبر مشروعاً⁽⁴⁾ .

أما إذا كان الغرض منه تحقيق مـبتغى غير مشروع، كحمل الرئيس مرؤوسه لبيعه شيء من ممتلكاته، أو إجبار رجل الدين متدين ما بأن يهدي له بشيء ما، ففي هذه الأمثلة النفوذ الأدبي يعيب الإرادة ويبعث رهبة بغير حق⁽⁵⁾ ، لقد إلتقت المشرع الفرنسي لهذا النفوذ وجاء به على سبيل المثال في نص المادة 1114 من القانون المدني الفرنسي، أن مجرد الخشية الأدبية الصادرة من

(1) جميل الشراوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري؛ دار النهضة العربية، القاهرة، 1994. ص.237؛

مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص.406.

(2) جهاد صالح العتيب، القواعد القضائية في شرح القانون المدني "العقد"، ج2؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص.414.

(3) علي علي سلمان، النظرية العامة للإلتزامات: مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ط7؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص.66.

(4) أنور سلطان، مرجع سابق، ص.75.

(5) علي علي سلمان، مرجع سابق، ص.66.

الإحترام الواجب للأب أو الأم أو أي أصل آخر دون أن يكون هنالك إكراه واقع، لا يكفي لبطلان العقد⁽¹⁾.

ثالثا- صدور ضغط من متعاقد آخر أو علمه به أو إمكانية العلم به

نتعرض إلى صدور الضغط من المتعاقد الآخر، ثم إلى صدور ضغط من أجنبي عن العقد.

1_ صدور الضغط من المتعاقد الآخر

إذا تم صدور الإكراه من أحد المتعاقدين، فإنه حتما يؤدي تعيب إرادة من وجه إليه الإكراه، ويجيز له إبطال العقد، ونفس الشيء إذا صدر الإكراه من المتعاقد الآخر بذاته أي شخصيا، أم صدر من طرف نائب ينوب عنه في حالة وجوب نيابة حتى ولو لم يعلم الأصيل بوقوع الإكراه، وينطبق الأمر بالنسبة للإكراه الصادر من الغير نتيجة وجود تحريض من طرف المتعاقد أو النائب لإعتباره شريك له⁽²⁾، بالإشارة فقط نجد المشرع الجزائري قد أغفل ذكر النائب سهوا علما أنه قد ذكره في المادة 86 فقرة 1 التي تتعلق بالتدليس⁽³⁾.

2_ صدور ضغط من أجنبي عن العقد

إذا صدر الإكراه من شخص أجنبي، لا يسمح للمكروه بإبطال العقد، بإستثناء كون متعاقد الآخر سيء النية، ويثبت ان المتعاقد الآخر قد أحيط علما بهذا الإكراه أو من المفترض أنه يعلم به، أما إذا لم يصدر الإكراه من الأجنبي ولم يعلم به المتعاقد وحتى لم تكن بإستطاعته العلم به،

(1) تجري صياغة المادة 1114 من القانون المدني الفرنسي كمايلي:

«la seule crainte référentielle envers le père , la mère , ou autre ascendant , sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit pas au point pour annuler le contrat».

(2) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص.171.

(3) تنص المادة 86/1 من القانون المدني الجزائري «يجوز إبطال العقد لتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب

عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف العقد». من الأمر رقم 75-58 يتضمن التقنين المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

فإن هذا الضغط يفسد الإرادة، إلا أنه لا يمكن للمتعاقد تحت إكراه أن يبطل العقد لمغزى واحد هو ضمان إستقرار المعاملات، ويبقى العقد صحيحا بالنظر إلى حسن نيته طالما ذهب إعتقاده على صحة التعاقد، فليس من المعقول إبطال العقد بسبب فعل إرتكبه غيره⁽¹⁾.

ومن هنا لا يبقى للمكروه إلا أن يعود على الغير الذي صدر منه الإكراه بالتعويض، إستنادا لقواعد المسؤولية التقصيرية، إلا أن فقهاء فرنسا يرون أنه يفترض من الغير كونه شريك للمتعاقد مستفيد بالفعل⁽²⁾.

على عكس ما جاءت به المادة 89 من القانون المدني الجزائري والقوانين التي أخذت نفس الحكم، جاء القانون المدني الفرنسي برأي مغاير في المادة 1111 الذي ذهب إلى إعتبار العقد قابل للإبطال بدون التطرق إلى الجهة المصدرة له ولو صدر من الغير، كذلك المادة 210 من قانون الموجبات والعقود اللبناني⁽³⁾، خلافا للمادتين السابقتين نجد معظم القوانين تشاطر ما جاءت به المادة 89 من القانون المدني الجزائري، من بينها نجد المادة 71 من القانون المدني السوداني، والمادة 53 من مجلة الإلتزامات التونسية⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

شروط الإكراه في الفقه الإسلامي

يتحقق الإكراه بتوفر مجموعة من الشروط متعلقة بالمكروه و المكروه، وبالمكروه به والمكروه عليه.

(1) أنور العمروسي، مرجع سابق، ص.216.

(2) العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص.122.

(3) تنص المادة 1111 من القانون المدني الفرنسي «على أن الإكراه الواقع على من تعاقد يكون سببا في البطلان»؛ وتنص المادة 210 من القانون الموجبات والعقود اللبناني «لا حاجة لتمييز بين أن يكون هذا الضغط صادر عن أحد المتعاقدين أو عن شخص ثالث أو عن أحوال خارجة عن دائرة العقد».

(4) تنص المادة 71 من القانون المدني السوداني «إذا صدر الإكراه من غير المتعاقد فلا يبطل العقد مالم يثبت المتعاقد المكروه أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه»؛ وتنص المادة 53 من مجلة الإلتزامات التونسية «الإكراه يوجب الفسخ وإن لم يقع من المتعاقد الذي انجرت له منفعة العقد».

أولاً- المكره: هو الشخص الذي يحمل غيره على الفعل أو القول.

يجب أن يكون المكره قادراً على تنفيذ ما هدد به، وهذا شرط مهم في حدوث الإكراه، إذ أنه في حالة ما إذا لم يستطع تطبيق ما هدد به لا يمكن إعتبره إكراهاً وإنما لغوا، كما جاء في قول الإمام السرخسي "المعتبر في الإكراه تمكنه من إيقاع ما هدد به، فإنه إذا لم يكن متمكناً من ذلك فأكراهه هذيان"⁽¹⁾.

ثانياً- المكره: هو الشخص الذي وقع عليه الإكراه .

1_ يشترط في المكره أن يعمه الخوف من تنفيذ المكره ما هدد به في حال إمتناعه عن تنفيذ ما أُسُتُكره عليه: إذ يجب أن يغلب على ظن المكره في حالة ما لم يقتدي بأوامر المكره أنه سيقع عليه ما هدد به، أما إذا لم يغلب على ظنه ذلك فإنه يبقى مجرد تهديد ووعيد لا يرتقي إلى درجة الإكراه، إلا أنه كان موضع إختلاف بين الفقه، إذ إعتبر الحنابلة أن الإكراه لا يتحقق إلا إذا لحق المكره شيء من الأذى كالضرب والحبس، أو ان يغلب على ظنه وقوع كل ما هدد به، أما الشافعية فقد إشترطوا حلول العذاب وكذا أن يغلب على ظن المكره أن المكره سيوقع ما هدد به، واكتفى المالكية بالخوف الصادر من الشخص الذي تتوفر لديه القدرة على التنفيذ⁽²⁾ ، وهذا ما يتضح من نص المادة 1004 من مجلة الأحكام العدلية⁽³⁾.

2_ أن يكون المكره عاجزاً عن دفع الإكراه عن نفسه: سواء بالهرب أو الإستجداد بالغير والإستغاثة بهم أو حتى التصدي للإكراه، فلو كان بإستطاعته الخلاص من المكره وتهديده فلا ينطبق عليه الإكراه ولا يثبت عليه أثره الشرعي⁽⁴⁾.

(1) محمد بحر العلوم، مرجع سابق، ص.214؛ السرخسي، ج24، مرجع سابق، ص.39.

(2) هائل حزام ميهوب العامري، مرجع سابق، ص.147-148.

(3) تنص المادة 1004 من مجلة أحكام العدلية «يشترط خوف المكره من وقوع المكره به، يعني يشترط حصول غالب ظن المكره بإجراء

المجبر المكره به إن لم يفعل المكره عليه».

(4) عبد الرحيم صالح يعقوب، مرجع سابق، ص.5.

ثالثاً - المُكْرَه به:

يقصد بالمُكْرَه به الوسائل التي يستخدمها المُكْرَه ضد شخص المُكْرَه، فيحمله على الفعل أو القول المطلوب منه، ويشترط على هذه الوسائل مجموعة من الشروط .

1_ أن تكون الوسيلة غير مشروعة: بمعنى أن تكون الوسيلة المستعملة للتهديد بدون حق، فإذا كانت بحق ينتفي الإكراه هذا ما أقره كل من الحنفية والشافعية⁽¹⁾، حسب ما جاءت به مجلة الأحكام العدلية في المادة 948⁽²⁾.

نجد أن جمهور الفقهاء لم يدلوا بأهمية للوسيلة المستعملة، إنما إعتبروا الإكراه نافذا سواء كانت الوسيلة مشروعة أو غير مشروعة، فينظرون إلى الضرر الممكن حصوله بغض النظر عن الوسيلة⁽³⁾، وهذا الأخير هو الرأي الراجح لأن المعتبر من حصول الإكراه هو الضرر الواقع على المُكْرَه طالما أن للمُكْرَه حق إستعمال الوسيلة المشروعة واستخدمها لغرض غير مشروع .

2_ أن يكون الضرر المهدد به حالاً: إذ يشترط أن يكون المهدد به حالاً لا يقبل التأجيل، فلو إفترضنا أن الإكراه سيحصل في وقت لاحق سيكون بإمكانية المُكْرَه التخلص من الشيء المهدد به بسهولة، ومن ثم يصبح المُكْرَه غير عاجز، ونعلم أن العجز عن دفع المُكْرَه به هو من شروط الإكراه، فإنعدام شرط العجز يعني إنعدام الإكراه⁽⁴⁾.

3_ أن تكون الوسيلة شديدة: فيجب أن تكون الوسيلة أكثر شدة من التصرف المراد إبتغاه، بمعنى أن تتسم الوسيلة المهدد بها بخطورة معتبرة مقارنة بالتصرف المراد إبتغاه، كمن هدد بالقتل على بيع داره، فالحفاظ على النفس أهم بكثير من بيع الدار، أما إذا كانت الوسيلة أخف

(1) ذهب الحنفية والشافعية إلى أن الإكراه لا يتحقق لوجود غاية مشروعة، فغذا كان كذلك يكون الإكراه غير معتبر ويبقى التصرف صحيحاً لكونه إكراه بحق. هائل حزام ميهوب العامري، مرجع سابق، ص.155.

(2) تنص المادة 948 من مجلة الأحكام العدلية «الإكراه إجبار أحد على أن يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه».

(3) لعربي حسين، أثر الإكراه في الأفعال المحرمة في الفقه الإسلامي؛ مذكرة الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية،

جامعة الجزائر 1، 2012، ص.40-41.

(4) محمود جمعة أبو بكر، مرجع سابق، ص.79.

ضرراً من التصرف المطلوب تكون له القدرة على احتمال المهدد به، ومنه لا يكون الشخص مُكرهًا، كالذي هدد بإتلاف بعض أمواله على حرق منزل غيره بإمكانه قبول الطلب وتحمل الأذى الطفيف نظراً للضرر الكبير الناجم في حالة رفضه وهو حرق المنزل⁽¹⁾.

نشاط رأي فقهاء المسلمين والقانونيين الذين ألحوا على البحث في نفسية الشخص الذي وقعت إرادته تحت إكراه فيختلف باختلاف الأشخاص من حيث الأقوال والأفعال على القدرة على التحمل الضرر الواقع عليهم فمنهم من يتحمل الإكراه ومنهم من يرضخ للمطالب المكره، منهم من يحس بالألم حادة من الأذى سواء كان ضرباً أو شتماً أو غير ذلك، ومنهم من يعتبره أمراً هيناً ويتحمله، ولا بد لنا مراعاة النسبية بين الفعل المطلوب والوسيلة المهدد بها لنحكم إن كان إكراه أم لا.

4_ أن تحدث الوسيلة ضرراً جسيماً: يعبر عنها الحنفية بأنه ذلك التهديد بشيء، الذي يسلب الرضا ويفسد الإختار أو يعدم الرضا ويبقى الإختيار صحيحاً، فالأول هو إكراه ملجئي الذي لا يحصل إلا خشية من التلف، والثاني هو إكراه غير ملجئي الذي يحصل بالحبس الطويل أو الضرب الشديد الذي يدفع بالشخص العاقل على فعل ما أُكْرِهَ عليه، على عكس الضرر اليسير الذي لا يعتد به إكراهًا لعدم تأثيره على إختياره ورضاه⁽²⁾.

تحدث الوسيلة ضرراً متلفاً للنفس أو العضو أو محدثاً لألام نفسية حادة للمكره أو شخص عزيز عليه، فاجتمع الفقهاء على القتل والحبس الطويل بأثاره الجسيمة وأضراره الوخيمة التي تحدثها في حق المكره، وتفرقوا في الضرر اليسير، ولا يفرق الفقه الإسلامي على الإكراه في نفس المكره ونفس الغير ولا بين مال المكره ومال الغير⁽³⁾.

(1) عبد الرحيم صالح يعقوب، مرجع سابق، ص.7.

(2) عبد الحسيب سند عطية، الإكراه وأثره على إرادة المكره في الأفعال الجنائية والتصرفات الشرعية والعقود المالية في الفقه الإسلامي؛

مكتبة ومطبعة الغد للطبع والنشر والتوزيع، 2001، (د م ن)، ص.18.

(3) لعربي حسين، مرجع سابق، ص.43.

رابعاً - المكره عليه

يقصد به التصرف المطلوب، سواء كان قولاً أو فعلاً، أو ترك الذي أجبر المكره على إتيانه، ويجب أن يتوافر على مجموعة من الشروط .

1_ أن يكون ما أكره عليه المكره ممتنعاً عن فعله قبل الإكراه: ذهب فقهاء الحنفية والشافعية في قولهم أن يكون المكره ممتنعاً لما أكره عليه قبل حصول الإكراه، وإلا كان صدور التصرف من محض إختيار المكره، حينئذ لا يقع الإكراه⁽¹⁾ .

وهذا التصرف الممتنع إتيانه إما متعلق بحق المكره أو بحق غيره أو بحق الخالق، وحسب إختلاف هذه الظروف يختلف الحكم، وعليه يكمن الإكراه على أقوال وأفعال محرم إتيانها شرعاً يمتنع عنها المكره قبل الإكراه، كشرب الخمر أو إتلاف مال الغير ونحو ذلك⁽²⁾ .

2_ أن يكون الفعل المكره عليه معيناً: لا يشترط لوقوع الإكراه أن يعين المكره المستكره على الفعل أمراً واحداً، بل في حالة إذا خيره بين شيئين وأكره على واحد منهما أعتبر ذلك إكراها هذا ما ذهب إليه كل من الحنفية والمالكية والحنابلة، بينما خالف الشافعية ذلك بالقول أنه إذا أقدم على فعل أحدهما كان مختاراً ولا يعتبر إكراه⁽³⁾ .

3_ أن يترتب على فعل المكره عليه خلاص المكره بما هدد به: للتخلص على ما هدد به والنجاة من الوعيد ألحت الضرورة أن يختار أخف الشرين، وهو ما يعرف بضرورة وجود تناسب بين الوسيلة والمكره عليه، إذا ما وجد تساوي بين الوسيلة مع الفعل المراد إتيانه فلا يجوز الإقدام

(1) إياد إبراهيم محمد عودة، أثر الإكراه على المعاملات المالية؛ رسالة الماجستير في الفقه المقارن، كلية التربية، جامعة الأزهر، غزة، 2012، ص.30.

(2) سليمة عدلي، نظرية الإكراه في المعاوضات المالية بين الشريعة الإسلامية والقانون: دراسة تحليلية مقارنة، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2005، ص.53.

(3) عبد الحسيب سند عطية، مرجع سابق، ص.25؛ لعربي حسين، مرجع سابق، ص.44.

على التصرف لإستوائهما بحجة إذا أقدم على الفعل لم يحرر نفسه من الخطر⁽¹⁾ .

يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن مغزى العمل بأوامر المكروه هو الوصول إلى تخلص نفسه من الخطر المهدد به، أما إذا قيل لشخص ما أقتل نفسك أو أقتلك، لا يعد هذا إكراهًا بحجة أنه لا تكون لحجة القتل خلاص من التهديد، فلا إستواء بين المهدد به والمكروه عليه، من هنا إنتفاء شرط كون المهدد به أشد خطرا من المكروه عليه، ومن متطلبات الشريعة اللزوم والتناسب بين الخطر والفعل المرتكب⁽²⁾ .

الفرع الثالث

مقارنة شروط الإكراه بين الفقه والقانون

للمقارنة بين شروط الإكراه في القانون وبين شروطه في الفقه الإسلامي سنستعرض أوجه التشابه وأوجه الإختلاف.

أولاً- أوجه الإتفاق

1_ يتفق كل من القانون والفقه الإسلامي كون الإكراه حاصل بغير حق، أما إذا كان الإكراه مشروعاً فلا أثر له لكونه بحق، كإكراه القاضي المدين بدفع دينه⁽³⁾ .

2_ يتشابهان من حيث إشتراط أن يكون الخطر المهدد به جسيماً، والمعيار المرجح لكليهما في تقدير جسامة الخطر هو معيار شخصي الذي يختلف بإختلاف الأشخاص⁽⁴⁾ .

(1) عبد العزيز بن سعد الحلاف، أثر الإكراه في القصاص و الحدود في الشريعة الإسلامية؛ رسالة الماجستير، كلية الشريعة و الدراسات

الإسلامية، جامعة الملك عبد العزيز، مكة المكرمة، 1976، ص.19-20.

(2) أنور سلطان، مرجع سابق، ص.73؛ عبد الرحمن زعل الشراعية، مرجع سابق، ص.26.

(3) مازن مصباح صباح وسامي عدنان المجوزي، مرجع سابق، ص.108.

(4) حميد سلطان، مرجع سابق، ص.141.

3_ يتفقان في اشتراط وجوب قدرة المكره على إيقاع ما هدد به من أذى، ولا بد أن يغلب على ظن المكره تنفيذ المكره تهديده إذا إمتنع عن إتيان بما يريده⁽¹⁾، وهذا ما يظهر في نص المادتين 1542 من مجلة الأحكام العدلية والمادة 113 من القانون المدني العراقي⁽²⁾ .

أما بخصوص القانون المدني الجزائري فإنه نص عليها ضمناً في المادة 88 التي تقتضي بما يلي: "تعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده..." ، فيمكن تفسير النص على أن الخطر الجسيم لا يعتبر محققاً أو مهديداً إلا إذا كان المكره قادراً على إيقاع تهديده⁽³⁾ .

4_ في الفقه الإسلامي يشترط أن يكون الفعل المُكره عليه معيناً، كما لا يلزم لتحقيق الإكراه أن يقتصر الأمر فقط على شيء واحد، بل بإمكان المكره تخييره على أحد أمرين وإكراهه على واحد منهما، كذلك في القانون نفس الشيء كونه معين أو بإمكان أن يكون هناك مظهر للإختيار إلا أنه إختيار بين أهون الشرين في أغلب الأحيان⁽⁴⁾ .

5_ إشتراط الفقه الإسلامي أن يترتب على العمل الذي أكره عليه الخلاص من المتوعد به فينقذ نفسه من الضرر المتوعد به، كذلك القانون يرى أن الإكراه يجعل المتعاقد ينفذ العقد بخوف حال بهدف تفادي الخطر الذي يخشاه⁽⁵⁾ .

(1) محمد محمود المحمد، مرجع سابق، ص.195؛ صالح بن عبد الله بن حميد، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ضوابطه و تطبيقاته، رسالة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية ، فرع الفقه و الأصول، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية ، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1403هـ، ص.242.

(2) تنص المادة 1542 من مجلة الأحكام العدلية "الإجبار على عمل أو تصرف بواسطة ضرب أو سجن أو أخذ مال ونحوه، أو بتهديد بشيء من ذلك من قادر عليه؛" وتنص المادة 113 من القانون المدني العراقي "يجب لإعتبار الإكراه أن يكون المكره قادراً على إيقاع ما تهديده". قانون رقم 40 لسنة 1951، يتضمن التقنين المدني العراقي.

(3) محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.135.

(4) عبد الحسيب سند عطية، مرجع سابق، ص.25؛ جميل الشراوي، مرجع سابق، ص.235.

(5) عبد عزيز بن سعد الحلاف، مرجع سابق، ص.19؛ علي علي سلمان، مرجع سابق، ص.64.

ثانياً - أوجه الاختلاف

- 1_ بحث فقهاء الشريعة الإسلامية في شروط الإكراه بصورة معمقة ومفصلة مقارنة مع فقهاء القانون إذ جعلوا الشروط معينة دقيقة لتحقيق الإكراه⁽¹⁾.
- 2_ يشترط الفقه الإسلامي أن تكون وسيلة الإكراه المستخدمة شديدة في عارض الإكراه، بينما فقهاء القانون لا يستلزمون أن تكون دائماً وسيلة الإكراه مادية مرهبة إذ يمكن أن تكون وسيلة الإكراه أدبية أكثر تأثيراً بالنسبة لفئة معينة من الأشخاص كتهديد الزوج زوجته بالطلاق حتى تبرؤه من مهرها أو تهبه شيئاً من مالها، فتتأثر تأثيراً معتبراً⁽²⁾.
- 3_ لا يشترط الفقه الإسلامي أن يكون هناك تواطؤ مع المكره، إنما يكتفون بحصول الإكراه ولو كان المتعاقد الآخر غير عالم به ولم يكن بمقدوره العلم به، في حين يشترط القانون أن يكون هناك تواطؤ مع المكره كما أنه يكفي أن يكون المتعاقد عالماً بالإكراه أو كان بإمكانه العلم به، إن وقع من أجنبي عن العقد⁽³⁾.
- 4_ يشترط أبو الحنفى إلى أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان لإملاكه الجبروت والقوة والغلبة، أما في القانون فإنه يتحقق من السلطان وغير السلطان فيكفي إحداث في النفس رهبة التي يتحقق بها الإكراه⁽⁴⁾.

(1) حميد سلطان، مرجع سابق، ص.140.

(2) إياد إبراهيم محمد عودة، مرجع سابق، ص.47؛ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص.454.

(3) مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الإلتزام؛ (د ن)، الإسكندرية، (د س ن)، ص.204؛ محمد صبري

السعدي، مرجع سابق، ص.197.

(4) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة في الفقه الغربي، ج2؛ دار إحياء التراث العربي لبنان، 1953.

المطلب الثاني

أنواع الإكراه

ينقسم الإكراه إلى عدة أنواع، وعليه فإن الأمر يتطلب بيان هذه الأنواع في القانون (الفرع الأول)، وفي الشريعة الإسلامية (الفرع الثاني)، ثم نقوم بإجراء مقارنة بين أنواع الإكراه في القانون وبين أنواعه في الشريعة الإسلامية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

أنواع الإكراه في القانون

قسم فقهاء القانون الإكراه إلى نوعين: الإكراه المادي والإكراه المعنوي .

أولاً- الإكراه المادي

الإكراه المادي هو ذلك الإكراه القسري الذي يعدم الإرادة بسبب القهر الممارس عليه من طرف المكره، فلا يفسح له أي مجال للاختيار، فيجرده من كامل حريته ويندفع إلى إبرام التعاقد لتخلص من القهر، كإجبار شخص على إبرام تصرف تحت قوة مادية عن طريق الأخذ بيده وإجباره على التوقيع أو البصم أو إبرام عقد البيع أو الإجار أو قرض أو نحوه... إلخ، وكما قد يقوم شخص بضرب غيره أو حبسه على وجه الاستمرار أو أن يتسلط شخص على الآخر عن طريق التنويم المغناطيسي فيصبح مجر أداة في يد المكره، وهذا النوع من الإكراه يخرج عن الدراسة؛ لأنه يعدم الإرادة ولا يعييبها فقط والإرادة يجب أن تتلازم وجوداً وعدمًا مع التصرف القانوني⁽¹⁾.

ثانياً- الإكراه المعنوي

الإكراه المعنوي هو تهديد بإحداث ضرر فيخوف به المتعاقد من حدوثه، كالتهديد بالقتل أو الضرب أو حتى نشر أقاويل وإدعاءات تمس شرفه، فيهرع المكره لقبول التعاقد ليمنع نفسه من

(1) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص.167؛ مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص.194؛ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة

في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.69.

الخطر المهدد به، وهذا الإكراه منتشر في حياتنا العملية⁽¹⁾.

هذا النوع من الإكراه يعتبر أقل شدة من الأول، يكمن مفعوله في بعث خوف واضطراب في نفسية المتعاقد، تدخله بين اختيارين حتميين يخير بينهما، الأول ضرر المهدد به والثاني ضرر إبرام العقد بدون رضاه، فما عليه إلا إختيار أخف الضررين، إلا أن إختياره وميوله لأحد من الخيارين يبقى دائما ليس صحيحا، بل كان نتيجة حتمية للرغبة المتولدة في نفسيته، ويترتب عنه عقد قابل للإبطال⁽²⁾.

كما قد يهدد شخص بإتلاف أمواله أو بتوعدة بإختطاف أولاده أو حتى قتله، كما قد يستقبل تهديدات دون أن تكون محددة وواضحة، فإننا لا نكون أمام خطر جسيم، ولكن قياس جسامته الخطر أمرا نسبيا يختلف بإختلاف الوضعية الثقافية، والإجتماعية، والإقتصادية، وكذلك النفسية، فما يعتبره هذا جسيم فلا يعتبره الآخر كذلك، فيكون معيار تقدير الخطر معيار ذاتي⁽³⁾.

هذا ما يجعلنا نفرق بين الإكراه المادي الذي يكون مفاده بالقهر الذي لا يمنح للمكروه أي مجال للإختيار وعليه يعدم الإرادة، وبين الإكراه المعنوي الذي يكون عن طريق التهديد بضرر ومنه يبعث في نفس المكروه رهبة فيندفع للتعاقد هروبا من الضرر الملقى على عاتقه، فإن الإكراه المعنوي لا يعدم الإرادة وإنما يفسدها⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

أنواع الإكراه في الفقه الإسلامي

إختلفت المذاهب الفقهية حول تقسيم الإكراه، إلا أن التقسيم المتفق عليه هو التقسيمه إلى إكراه ملجئي وغير ملجئي.

(1) عدنان إبراهيم السرحان ونوري محمد خاطر، مرجع سابق، ص121.

(2) محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص267.

(3) علي فياللي، مرجع سابق، ص137.

(4) جلال علي العدوي، أصول الإلتزامات، مصادر الإلتزام؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص173-174.

أولاً- الإكراه الملجئي

ويسمى هذا النوع أيضا بالإكراه التام أو بالإكراه الكامل، إذ يعتبر أعلى وأشد أنواع الإكراه حيث يبلغ معه الإنسان حد الضرورة، ويجعل من المكره آلة في يد المكره، ويقصد بالإكراه الملجئي التهديد بخطر جسيم، بإتلاف نفس أو عضو، أو بضرب مبرح مما يخاف منه تلف نفس أو عضو من الأعضاء، أو بإتلاف كل المال، أو بحبس و قيد مديد⁽¹⁾، وسمي بالإكراه الملجئي لأنه يلجئ المستكره إلى مباشرة الفعل خشية من فقدان حياته أو عضو من أعضائه .

وحسب تعبير الحنفية فهو معدم لرضا ومفسد للإختيار ، لأن المستكره له إختيار واحد وهو الإلتزام على فعل ما أكره عليه قصد دفع الإكراه، أما إنعدام الرضا له بالإكراه فإن الرضا هو إرتياح الإنسان لفعل الذي يفعله رغبة فيه وهذا لا يكون مع الإكراه⁽²⁾ .

إعتبر بعض فقهاء الحنفية في إتخاذ معيار مادي للإكراه الملجئي المتمثل في الضرب ويحددونه بأربعين سوطا، فإن قل عن ذلك لا يعتبر ملجئي، إلا أن معيار الإكراه الملجئي هو شخصي يختلف باختلاف أحوال الأشخاص، فهناك من له القدرة على إحتمال الضرب الشديد ومنهم من لا يطيق حتى بعض الضربات، وعليه فإن العبرة ليس بعدد الضربات وإنما بمدى تأثيرها على المكره⁽³⁾.

ثانياً- الإكراه غير الملجئي

يسمى أيضا بالإكراه الناقص و يتحقق بالتهديد بالوعيد بالحبس أو التقيد مدة مديدة أو بالضرب الذي لا يخاف فيه التلف على نفسه، فهو تهديد بإيقاع ضرر أقل جسامة و تأثيرا من الإكراه الملجئي و من أمثله التهديد بإلحاق ضرر بالوالدين أو الضرب الخفيف و الذي لا يؤدي

(1) عبد الرحيم صالح يعقوب، مرجع سابق، ص.9؛ سليمة عدلي، مرجع سابق، ص.41.

(2) صالح بن عبد الله بن حميد، مرجع سابق، ص.243؛ أنور العمروسي، مرجع سابق، ص.224.

(3) حميد سلطان علي الخالدي، مرجع سابق، ص.146-147.

إلى عاهة، و بكل ما يوجب غما أو ألما يسيرا⁽¹⁾ .

يجلب هذا النوع من الإكراه الغم والألم فخير مثال على ذلك قصة سيدنا يعقوب الذي أصابه العمى من شدة حزنه على ابنه يوسف، ويظهر ذلك في قوله تعالى ﴿ وَأَبْيَضْتُ عَيْنَاهُ مِنْ الْحُزَنِ ﴾⁽²⁾ ، فلا شك أن الإكراه غير ملجئي يختلف باختلاف الأشخاص فلا يمكن ضبط معالم الخطر الذي لا يبالي به عادة والضرر الذي يكون التهديد به إكراها ولا يمكن الفصل بينهما فرب أمر يعتبر إكراها بالنسبة للشخص ما ، إلا أنه لا يعتبر كذلك بالنسبة لغيره⁽³⁾ .

حكم هذا النوع من الإكراه أنه معدم لرضا غير مفسد للإختيار ، وذلك بسبب عدم إضطرار المستكره على فعل ما أكره عليه لتمكنه من الصبر على ما هدد به⁽⁴⁾ ، حيث يبقى مستقلا في قصده .

بعد دراستنا لهذين النوعين من الإكراه نجد أن فقهاء الحنفية قد فرقوا بينهما ، ولما كان الإكراه الملجئي يعدم الرضا ويفسد الإختيار فهو يؤثر على التصرفات القولية والتصرفات الفعلية ، أما في الإكراه غير الملجئي وإن كان يعدم الرضا فإنه لا يفسد الإختيار، ومن ثم يقتصر أثره على التصرفات القولية دون الفعلية⁽⁵⁾ .

ومن الملاحظ أن هذا التقسيم الذي إتبعه الحنفية هو نفس التقسيم الذي إتبعه جمهور الفقهاء ملجئي وغير ملجئي، إن كانوا إتفقوا على نفس المصطلحات إلا أنهم إختلفوا في شرحهم⁽⁶⁾ ، وأهم

(1) إيراد إبراهيم محمد عودة، مرجع سابق، ص.94-95.

(2) سورة يوسف/ الآية 84.

(3) السرخسي، ج24، مرجع سابق، ص.51.

(4) صلاح بن عبد الله بن حميد، مرجع سابق، ص.244.

(5) أنور سلطان، مرجع سابق، ص.72.

(6) صالح بن عبد الله بن حميد، مرجع سابق، ص.244.

نقطة إختلاف تكمن أساسا في عنصر الإرادة⁽¹⁾ .

الفرع الثالث

مقارنة أنواع الإكراه بين الفقه والقانون

بعد دراستنا لأنواع الإكراه في القانون الوضعي و في الشريعة الإسلامية، سنتطرق إلى المقارنة بينهما وذلك بإستعراض أوجه الإتفاق وأوجه الإختلاف.

أولا- أوجه الإتفاق

يتفق كل من فقهاء القانون و فقهاء الشريعة الإسلامية في تقسيمهم للإكراه على عدة نقاط.

1_ يتفق الإكراه الملجئي في الفقه الإسلامي مع الإكراه المادي في الفقه القانوني لكونهما يعدمان الرضا⁽²⁾ .

2_ أجمع فقهاء الشريعة والقانون حول المعيار الأساسي المعتمد في تقسيم الإكراه، والمتمثل في مدى تأثير وسائل الإكراه في نفسية المتعاقد بإحداثها خوف، وبالتالي إمتثالها بما طلبت منها، ومن هنا تكون الإرادة معيبة⁽³⁾ .

3_ تتفق معظم القوانين على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بإستثناء الحنفية، في تحليلهم للإرادة أنها وحدة لا تتجزأ مع تلازم الرضا والإختيار، ولا يمكن التفرقة بينهما طالما أنهما لفظان مترادفان⁽⁴⁾ .

(1) يحلل الحنفية الإرادة إلى عنصرين هما : الإختيار والرضا، فبإندامهما تنعدم الإرادة، إذا زال الرضا تعيب الإرادة وقد تنعدم الرضا مع

بقاء الإختيار صحيحا، أما جمهور الفقهاء وحدوا الإرادة بتلازم الرضا والإختيار، فالإكراه لا يعدم الرضا إنما يفسده فقط ويبقى التصرف قابل

للإبطال . محمد سعود المعيني، مرجع سابق، ص.154-155.

(2) عدنان إبراهيم السرحان، مرجع سابق، ص.120-121.

(3) محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص.272.

(4) محمد سعود المعيني، مرجع سابق، ص.256.

4_ تأثرت بعض القوانين حول تقسيم الفقه الإسلامي للإكراه من بينهم المشرع الأردني، الذي قسمه إلى إكراه ملجئي وغير ملجئي، حسب ما ورد في المادة 138 من القانون المدني⁽¹⁾.

ثانياً - أوجه الاختلاف

يختلف كل من فقهاء القانون و فقهاء الشريعة الإسلامية في تقسيمهم للإكراه على عدة نقاط.

1_ يقسم فقهاء القانون الإكراه إلى مادي ومعنوي، وذلك حسب نوع الضغط الممارس على المستكره، بينما يقسمه فقهاء الشريعة إلى إكراه يعدم الرضا ويفسد الإختيار ويطلقون عليه إكراها تاماً أو ملجئ، و إلى إكراه الذي يعدم الرضا ولا يفسد الإختيار والذي يسمى بالإكراه الناقص أو غير الملجئ⁽²⁾.

2_ الإكراه الملجئ في الشريعة يعتبر مفقدا للرضا ومفسدا للإختيار يختلف حسب الوسيلة المستخدمة إن كانت مرهبة أم لا، ويختلف حسب إختلاف حالة الشخص، أما الإكراه المادي في القانون يعدم الرضا ويفقد الإختيار، في هذه الحالة تكون الإرادة منعدمة تماماً ويترتب على ذلك إنعدام كلي للعقد وعليه باطل بطلان مطلق⁽³⁾.

3_ قد يحصل الإكراه غير الملجئ في الشريعة الإسلامية بوسائل مادية كالضرب، كما قد يحصل بوسائل معنوية كالتهديد، بينما الإكراه المعنوي في القانون الوضعي يقتصر على الوسائل المعنوية فقط دون الوسائل المادية⁽⁴⁾.

4_ حدد الفقه الإسلامي الأشخاص الذين يقع عليهم الإكراه غير المتعاقد المكره، أما الفقه القانوني وعلى سبيل المثال القانون المدني الجزائري حدد الغير بأحد أقاربه دون أن يحدد هؤلاء

(1) تنص المادة 138 من القانون المدني الأردني «الإكراه الملجئي يعدم الرضا ويفسد الإختيار وغير الملجئي يعدم الرضا ولا يفسد

الإختيار». من قانون رقم 43 لسنة 1976، يتضمن التقنين المدني الأردني.

(2) عبد الرحمن زعل الشرايعه، مرجع سابق، ص.20.

(3) مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص.403؛ علي فيلاي، مرجع سابق، ص.135.

(4) حميد سلطان علي الخالدي، مرجع سابق، ص.167.

الأقارب، وهذا على خلاف القانون المدني الفرنسي الذي حدد الأقارب وهم الزوج والزوجة، الفروع الأصول⁽¹⁾.

المطلب الثالث

مصادر الإكراه

قد يصدر الإكراه من أحد المتعاقدين أو من الغير كما قد يصدر من الظروف، وكل هذه المصادر تناولها كل من القانون والفقه الإسلامي.

الفرع الأول

صدور الإكراه من أحد المتعاقدين

الأصل أن يصدر الإكراه من أحد المتعاقدين من أجل تحقيق هدف غير قانوني من العقد، فلو لم يكن المتعاقد المستكره تحت ضغط ورهبة التي تولدت في نفسيته لما تجرأ على التعاقد، كما أنه لا يمكن للمكروه الإحتجاج بالإكراه على غيره في عقد آخر مستقل عن عقده، ولا يمكن طلب إبطاله على أساس مبدأ نسبية العقود⁽²⁾.

الفرع الثاني

صدور الإكراه من الغير

قد يصدر الإكراه من شخص أجنبي عن المتعاقدين حسب المادة 89 من القانون المدني الجزائري من أجل إبطال عقد لوجود إكراه من شخص غير المتعاقدين يتوجب لمن تضرر من هذا التعاقد أن يكون عالما علما يقينا به أو إحتمالية العلم به، ولا يسمح بالمطالبة بالبطلان إذا كان المتعاقد

(1) محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.129؛ العربي بلحاج، النظرية

العامة للإلتزام في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص.118.

(2) مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص.410.

الأخر لم يكن لديه دراية به، فالحكمة من هذا الحفاظ على إستقرار المعاملات⁽¹⁾، من هنا يتضح أن القانون قد أقام العقد بناء على الإرادة الظاهرة، كما أن المشرع أعطى لضحية حق المطالبة بالتعويض بسبب الإكراه الصادر من الغير متسبب الضرر طبقاً للمادة 124 من نفس القانون، وفي كل الأحوال يتلقى حسن النية تعويض وبقاء العقد صحيحاً، فذلك التعويض يصحح العقد في حالة صدوره من الغير بدون العلم به، على أساس فكرة التعويض عن الخطأ⁽²⁾.

الظاهر في الفقه الإسلامي أنه لا يشترط كون المتعاقد الآخر متواطئ مع الغير الذي وقع منه الإكراه أو علماً به أو بإمكانية العلم به فيسمح للمكروه التمسك بالإكراه في كل الحالات⁽³⁾.

الفرع الثالث

صدور الإكراه من الظروف

يرى الإجتهد أن الإكراه أو ما يسمى بالعنف في بعض القوانين من الممكن أن يصدر من بعض الظروف، وليس له دخل من طرف الإنسان، فيأخذ بنظرية العنف بأوسع الحدود ويعتبر أنه قليل جداً كون الرضا صحيحة دون تدخل ظروف ضاغطة للإرادة، وفي الشريعة الإسلامية عرض مذهب مالك في أحد تطبيقاته المهمة المسماة ببيع المضغوط فيعتبر الإكراه واقع على البيع نفسه أو دفع المال ظلماً فيضطر المكروه على بيع ممتلكاته لتسديد هذا المال، فيعتد بالإكراه على الرغم من عدم علم المشتري بالضرورة التي يواجهها البائع⁽⁴⁾.

ومن هنا الإكراه لا يكون من فعل الإنسان، إنما تحدثه ظروف مصادفة، حينئذ يغتتم المتعاقد الفرصة نظراً لعلمه بالأمر، أي بمس الحاجة إليه فيضغط على إرادته التي وقعت تحت تلك الظروف للوصول إلى صفقة مربحة للغاية، ما كان ليحصل عليها لولا تلك الظروف الدافعة،

(1) علي فيلالي، مرجع سابق، ص.143.

(2) محمود جمعة أبو بكر، مرجع سابق، ص.143؛ جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص.240.

(3) مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص.204.

(4) جاك غستان، مرجع سابق، ص.640؛ مصطفى محمد جمل، مرجع سابق، ص.205.

كالشخص الذي وقع بحادث سيارة وهو في منطقة منعزلة فشرط عليه شخص آخر بمساعدته بمبلغ باهظ ، أو الطبيب يستغل حالة مريضه فيلزمه بدفع مبلغ كبير لعلاجيه نظرا لإستلزام وضعيته الحرجة ، ومثال ذلك أيضا إشراف سفينة على الغرق وتتقدم سفينة أخرى لإنقاذها لكن يشترط قائدها مبلغ جسيم مقابل عملية إنقاذ⁽¹⁾ .

وفي هذا السياق يتبين أن المشرع الجزائري يعتد بحالة الضرورة في مجال الإستغاثة البحرية حسب ما جاءت به المادة 344 من القانون البحري الجزائري⁽²⁾ .

(1) أنور سلطان، مرجع سابق، ص.76. زهدي يكن، مرجع سابق، ص.22.

(2) تنص المادة 344 من القانون البحري الجزائري «كل إتفاقية خاصة بالإسعاف تبرم عند وقوع الحادث وتحت تأثير الخطر، يمكن إلغاؤها أو تعديلها من طرف المحكمة بناءا على طلب أحد الأطراف وعندما تقدر هذه المحكمة بأن الشروط المتفق عليها ليست عادلة نظرا للخدمة التي تم أداؤها وأساس المكافأة المذكورة في المادة التالية أو عندما لا تمثل الخدمة التي تم أداؤها طابع الإسعاف الحقيقي مهما كان الوصف الذي إعتده الأطراف». من أمر رقم 76-80 المؤرخ في 29 شوال عام 1396، الموافق ل 23 أكتوبر 1976، المتعلق بالقانون البحري معدل ومتمم.

خاتمة الفصل الأول

نخلص من خلال هذا الفصل إلى أن تعريف الإكراه في الفقه هو حمل إنسان على فعل أو على إمتناع عن فعل بغير رضاه، أما الإكراه في القانون هو ضغط غير مشروع يبعث في نفس المتعاقد رهبة بينة تدفعه للتعاقد، فيتفق الفقه مع القانون في عدم مشروعية الإكراه.

يعتبر الإكراه من أبرز عيوب الرضا، فإنه يتميز عن غيره من العيوب الرضا في عدة الجوانب، وكذلك تختلف شروط القانون مع شروط الفقه، ففي الفقه الإسلامي يشترطون في أن يكون الإكراه بدون حق وكذا أن يكون المكره قادرا على إيقاع ما هدد به من الأذى، وخوف المكره من وقوع ما هدد به، ويشترط أيضا أن تكون وسيلة الإكراه شديدة والمكره به حالا، أما فقهاء القانون فقد إشتراطوا وجود خطر جسيم حقيقي وموشك الوقوع يهدد به المكره، إضافة إلى ذلك إستعمال المكره مختلف وسائل الضغط للضغط على إرادة المكره ومن ثم يبعث فيه رهبة بينة تدفعه للتعاقد، وشرط الأخير صدور ضغط من المتعاقد الآخر أو علمه به أو إمكانية العلم به، أما بخصوص تقسيم الإكراه فإن فقهاء القانون قسموه إلى إكراه مادي ومعنوي، أما في الفقه الإسلامي قسم إلى إكراه ملجئي وغير ملجئي، وبخصوص صدور الإكراه فإنه يمكن أن يصدر من أحد المتعاقدين أو من الغير أو من الظروف وهذا ما إتفق عليه كل من القانون والفقه الإسلامي.

الفصل الثاني

أحكام الإكراه

بين

الفقه والقانون

يجعل الإكراه من المكره آلة في يد المكره، بحيث يفقده القدرة على التصرف بحريته التامة، إذ يتصرف فيه المكره وفق هواه، دون النظر إلى رضا المكره أو عدم رضاه، والأصل في التصرفات النافذة أن تتم برضا سليم، فإذا إنعدم فيها الرضا نتيجة تحقق شروط الإكراه المذكورة سالفا أنتج الإكراه أثره، غير أن هذه الآثار في حكم هذه التصرفات مختلفة بين المذاهب الإسلامية وفي القانون الوضعي، ولما كانت هذه التصرفات يترتب عليها أحكام دنيوية وأخروية؛ فإن الأمر يتطلب الوقوف على أحكامه، وبيان الغامض منها وتوضيحها، والترجيح بين الأراء فيما اختلف فيه الفقهاء، وذلك بالإعتماد على ما قدمه كل منهم من أدلة والبراهين، وترجيح ما صح منها .

وقسمنا هذا الفصل إلى آثار الإكراه في الفقه الإسلامي في (المبحث الأول)، وإلى آثار الإكراه في القانون الوضعي في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

أثار الإكراه في الفقه الإسلامي

رفعت الشريعة الإسلامية عن الإنسان إثم ما أكره عليه من الأمور المنافية للإعتقاد الصحيح، فقد حكمت على كل ما أكره عليه من التصرفات حكمها الذي هو محل دراستنا ، ألا وهو أثار الإكراه في الشريعة الإسلامية، وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى الأثار الأصلية (المطلب الأول)، والأثار التبعية (المطلب الثاني)، وإلى الأثار العامة للإكراه (المطلب الثالث) .

المطلب الأول

الأثار الأصلية للإكراه

اختلف الفقهاء حول الأثار الأصلية للإكراه إذ ذهب الشافعية إلى أن الإكراه يبطل العقد (الفرع الأول)، وذهب الحنفية إلى فساد العقد (الفرع الثاني)، وذهب زفر إلى القول أن العقد يكون موقوف النفاذ على إجازة المكره (الفرع الثالث)، وذهب المالكية إلى أن تصرفات المكره غير لازمة (الفرع الرابع).

الفرع الأول

تصرفات المكره باطلة

عرف ابن نجيم العقد الباطل فقال: "هو ما كان في ركنه أو في محله خلل"⁽¹⁾ .
يعدم الإكراه الإرادة ويسلب القدرة لإنتفاء الإختيار بتاتا، فلا يكون المكره محلا للتكليف، ويتحمل المكره كافة المسؤولية، ولا يترتب لا حكم ولا إثم على المكره مطلقا؛ لأن المستكره كآلة محضة في يد المكره⁽²⁾ .

لجأ جمهور الفقهاء إلى اعتبار الإكراه مؤثرا في كل التصرفات، وقد إتخذوا تصرفات المكره باطلة، سواء كانت إنشائية أو إخبارية، فتهدر تصرفات القولية للمستكره وتحول دون أثر، كما أن

(1) زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6؛ دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت،

1422هـ/2002، ص.75.

(2) صالح بن عبد الله بن حميد، مرجع سابق، ص.245.

عبارته ملغاة أصلا فلا ينتج أي آثار لا في طلاقه ولا شراؤه ولا بيعه، فتصرفاته كتصرفات الصبي الغير المميز والمجنون⁽¹⁾ .

أخذ الشافعية وغيرها بالنظرية البطلان، فاتخذوا سائر العقود والتصرفات القولية باطلة أصلا، نظرا لكون الرضا عندهم شرط جوهرى للإنعقاد، فلا يفرقون بين الرضا والإختيار بل هما عندهم أمران متلازمان، فلا يمكن أن يتواجد أحدهما دون الآخر، والإكراه يعدمهما، فالغاية من إبرام العقد ليس إنشاء العقد إنما لغاية دفع الضرر عن نفسه، والكلمات المعبرة للإرادة لا يكون لهما معنى طالما جاءت تحت إكراه⁽²⁾ .

نصت المادة 1543 من مجلة الأحكام العدلية على أنه: "لا يصلح التصرف الحاصل عن الإكراه، فلا يصح بيع المكروه ولا شراؤه ولا إجارته ولا هبته ولا ضمانه ولا إقراره..."⁽³⁾ .

عندما ينهى الشارع الحكيم عن شيء ما فحتما يكون التصرف باطلا، علما ان الأحكام لا تثبت إلا بالنيات رغبة للحصول على آثار العقد، وهنا المكروه لم تتجه نيته لإبرام العقد، وبناءا عن ذلك إذا كان التصرف الواقع تحت إكراه بيعا فإن ذلك لا يمنع المكروه من إسترداد المبيع؛ لأن الرضا شرط جوهرى في جميع التصرفات الشرعية⁽⁴⁾ .

وردت كثير من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي تسقط حكم الإكراه، من بينها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾⁽⁵⁾ ، فهذه الآية إشتراطت الرضا من الجانبين لصحة العقد، فإذا خلى العقد من الرضا من الجانبين أو من أحدهما كان باطلا حسب ما قاله ابن كثير في تفسير الآية⁽⁶⁾ .

(1) هائل حزام ميهوب العامري، مرجع سابق، ص.193-194.

(2) مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص.456.

(3) المادة 1543 من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق.

(4) هائل حزام ميهوب العامري، مرجع سابق، ص.205.

(5) سورة النساء/ الآية 29.

(6) إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم؛ مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1356هـ/1937م، ص.235.

الفرع الثاني

تصرفات المَكْرَه فاسدة

قسم علماء الحنفية تصرفات المَكْرَه إلى قسمين: تصرفات غير قابلة للفسخ، وتصرفات قابلة للفسخ، على عكس ما ذهب إليه جمهور العلماء من الشافعية والمالكية والحنابلة وغيرهم.

أولاً- تصرفات غير قابلة للفسخ

حكم هذه التصرفات لا يؤثر عليها الإكراه من حيث نفاذها، وقيل أن من أكره على طلاق زوجته أو عتق عبده فإن ما أقدم عليه يقع ويعتبر صحيحاً⁽¹⁾ ، لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ۗ ﴾⁽²⁾ .

تقع تصرفات غير قابلة للفسخ صحيحة على رغم من وجود الإكراه؛ لأنها تتعقد بالإختيار ولا تعتمد تمام الرضا، وهذا الأخير شرط لصحة والنفاذ، والإكراه يعدم الرضا، وكذا عدم جواز التصرفات الواقعة مع الهزل، إلا أن المَكْرَه أولى؛ لأنه تلفظ عن إختيار منه فتتعقد لازمة مع الإكراه سواء كان ملجئاً أو غير ملجئ، نظراً لعدم إعتمادها تمام الرضا إنما يكفي الإختيار لوقوعها، والذي يزيله الإكراه هو الرضا لا الإختيار، فمثلاً المشتري إذا تصرف بالمبيع تصرفاً لا يقبل الفسخ لا يحق للبائع المَكْرَه نقضه⁽³⁾ .

(1) حسن عبد الله جمد النيل وزايري سعيد، "الإكراه وأثره في الحكم الشرعي"، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، كلية الدراسات العليا، جامعة

السودان للعلوم والتكنولوجيا، 14 فيفري 2013، ص.5.

(2) سورة البقرة / الآية 230.

(3) علاء الدين أبي بكر بن مسعود المعروف بالكساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ط2؛ دار الكتب العلمية، لبنان،

1424هـ/2003م، ص ص.182،187.

يُصَيِّقُ المذهب الحنفي من مجال الإكراه فهو لا يطبقه في التصرفات التي لا تحتل الفسخ فقدموا أمثلة على ذلك كالزواج، والطلاق، والعتق، والنذر، واليمين، فمن الملاحظ أن طلاق المكره صحيح ونافذ عند الحنفية، إلا أنه لا يقع عند المالكية والشافعية والحنابلة⁽¹⁾.

ثانياً - تصرفات قابلة للفسخ

تقع تصرفات فاسدة مع وجود الإنعقاد ولا يترتب عنها البطلان دون تمييز إن كان الإكراه ملجئاً أو غير ملجئ، فإذا كان المكره عليه من العقود والتصرفات الشرعية مثل الإجار والبيع والرهن وغير ذلك فإنها تفسد ولا تبطل، فبرهان الأحناف على ما سبق في قولهم أن الإكراه معدم للرضا لا للاختيار، والرضا شرط لصحة لا للإنعقاد، فتتعد التصرفات إلا أنها فاسدة⁽²⁾.

ينعقد التصرف من حيث الأصل؛ لأنه صدر من أهله في محله، حينئذ يكون التصرف مشروعاً بأصله دون وصفه، إلا أنه فاسد لإنقضاء الرضا، وينجم عن العقد الفاسد للإكراه ثبوت الملك للمبيع بعد القبض والفساد يعود إلى الوصف، فإن رضي المكره بالعقد بعد زوال الإكراه زال الفساد بزوال أصله، فإن تخلف الوصف إنعقد العقد لتوفر أركانه وشروطه⁽³⁾.

يختلف العقد المُكْرَه الفاسد عن العقد الفاسد الناشيء بدون إكراه في:

فساد عقد المُكْرَه مقرر للمكره ويزول بإجازته على عكس العقد الفاسد دون إكراه فلا يزول بالإجازة، كما أن للمكره في العقد الفاسد حق إسترداد المبيع مهما تداولتها الأيدي فإن هلك المبيع للبائع ضمان قيمة العين المباعة للمشتري من يوم القبض أو التصرف، أما في البيع الفاسد دون

(1) محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص.279.

(2) حسن عبد الله جماد النيل وزايري سعيد، مرجع سابق، ص.6.

(3) يشترط المذهب الحنفي لصحة العقد أن تتوافر فيه سبعة عناصر وهي: تطابق الإيجاب والقبول، إتحاد مجلس العقد، وتعدد العاقد والأهلية ومحل مقدور التسليم، ومحل معين أو قابل للتعيين، ومحل صالح لتعامل فيه، هذه عناصر شرط لإنعقاد العقد، ولا تكفي لصحة بل يجب أن تضاف إليها أوصاف أخرى كخلو الرضا من الإكراه وإنقضاء المحل من الضرر إذا تخلف الوصف إنعقد العقد لتوافر أركانه وشروطه لكن يظل فاسداً لخلل في وصفه وهذا ما يميزه عن العقد الباطل، فالباطل ما كان غير مشروع بأصله ووصفه أما عقد الفاسد ما هو مشروع بأصله دون وصفه. الكساني، ج7، مرجع سابق، ص.185،187.

إكراه ليس للبائع إسترداد العين المبيعة، في حالة الهلاك الضمان يكون من يوم قبض العين، ويشترط لتحقيق الإكراه في البيع أن يكون البائع مكره على البيع وتسليم المبيع وقبض الثمن، وإذا وقع الإكراه على البائع والمشتري فلكليهما خيار الفسخ أو الإجازة، بحجة أن البيع فاسد في حقهما معا، فإن إتفقوا على الإجازة جاز العقد وإن أجازه أحدهما جاز عليه دون الآخر (1).

ويتضح مما سبق أن العقد الفاسد في نظر فقهاء الحنفية ينزل في مرتبة وسطى بين البطلان والصحة، فلا هو بالباطل المعلوم الإعتبار، ولا بصحيح التام الإعتبار، وذلك حينما يكون العقد مستوفيا شرائط ركنه وكذا مقوماته الضرورية لإنعقاده ولكنه مخالف لنظام التعاقد من حيث تضمنه على ما كان أن لا يحتويه كالشروط الممنوعة أو العكس خلوها مما يجب أن يشمل عليه كمعلومية محل العقد، فإن لم يكن معلوما فسد العقد (2).

الفرع الثالث

تصرفات المكره موقوفة

حسب ما ذهب إليه زفر من الحنفية إلى القول بأن تصرفات المكره تنشأ موقوفة على إجازته في كل التصرفات منها ما يقبل الفسخ ومنها ما لا يقبله، وللمكره حق الخيار بين الفسخ أو الإمضاء، يقصد من ذلك أن الإكراه لا يمس إنعقاد العقد بالبطلان حسب ما ذهب إليه الجمهور، ولا يمس صحة العقد بالفساد كما هو سائد عند الحنفية، والإكراه سلب للرضا فيكون عقد المكره أشبه بعقد الفضولي، لو أجاز المكره العقد يصبح صحيحا بعد زوال الإكراه (3).

ويتضح مما تقدم فيما ذهب المالكية وزفر من الحنفية وبعض الحنابلة إلى صحة التصرفات الواقعة تحت إكراه، إلا أنها موقوفة على إجازة المكره، فإن شاء أمضى وإن شاء رد ولا يثبت الملك للمشتري بقبض المبيع؛ لأن العقد موقوف من حيث توقفه على إجازة المالك له وكذا البيع الفاسد،

(1) السرخسي، ج24، مرجع سابق، ص95؛ الكساني، ج7، مرجع سابق، ص188.

(2) محمد بحر العلوم، مرجع سابق، ص250.

(3) أبي عبد الله محمد بن محمد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، مواهب الجليل، ج4، دار الفكر، (د م ن)، 1412هـ/1993م،

من حيث أنه صدر عن المالك مع عدم شرط جوازه، طالما أنه يشبه البيع الموقوف في أي وقت أجازته المالك يعود نافذا وصحيا⁽¹⁾.

الفرع الرابع

تصرفات المكره غير لازمة

ذهب المالكية إلى أن البيع الناتج عن الإكراه صحيح إلا أنه غير ملزم، وللمكره الخيار إما الفسخ أو الإمضاء، وبذلك تثبت الصحة ولا يثبت اللزوم، سماه المالكية بيع المضغوط⁽²⁾، هذا ما جاء في مواهب الجليل: "من أجبر على البيع لا يلزمه البيع"، والإكراه على سبب البيع عند المالكية نفسه الإكراه على ذات البيع، وللبائع حق إسترداد المبيع، أما إذا رد الثمن إلى المشتري فيه ثلاث أقول: الأول في حالة ما إذا علم المشتري بالإكراه فالبائع يسترد المبيع دون الثمن وللمشتري الرجوع على الحامل بالثمن، أما القول الثاني في حالة ما إذا كان حسن النية لا يعلم بالإكراه وجب على البائع رد الثمن ويرجع على الحامل بما دفعه المشتري، والقول الثالث أن البائع يسترد العين بلا ثمن والمشتري يرجع على الحامل بالثمن⁽³⁾.

قول المالكية تصرفات المكره صحيحة وغير لازمة، فهو بالخيار، إن أراد أمضى العقد وإن أراد فسخه، فهو صحيح من جهة توفر أركانه من عاقد ومعقود عليه وصيغة الرضا، إلا أنه غير لازم من جهة أخرى لفقدان شرط لزوم العقد بالإكراه ألا وهو التكليف⁽⁴⁾.

بعد عرض لأراء الفقهاء التي أثارها جدلا واسعا بينهم فإنه من وجهة نظرنا نرجح من الناحية الأولى القول القائل بإبطال العقود الغير القابلة للفسخ كالنكاح والطلاق، حسب ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لإستدلالهم بأن الرضا شرط لصحة العقود وبإنعدامه يبطل العقد، ومن الناحية الثانية فيما يخص العقود القابلة للفسخ كالبيع والإجارة نرى بأن الرأي الراجح ما ذهب إليه زفر،

(1) محمد محمود المحمد، مرجع سابق، ص. 203-204.

(2) إياد إبراهيم محمد عودة، مرجع سابق، ص. 146.

(3) الحطاب، مواهب الجليل، ج4، مرجع سابق، ص. 248-249.

(4) كفاح عبد القادر السوري، مرجع سابق، ص. 20.

على أن العقد المكره يكون موقوف فإن أجازته أصبح صحيحا وناظرا، أما إن لم يجزه إنفسخ ويعد كأن لم يكن؛ لأن الإكراه يخل بحق المكره ومصلحته، فيكفي لضمان حمايته أن يكون التصرف موقوف النفاذ على إجازته بعد زوال الإكراه .

المطلب الثاني

الأثار التبعية للإكراه

بعد أن تطرقنا إلى عرض لأثار الأصلية للإكراه ، فإنه يترتب بعد ذلك بعض الأثار التبعية، وهذه الأثار تتمثل في الفسخ (الفرع الأول)، والإجازة (الفرع الثاني)، وفي الضمان (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الفسخ

يعطى للمكره حق فسخ تصرفه واسترداد المبيع والتعويض في حالة تلف المبيع وعليه تزول الأثار المترتبة على العقد وإعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل التعاقد.

أولاً- المقصود بالفسخ

الفسخ هو حل الرابطة التعاقدية، ويتقرر حق الفسخ للمكره إذا توافرت في الإكراه شروطه وأركانه؛ لأن العقد المشوب بالإكراه موجود من حيث الأصل حسب إجماع الفقهاء، من هنا للمكره نقض العقد واسترداد المبيع بعد زوال الإكراه، إذا ما خرجت من مالها دون رضاه، ولن يكون للتقادم أي أثر على هذا الحق ما دام العذر الشرعي موجود؛ لأن مرور الزمن لا يزيل الفساد، فما دام سبب الخوف قائما كان من حق المكره مطالبة بفسخ العقد ولو مضت مدة التقادم ؛ لأن الضرر لا يجاز حتى لو طالت السنين إن كان أصله ظلما (1).

أما إذا زال الخوف ولم يطالب المكره بحقه في الفسخ ومضت مدة التقادم فلن يقبل منه؛ لأن السكوت بمثابة إجازة ضمنية ، ومدة التقادم تحسب من وقت زوال الخوف وليس من وقت نشوء

(1) زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم، الأشباه والنظائر، ج2؛ مطابع العرب، (د م ن)، 1387هـ/1968م، ص.190؛ محمد

سعود المعيني، مرجع سابق، ص.257.

التصرف، ويتقرر حق الفسخ للمكروه بعد زوال الإكراه دون المتعاقد الآخر؛ لأنه مختار ولأن حق الفسخ حق خالص للمكروه لضمان حمايته، لذلك في حال إنتقال العين المبيعة بعقد المكروه عليه فإن المكروه هو وحده الذي لديه حق فسخ التصرف⁽¹⁾.

ولا يصح المشتري أن يتمسك بالفسخ بحجة قبض العين بمحض إختياره، أما قبل القبض فكليهما حق فسخ العقد للإكراه؛ لأن العقد المكروه عليه لا يتضمن الملك قبل القبض، والرأي الراجح هو ما ذهب إليه الحنفية على أنه لا يحق لمن وقع عليه الإكراه الإنفراد بفسخ العقد إلا بأخذ رضا المتعاقد الآخر أو بحكم القضاء؛ لأن مسألة تحقق الإكراه من المسائل الشائكة التي يصعب حلها ولا بد لحسمها من وجود رضا المتعاقد الآخر أو بحكم من القضاء⁽²⁾.

ثانياً - آثار الفسخ

ثبت حق الرد عند الفقهاء، فهو حكم تبعي ينشئ عند فساد العقد، ويرى جمهور الفقهاء في مذهبهم ثبوت حق المكروه في إسترداد العين، ولا يقطع هذا الحق تصرف الطرف الثاني في العين؛ لأنها ملكا للمكروه، مما يخلص إلى إسترداد العين التي هي من خالص حقه⁽³⁾.

خلص مذهب الحنفية فيما يتعلق بحق الرد على أنه إذا كان تصرف المشتري بالعين لا يقبل الفسخ فلا يحق للمكروه النقض، فما عليه إلا المطالبة بالضمان على اعتبار العين بحكم الهالكة، أما إذا كان تصرف المشتري بالعين تصرفا يقبل الفسخ كالبيع مثلا فإن مثل هذا التصرف لا تمنع حق المشتري في طلب فسخ العقد، وإن كانت تداولته الأيدي، فلا يسقط حق المكروه في الفسخ واسترداد المبيع، وفي حالة ما إذا تصرف المشتري قبل القبض فإن تصرفه لا ينفذ مهما كان نوعه؛ لأن

(1) الخطاب، مواهب الجليل، ج4، مرجع سابق، ص ص.248، 251؛ السرخسي، ج24، مرجع سابق، ص.94.

(2) هائل حزام ميهوب العامري، مرجع سابق، ص.206.

(3) الخطاب، مواهب الجليل، ج4، مرجع سابق، ص.248.

العقد الفاسد لا يفيد الملك قبل قبضه، ولو أكره الطرفان على التصرف فلكل منهما حق الفسخ (1).

يتضح لنا مما سبق أن فسخ العقد لعيب الإكراه يترتب عليه إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، ومنه إزالة كل الآثار المترتبة على العقد واعتباره كأن لم يكن، من السهل إعادة الوضع إلى ما كان عليه إذا ما لم ينفذ مقتضيات العقد، أما إذا نفذ العقد فيلزم المتعاقدين إسترداد كل منهما ما دفعه للآخر ورد ما قبض تنفيذا للعقد، وهذا ما يطلق عليه الأثر الرجعي للفسخ.

الفرع الثاني

الإجازة

يمنح للمكروه حق إجازة تصرفه فيزول التهديد الواقع عليه ويصبح تصرفه صحيحا بأثر رجعي.

أولاً- المقصود بالإجازة

عرفها ابن همام في فتح القدير "الإجازة تصرف في العقد بالإبقاء"، يمنح للمتعاقد الذي شابت إرادته بعيب الإكراه حق الإجازة، أما المتعاقد الآخر فلا يتحصل على هذا الحق لعدم إثبات له حق الفسخ، وهذا لعدم تعيب إرادته (2).

والإجازة إما أن تكون صريحة أو ضمنية، فالصريحة ما يدل دلالة واضحة على معنى إجازة التصرف، وأما الإجازة الضمنية تستفاد من كل تصرف فعلي أو قولي يقوم به المكروه يدل على تنازله للفسخ وتمسكه بالإجازة، فلو قبض المكروه الثمن من المشتري بعد زوال الإكراه يفهم أنه إجازة منه في إمضاء العقد؛ لأن القبض دليل على الرضا الذي هو شرط لصحة العقد، ولصحة الإجازة

(1) الكساني، ج7، مرجع سابق، ص.187؛ ابن نجيم، بحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج8، مرجع سابق، ص.72؛ محمد سعود المعيني، مرجع سابق، ص.277.

(2) كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن همام، فتح القدير شرح الهدايا، ج5؛ دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995، ص.311؛ محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي؛ دار همومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2000، ص.26.

يجب توافر قصد المكروه بإجازة التصرف الذي صدر منه الإكراه، مع بقاء العين المكروه فإن هلكت تلغي مباشرة الإجازة، مع وجوب زوال المانع الذي تسبب في فساد التصرف لأجله⁽¹⁾.

ثانياً- أثر الإجازة

ذهب الحنفية والمالكية إلى أن تصرف المكروه فاسد إلا أنه موجود شرعا من حيث الأصل، والإجازة اللاحقة تزيل عنه المانع وينفذ في حقه ومنه يرتفع الفساد ويعتبر التصرف صحيحا بعد زوال الإكراه وحينما يزول الإكراه بالإجازة يضيفي على التصرف جانب من الصحة والنفاد بحجة وجود تصرف شرعي للمكروه، إلا أنه تخلف فقط شرط الصحة وهو الرضا، زد على ذلك كون المكروه أهلا لتصرفه، عاقل وبالغ، كل هذه الأمور كافية لإنعقاد تصرفه⁽²⁾.

يطرح تساؤل في هذا الشأن حول ما إذا كان التصرف صحيحا من حيث نشوئه أو من وقت صدور الإجازة ؟

ذهب الحنفية والمالكية على أن الإجازة تكشف عن صحة التصرف من وقت إنعقاده وهذا بالعودة إلى معنى الإجازة التي هي سقوط حق المكروه في النقض ورضاه في التصرف، مما تعود بأثر رجعي إلى حين إبرام التصرف، من هنا يكون كاشف عن الرضا المتأخر لصحته⁽³⁾.

الفرع الثالث

الضمان

يترتب الضمان على كل العقود الصحيحة والفاصلة ويتمثل في المال المستحق أداءه للمكروه تعويضا له.

(1) الكساني، ج7، مرجع سابق، ص.187-188؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج8، مرجع سابق، ص.71.

(2) الكساني، ج7، مرجع سابق، ص.189؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج2، مرجع سابق، ص.750.

(3) الحطاب، مواهب الجليل، ج4، مرجع سابق، ص.48.

أولاً- المقصود بالضمان

الضمان إسم للدلالة على المال المطلوب المستحق الأداء تعويضاً، على سبيل المثال قيمة العين المملوكة فإنها تلزم تعويض لمالكها على من أتلّفها، والضمان والكفالة لفظان مترادفان يراد بهما ما يشمل ضمانه أي الأموال التي هي في شكل عقد أو بغير عقد، وعلمنا أن للمُكْرَه حق إسترداد العين المستكره على بيعها وإجارتها ووهبها وغير ذلك من التصرفات، لكن في بعض الأحيان يتعذر الإسترداد لهلاكها أو لتصرف المشتري بها تصرفاً لا يقبل الفسخ، فهنا ينقلب حق الإسترداد إلى إلزامه بضمان المبيع (1).

وأسباب الضمان متعددة ومن بين تلك الأسباب نجد الإلتزام وضمان العقد يكون حسب ما هو منصوص عليه في العقد كالمبيع في عقد البيع والثلث إذا كان عينا، والسبب الآخر يتمثل في الفعل الضار وهو كل فعل مادي أو معنوي محظور إتخذه الشارع الحكيم سبباً لضمان ما ينجم عليه من ضرر مباشر، ومن هذا البيان يتضح أن ضمان العقد يختلف عن ضمان الإلتلاف وضمان اليد (2).

ثانياً- آثار الضمان

إتفق الفقهاء على وجوب الضمان على كل العقود الصحيحة والفاصلة، وكل التي لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده، فالمُكْرَه مخير إن أراد ضمّنه المُكْرَه وإن شاء ضمّنه المشتري؛ لأن كليهما ساهما في هلاك ماله (3).

(1) علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي؛ دار الفكر العربي، القاهرة، 2000، ص.8؛ ابن حزم، ج.8، مرجع سابق، ص.421، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ج.1؛ مرجع سابق، ص.182.

(2) فضمن الإلتزام الإلتلاف يضمن به المتلف قيمة ما أتلّفه عند تعديته لغيره لا بد مرعاة في هذين النوعين قيمة المال التالف إذا كان قيماً أو أداء مثله إذا كان مثلياً، والضمان العقد الذي يعرفه الفقهاء الشريعة يختلف عن المسؤولية العقدية عند فقهاء القانون، فالمسؤولية العقدية يكون التعويض عن الضرر قد نشأ عن عدم تنفيذ المدين للإلتزامه العقدي وليس التعويض عن مال تالف. علي الخفيف، مرجع سابق، ص.19، 11.

(3) عبد الله بن أحمد المعروف بإبن قدامة، المغني، ج.7، ط3؛ دار عالم الكتاب، الرياض، 1417هـ / 1997م، ص.394.

إذا ما ضمن المكره لكونه المغتصب له الرجوع على المشتري بقيمته، وإذا ضمن المشتري ليس له الرجوع بما ضمن على أحد وذلك لثبوت ملكه بالضمان والقبض، إذا تصرف المكره بالعين وتداولته الأيادي كان للمكره ضمان من شاء من المشتري، ويستند الضمان حين قبض العين لا قبل ذلك، فالعقود التي بعد العقد الذي ضمننت فيه العين فهي صحيحة وناذة⁽¹⁾.

المطلب الثالث

الأثار العامة للإكراه

سنتناول في هذا المطلب أثار العامة للإكراه من حيث عدول المكره إلى غير ما وقع عليه الإكراه (الفرع الأول)، من حيث تخير المكره (الفرع الثاني)، ومن حيث إثبات الإكراه (الفرع الثالث).

الفرع الأول

عدول المكره إلى غير ما وقع عليه الإكراه

تعتبر تصرفات المكره ملغاة عند كافة العلماء في بعض الأحيان يأتي المكره بتصرف غير مطلوب إتيانه من طرف المكره حكم بصحة تصرفه، ويترتب على ذلك نفس الأثار التي تترتب على تصرف غير المكره.

ويستوي على ذلك أن يعدل المكره عما وقع عليه الإكراه كأن يكره شخص على بيع منزله فيهبها، فهذا التصرف جائز فلا وجود ولا أثر للإكراه فيه، أو أن يعدل بالزيادة أو النقصان ومثال على الزيادة أن يكره رجل رجلا على أن يطلق زوجته طليقة واحدة فطلقها ثلاث طلاقات أما النقصان كأن يكره شخص على الإقرار بألف فيقر بخمسائة، في هذه الحالة يعتبر إقراره باطلا؛ وذلك لأن خمسمائة هي جزء من ألف، وإكراه على ألف يعني إكراه على خمسمائة⁽²⁾.

(1) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج8، مرجع سابق، ص.72؛ محمد سعود المعيني، مرجع سابق، ص.295.

(2) عبد الحسيب سند عطية، مرجع سابق، ص.87،89؛ السرخسي، ج24، مرجع سابق، ص.132.

الفرع الثاني

تخيير المَكْرَه

نعرف أن من بين شروط الإكراه أن يكون أو قابلاً للتعيين، وعليه سندرس أثر الإكراه إذا كان المَكْرَه عليه مخييراً، سواء من ناحية الحكم الذي يرجع إلى الأخره، أو من ناحية الحكم الذي يرجع إلى الدنيا.

أولاً- الحكم الذي يرجع إلى الأخره

وهو حكم تصرفات المَكْرَه في الأخره من حيث حرمة الإقدام على الفعل أو إباحته أو الترخيص فيه مع بقاء أصل التحريم، وعليه يجب التفريق فيه بين صورتين:

الصورة الأولى: أن يخير الشخص المَكْرَه بين فعلين أو أكثر من فعلين متساويان في الحكم، وبيان هذه الجملة: أن يخير المَكْرَه شخص المَكْرَه بين فعلين لا يباح إتيان أحدهما ولا يرخص فعله، كأن يخير المَكْرَه بين القتل والزنا، فإذا فعل أياً منهما في هذه الحالة يكون أثماً⁽¹⁾، قال الله تعالى ﴿وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ ۚ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا﴾⁽²⁾.

يخير المَكْرَه بين أمرين كل منهما مرخص فيه عند الضرورة، كأن يخير بين الكفر وإتلاف مال الغير، في هذه الحالة مرخص له الفعل، أما في حالة إذا كان مخير بين أمرين كلاهما مباح عند الضرورة، كأن يكره على أكل الميتة أو شرب الخمر، فإذا فعل أياً منهما فلا إثم عليه لأنقذ نفسه من التهلكة⁽³⁾، قال تعالى ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾⁽⁴⁾.

(1) الكساني، ج7، مرجع سابق، ص.181.

(2) سورة الفرقان/ الآية 68.

(3) الكساني، ج7، مرجع سابق، ص.181؛ صالح بن عبد الله بن حميد، مرجع سابق، ص.256-257.

(4) سورة البقرة/ الآية 195.

الصورة الثانية: أن يخير المكره بين أمرين يختلفان في الحكم، وعليه إذا أكره على شيئين أحدهما محرم والأخر مرخص أو مباح عند الضرورة، ويعتد بالإكراه في هذه الحالة على غير المحرم، كأن يكره شخص على القتل أو النطق بكلمة الكفر، فلو إختار هذه الأخيرة وتلفظ بكلمة الكفر جاز له ذلك، وإذا أكره شخص على فعل الزنا أو شرب الخمر، في هذه الحالة إذا شرب الخمر يكون مكرها على شربه، أما إذا زنا كان طائعا ومختارا يؤثم على ذلك، وإذا خير بين أمرين أحدهما مرخص فيه والأخر مباح عند الضرورة، كأن يكره على الكفر أو أكل الميتة، في هذه الحالة الإكراه يقع على أكل الميتة دون الكفر⁽¹⁾.

ثانيا - الحكم الذي يرجع إلى الدنيا

لو خير المكره بين الكفر بالله تعالى أو قتل مسلم عمدا، فلا يحل له قتل المسلم ويرخص له في النطق بكلمة الكفر⁽²⁾، لقول الله تعالى ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾⁽³⁾.

أما إذا أكره على أكل الميتة أو قتل مسلم، فلم يأكل واختار القتل، فإنه في هذه الحالة وجب القصاص على المكره؛ لأنه كان بإمكانه دفع الضرورة بتناول الميتة، فكان القتل حاصلًا بإختياره، لقوله تعالى ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾⁽⁴⁾.

الفرع الثالث

إثبات الإكراه

حتى يتمكن المكره من إسترداد حقه عليه أن يثبت وقوع الإكراه بكافة الوسائل؛ لأن عبئ الإثبات يقع عليه، وطرق إثبات الإكراه يمكن أن تكون بشهادة الشهود أو بالقرائن أو باليمين .

(1) عبد الحسيب سند عطية، مرجع سابق، ص.91؛ السرخسي، ج.16، مرجع سابق، ص.135؛ الكساني، ج.7، مرجع سابق، ص.181.

(2) السرخسي، مرجع سابق، ص.136.

(3) سورة النحل/ الآية 106.

(4) سورة البقرة/ الآية 191.

أولاً- الإثبات بشهادة الشهود

هي القول الصادر عن علم حصل بالمشاهدة، لهذا قيل بأن الشهادة مشتقة من المشاهدة والتي تعني المعاينة⁽¹⁾، والشهادة مشروعة ويظهر ذلك في قوله تعالى ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴾⁽²⁾.

ومن شروط الشهادة هناك ما يرجع إلى التحمل وما يرجع إلى الأداء، فالشروط التي ترجع إلى التحمل هو أن يكون عاقلاً و بصيراً وقت التحمل، ويجب أن يكون التحمل بمعاينة المشهود به بذاته لا بغيره، ولا يشترط للتحمل البلوغ والحرية والإسلام والعدالة، أما الشروط التي ترجع إلى الأداء هو أن يكون الشاهد بالغاً وحرراً ومبصراً وعادلاً، وأن تكون الشهادة بمعلوم، وأن يؤدي الشاهد الشهادة باللفظ "أشهد" في مجلس القضاء⁽³⁾.

وفي الأخير بعد دراستنا لهذه الطريقة فإن المكره إذا استطاع أن يثبت الإكراه وأنه تعاقد تحت تأثير الإكراه بشهادة الشهود مستوفية كل الشروط التي ذكرناها سالفاً، فالقاضي أن يصدر حكم بفسخ عقد المكره والتعويض له .

ثانياً- الإثبات باليمين

هي الحلف والقسم، عرفها المالكية بأنها "تحقيق ما لم يجب بذكر إسم الله تعالى أو صفته"، واليمين قد تكون على إثبات الحقوق أو نفيها، والتي نحن بصدددها هي اليمين التي يؤديها الشخص الشخص أمام القضاء، وعليه يمكن تعريفها بأنها "تأكيد ثبوت الحق أو نفيه باستشهاد الله تعالى

(1) السرخسي، ج16 مرجع سابق، ص.112.

(2) سورة الطلاق / الآية 2.

(3) محمد بن حسين بن علي الطوري المعروف بالقادري ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج7؛ دار الكتب العلمية، لبنان،

1418هـ/1997م، ص.95.

أمام القاضي" (1) .

واليمين مشروعة ويظهر ذلك في قوله تعالى ﴿ وَلَا تَنْفُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا ﴾ (2) ، ومن شروط اليمين أن يكون الشخص الحالف بالغاً، عاقلاً، مختاراً، وأن يكون المدعي عليه منكراً لحق المدعي، وأن يطلب الخصم اليمين من القاضي، وأن يوجهها القاضي إلى الحالف، وأن تكون اليمين شخصية، فلا يصح أن يحلف شخص عن غيره ولا يجوز فيها النيابة، وأن يكون المدعي به مما يحتمل الإقرار شرعاً من المدعي عليه، فلا يحلف الوكيل والوصي والقيم (3) .

ثالثاً - الإثبات بالقرائن

عرف مصطفى أحمد الزرقا القرينة فقال "هي أمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه، وهي مأخوذة من المقارنة بمعنى المرافقة والمصاحبة"، والقرينة مشروعة يجوز الاستدلال بها أمام القضاء (4) قال الله تعالى ﴿ وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ ؕ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْراً ؕ فَصَبْرٌ جَمِيلٌ ؕ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَى مَا تَصِفُونَ ﴾ (5) .

وجه الدلالة: أن إخوة يوسف وضعوا الدم على قميصه ليستدلوا به على صحة كلامهم وصدقهم بأكل الذئب ليوسف وهذه قرينة، وإلا أنه وجدت قرينة أخرى تعارض القرينة الأولى وهي أن القميص كان سالماً، وعليها استدل سيدنا يعقوب على كذبهم وكيدهم، ودل على أخذه بالقرينة الثانية ورد الأولى، بما روى عنه أنه قال "متى كان الذئب حليماً، يأكل يوسف ولا يخرق قميصه" (6) .

(1) محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، ج2؛ مكتبة دار البيان،

بيروت، 1402هـ/1982م، ص.318-319.

(2) سورة النحل / الآية 91.

(3) الكساني، ج6، مرجع سابق، ص.225-227.

(4) مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص.918؛ محمد مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، ص.500-501.

(5) سورة يوسف / الآية 18.

(6) محمد مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، ص.502.

يشترط في القرينة أن يكون أمر ظاهر ومعروف وثابت ، ويجب أن تكون هناك الصلة بين الأمر الظاهر الثابت وبين القرينة التي أخذت منه في عملية الإستنباط ويشترط أن تكون العلاقة قوية بينهما، ولا تعتمد على مجرد وهم والخيال⁽¹⁾ .

يقع عبئ الإثبات على المكره إذا أراد إبطال عقده الناشئ تحت تأثير الإكراه، فعليه أن يثبت أن الإكراه قد توافرت فيه شروطه وأركانه، أما فيما يتعلق بمدى تأثير الإكراه فإن ذلك يرجع إلى قاضي الموضوع بإعتبارها مسألة موضوعية⁽²⁾ .

المبحث الثاني

أثار الإكراه في القانون الوضعي

بتوفر شروط الإكراه يكون عقد المكره عليه قابلاً للإبطال لفأئدته، كما يحق للمكره التنازل عن حق الإبطال عن طريق تصحيح العقد بإجازته للتصرف أو بمضي مدة تقادم حق الإبطال مع التعويض له، وسنتطرق إلى هذه المسائل في ثلاث مطالب: قابلية العقد للإبطال في (المطلب الأول)، وتصحيح العقد القابل للإبطال في (المطلب الثاني)، والتعويض في (المطلب الثالث).

المطلب الأول

قابلية العقد للإبطال

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف قابلية العقد للإبطال في (الفرع الأول)، وإلى خصائصه في (الفرع الثاني)، وإلى الإبطال قاصر ضحية الإكراه في (الفرع الثالث)، وإلى أثار تقرير الإبطال في (الفرع الرابع).

(1) إبراهيم بن محمد الفائز، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ط2؛ مكتبة أسامة، الرياض، 1983، ص.66.

(2) سليمة عدلي، مرجع سابق، ص.131.

الفرع الأول

المقصود بقابلية العقد للإبطال

ينشأ العقد قابلاً للإبطال بسبب العيب الذي يلحق التصرف القانوني، وفي حالة عدم وجود العيب لا يكون للإبطال وجود ومن ثمة يبقى التصرف صحيحاً، وبالإشارة إلى ذلك التصرف الذي يقوم به عديم الأهلية فإنه يترتب على ذلك البطلان، أما إذا كان ناقص الأهلية أو إذا قام على إرادة كاملة إلا أنها معيبة فإن التصرف يبقى موجود لكن معيب، وهذا ما يعطي حق الإبطال لمصلحة من عيبت إرادته⁽¹⁾.

فإذا ما تحققت شروط الإكراه المفسد للرضا فإنه يؤدي إلى بطلان العقد نسبياً لصالح من وقعت إرادته تحت ذلك العيب، وبالتالي يخول له ممارسة دعوى البطلان، أو له القبول بالعقد ولا يحق للقاضي إثارة الإكراه أو الخوف تلقائياً كسبب إبطال العقد؛ لأنه لا يتعلق بالنظام العام⁽²⁾.

يمر البطلان النسبي بمرحلتين: المرحلة الأولى هي المرحلة التي لم يتقرر بعد بطلانه، فهنا يتميز بوجوده القانوني الكامل، وله كل الآثار المنتجة للعقد فيعتبر كما لو كان صحيحاً، أما المرحلة الثانية هي المرحلة التي يتقرر فيها البطلان فهنا ينعدم وجوده القانوني وتزول معه كل الآثار التي أنتجها العقد ويترتب عليه البطلان بأثر رجعي وكأنه لم يكن ولا يمكن التمييز بين البطلان النسبي والمطلق⁽³⁾.

على هذا المنبر يتضح موقف المشرع الجزائري على أنه أخذ بالتقسيم الثنائي للبطلان، يفرق بين البطلان النسبي والبطلان المطلق، وبينت المادة 101 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري

(1) عبد الحكيم فوده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، ط2؛ دار الفكر والقانون، المنصورة، 1999، ص.27-28.

(2) مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص.413.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للإلتزامات نظرية العقد، ج2، 1998، ص.616-617.

أسباب قابلية العقد للإبطال، وعالجت المادة 102 فقرة 1 من نفس القانون البطلان المطلق⁽¹⁾، وخالصة القول يتبين أن المشرع أخذ بالتقسيم الثنائي بالإعتماد على نفس معيار تفرقة المأخوذ من طرف الفقه أن المصلحة العامة في أساس البطلان المطلق، والمصلحة الخاصة هي أساس البطلان النسبي⁽²⁾.

الفرع الثاني

خصائص العقد القابل للإبطال

يتميز العقد القابل للإبطال ببعض الخصائص المهمة:

_ يتواجد العقد القابل للإبطال عندما يختل ركن الرضا دون أن ينعدم في الحالة ما إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية أو شاب عيب في رضاء أحدهما، وهنا يبقى العقد الصحيح منتجا لأثاره⁽³⁾.

_ قد وضع لحماية بعض مصالح الأفراد فلهم المطالبة به أو الإمتناع عنه حسب إرادتهم ففي حالة ما إذا مس العقد إحدى العيوب كالإكراه يكون قابل للإبطال وليس باطلا أصلا ولا يحق لغير ذي مصلحة أن يثير هذا البطلان⁽⁴⁾، حسب المادة 234 من القانون الموجبات والعقود

(1) تنص المادة 1/101 من القانون المدني الجزائري «يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات»، وتنص

المادة 1/102 من نفس القانون إذا كان العقد باطل بطلان مطلق جاز لذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة». من الأمر رقم 75-58 يتضمن التقنين المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

(2) علي فيلاي، مرجع سابق، ص. 255-256.

(3) محمد علي البدوي، مرجع سابق، ص. 139.

(4) مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص. 477.

اللبناني المقابلة للمادة 102 من القانون المدني الجزائري (1) .

_ لا يمكن التمسك ببطلان العقد إلا للمتعاقد الذي قرر القانون لمصلحته هذا البطلان، أما الكامل الأهلية والذي كانت إرادته خالية من العيوب فليس له هذا الحق وكذا لا يصح لغير أجنبي إحتجاج بالعقد القابل للإبطال، كما لا يحق للمحكمة إثارته بنفسها حسب جاءت به المادة 99 من القانون المدني الجزائري التي تنص "إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق" (2) ، إلا أن الحق في تمسك بالإبطال ينتقل إلى الورثة ودائني المتعاقد والخلف الخاص ويكون التمسك مدينهم عن طريق دعوى غير مباشرة (3) .

_ يمكن تمسك بالتقادم بالنسبة للعقد القابل للإبطال على أساس وجود العقد من الناحية القانونية وبإمكانية تصحيحه بالإجازة التي تصدر بالإرادة المنفردة تهدف إلى إزالة العيب الذي لحق بالعقد وتفيد التنازل عن حق تمسك بإبطال العقد (4) .

_ العقد القابل للإبطال صحيح ما لم يتقرر في شأنه إبطاله إتفاقا أو قضاء، وكما للقاضي أن يتقدم بتدخل في تقرير البطلان عن طريق دعوى البطلان أو عند الدفع بالبطلان، الحكم الذي يقرر الإبطال يمكن القول أنه منشأ له؛ لأن العقد ينعقد صحيح إلى حين صدور حكم الإبطال،

(1) تنص المادة 234 من القانون الموجبات والعقود اللبناني «إن الحق في إقامة دعوى الإبطال لا يكون إلا للأشخاص الذين وضع

القانون البطلان لمصلحتهم أو لحمايتهم. ويخرج بوجه خاص عن هذا الحكم، الذين عاقبوا هؤلاء الأشخاص وينتقل هذا الحق إلى ورثة

صاحبه». من قانون الموجبات والعقود اللبناني، صادر في 9 مارس 1932.

(2) المادة 99 من الأمر رقم 58-75، يتضمن التقنين المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

(3) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص.270.

(4) أنور طلبية، مرجع سابق، ص.623؛ عبد الحكيم فوده، مرجع سابق، ص.493؛ تنص المادة 100 من القانون المدني الجزائري "يزول

حق إبطال العقد بالإجازة...". من الأمر رقم 58-75، يتضمن التقنين المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

بينما يصدر الحكم الذي يقرر البطلان كاشفاً له بإعتبار العقد الباطل هو من عدم⁽¹⁾.

_ إذا تم قبول الدعوى وأصدرت المحكمة حكماً بإبطال العقد أو تقرر بإتفاق الأطراف زال العقد بأثر رجعي وعاد المتعاقدان إلى الحالة السابقة قبل إبرام العقد ويصبح كالعقد الباطل تماماً، حسب ما جاءت به المادة 103 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾.

الفرع الثالث

الإبطال قاصر على ضحية الإكراه

يتقرر الإبطال عن طريق ممارسة حق التمسك به، وهذا صالح لمن تقرر لفائدته، ويكون التمسك من طرف المتعاقد المكره شخصياً أو القائم مقام المتعاقد، كما يتقرر الإبطال بدعوى أو بالدفع.

أولاً: التمسك بالإبطال حق لمن تقرر لمصلحته

يقرر الإبطال لمصلحة المتعاقد المعاب الرضا، لذلك ينفرد بهذا الحق وحده، ومن ثم لا يجوز للطرف الآخر ولا الغير التمسك به، إلا أنه ينتقل حق التمسك للخلف العام والخاص والدائنين ولا يمكن للمحكمة إثارته تلقائياً.

1_ المتعاقد الواقع تحت إكراه

نصت المادة 88 من القانون المدني الجزائري على أنه "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد

(1) يتقرر البطلان بالتراضي أو بالتقاضي: يتم تقرير العقد القابل للإبطال بالتراضي أو بالتقاضي، فالتراضي لابد من توافر الأهلية في كلا المتعاقدين إذ لم يكن تراضي فلا يجوز لمن له الحق في التمسك بالإبطال إستقلاله بإعلان البطلان بإرادته المنفردة، بل يجب عليه اللجوء إلى القضاء وللقاضي الحكم بإبطال العقد بحكم منشا للبطلان وليس كاشف له. أنور سلطان، مرجع سابق، ص. 177-178؛ علي فيلاي، مرجع سابق، ص. 257.

(2) تنص المادة 103 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله...". من أمر رقم 75-58، يتضمن التقنين المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ..."، وأكدت المادة 89 من نفس القانون أن صاحب الحق لإبطال العقد للإكراه هو المتعاقد المكره⁽¹⁾.

يلاحظ من خلال النصين أن المشرع أجاز لمن تعيبت إرادته بالإكراه المطالبة بإبطال العقد بسببه ومن جهة أخرى حينما نصت المادة 99 من نفس القانون⁽²⁾، وإذا كان هذا المتعاقد الآخر قد وقع أيضا في العيب أو كان ناقصا للأهلية، فيطلب إبطال العقد على أساس العيب الذي وقع فيه أو نقص أهليته وليس للعيب الذي وقع فيه المتعاقد الآخر، كما لا يستطيع الغير الأجنبي الإحتجاج بإبطال العقد رغم مصلحته فيه، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بنفسها، وعند النظر في القانون المقارن نجد أن هذا الموقف تبنته صراحة المادة 180 من القانون المدني الكويتي⁽³⁾.

2_ القائم مقام المتعاقد

قصرت المادة 88 والمادة 99 من القانون المدني الجزائري حق الإبطال على من قُـرِرَ لمصلحته وهو المتعاقد المكره، وهذا لا يعني أن هذا الحق خالص له وإنما لا بد النظر إذا كان هناك نيابة التي تجيز للنائب عنه التمسك بهذا الحق، وكما هناك الخلف العام والذي له حق المطالبة بالإبطال عن طريق الدعوى المباشرة بإعتباره كطرف في العقد مكتملا للحق الأصلي الذي أنتقل إليه مثل السلف وله نفس الحقوق أما الخلف الخاص والدائنين عن طريق دعوى غير مباشرة التي سمحها القانون للدائنين رفعها إستعمالا لحقوق مدينهم⁽⁴⁾.

(1) المادة 88 و89 من الأمر رقم 75-58، يتضمن التقنين المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

(2) تنص المادة 99 من القانون المدني الجزائري « إذ جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا ف إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق».

(3) تنص المادة 180 من القانون المدني الكويتي "لا يجوز للمحكمة أن تقضي بإبطال العقد القابل للإبطال، إلا بناء على طلب من يقرر القانون الإبطال لمصلحته".

(4) جلال علي العدوي، مرجع سابق، ص.192.

ثانيا- تقرير الإبطال بالدعوى أو بالدفع

بما أن المتعاقدين لم يتفقوا على البطلان النسبي بالتراضي، وكما نعلم أنه لا يمكن أن يتقرر بالإرادة المنفردة من أحد المتعاقدين، فإنه يلجأ إلى التقاضي الذي يتم إما عن طريق دعوى الإبطال التي يرفعها المُكْرَهُ وإما بواسطة الدفع بالإبطال من طرف المتعاقد الآخر يطالب فيها المُكْرَهُ بتنفيذ العقد.

1_ دعوى الإبطال

أجازت المادة 88 من القانون المدني الجزائري للذي وقع في عيب الإكراه أن يطلب إبطال العقد ويكون ذلك عن طريق رفع دعوى طبقا للمواد 14 والتي تليها من القانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾، يكون هدفها إبطال العقد بسبب وقوع المتعاقد في عيب الإكراه طالما أن المتعاقد المعيب ليس بإمكانه أن يبطل العقد منفردا وعليه اللجوء إلى القضاء ويصدر بشأنه حكم منشئ يقرر الإبطال؛ لأن العقد أخذ المجرى الصحيح إلى غاية حكم ببطلانه على عكس العقد الباطل بطلان مطلق الذي يكون الحكم فيه كاشفا له⁽²⁾.

2_ الدفع بالإبطال

من الممكن أن لا يبادر المتعاقد بالطعن في صحة العقد ضنا أن المتعاقد معه لا ينازعه في إبطال العقد لكن بعد ذلك يتضح أن المتعاقد معه يدعي بصحة العقد ويطلب بتنفيذه قضائيا، في

(1) تنص المادة 14 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية «ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف». القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429، الموافق ل 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، عدد 21، الصادر بتاريخ 23 أفريل 2008.

(2) سعاد دراج، عيوب الرضا بين حماية المتعاقد واستقرار المعاملات، مذكرة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة

الجزائر 2012، ص.54-55.

هذا الوضع يكتفي المتعاقد الآخر بالدفع بالبطلان، وإذا إتضح للقاضي أن العقد باطل أو قابل للإبطال، فإنه يحكم برفض دعوى المدعي⁽¹⁾.

من الملاحظ أن هناك فرق بين الدفع بالبطلان والدفع بالإبطال فالأول هو دفع يتعلق بالموضوع والإجراءات، أما الدفع بالإبطال يتمثل في دعوى فرعية يقيمها المدعي عليه وهو معيب الرضا يطلب فيها إبطال العقد⁽²⁾.

الفرع الرابع

أثار تقرير الإبطال

يزول العقد وينعدم تماما حينما يتقرر إبطاله فيصبح كأنه لم يكن له وجود في الواقع، وهذا خلافا عندما نشئ وتميز بوجوده القانوني ورتب أثار كالعقد الصحيح واكتسب أطرافه حقوقا والتزامات، إلا أنه عندما تقرر إبطاله تزول هذه الأثار وينقضي العقد نهائيا ويمس بذلك المتعاقدين والغير معا ويعاد إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد⁽³⁾.

(1) علي فيلاي، مرجع سابق، ص.258.

(2) العربي بلحاج، نظرية العامة للإلتزام في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص.184.

(3) لإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا فيها قبل التعاقد تكون بطريقتين:

1_ الإسترداد العيني: يتمثل في إسترداد كل من المتعاقدين ما أدها عينا نتيجة إبرام عقد مشوب بعيب الرضا لأحد الأطراف وعليه المطالبة بإسترداد العيني واسترجاع كل متعاقد ما قدمه للأخر تنفيذا للعقد فإذا كان العقد بيعا فالبايع يسترد شيء المبيع وثماره والمشتري إسترداد ثمن المدفوع وكذا المصاريف التي أنفقها تعويضا له.

2_ الإسترداد بالمقابل: هو إستثناء عن الأصل يترتب حينما يستحيل إسترداد العيني لسبب من الأسباب كهلاك الشيء محل الإسترداد أو بسبب طبيعة المعاملة حسب المادة 1/103 من التقنين المدني الجزائري "... إن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بالتعويض معادل"، ففي حالة هلاك المبيع في يد المتعاقد يستحيل رده عينا مما يستوجب له تقديم تعويض معادل للمبيع طبقا للقواعد المسؤولية التصريية، كما أيضا بالنسبة للعقود الزمنية يستحيل على أحد المتعاقدين رد ما تسلمه تنفيذا للعقد كما هو الحال في عقد العمل و الإجار مثلا وللقاض حكم بالتعويض معادل للمنفعة التي تحصل عليها. علي فيلاي، مرجع سابق، ص.273؛

أولاً- زوال العقد

عندما يتقرر الإبطال تكون النتيجة زوال العقد وإعادة الوضع إلى ما كان عليه في حالة تنفيذ العقد يتوجب الرد على كلا الطرفين، للبطلان مفعول رجعي، أما إذا لم ينفذ العقد يزول وجوده كأن لم يكن أصلاً وينجم عدم إمكانية طلب التنفيذ، ويجب التعويض للطرف الآخر المتضرر إذا كان حسن النية الذي لم يكن سبباً للإبطال العقد⁽¹⁾.

ثانياً- تأثر حقوق المتعاقدين والغير

تتأثر حقوق المتعاقدين والغير حينما يتقرر إبطال العقد.

1_ أثر الإبطال بين المتعاقدين

زوال كل آثار العقد وكل شيء يعود لأصله ويجوز التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، فعلى المشتري إرجاع المبيع والبائع إرجاع الثمن من وقت المطالبة القضائية حسب القواعد العامة، أما إذا كان العقد مستمراً كالإيجار وتقرر إبطاله يكون له التعويض عن المنفعة التي إنتفع بها قبل التقرير بالإبطال ، ويستثنى في هذا الأساس حالتين، حالة نقص الأهلية وحالة مخالفة الإلتزام للأداب العامة ، مفادهما أنه لا يجوز إسترداد ما دفع تنفيذا للإلتزام⁽²⁾ ، وكما نصت كذلك المادة 143 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري "غير أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه، إلا أن يكون ناقص الأهلية، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء"⁽³⁾.

(1) زرقاط عيسى، أثر البطلان على المراكز القانونية في التشريع واجتهاد المحكمة العليا، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية

الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014، ص.3؛ مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص.498.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج2؛ مرجع سابق، ص.652-653؛ أنور سلطان، مرجع سابق، ص.180.

(3) المادة 2/143 من أمر 75-58، يتضمن التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

2_ أثر الإبطال بالنسبة للغير

القاعدة أن أثر البطلان بالنسبة للمتعاقدين هو نفسه بالنسبة للغير وتوضيحا لذلك، نفترض أن (أ) باع عينا ل(ب) ثم قام (ب) ببيع هذه العين إلى (ج) فإن بطل العقد المبرم بين (أ) و (ب) فإنه حتما يبطل العقد الذي أبرمه (ب) لصالح (ج) ويتقرر بأنه غير مالك؛ لأن (ب) أصلا ليس مالك نظرا لبطلان سنده بطلان مطلق أو قابل للإبطال وعليه زالت ملكيته بأثر رجعي، فيكون تصرفه من غير المالك، وعليه نسقط القاعدتين المشهورتين: إذا زال حق المتصرف، زال حق المتصرف زال حق المتلقي، وقاعدة: فاقد الشيء لا يعطيه، أي لا يمكن أن ينقل شخص ما لغيره أكثر ما يملك⁽¹⁾.

خروجا عن هذا الأصل يظهر إستثناء عدم تأثر حقوق الغير بالإبطال وذلك إذا كان الغير دائما مرتهنا رهنا رسميا وكان حسن النية، فيحى من هذا الفسخ والإبطال والإلغاء وكل ما يلحق من ملكية الراهن من رهن أو زوال، وأيضا في حالة ما إذا كان الغير يستطيع التمسك بالتقادم الطويل أو القصير أو بالقاعدة التي تقتضي بأن الحيابة في المنقول سند الملكية، وكذلك إذا كان الغير قد تعامل مع المالك الظاهر وكلاهما حسن النية، وأيضا إذا كان للغير قد كسب حقا بمقتضى عقد كالإجار⁽²⁾.

المطلب الثاني

تصحيح العقد القابل للإبطال

إن العقد الناشئ بالإكراه يكون قابل للإبطال، إلا أنه يمكن للمكره أن يتنازل عن البطلان بإجازة العقد (الفرع الأول)، ويمكن سقوط حق تمسك بالإبطال بالتقادم (الفرع الثاني).

(1) محمد علي البدوي، مرجع سابق، ص.156.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج2؛ مرجع سابق، ص.662،664.

الفرع الأول

الإجازة

أولاً- المقصود بالإجازة

الإجازة هو تصرف قانوني يتم بالإرادة المنفردة يتنازل بمقتضاه من تقرر لمصلحته عن حقه في إبطال العقد، وعليه لا تلزم قبول الطرف الآخر بها، ولا يمكن الرجوع فيها، ويجب أن نفرق بين الإقرار والإجازة نظراً لتشابهها، فالإقرار كذلك عمل قانوني لكن يتميز بصوره عن شخص خارج المتعاقدين وينشأ عن عقد صحيح وأثار العقد تنصرف إلى المُقر، عكس الإجازة فإنها تصدر من أحد أطراف العقد لتزيل عيباً فيه⁽¹⁾.

والإجازة تعبير عن الإرادة وينطبق عليها كل قول صراحة أو ضمناً أو بالفعل أو بإتخاذ موقف بدلالة واضحة لا يدع شكاً فيه على مقصوده، كما قد يكون بالسكوت الملابس الذي يقضي به العرف حسب ما جاءت به المادة 60 والمادة 100 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾، وتقابلها المادة 172 من القانون المدني الأردني التي تنص "تكون الإجازة بالفعل أو بالقول أو بأي لفظ يدل عليها صراحة أو دلالة ويعتبر السكوت إجازة إذا دل على الرضا عرفاً"⁽³⁾،

ويشترط في الإجازة مجموعة من شروط وهي:

ـ يجب أن تتوافر الأهلية اللازمة للمجيز إذ يشترط صدورها من كامل الأهلية، ويجب أيضاً أن يكون العقد قابل للإبطال له وجود قانوني رتب كل أثاره إلى غاية إبطاله، أما العقد الباطل فهو

(1) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص.272؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج2، مرجع سابق، ص.665.

(2) تنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون بإتخاذ

موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً..."، وتنص المادة 100 من نفس

القانون "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد..." . من أمر 75-58،

يتضمن التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

(3) المادة 172 من قانون رقم 43 لسنة 1976، يتضمن القانون المدني الأردني.

عقد معدوم والإجازة لا تلحق على عقد الباطل⁽¹⁾ ، وهذا ما أكدته المادة 102 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾.

_ يستلزم العلم بالعيب من طرف المجيز وأنه ذهبت إرادته إلى تأكيد العقد وتنازله عن حق التمسك بالإبطال، إلا أنه في حالة تنفيذ العقد الباطل دون العلم بالعيب فهذا لا يعني إطلاقاً أن الإلتزام بالعقد كان إجازة ضمنية مهما مضت السنين، ويقع عبئ إثبات الإجازة على الطرف الآخر غير المجيز⁽³⁾.

_ يجب أن تكون إرادة المجيز سليمة من العيب، فلا يمكن أن تعتد بالإجازة والإكراه لا يزال قائماً، كما لا يتصور الإجازة بعد زوال الإكراه وظهور عيب آخر⁽⁴⁾.

_ ويشترط لصحة الإجازة خاصة إذا كانت ضمنية من توافر مؤشرات ومواقف تؤكد بوجه دقيق أن صاحب حق في دعوى البطلان قد تنازل عنها نهائياً وأن إرادته إتجهت لتأكيد العقد، ولكي يكون صريح ذو مفعول فإن المشرع اللبناني وضع شروط في نص المادة 236 من القانون الموجبات والعقود اللبناني⁽⁵⁾.

نلاحظ أن المادة 236 من القانون الموجبات والعقود اللبناني قد سبق وأن أكد بها المادة 1338 من التقنين المدني الفرنسي باستلزام شكلاً معيناً، ضف إلى ذلك جنوح المادة 337 من

(1) أنور سلطان، مرجع سابق، ص 185-186.

(2) تنص المادة 102/1 من القانون المدني الجزائري "إذا كان العقد باطلاً بطلان مطلق جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة". من أمر 58-75، يتضمن التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

(3) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 272، 274.

(4) محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني وفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص. 133.

(5) تنص المادة 236 من القانون الموجبات والعقود اللبناني «... على أن التأييد الصريح لا يكون ذا مفعول إلا إذا كانت وثيقة التأييد تتضمن جوهر العقد والعيب الذي كان فيه ومشبهة العدول عن دعوى البطلان، وتأييد الضمني يستفاد من كل حالة وكل مسلك يؤخذ منهما أن صاحب تلك الدعوى التي عدل عنها». من قانون الموجبات والعقود اللبناني، صادر في 9 مارس 1932.

مجلة الالتزامات والعقود التونسية إلى ذلك (1).

ثانيا- آثار الإجازة

يترتب على إجازة العقد القابل للإبطال زوال التهديد المهدد بالإبطال وسقوط حق المجيز في التمسك به، فيستقر العقد مخلفاً كامل آثاره فيصبح باتاً نافذاً في مواجهة طرفيه نهائياً وتعود الإجازة بأثر رجعي، وهذا الأثر لا يضر بحقوق الغير، وفي هذا الشأن يرى بعض الفقهاء أنه ليس للإجازة أثر رجعي، فاستدلوا على ذلك أن العقد القابل للإبطال ينعقد صحيحاً وبقي كذلك ما لم يتقرر بطلانه (2).

قد تطرقت إليه المادة 100 من القانون المدني الجزائري "...وتستند الإجازة إلى تاريخ الذي تم فيه العقد، دون الإخلال بحقوق الغير" (3)، فيرى بعض الفقه أنه عدم إخلال بحقوق الغير ليس سوى الاحتفاظ بحق الرجوع على المجيز بالتعويض عن الضرر الذي يصيب الغير بسبب الإجازة (4).

ينصرف أثر الإجازة فقط على العيب الذي قصدت إزالته إن كان مثلاً الإكراه، فيزيل فقط هذا الأخير، وإن كان هناك عيوب أخرى يبقى باب الطعن مفتوحاً لأجلها (5).

(1) تنص المادة 1338 من القانون المدني الفرنسي «على أن التأييد الصريح لا يكون ذا مفعول إلا إذا كانت وثيقة التأييد تتضمن جوهر

العقد والعيب الذي كان فيه ومشية العدول عن دعوى البطلان»؛ وتنص المادة 337 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية «إمضاء

الالتزام القابل للفسخ قانوناً أو التصديق عليه لا يصح إلا إذا تضمنت مضمونه مع بيان السبب الموجب للفسخ».

(2) إختلف الفقهاء في تفسير معنى الغير منهم من يقول يقصد بالغير الخلف الخاص لأن من المحتمل مساس الإجازة بمصالحه، ومنهم

من يرى "أنه الشخص الذي يبرم عقداً مع شخص آخر على أن يكون هذا الأخير قد أجري -فيما قبل- تصرفاً باطلاً، لا يزال حقه في

طلب الإبطال ثابتاً لو شاء إستعمله وإن شاء تنازل عنه صراحة أو ضمناً"، ومنهم من يعرف الغير أنه "كل ما اكتسب حقا على العين

موضوع العقد"، ومجمل القول المقصود بالغير الذي يخص الإجازة هو الخلف الخاص، علي فيلاي، مرجع سابق، ص. 265-266.

(3) المادة 100 من الأمر رقم 75-58، يتضمن التقنين المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

(4) جلال علي العدوي، مرجع سابق، ص. 193.

(5) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العامة، ج2، مرجع سابق، ص. 671؛ أنور سلطان، مرجع سابق، ص. 188.

القول بأن العقد القابل للإبطال ينتج آثاره القانونية منذ إبرامه مسألة متفق عليها وهذا ما يجعله من باب أولى من إعتباره صحيحا بأثر رجعي، فالإجازة لا تنشئ وضعا جديدا إنما ترجع أثره إلى تاريخ إبرام العقد؛ لأنها تصحيح لوضع كان غير صحيح فيلزم عودته إلى وقت إبرامه، لما كان آثاره ومفاعيله غير مستقرة وهذا التصحيح يعيد إستقرار العقد، وهذا ما هو مأخوذ لدى كافة الفقهاء (1).

ومن الممكن أن تكون الإجازة متاحة لكلا المتعاقدين في حالة ما إذا كان الأول عابت إرادته والثاني ناقص الأهلية، فإن أجاز الأول زال حقه في إبطال العقد دون الثاني الذي يبقى حقه قائما إلى أن يجيزه، وهذا لأن الإجازة نسبية مقررة لصالح من تضررت مصلحته وإن تعدد أطراف العقد وتضرر لمصلحته الإبطال إن أجاز أحدهم لا يكون له أثر للأخرين، إنما يظل حقه قائما بينما يسقط حق المجيز في إبطال العقد (2).

الفرع الثاني

تقديم حق الإبطال بمضي المدة

يتقدم حق الإبطال بمضي المدة المقررة قانونا إذا ما لم يتمسك صاحب الحق فيه.

أولاً- المقصود بالتقديم

هو وسيلة لكسب الحق أو لإنقضائه بمرور مدة معينة المنصوصة عليها في القانون مبينا شروطه وأنواعه من بين أنواعه نجد التقديم المسقط وهو الطريقة لإنقضاء الديون ويكون سببا من أسباب إنقضاء الإلتزام، والتقديم المكسب يكسب الحقوق العينية دون الشخصية (3).

(1) سعاد دراج، مرجع سابق، ص.63.

(2) محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني وفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.204.

(3) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج2 في الإلتزامات نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط4؛ (د ن)، (د م ن)، ص.474.

يتضح من خلال المادة 101 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾، أنها وضعت حماية لمعيب الرضا المتمثلة في حق إبطال العقد إذا ما كانت مدة الإسقاط لم تصل بعد، ولا يجوز بعد ذلك حين إنقضائها طلب إبطال العقد، ونتيجة على ذلك يتقرر العقد ويزول التهديد بالإبطال ويصبح العقد نافذا لكليهما، ويتبين منها أيضا أنه ورد فيها مدتان: الأولى أن يمارس الحق في الإبطال خلال 5 سنوات تبدأ من تاريخ إنقطاع الإكراه، فتقررت هذه المدة لإستقرار المعاملات، ونفس الشيء في الثانية والتي يكون فيها التمسك بحق الإبطال الإكراه خلال 10 سنوات من وقت إبرام العقد، فإذا إنقضت أقصر المدتين تقادم الحق في إبطال العقد بسبب العيب⁽²⁾.

كما يترتب أيضا عدم جواز للمحكمة أن تحكم تلقائيا بإنقضاء حق الإبطال بسبب التقادم عند فوات المدتين السابقتين، إنما يجب أن يكون بناء على طلب المدين أو أحد دائنيه أو كل ذي مصلحة إن لم يتمسك به المدين⁽³⁾.

إذا كانت فوات المدة المشترطة بطلب الإبطال يمنع رفع دعوى الإبطال، فإن قابلية الدفع به قد عرفت جدلا فقهيا، إذ يرى بعض الفقه أن سقوط الدعوى لا يترتب سقوط الدفع بالإبطال حسب ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بإعتبار دعوى الإبطال مؤقتة بينما الدفع بالإبطال دائم، وذهب البعض الآخر إلى أن سقوط دعوى الإبطال يقضي بالضرورة سقوط الدفع بالإبطال⁽⁴⁾.

(1) تنص المادة 101 من القانون المدني الجزائري "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم إنقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو التدليس أو إكراه إذا إنقضت 10 سنوات من تمام العقد". من أمر 58-75، يتضمن التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

(2) سليمان مرقس، مرجع سابق، ص.476؛ سعاد دراج، مرجع سابق، ص.70-71.

(3) العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام، مرجع سابق، ص.185.

(4) ألان بينابنت، القانون المدني الموجبات (الإلتزامات)؛ ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، لبنان، 2004،

ص.161-162؛ خليل أحمد حسن ققادة، مرجع سابق، ص.69.

أما الراجح من ذلك نعود إلى نص المادة 101 من القانون المدني الجزائري التي أحسنت الأمر بأن التقادم يلحق حق الإبطال وليس دعوى الإبطال، لذا فإنه ينتج على تقادم الحق عدم إمكانية المطالبة به وكذا الدفع به، وعليه نلاحظ أن المشرع الجزائري لا يفرق بين الدعوى والدفع بالإبطال .

مما سبق فإن التقادم لعيوب الإرادة ونقص أهلية أدرج في تقنين المدني الجزائري نقلا عن نظيره المصري والفرنسي، والعبرة منه المحافظة على إستقرار التعامل بين أفراد المجتمع وأفراد المراكز الواقعية والحفاظ على المصلحة العامة؛ لأن تقريرها بعد هذه المدة يترتب عليه زعزعة المعاملات وعدم إستقرارها، وعليه يهدف إلى تأييد الأوضاع المستقرة والمعاملات مما يمكن تسمية هذا التقادم بعبارة "الإجازة المفروضة بقريئة قانونية لا تقبل إثبات العكس"⁽¹⁾ .

ثانيا- آثار التقادم

إذا إنقضت مدة التقادم فإنه يتمتع على من عيبته إرادته بالإكراه أن يتمسك بدعوى إبطال العقد، فيسقط بفوات هذه المدة الحق في إبطال العقد بطلانا نسبيا، وإذا سقط الحق في إبطال العقد فإنه يتحقق ويتأكد ويكون غير قابل للزوال بسبب ذلك العيب (الإكراه) ويأخذ التقادم نفس حكم الإجازة من حيث الآثار، وعليه يصبح العقد صحيحا بأثر رجعي ليس من تاريخ سقوط الحق إنما من تاريخ إبرامه.

وسقوط حق إبطال العقد بالتقادم نتيجة الإكراه لا يسقط الحق في طلب التعويض عن العمل غير المشروع المتحصل عليه بالإكراه، وإذا نفذ المتعاقد إلزامه رغم أن إرادته شابها عيب من عيوب الرضا ثم سكت حتى زال العيب، فإنه لا يستطيع التمسك بالبطلان عن طريق دفع الدعوى⁽²⁾ .

(1) محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.172-173.

(2) عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص.522،524؛ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص.278.

المطلب الثالث

التعويض

ينبغي علينا تحديد أحكام التعويض نظرا للأهمية التي يكتسبها، لذا سنتناول تعريف التعويض في (الفرع الأول)، ونتطرق إلى شروط إستحقاقه في (الفرع الثاني)، وأثار المترتبة عليه في (الفرع الثالث).

الفرع الأول

المقصود بالتعويض

فالتعويض من الناحية اللغوية هو من عوض، والعوض يستعمل بمعنى البذل والخلف، ونجد أن فقهاء القانون المدني لم يضعوا نص خاص بتعريف التعويض، وقد يتم التعاقد تحت تأثير الإكراه وهو عمل غير مشروع وقد يسبب ضرر للمتعاقد المكره فيستوجب التعويض له على أساس القواعد المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾، طبقا لمقتضيات المادة 124 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾.

وعدم تعرض فقهاء القانون لتعريف التعويض في نصوص محددة تبين تعريفه، ذلك نتيجة لوضوح فكرته وعناصره في التشريعات الوضعية والمدنية كما يظهر من القانون المدني الجزائري الذي نص في المادة 132 منه "يعين القاضي طريقة التعويض..."⁽³⁾، كما رتبت المادة 124 من نفس القانون الإلتزام بالتعويض في ذمة كل من يسبب ضرر للغير بأفعال غير المشروعة، ومن خلال هذه المواد تم إستخلاص تعريف التعويض في مفهوم القانون المدني الجزائري بأنه "الإلتزام

(1) عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائرية؛ دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص.32؛ محمد علي البدوي، مرجع سابق، ص.158.

(2) تنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري "كل عمل أي كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

(3) المادة 132 من الأمر رقم 75-58، يتضمن التقنين المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

الناشئ في ذمة المتسبب في الضرر بإصلاحه بأداة مالية أو عينية⁽¹⁾ .

وجاء في نص المادة 352 من القانون المدني اليمني على أنه "يشمل التعويض الضرر المادي والضرر الأدبي أيضا ولكن لا يجوز أن ينتقل الحق في تعويض الضرر الأدبي إلى الغير إلا إذا إتفق على ذلك أو كان صاحب الحق قد طلب به أمام القضاء"، فالتعويض حسب هذه المادة يشمل الضرر المادي والضرر الأدبي⁽²⁾ .

الفرع الثاني

شروط إستحقاق التعويض

يجب توفر مجموعة من شروط لقيام المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الإكراه، وهذه الشروط تتمثل في الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية والتي تعتبر أيضا أركان هذه المسؤولية.

أولاً - الخطأ

تقوم المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الإكراه على أساس الخطأ التقصيري وليس على الخطأ العقدي، والخطأ هو الشرط الأول لتقوم المسؤولية التقصيرية الناتجة عن الإكراه، وهو بوجه عام "إنحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد"، فهو إذن الإنحراف في السلوك المألوف للشخص العادي، ويتمثل في وجوب أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، فإذا إنحرف عن هذا السلوك الواجب وكان مدركا لهذا الإنحراف كان هذا منه خطأ يستوجب المسؤولية التقصيرية⁽³⁾ .

والسلوك المنحرف يجب في تقديره أن يخضع لمعيار الموضوعي سواء كان هذا السلوك المنحرف بفعل عمدي كأن يقصد الإضرار بشخص آخر، أو غير عمدي كأن يكون نتيجة إهمال

(1) عبد الهادي بن زينة، مرجع سابق، ص. 34-35.

(2) المادة 352 من قانون رقم 14 لسنة 2002، يتضمن التقنين المدني اليمني.

(3) هائل حزام ميهوب العامري، مرجع سابق، ص. 241؛ العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام مرجع سابق، ص. 63.

كما يجب الأخذ بعين الاعتبار ظروف وكفاءة وخبرة من نسب إليه الخطأ، ويقع عبئ إثبات الخطأ على مدعي الإكراه، وذلك بكافة طرق الإثبات؛ لأن الإكراه واقعة مادية غير مشروعة⁽¹⁾.

ومما سبق ذكره فإن التعويض لا يكفي لإستحقاقه أن يحدث الضرر بفعل الشخص، بل يجب أن يكون ذلك الفعل خطأ؛ لأن الخطأ هو شرط الأساسي لقيام المسؤولية التقصيرية، وعليه فإنه يجب على المضرور التمسك بالخطأ الذي أوقعه الشخص وأن يقوم الدليل عليه⁽²⁾.

ثانياً - الضرر

الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة، وبمعنى الآخر هو الإخلال بمصلحة مشروعة، سواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية، وقد نص المشرع الجزائري عن الضرر في المسؤولية التقصيرية في المادة 124 من القانون المدني من أن يكون الخطأ الموجب للتعويض قد سبب ضرراً للغير، بغير تحديد لقدر الضرر مما يستتبع قيام المسؤولية بأي قدر من الضرر، وعلى من يدعي الضرر أن يثبته بكافة طرق الإثبات؛ لأن الضرر واقعة مادية⁽³⁾.

وعليه يجب أن يلحق الشخص ضرراً لقيام المسؤولية التقصيرية الناتجة عن الإكراه؛ لأنه لا يكفي صدور خطأ العمدي من المكره أو الغير⁽⁴⁾، طبقاً لأحكام المادتين 304 من القانون المدني اليمني، والمادة 163 من القانون المدني المصري⁽⁵⁾.

(1) هائل حزام ميهوب العامري، مرجع سابق، ص. 241.

(2) سليمة عدلي، مرجع سابق، ص. 106.

(3) العربي بالحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج1؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص. 67-68.

(4) هائل حزام ميهوب العامري، مرجع سابق، ص. 242.

(5) تنص المادة 304 من القانون المدني اليمني على أن " كل فعل أو ترك غير مشروع سواء كان ناشئاً عن عمد أو شبه عمد أو خطأ إذا سبب للغير ضرراً يلزم من إرتكبه بتعويض الغير عن الضرر الذي أصابه ولا يخل ذلك بالعقوبات المقررة للجرائم طبقاً للقوانين النافذة". وتتص المادة 163 من القانون المدني المصري على أن "كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم من إرتكبه بالتعويض".

ويشترط في الضرر أن يكون شرطاً لقيام المسؤولية التقصيرية ويمكن أن يكون الضرر مادياً أو معنوياً، ولتعويض عنه يجب أن يكون محقق الوقوع وألحق الضرر بالمتعاقد الآخر وقت مطالبته بالتعويض، ويقع عبئ إثبات الضرر الناتج عن الإكراه على المكره بكافة الطرق بما فيها البينة والقرائن بإعتبار الضرر واقعة مادية، والضرر يتمثل بوسائل الإكراه الضاغطة مادية أو أدبية، والتي يتولد عنها خطر جسيم يخلق خوف في نفس المكره⁽¹⁾.

ثالثاً - العلاقة السببية

يشترط لقيام المسؤولية أن يكون الخطأ هو السبب الذي ترتب عليه الضرر، وهذه هي العلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر، والعلاقة السببية هي الركن الثالث من أركان المسؤولية، وبإنتفاء هذه العلاقة لا تنشأ المسؤولية ولا يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض، فعلى المتعاقد أن يثبت طلبه في إبطال التصرف القانوني بأن إرادته قد وقعت تحت إكراه من طرف المتعاقد الآخر، فإنه تنشأ علاقة سببية مباشرة وعليه فالإكراه هو السبب الدافع إلى إبرام التصرف القانوني فإن لم يكن الإكراه هو السبب الحقيقي الدافع للتعاقد فإن دعوى الإبطال ترفض ويرفض معه طلب التعويض لإنتفاء ركن العلاقة السببية فيجب على المكره أن يثبت وقوع الخطأ من طرف المكره أو من غيره، والضرر الذي لحقه من واقعة إبرام التصرف تحت الإكراه، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر⁽²⁾.

الفرع الثالث

أثار التعويض

يستحق المكره إقتضاء التعويض إذا توافرت شروط قيام المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الإكراه، كما أن المشرع القانوني أجاز الجمع بين دعوى إبطال العقد للإكراه ودعوى التعويض وذلك عندما لا يكفي إبطال العقد في رفع الضرر عنه، ولا يكون هذا الجمع إلا إذا توافرت شروط

(1) آلان بينابنت، مرجع سابق، ص. 453؛ هائل حزام ميهوب العامري، مرجع سابق، ص. 242.

(2) زرقاط عيسى، مرجع سابق، ص. 164.

الإبطال وشروط إستحقاق التعويض، نظرا لما يملكه الإكراه من طبيعة مزدوجة، فهو من ناحية الأولى عيب في الإرادة يخول لمن أعيبت إرادته حق طلب إبطال العقد وهذا طبقا لقواعد الرضائية ومن الناحية الثانية أنه يعد عملا غير مشروع يخول لصاحبه إستحقاق التعويض⁽¹⁾.

هناك حالات تخول للمكروه حق طلب التعويض دون إبطال العقد وهذا ما يفهم ضمنا من القانون المدني اليمني والمصري في النصوص المنظمة للإكراه.

_ الحالة الأولى إذا توافرت شروط الإبطال وشروط طلب التعويض، إلا أنا للمتعاقد المكروه إرادة منه في إبقاء العقد فإنه يطلب التعويض دون الإبطال.

_ الحالة الثانية إذا لم تتوافر الشروط الواجبة لقيام الإكراه مثل شرط إتصال الإكراه بعلم المتعاقد الآخر، إذا كان الإكراه صادرا من شخص أجنبي، فلا يكون للمتعاقد المكروه إلا حق الرجوع بالتعويض على من مارس الإكراه عليه⁽²⁾.

(1) سليمة عدلي، مرجع سابق، ص.107.

(2) هائل حزام ميهوب العامري، مرجع سابق، ص.243.

خاتمة الفصل الثاني

نخلص من خلال هذا الفصل إلى أن من بين آثار الإكراه في الفقه الإسلامي نجد الحكم الأصلي للإكراه إذ يعتبر أن عقد المكره موقوف النفاذ على إجازة المكره ، إلا أنه يتبع الحكم الأصلي لتصرفات المكره آثار تبعية والمتمثلة في الفسخ والإسترداد والإجازة والضمان، وأثار العامة المتمثلة في عدول المكره على ما وقع عليه الإكراه فيبقى تصرفه جائز ولا أثر للإكراه فيه، أما في حالة تخييره فعليه إختيار أهون الضررين، يمكن إثبات الإكراه بكافة الوسائل بإعتباره واقعة مادية وهذا ما يتفق معه القانون.

أما آثار الإكراه في القانون الوضعي فإن عقد المكره يكون باطلا بطلانا نسبيا، كما أن الإبطال قاصر على ضحية الإكراه سواء المتعاقد المكره شخصيا أو القائم مقام المتعاقد ويتقرر الإبطال بالدعوى أو بالدفع ويترتب عليه زوال العقد بأثر رجعي وإعادة المتعاقدين والغير إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، ولتقادي الإبطال بإمكان المكره إجازة التصرف الواقع تحت الإكراه ومن ثم تتجهت إرادته لتأكيد العقد، وتكون الإجازة منصرفة فقط على عيب الذي قصدت إزالته ومن ثم يترتب عليها زوال التهديد بالإبطال وتعود بأثر رجعي إلى يوم إبرام العقد، وليس فقط الإجازة التي تمكن من تصحيح العقد إنما يمكن أن يزول التهديد بالإبطال عن طريق التقادم المسقط حسب ما جاء به القانون المدني الجزائري، إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات من يوم إنقطاع الإكراه، غير أنه لا يجوز التمسك به إذا إنقضت 10 سنوات من وقت تمام العقد، كما نعلم أن الإكراه عمل غير مشروع بدوره يسبب ضرر للمكره فيستوجب تعويضه على أساس المسؤولية التقصيرية إذا ما توافرت شروطها وأركانها وهذا للحفاظ على مصالح الأفراد واستقرار المعاملات.

خاتمة

الإكراه حالة من حالات الضرورة التي جعل لها الشارع الحكيم أحكاما إستثنائية خاصة بها وفكرة الإكراه ليست فكرة حديثة إذ عالجتها الشرائع القديمة التي إنتهت إلى مدى خطورة هذا الظرف فعملت على وضع أحكام خاصة بها وكذلك تطرق إليها القانون الوضعي وبين حكمه في مختلف التصرفات، وعليه عرفه الفقه الإسلامي بأنه حمل الإنسان غيره على ما لا يرضاه قهرا، وعرفه القانون الوضعي بأنه ضغط غير مشروع يبعث في نفسية الشخص رهبة بينة تدفعه إلى التعاقد، وهذا الإكراه أمر محضور في الشريعة الإسلامية وكذا في القانون الوضعي.

ليس الإكراه فقط هو عيب الوحيد من العيوب الإرادة إنما هنالك عيوب أخرى كالغلط والتدليس، إلا أنه تشترك جميعا مع الإكراه كونها سببا من أسباب الإلجاء إلى التصرف المراد إتيانه، ويتسم الإكراه بمجموعة من الشروط التي لا يتحقق من دونها، إذ نجد أن الفقه الإسلامي يتفق مع القانون الوضعي في أن يكون الخطر موشك الوقوع وحقيقيا ومعينا، غير أن الفقه الإسلامي يشترط أن تكون الوسيلة المستعملة في الإكراه شديدة، في حين أن القانون الوضعي إكتفى في إعتبار الخطر جسيما يهدد المكروه، كما يتفقان من حيث إشتراط صدور الضغط من المتعاقد الآخر، وهذا لا إشكال فيه وإنما الإشكال يكمن في صدوره من شخص أجنبي، فيبشترط القانون الوضعي لإبطال التصرف أن يكون المكروه عالما به أو إمكانية العلم به، أما في الفقه الإسلامي يكتفون بحصول الإكراه ولو كان المتعاقد الآخر غير عالم به، كما إشتراط الفقه الإسلام أن يكون المكروه قادرا على تنفيذ ما هدد به على عكس القانون الوضعي الذي إكتفى بالرهبة البينة، كما يتفقان على أن ما أكره عليه المكروه ممتنعا عن فعله قبل الإكراه، وإذا قام المكروه بفعل ما أكره عليه يخلص نفسه من التهديد.

يختلف تقسيم الإكراه في القانون الوضعي عن تقسيمه في الفقه الإسلامي، إذ قسمه القانون الوضعي إلى إكراه مادي وإكراه معنوي، في حين قسمه الفقه الإسلامي إلى إكراه ملجئي وإكراه غير ملجئي، ورغم الإختلاف في التقسيم إلا أن القانون الوضعي والفقه الإسلامي يتفقان حول المعيار

المتبع في هذا التقسيم هو معيار المعنوي، إذ يراعى في كثير من الإعتبارات كالمسئولية وجنسه ومستواه الثقافي والعلمي وحالته الصحية وكل الظروف التي أحاطت به وغيرها من الإعتبارات.

حكم الإكراه في الفقه الإسلامي ينقسم إلى آثار أصلية و آثار تبعية و آثار عامة، فالآثار الأصلية بعد تضارب الفقهي حول حكم تصرفات المکره فإن الحكم الراجح هو أن عقد المکره يكون موقوف النفاذ على إجازته نظرا للإخلال بالإكراه بمصلحته، أما الآثار التبعية نجد الفسخ وهو حل الرابطة التعاقدية وهو حق ينفرد به المکره، ومن ثم إسترداد المبع وعليه يعاد الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، والإجازة تكون إما صريحة أو ضمنية يترتب عنها زوال الإكراه وإبقاء التصرف نافذا وتكشف عن صحة التصرف من وقت صدوره، كذلك نجد الضمان الذي يكون حينما يتعذر إسترداد المبيع لتلفه أو تصرف المشتري تصرفا لا يقبل الرد، أما الآثار العامة للإكراه نجد عدول المکره على ما وقع عليه الإكراه فهنا يبقى التصرف جائز لا أثر للإكراه فيه، في حين إذا تم تخييره فإنه يختار أهون الشرين، والإكراه يمكن إثباته بكافة الوسائل كشهادة الشهود والإثبات باليمين والقرائن.

حكم الإكراه في القانون الوضعي أن عقد المکره يكون باطلا بطلانا نسبيا ويتم بمرحلتين: الأولى التي لم يتقرر بطلانه فيعتبر كعقد صحيح، أما الثانية حينما يتقرر بطلانه ينعدم وجوده القانوني ويزول بأثر رجعي، كما أنا الإبطال يقتصر على ضحية الإكراه شخصيا أو القائم مقام المتعاقد ويتقرر الإبطال بالدعوى أو بالدفع، وينجم على الإبطال زوال العقد بأثر رجعي وإعادة الأطراف إلى الوضع الذي كانوا عليه قبل التعاقد، ولتفادي الإبطال والآثار المترتبة عليه يلجأ المکره إلى إجازة التصرف وتأييد العقد وعليه يترتب زوال التهديد بالإبطال وتعود الإجازة بأثر رجعي إلى يوم إبرام التصرف، وليست الإجازة فقط هي التي تزيل التهديد بالإبطال إنما يمكن أن يزال بالتقادم بعد إنقضاء المدة المقررة قانونا والتي تختلف من قانون إلى الآخر، كما للمکره حق التعويض طالما أن الإكراه عمل غير مشروع يولد ضررا للمکره وعليه يستوجب تعويضه على أساس المسئولية التقصيرية بهدف تحقيق المصلحة العامة التي تقتضي حماية نظام الإجتماعي والحفاظ على إستمرار الأوضاع بين الأفراد.

بعد دراستنا لهذا الموضوع إتضح لنا وجود بعض الثغرات في القانون المدني الجزائري، وعليه نبادر بتقديم بعض الإقتراحات حذا لو يأخذ بها ومن بين هذه الإقتراحات:

1_ على المشرع الجزائري إضافة مواد أخرى تتعلق بعيب الإكراه، فتخصيصه فقط في مادتين 88 و89 من القانون المدني فإنهما لا تكفيان نظرا للدور البالغ الذي يلعبه الإكراه ضمن عيوب الإرادة.

2_ على المشرع الجزائري تعديل المادة 88 فقرة 2 بإستبدال مصطلح الأقارب بالغير؛ نظرا لعدم تحديده لدرجة القرابة، فقد يكون القريب غير عزيز لدى المكروه كما قد يكون الغير هو غير قريب عزيزا كالصديق الحميم، ويترتب على ذلك أنه لو هدد شخص آخر بإلحاق أذى بعزيز لديه وأكراه على إبرام العقد فلا يستطيع من وقع عليه الإكراه إبطال العقد طبقا لهذه المادة لأنها حددت الغير بأنه قريب.

3_ ضرورة إجراء تعديل تشريعي في القانون المدني الجزائري فيما يخص مدة تقادم دعوى إبطال الإكراه بمرور 5 سنوات من يوم إنقطاع الإكراه؛ لأنها مدة طويلة تؤدي إلى عدم استقرار المعاملات، وتقليصها إلى ثلاث سنوات كالقانون المدني المصري.

فهرس الآيات القرآنية:

إسم السورة	الآية	رقم الآية	الصفحة
البقرة	كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَّكُمْ	216	6
البقرة	عَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ وَعَسَىٰ أَنْ تُحِبُّوا شَيْئًا وَهُوَ شَرٌّ لَّكُمْ	216	6
البقرة	وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ	191	65
البقرة	وَلَا تُقْفُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ	195	64
البقرة	فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ۗ	230	54
البقرة	لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ ۗ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ ۗ فَمَنْ يَكْفُرْ بِالطَّاغُوتِ وَيُؤْمِن بِاللَّهِ فَقَدِ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَىٰ لَا انْفِصَامَ لَهَا ۗ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ	256	11
آل عمران	وَلَهُ أَسْلَمَ مِنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ طَوْعًا وَكَرْهًا وَإِلَيْهِ يُرْجَعُونَ	83	6
النساء	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ۗ	29	53
يونس	لو شاء ربك لَأَمِنَ من في الأرض كلهم جميعا أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين	99	12
يوسف	وَجَاءُوا عَلَىٰ قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ ۗ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنفُسُكُمْ أَمْرًا ۗ فَصَبْرٌ جَمِيلٌ ۗ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَىٰ مَا تَصِفُونَ	18	67
النحل	وَلَا تَتَّقُوا الْإِيمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا	91	67

65	106	مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيْمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيْمَانِ	النحل
12	29	وَقُلِ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكُمْ ۖ فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيُكْفُرْ	الكهف
12	33	وَلَا تُكْرِهُوا فَتِيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِنَبْتَلِيَهُنَّ عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهِنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ	النور
64	68	وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ ۖ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا	الفرقان
66	2	وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ۚ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا	الطلاق
12	3	إِنَّا هَدَيْنَاهُ السَّبِيلَ إِمَّا شَاكِرًا وَإِمَّا كَفُورًا	الإنسان

فهرس الأحاديث النبوية الحديثة:

الصفحة	الحديث
13	إنما البيع عن التراضي
13	لا طلاق ولا عتاق في إغلاق
13	رفع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما أسترهوا عليه
14	أبغض الحلال عند الله الطلاق

قائمة

مصادر

و

المراجع

1) قائمة المصادر والمراجع في الفقه الإسلامي:

أ- كتب التفسير:

1. ابن كثير(774هـ): تفسير القرآن العظيم للإمام إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1356هـ/ 1937م .

ب- كتب الحديث:

1. ابن ماجه(275هـ): سنن ابن ماجه، للإمام الحافظ أبو عبد الله ابن ماجه، ، دار الفكر للتراث، القاهرة، 2010.

2. البيهقي(458هـ): السنن الكبرى، للإمام أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، ج7؛ دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420هـ/1998م.

ج- المعاجم اللغوية:

1. ابن منظور(711هـ): لسان العرب، للعلامة جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم بن علي بن أحمد بن منظور ، ، دار المعارف، القاهرة، 1375هـ/ 1956م.

2. الرازي(666هـ): مختار الصحاح، للإمام محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مكتبة مصطفى الحلبي القاهرة، 1369هـ/1950م.

د- مصادر الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة:

_ الفقه الحنفي:

1. ابن نجيم(970هـ): البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للإمام العلامة الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم، ج6، ج8؛ دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، 1422هـ، 2002.

2. ابن نجيم(970هـ): الأشباه والنظائر، للإمام العلامة الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم، ج1، ج2؛ مطابع العرب، (د ب ن)، 1387هـ/1968م.

3. **إبن همام(681هـ):** فتح القدير شرح الهدايا، للعلامة كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بإبن همام، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1415هـ/1995م.
4. **السرخسي(490هـ):** المبسوط ، للإمام شمس الدين محمد أبي بكر بن أحمد السرخسي، ج16، ج24؛ دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت ، لبنان ، 1406هـ.
5. **القادري(1138هـ):** البحر الرائق شرح كنز الدقائق، محمد بن حسين بن علي الطوري القادري الحنفي، ج7؛ دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ-1997م.
6. **الكساني(587هـ):** بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، ج6 ج7، ط2؛ دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ/2003م.
7. **مجلة الأحكام العدلية،** الصادرة في الدولة العثمانية، لسنة 1876، تأليف مجموعة من العلماء المحققين، مطبعة الجوانب، عدد الثاني والرابع، 1297هـ.

_ الفقه الحنبلي:

1. **إبن قدامة(620هـ):** المغني، للإمام إبن قدامة عبد الله بن أحمد، ج7، ط3؛ دار عالم الكتاب، الرياض، 1417هـ، 1997م .

_ الفقه المالكي:

1. **الخطاب(954هـ):** مواهب الجليل، للعلامة أبي عبد الله محمد بن محمد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب، ج4، دار الفكر، د.ب.ن، 1412هـ/1993م.
2. **القيرواني(386هـ):** النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، للإمام أبي محمد عبد الله بن أبي زيد المعروف بالقيرواني، ج8؛ دار الكتب العلمية، لبنان، 2010.

هـ- الكتب الحديثة في الفقه الإسلامي:

1. **أحمد شاكر،** المحلي بلأثار، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2010.
2. **إبراهيم بن محمد الفائز،** الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ط2؛ مكتبة أسامة، الرياض، 1983.
3. **طه جابر العلواني،** لا إكراه في الدين، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2003 .

4. علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي؛ دار الفكر العربي، القاهرة، 2000.
5. كفاح عبد القادر السوري، التغيير وأثره في العقود؛ دار الفكر، عمان، 2007.
6. محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، ج2؛ مكتبة دار البيان، دمشق، بيروت، 1402هـ/1982م.
7. مصطفى أحمد الزرقا، مدخل الفقهي العام، ج1، ط2؛ دار القلم، دمشق، 1425هـ/2004.

(2) قائمة المصادر والمراجع في القانون:

أولاً- باللغة العربية:

أ / الكتب:

1. أحمد عبد الحميد عشوش، العقود المدنية في الشريعة الإسلامية، ج1؛ دار ثروة للنشر، (د م ن)، (د س ن).
2. ألان بينابنت، القانون المدني الموجبات (الإلتزامات)؛ ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، لبنان، 2004.
3. العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون الجزائري، ج1 التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ط5؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
4. العربي بلحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج1؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
5. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج1، ط2؛ (د ن)، (د م ن)، 1997.
6. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للإلتزامات: مصادر الإلتزام؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، لبنان، 2006.
7. أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
8. أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"؛ دار الثقافة، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.

9. أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني؛ المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004.
10. جاك غستان، المطول في القانون المدني "تكوين العقد"؛ ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2000.
11. جلال علي العدوي، أصول الإلتزامات، مصادر الإلتزام؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
12. جميل الشراوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري؛ دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
13. جهاد صالح العتيب، القواعد القضائية في شرح القانون المدني "العقد"، ج2؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.
14. حميد سلطان علي الخاليلي، الإكراه وأثاره في المسؤولية الجنائية: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الجنائية؛ منشورات الحلبي القانونية، لبنان، 2013.
15. زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود مع المقارنة بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية، ج4؛ (د ن)، (د س ن) .
16. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج2 في الإلتزامات نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط4؛ (د ن)، (د م ن)، 1987.
17. صلاح الدين شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني "دراسة موازنة بالفقه الإسلامي"؛ دار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.
18. عبد الحسيب سند عطية، الإكراه وأثره على إرادة المكره في الأفعال الجنائية والتصرفات الشرعية والعقود المالية في الفقه الإسلامي؛ مكتبة ومطبعة الغد للطبع والنشر والتوزيع، (د م ن) 2001.
19. عبد الحكيم فوده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، ط2؛ دار الفكر والقانون، المنصورة، 1999.
20. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، ج2، ط2؛ منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.

21. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة في الفقه الغربي، ج2؛ دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1953.
22. عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائرية؛ دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
23. عدنان إبراهيم السرحان ونوري محمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية: الإلتزامات؛ دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003.
24. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام "مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري"، ط7؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د س ن).
25. علي فيلاي، الإلتزامات: النظرية العامة للعقد؛ موفم للنشر، الجزائر، 2001.
26. محمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية؛ المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984.
27. محمد حسين منصور، مصادر الإلتزام: العقد والإرادة المنفردة؛ الدار الجامعية، بيروت، 2000.
28. محمد سعود المعيني، الإكراه وأثاره في التصرفات الشرعية، بحث مقارن بين فقه الإسلامي والقانون الوضعي؛ مطبعة الزهراء الحديثة، بغداد، 1985 .
29. محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي؛ دار همومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2000.
30. محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي؛ دار هومه، الجزائر، 2002.
31. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري: النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزامات-التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ط2؛ (د ن)، (د م ن)، 1997.
32. محمد عزمي إيكري، موسوعة الفقه والقضاء في القانون المدني: مصادر الإلتزام، المجلد 3، محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2006.

33. **محمد علي البدوي**، النظرية العامة للإلتزام: مصادر الإلتزام، ج1، ط2؛ منشورات الجامعة المفتوحة، (د م ن)، 1993.

34. **محي الدين إسماعيل علم الدين**، نظرية العقد مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، ط3؛ دار النهضة العربية عالم الكتب ودار حراء المكتبة القانونية، (د م ن)، (د س ن).
35. **مصطفى العوجي**، القانون المدني "العقد"، ج1، ط4؛ منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.

36. **مصطفى محمد الجمال**، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الإلتزام؛ (د ن)، الإسكندرية، (د س ن).

37. **مصطفى محمد الجمال**، مصادر الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.

38. **هائل حزام ميهوب العامري**، نظرية الإكراه المدني بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، (د م ن)، 2005.

39. **همام محمد محمود ومحمد حسين منصور**، مبادئ القانون المدخل إلى القانون الإلتزامات؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، (د س ن).

ب/ الرسائل والمذكرات الجامعية:

_ أطروحة الدكتوراه:

1. **صالح بن عبد الله بن حميد**، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ضوابطه و تطبيقاته، رسالة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية فرع الفقه والأصول، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية مكة المكرمة، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1403هـ.

2. **عيسى زرقاط**، أثر البطلان على المراكز القانونية في التشريع واجتهاد المحكمة العليا، أطروحة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014.

3. **محمد بحر العلوم**، عيوب الإرادة في الشريعة الإسلامية؛ رسالة دكتوراه، كلية الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، 1980.

_ مذكرات الماجستير:

1. إياد إبراهيم محمد عودة، أثر الإكراه على المعاملات المالية؛ رسالة الماجستير في الفقه المقارن، كلية التربية، جامعة الأزهر، غزة، 2012.
2. سعاد دراج، عيوب الرضا بين حماية المتعاقد واستقرار المعاملات، مذكرة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائرن 2012.
3. سليمة عدلي، نظرية الإكراه في المعاوضات المالية بين الشريعة الإسلامية والقانون: دراسة تحليلية مقارنة، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2005 .
4. عبد الرحمان زعل الشرايعة، الضوابط القانونية والشرعية للرضا بالعقود "دراسة مقارنة"، رسالة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014.
5. عبد العزيز بن سعد الحلاف، أثر الإكراه في القصاص و الحدود في الشريعة الإسلامية؛ رسالة الماجستير، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، جامعة الملك عبد العزيز، مكة المكرمة، 1976.
6. لعربي حسين، أثر الإكراه في الأفعال المحرمة في الفقه الإسلامي؛ مذكرة الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، 2012 .
7. محمود جمعة أبو بكر، نظرية الإكراه في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع القانون المدني الجزائري والقوانين العربية الأخرى، لنيل شهادة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية ، جامعة الجزائر، بن عكنون، 1974، 1975.

ج/ المقالات:

1. حسن عبد الله جمد النيل وزايري سعيد، "الإكراه وأثره في الحكم الشرعي"، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، معهد العلوم والبحوث الإسلامية، كلية الدراسات العليا، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، 14 فيفري 2013، ص.5.
2. عبد الرحيم صالح يعقوب، "الإكراه تأصيلا وتطبيقا: دراسة أصولية فقهية"، مجلة العلوم التربوية والدراسات الإسلامية؛ جامعة الملك سعود، عدد22، 2010، ص ص5-10.

3. مازن مصباح صباح وسامي عدنان العجوري، "عيوب الرضا وأثارها على الإرادة العقدية عند الشيخ مصطفى الزرقا دراسة فقهية مقارنة"؛ مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الأقصى، العدد الأول، يناير 2014، ص.108.

4. محمد محمود المحمد، "أثر الإكراه في المعاملات المالية"، مجلة دراسات الإجتماعية؛ عدد الثاني عشر، ديسمبر 2001، ص ص.194-204.

د/ النصوص القانونية:

_ القوانين الوطنية:

1. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق ل 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية، عدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.
2. أمر رقم 76-80 المؤرخ في 29 شوال عام 1396، الموافق ل 23 أكتوبر 1976، المتعلق بالقانون البحري معدل ومتمم.
3. أمر رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429، الموافق ل 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية ، عدد 21، الصادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

_ القوانين الأجنبية:

1. قانون رقم 131 لسنة 1948، يتضمن التقنين المدني المصري، المؤرخ في 29 جويلية 1948، مجلة الوقائع المصرية، العدد 128 مكرر (أ).
2. قانون رقم 40 لسنة 1951، يتضمن التقنين المدني العراقي.
3. قانون رقم 43 لسنة 1976، يتضمن التقنين المدني الأردني.
4. قانون رقم 14 لسنة 2002، يتضمن التقنين المدني اليمني.
5. قانون المجالات المدنية السوداني، المؤرخ في 14 فيفري 1984.
6. قانون الموجبات والعقود اللبناني، صادر في 9 مارس 1932.
7. قانون عدد 87 لسنة 2005، يتضمن مجالات الإلتزامات والعقود التونسية.
8. القانون المدني الفرنسي. Code Civil Francais.

و/القرارات القضائية:

1 . قرار مجلس الأعلى رقم 38345، الصادر بالتاريخ 1985/12/2، المجلة القضائية،
عدد 44 لسنة 1988.

ثانيا - باللغة الفرنسية:

ouvrages:

1. **TRELLARD**, La voilance comme vice de consentement en droit comparé, Mélanges Laborde-la coste, paris, 1963.
2. **JACQUES Flour ;Jean-Luc Aubert ;éric savaux**, Droit civil, les obligations, 1 L'acte Juridique, 12 Edition.
3. **MAZEAUD** (Henri, Léon et Jean.): Leçons de droit civil, par michel de juglard, les obligations, t.2, éd. Paris,1969.

الفهرس

المحتويات الصفحة

.....	الآية الكريمة
.....	كلمة شكر
.....	إهداء
.....	قائمة المختصرات
2.....	مقدمة
4.....	الفصل الأول: ماهية الإكراه بين الفقه والقانون
5.....	المبحث الأول: مفهوم الإكراه
5.....	المطلب الأول: تعريف الإكراه
5.....	الفرع الأول: تعريف الإكراه لغة
6.....	الفرع الثاني: تعريف الإكراه إصطلاحاً
8.....	الفرع الثالث: تعريف الإكراه قانوناً
10.....	المطلب الثاني: عدم مشروعية الإكراه
10.....	الفرع الأول: عدم مشروعية الإكراه من القانون
11.....	الفرع الثاني: عدم مشروعية الإكراه من القرآن
13.....	الفرع الثالث: عدم مشروعية الإكراه من السنة
14.....	المطلب الثالث: مقارنة الإكراه مع غيره من عيوب الإرادة
14.....	الفرع الأول: تمييز الإكراه عن غيره من العيوب في القانون
18.....	الفرع الثاني: تمييز الإكراه عن غيره من العيوب في الفقه
19.....	الفرع الثالث: تمييز الإكراه بين الفقه والقانون
23.....	المبحث الثاني: شروط الإكراه وأنواعه ومصادره
23.....	المطلب الأول: شروط الإكراه
23.....	الفرع الأول: شروط الإكراه في القانون
24.....	أولاً: وجود خطر يهدد المكرّر
26.....	ثانياً: وجود ضغط يبعث في نفس المتعاقد رهبة دون حق

32	ثالثا: صدور ضغط من المتعاقد الآخر أو علمه به أو إمكانية العلم به
33	الفرع الثاني: شروط الإكراه في الفقه الإسلامي
34	أولا: المكروه
34	ثانيا: المكروه
35	ثالثا: المكروه به
37	رابعا: المكروه عليه
38	الفرع الثالث: مقارنة شروط الإكراه بين الفقه والقانون
38	أولا: أوجه الإتفاق
40	ثانيا: أوجه الإختلاف
41	المطلب الثاني: أنواع الإكراه
41	الفرع الأول: أنواع الإكراه في القانون
41	أولا: الإكراه المادي
41	ثانيا: الإكراه المعنوي
42	الفرع الثاني: أنواع الإكراه في الفقه الإسلامية
43	أولا: الإكراه الملجئي
43	ثانيا: الإكراه غير الملجئي
45	الفرع الثالث: مقارنة أنواع الإكراه بين الفقه والقانون
45	أولا: أوجه الإتفاق
46	ثانيا: أوجه الإختلاف
47	المطلب الثالث: مصادر الإكراه
47	الفرع الأول: صدور الإكراه من أحد المتعاقدين
47	الفرع الثاني: صدور الإكراه من الغير
48	الفرع الثالث: صدور الإكراه من الظروف
50	خاتمة الفصل الأول
51	الفصل الثاني: أحكام الإكراه بين الفقه والقانون

52	المبحث الأول: أثار الإكراه في الفقه الإسلامية.....
52	المطلب الأول: الأثار الأصلية للإكراه.....
52	الفرع الأول: تصرفات المكروه باطلة.....
54	الفرع الثاني: تصرفات المكروه فاسدة.....
56	الفرع الثالث: تصرفات المكروه موقوفة.....
57	الفرع الرابع: تصرفات المكروه غير لازمة.....
58	المطلب الثاني: الأثار التبعية للإكراه.....
58	الفرع الأول: الفسخ والإسترداد.....
58	أولاً: المقصود بالفسخ والإسترداد.....
59	ثانياً: أثار الفسخ والإسترداد.....
60	الفرع الثاني: الإجازة.....
60	أولاً: المقصود بالإجازة.....
61	ثانياً: أنواع الإجازة.....
61	الفرع الثالث: الضمان.....
62	أولاً: المقصود بالضمان.....
62	ثانياً: أثار الضمان.....
63	المطلب الثالث: الأثار العامة للإكراه.....
63	الفرع الأول: عدول المكروه إلى غير ما وقع عليه الإكراه.....
64	الفرع الثاني: تخيير المكروه.....
65	الفرع الثالث: إثبات الإكراه.....
66	أولاً: الإثبات بشهادة الشهود.....
66	ثانياً: الإثبات باليمين.....
67	ثالثاً: الإثبات بالقرائن.....
68	المبحث الثاني: أثار الإكراه في القانون الوضعي.....
68	المطلب الأول: قابلية العقد للإبطال.....

69	الفرع الأول: المقصود بقبالية العقد للإبطال
70	الفرع الثاني: خصائص العقد القابل للإبطال
72	الفرع الثالث: الإبطال قاصر على ضحية الإكراه
72	أولاً: التمسك بالإبطال حق لمن تقرر لمصلحته
74	ثانياً: تقرير الإبطال بالدعوى أو بالدفع
75	الفرع الرابع: آثار تقرير الإبطال
76	أولاً: زوال العقد
76	أولاً: تأثير حقوق المتعاقدين والغير
77	المطلب الثاني: تصحيح العقد القابل للإبطال
78	الفرع الأول: الإجازة
78	أولاً: المقصود بالإجازة
80	ثانياً: آثار الإجازة
81	الفرع الثاني: تقادم حق الإبطال بمضي المدة
81	أولاً: المقصود بالتقادم
83	ثانياً: آثار التقادم
84	المطلب الثالث: التعويض
84	الفرع الأول: المقصود بالتعويض
85	الفرع الثاني: شروط إستحقاق التعويض
87	الفرع الثالث: آثار التعويض
89	خاتمة الفصل الثاني
90	خاتمة

ملخص

إن الإكراه واقعة مادية غير مشروعة تمس بإرادة الغير وكرامتهم وهو على نوعين مادي ومعنوي، ولا يتحقق إلا بتوفر جملة من الشروط، ويمكن أن يصدر من أحد المتعاقدين أو من الغير أو من الظروف إذ لا يشترط إتصال الإكراه بالمتعاقدين الأخر.

تقع تصرفات المكره قابلة للإبطال إلا أنه يمكن له أن يتنازل عن البطلان بإجازة العقد فيصبح صحيحا وناظا ومنتجا لكامل آثاره بأثر رجعي، ويمكن سقوط حق تمسك بالإبطال بالتقدم إذا إنقضت المدة المقررة قانون فيصبح العقد صحيحا.

يقع عبئ إثبات عيب الإكراه على المكره وذلك بكافة الوسائل من بينها شهادة الشهود واليمين والقرائن، ومع توافر شروط المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الإكراه فإنه يستحق إقتضاء التعويض، كما له الجمع بين إبطال العقد والتعويض إذا كان الإبطال لا يكفي لرفع الضرر.

Résumé

La contrainte est un fait matériel illégal qui affecte la volonté et la dignité d'autrui et qui est de nature matérielle et morale, mais qui peut être accompli par un ensemble de conditions, par un contractuelle ou par l'autrui ou par circonstances, la coercition n'étant pas requise pour l'autre contractuelle.

Les actes de l'impulseur sont annulables, mais il peut renoncer à l'invalidité du contrat, qui devient valide, effective et productive pour son plein effet rétroactif, et le droit d'annulation peut être levé si le délai prescrit par la loi a expiré.

La charge de la preuve de la coercition doit être supportée par tous les moyens, y compris le témoignage des témoins, le droit et la preuve, et avec les conditions de responsabilité délictuelle résultant de la coercition, elle a droit à une indemnisation et combine l'invalidité du contrat et l'indemnisation.