

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي  
جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان  
كلية الحقوق والعلوم السياسية



## المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق

### رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

الإشراف :

الأستاذ الدكتور : تشوار الجبلاي

الطالب :

\* فاسي عبد الله

### أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	حميدو زكية
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	تشوار الجبلاي
مناقشا	جامعة الجزائر 1	أستاذ التعليم العالي	تقية عبد الفتاح
مناقشا	جامعة أدرار	أستاذ محاضر قسم أ	حمليل صالح

السنة الجامعية: 2014/2015 م





فإن بعض القوانين الوضعية الغت أحقية الزوج في هذه الرئاسة، ومن بينها قانون الأسرة الجزائري<sup>9</sup>.

ثم أن عقد الزواج رغم اتصافه بالديمومة إلا أنه ينقضي إما بحله إراديا أو قضائيا وفسخا أو بالوفاة مما يؤثر سلبا على أطراف العقد .

توافقا مع طبيعة الإنسان من حيث تدرجه في النمو، وحماية له في كل مراحل حياته، وضعت القوانين الوضعية، اقتداء بالفقه الإسلامي، أحكاما تنظم علاقة الأفراد فيما بينهم، وتضمن الحماية للأطراف الضعيفة منهم لنقص الأهلية فيهم أو لانعدامها.

يعد عنصر الأهلية من العناصر الجوهرية لصحة وسلامة التصرفات، سواء أكانت شخصية أم مالية. ولا يتمتع الإنسان بأهلية الأداء طفرة واحدة، بل يتمتع بها تدرجا وفق تدرج نموه العقلي، مادام التمييز مناط التصرفات.

إذا كان أحد أطراف العقد قاصرا فإن المشرع يضيف على هذه العلاقة ميزة خاصة ذلك، بخضوع القاصر إلى جملة من الأحكام، لا بد من تطبيقها على تصرفاته من أجل تحقيق مصلحته والمحافظة على حقوقه. وتنقسم هذه التصرفات إلى ضارة ضررا محضا مألها البطلان، كالهبة. أما النافعة فتبقى صحيحة كقبول التبرع. والمتردة بين النفع والضرر فتتعقد بإجازة الولي (م83ق. أ. ج. ) كالزواج.

---

<sup>9</sup> نصت المادة 39 من قانون الأسرة 84-11 قبل التعديل " يجب على الزوجة :

طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة.

إرضاع الأولاد عند الإستطاعة وتربيتهم.

احترام والدي الزوج.

غير أن هذه المادة ألغيت برمتها بمقتضى الأمر 02-05 الصادر في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير 2005 الصادر بالجريد الرسمية عدد 15 الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005. ليستعوض عنها المشرع بالمادة 36 التي جمعت التزامات الزوجين واعتبرتها التزامات وحقوقا مشتركة قائمة على التشاور والتعاون والتكافل.



من حيث طبيعة وشروط العمل<sup>14</sup>. وكذلك المعاملات المالية التي تحكمها قواعد القانون المدني والقانون التجاري<sup>15</sup>.

أما في شأن الزواج وآثاره والطلاق وما يلحقه من آثار شخصية ومالية، فإن الأمر ليس مستحدثا بل عرفه المجتمع الجزائري منذ القدم.

في الفترة الممتدة من 1830 إلى 1930 كانت الشريعة الإسلامية عموما والمذهب المالكي خصوصا المرجع الأساس لإستقاء الأحكام الشرعية في إبرام عقود الزواج للراشدين والقصر، وفي كل مسائل الأحوال الشخصية. في حين كان المستعمر يقف موقف الملاحظ والناقد أحيانا، إلى غاية 1930/5/2 أين صدر القانون 30 . 323 للأحوال الشخصية الذي حدد سن الزواج مواجهها بذلك ظاهرة الزواج المبكر الذي اعتبره المستعمر جريمة في حق القصر، ولاسيما الإناث منهم. رغم ذلك التعارض، فقد أجاز ذات القانون للقصر أن يتزوجوا بموجب رخصة تصدرها الإدارة الفرنسية متى دعت إلى هذا الزواج أسباب خطيرة des

---

التمييز التام، ويمكن أن تقوم تدابير التربية سلوكه. الأمر رقم 66 . 156 مؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو 1966 المعدل والمتمم المتعلق بقانون العقوبات. الصادر بالجريدة الرسمية عدد 49 بتاريخ 11 يونيو 1966. ص 702.

<sup>14</sup> نصت المادة 15 من قانون العمل " لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يقل العمر الأدنى للتوظيف عن ست عشرة (16) سنة، إلا في الحالات التي تدخل في إطار عقود التمهين التي تعد وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما. ولا يجوز توظيف القاصر إلا بناء على رخصة من وصيه الشرعي، كما أنه لا يجوز استخدام العامل القاصر في الأشغال الخطيرة أو التي تتعدم فيها النظافة أو تضر صحته أو تمس بأخلاقياته. القانون رقم 90-11 الصادر في 21 أبريل 1990 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 17 بتاريخ 25 أبريل 1990. ص 562.

<sup>15</sup> نصت المادة 5 من القانون التجاري " لا يجوز للقاصر المرشد، ذكرا كان أم أنثى البالغ من العمر ثمانية عشرة سنة كاملة والذي يراد مزاولته التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية :

إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة. فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حال انعدام الأب أو الأم. أما المادة 6 من ذات القانون فقد نصت " يجوز للتجار القصر المرخص لهم طبقا للأحكام الواردة في المادة 5، أن يربتوا التزاما أو رهنا على عقاراتهم. . . . . فييتين واضحا أن المشرع بسط حمايته أيضا على القاصر باعتباره ممارسا لأعمال تجارية. الأمر بلرقم 75- 59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن للقانون التجاري الصادر بالجريدة الرسمية عدد 101 الصادرة في 19 ديسمبر 1975 المعدل والمتمم. ص 1306.

motifs graves. يلي ذلك أمر 59. 2745<sup>16</sup> الذي اعتبر رضا القاصر في إنشاء عقد الزواج رضا ناقصا ما لم يكتمل برضا الأولياء.

بعد الإستقلال صدر قانون 1963. 224<sup>17</sup> الذي حدد السن الأدنى للزواج لتستقر أحكام زواج القصر أخيرا في قانون 11. 84<sup>18</sup> الذي ألغى ما سمي بالأسباب الخطيرة واستعاض عنها بالضرورة والمصلحة.

أخيرا، صدر الأمر 02.05<sup>19</sup> المعدل لقانون الأسرة، الذي أضاف شرط القدرة ليكون قد أضاف حماية لهذه الطائفة من الأشخاص، إضافة إلى منحهم حق التقاضي في مسائل الزواج وآثاره.

وعليه، فإن محتوى هذه الأطروحة يتعلق بزواج القاصر وطلاقه وما يترتب عن كلا التصرفين من الآثار. فنظرا لأهمية وخطورة عقد الزواج وقدسيته، ولا سيما لما يتعلق الأمر بناقص الأهلية، لتحمله المسؤولية الزوجية من جهة، واعتبارا للخصوصية المميزة التي منحه إياها المشرع، كان يجب البحث في موقف الشريعة الإسلامية، كتابا وسنة، ورأي الفقه الإسلامي باختلاف مذاهبه في الموضوع، مع تبيان سبب الإختلاف، ثم التعرض إلى القانون الوطني وبعض القوانين العربية وغير العربية من أجل المقارنة.

أما أهمية الموضوع فتتجلى فيما يلي :

. الوقوف على مدى اهتمام الفقه الإسلامي بزواج الصغار، والغاية المرجوة من الزواج المبكر الذي عارضته معظم القوانين الوضعية، زيادة على اختلاف المذاهب في موضوع الولاية بين مضيق وموسع.

. عرض جملة من قوانين الأحوال الشخصية لإقامة المقارنة فيما بينها.

<sup>16</sup> أمر 59-274 المؤرخ في ر4 فبراير 1959 الصادر بالجريدة الرسمية بتاريخ 11 فبراير 1959.

<sup>17</sup> قانون 1963/224 المتعلق بالحد الأدنى لسن الزواج، المؤرخ في 29/6/1963، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 44 بتاريخ 1963/7/2.

<sup>18</sup> قانون 11-84 المتعلق بقانون الأسرة.

<sup>19</sup> أمر 02-05 الصادر في 27 فبراير 2005. المنشور بالجريدة الرسمية رقم 14 بتاريخ 27/2/2005.

. مقارنة قانون الأسرة مع بقية القوانين، والوقوف على مواطن السكوت ومواطن التفصيل.  
. معرفة مدى تطور القضاء في شأن النزاعات المتعلقة بزواج القصر وطلاقهم، وهل من  
اجتهادات قضائية صدرت في هذا الصدد.

استنادا إلى هذه العناصر لزم طرح الإشكالية الموالية: " إذا كان الزواج المبكر  
للذكور والإناث يحقق غايات اجتماعية كالحد من العنوسة، ودينية وأخلاقية كالحد من ظاهرة  
الفاحشة، في منظور الفقه الإسلامي، فهل وفق قانون الأسرة للإحاطة بهذا الموضوع أم  
تعارض مع الأحكام الشرعية لزواج الصغار أم اعتراه قصور أو سكوت في وضع قواعد قانونية  
كافية. هل من حماية قانونية بسطها المشرع الأسري الوطني على الزوج ناقص الأهلية ؟  
هل سائر القضاء زواج القصر ؟

للإجابة عن هذه الإشكالية المركبة واجهتني صعوبات جعلت هذا العمل محدودا  
من بينها، قلة المواد المعالجة للموضوع في قانون الأسرة، مقارنة مع بقية القوانين العربية  
زيادة على نقص قرارات المحكمة العليا في الموضوع أيضا، فضلا عن الكتابات الخاصة في  
هذا المجال إلا ما يرد في المؤلفات العامة، او مقالات .

رغم هذا، فقد بحثت في الموضوع مستعملا كلا من المنهج التاريخي لعرض  
التطور التشريعي المنظم لزواج القصر، زيادة على المنهج التحليلي لشرح بعض القواعد  
القانونية، والأحكام القضائية، وكذلك المنهج المقارن لإقامة المقارنة بين بعض التشريعات.  
أخيرا، فقد تناول البحث بابين، خصص الباب الأول للمركز القانوني للقاصر في  
الزواج وآثاره. عالجت فيه العناصر التالية:

. تعريف القاصر فقها وقانونا مع التطور التاريخي لزواج القصر في التشريعات الوطنية من  
1930 إلى أمر 2005.

. الترخيص القضائي لزواج القاصر وطبيعته القانونية .

. اتحاد رضا القاصر مع رضا وليه أو تعارضهما .



- . أهلية التقاضي للزوج القاصر .
- . التصرف في الصداق وإبرام العقود فيما تعلق بآثار الزواج .
- . إقرار الزوج القاصر بالنسب .
- في حين تناولت في الباب الثاني العناصر الموائية :
- . صور الفرقة الزوجية للقاصر .
- . الشروط الموضوعية والشكلية لفرقة الزوج القاصر .
- . عدة الزوجة القاصرة.
- . حق القاصرة في الحضانة من عدمه.
- . النزاع حول متاع البيت والصداق .

# الباب الأول





صاحبه بلوغا طبيعيا أو قانونيا سمي لدى الفقه صغيرا ولدى القانون قاصرا. لذلك وجب التعرض إلى تعريف الفرد القاصر ثم التعرض إلى مسألة زواجه.

## المبحث الأول

### زواج القاصر

إذا كان الزواج من الحقوق المترتبة للفرد باعتباره كائنا إنسانيا من قبل الأديان السماوية، والقوانين الوضعية باختلاف توجهاتها ومصادر تشريعها لتحقيق مبدأ الحق في إنشاء أسرة، والمحافظة على الأنساب.

فضلا عن المواثيق الدولية التي نادى بهذا الحق منذ سنوات خلت مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان<sup>22</sup> والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> نصت المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948. للرجل والمرأة، متى أدركا سن البلوغ، حق التزوج وتأسيس أسرة، دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين. وهما متساويان في الحقوق لدى =التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله. لا يعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه. الأسرة هي الخلية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة.

<sup>23</sup> كما نصت المادة 23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر في 16/12/1966 على أن "الأسرة هي الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة. يكون للرجل والمرأة، ابتداء من بلوغ سن الزواج، حق معترف به في التزوج وتأسيس أسرة. لا ينعقد أي زواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه. تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوى حقوق الزوجين وواجباتهما لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله. وفي حالة الانحلال يتوجب اتخاذ تدابير لكفالة الحماية الضرورية للأولاد في حالة وجودهم. أما الاتفاقية الدولية المناهضة للتمييز ضد المرأة، الصادرة في 18/12/1979 فقد نصت في مادتها 16 على أنه " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

نفس الحق في عقد الزواج، نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل، نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه. صادقت الجزائر على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والإقتصادية سنة 1989. في حين تحفظت الجزائر على أحكام بعض الاتفاقيات التي صادقت عليها على النحو التالي:

- العهدان الدوليان : إعلان تفسير: تفسر الحكومة الجزائرية المادة (1) التي هي مشتركة بين العهدين على أنها لا تمس بأية حال حق كافة الشعوب غير القابل للتصرف في تقرير المصير، وفي السيطرة على ثرواتها الطبيعية، وترى أن ما

وباعتباره تصرفاً قانونياً يترتب آثاراً تتصرف إلى أطراف العقد وغيرهم كالأطفال، فكان وجوباً توافراً أهلية التصرف للفرد المتعاقد في شأن الزواج. لكن الضرورات الاجتماعية والأعراف المحلية تقتضي أحياناً أن يبزم الفرد عقد زواج دون توافراً أهلية التعاقد؛ أي بلوغ سن الرشد القانونية، فلم يكن للقانون إلا أن وضع قواعد تحكم تصرفات هذا الفرد ناقص الأهلية، توفر له الحماية الكافية، طالما أنه يبتغي مصلحة مشروعة لنفسه وللعمامة. أنه الفرد القاصر. لذلك، فهل للقاصر حق في الزواج، كيف يرى كل من الفقه الإسلامي والقانون ذلك؟

اقتداء برأي جمهور الفقهاء<sup>24</sup>، ومراعاة للظروف الاجتماعية في مجتمعنا وتحقيقاً لمصلحة معينة، نزولاً عند الأعراف المحلية أحياناً، أجاز قانون الأسرة تزويج الصغير والصغيرة، إجازة مقيدة بشروط. وقد ورد ذلك في الفقرة الثانية من المادة 11 ق. ا. ج. بما نصه ". . . دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياً وهم ؛ وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له. "

وقبل التعرض لموقف الفقهاء، وجب التمييز بين الزواج المبكر وزواج الصغار. فالزواج المبكر هو زواج السباب والشابات، وليس الزواج قبل البلوغ لأن الزواج قبل البلوغ

---

يشار إليه في المادة (3/1) في كلا العهدين، وفي المادة (14) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من إبقاء حالة التبعية لبعض الأقاليم يتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة وأهدافها. وتفسر الحكومة أحكام المادة (8) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والمادة (22) من العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية تفسيراً يقضي بجعل القانون هو الإطار الذي تعمل الدول داخله فيما يتعلق بتنظيم ممارسة الحق في إنشاء تنظيم. وتعتبر الحكومة أحكام الفقرتين 3 - 4 من المادة (13) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لا تمس بأية حال الحق في أن تنظم بحرية نظامها التعليمي. وتفسر الحكومة أحكام الفقرة 4 من المادة (23) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بشأن حقوق ومسئوليات الزوجين أثناء الزواج وعند فسخه على أنها لا تمس بأية حال القاعدة الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني الجزائري. فهرس حقوق الإنسان، موقع [arhumanrights.org](http://arhumanrights.org)

<sup>24</sup>علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، دار الفكر؟، بيروت، دون سنة نشر، ص348، ابن حجر العسقلاني فتح الباري. ج9. دار الرسالة، الجزائر 2000، ص28، الإمام مالك. الموطأ. ج1. مؤسسة المعارف، بيروت. 2004. ص271. الشافعي، الأم ج5. دار الكتب العلمية. بيروت. 2002. ص33، محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي. ج7. دار الفكر، بيروت. د. س. ن. ص222، شهاب الدين القرافي، الذخيرة. ج4. دار الغرب الإسلامي، بيروت. 1994. ص218.



أ . أن يكون الولي هو الأب، ذلك أن تزويج الصغير يعرف قدرا من الخطورة في الإقدام عليه، لأن إرادة الصغير ناقصة بقصور الإدراك، فلا يجب في هذا الشأن أن تتوافر الشفقة في الولي فحسب، بل يجب توافر المعرفة والدراية في شؤون الزواج، والأب أولى الناس بجمع هذين العنصرين معا.ولو كانت الشفقة عاملا كافيا للولاية لما كانت الأم أولى بها.

ب . صلاحية الصغير أو الصغيرة للزواج، صلاحية عقلية وجسدية، فلا يجوز تزويج العاجزة عن أشغال البيت أو غير المطيقة للوطء، أو التي لا يمكن الإستمتاع بها.

ج . أن يكون الزوج كفئا للقاصرة، غير معيب؛ إذ لا مصلحة لزواج الصغيرة دون كفاءة. ويقول ابن قدامة في هذا الشأن " لا يحل تزويجها من غير كفاء ولا من معيب، لأن الله تعالى أقام الولي مقامها، ناظرا لها فيما فيه الحظ، متصرفا لها لعجزها عن التصرف في نفسها، فلا يجوز له فعل ما لا حظ لها فيه، كما في مالها. ولأنه إذا حرم عليه التصرف في مالها بما لا حظ فيه، ففي نفسها أولى"<sup>30</sup>.

## 2 . غير المجيزين لزواج الصغار:

ذهب قلة من الفقهاء؛ وهم ابن شبرمة وأبو بكر الأصم وعثمان البتي إلى القول

بعدم جواز الصغير، مستنديين إلى قوله تعالى **يٰۤاَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تُنكِحُوا ٱلصِّغَرَ ءَلَّا يَكُونَ لَكُمْ بَخَالٌ كَلِمَةٌ سَمِيَّةٌ وَّٱلَّذِينَ هُمْ يُنكِحُونَ لَا يَكُونُونَ لَكُمْ مَنعًا شَيْئًا مَّا فَعَلُوا۟ ءَلَّا يَكُونَ لَكُمْ بَخَالٌ كَلِمَةٌ سَمِيَّةٌ وَّٱلَّذِينَ هُمْ يُنكِحُونَ لَا يَكُونُونَ لَكُمْ مَنعًا شَيْئًا مَّا فَعَلُوا۟ ءَلَّا يَكُونَ لَكُمْ بَخَالٌ كَلِمَةٌ سَمِيَّةٌ**<sup>31</sup>. ثم أن الزواج في نظرهم شرع للمعاشرة والتناسل، وكون الصغيرة لا يتحقق

معها هذان الغرضان، فلا حاجة للزواج بها ؛ لأنه ضرب من ضروب اللهو والعبث<sup>32</sup>.

ويردّ عليهم أن المراد بالنكاح الوارد في الآية هو القدرة على الوطء والأصل في

الإبضاع التحريم إلا ما دل عليه دليل، فلما احتج عليهم بحديث عائشة، قالوا: "إنها

<sup>30</sup> ابن قدامة، المغني، دار الفكر، بيروت، د. س. ن. ص 383 .

<sup>31</sup> سورة النساء الآية 6.

<sup>32</sup> محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة. دار النهضة العربية، بيروت، 1977، ص 127.

خصوصية للرسول صلى الله عليه وسلم. " وردوا عليهم أن الخصوصية لا تثبت من غير دليل.

مقارنة بهذين الرأيين وترتيباً لمصادر التشريع، فإن النص القرآني أولى بالتطبيق. فلا يمكن مخالفة الآية الكريمة القاضية بجواز تزويج الصغير بشرط إتخاذ الحيطة وذلك بوضع قيود تضيق هذا النوع من الزواج. وطالما أن زواج الصغار جائز، فمن هم الصغار في نظر الشرع، وما هو معيار تحديد الصغر في القانون، ثم من هو القاصر قانوناً؟

## المطلب الأول

### الرضا في زواج القاصر

إذا كان الراجح هو جواز تزويج القصر، والزواج عقد يقتضي بالضرورة توافر الرضا، وبالتالي، فإن الرضا يستلزم أهلية الأداء، فكيف نجتمع بين الرضا الصحيح ونقص الأهلية في مسائل الزواج؟

## الفرع الأول

### تعريف القاصر

ورد على لسان العرب لابن منظور " القصر هو خلاف الطول وقصر الشيء خلاف طال، وكذلك اقصر في الصلاة، ثم القصير خلاف الطويل. واتفق اللغويون أن القصر خلاف الطول من جهة وخلاف الأمر الطبيعي من جهة ثانية<sup>33</sup>. وجاء في أساس البلاغة " القصور يعني التقصير والعجز " <sup>34</sup>. كما عرف القاموس القانوني القاصر انه " الذي لم يبلغ سن الرشد ولا يزال تحت السلطة الوالدية أو الوصاية، والقاصر المأذون هو الذي يتزوج أو يسمح له بعمل من قبل والديه أو وصيه فيكتسب أهلية القيام بهذا العمل<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> الفيروزي أبادي، القاموس المحيط. د. د. ن. د. س. ن. ص 594.

<sup>34</sup> أبو القاسم محمود بن عمر الخوارزمي الزمخشري، أساس البلاغة، دار الكتب المصرية. الإسكندرية. 1923 ص 369.

<sup>35</sup> موريس نخلة، روجي البعلبكي وصلاح مطر، القاموس القانوني الثلاثي، منشورات الحلبي، بيروت، 2002،



ويستدل مما سبق أن القاصر هو من عجز عن إدراك حقيقة أي أمر بسبب قصور عقله  
قصورا طبيعيا أو مرضيا، وهو بالتالي ذلك الشخص العاجز عن التصرفات الشرعية<sup>36</sup>.

أما القوانين الوضعية فلم تتعرض لتعريف القاصر تعريفا واضحا إلا ما ورد ضمنيا  
في قواعد قانونية<sup>37</sup>. كما استعمل فقهاء القانون مصطلحي صغير السن والحدث تعبيراً عن  
القاصر. أما الفقه الإسلامي فقد منح للقاصر تسميات مختلفة باختلاف الحالة، وهي:

#### . الصبي:

لغة، هو الإنسان منذ ولادته إلى غاية فطامه، أما اصطلاحاً، فهو من لم يبلغ  
عموماً، والبلوغ يظهر بعلامات يشترك فيها الذكر والأنثى، ويختلف منها في البعض الآخر.

#### . الحدث:

ويطلق على صغير السن الذي لم يستكمل الأمر بعد. وهو الصبي منذ ولادته إلى  
بلوغه سن الرشد الجزائي<sup>38</sup>.

#### . المميز:

هو من يفهم الخطاب ويرد الجواب، ولا ينضبط بسن معين.  
باعتبار هذه الأصناف تشترك في عدم التكليف الشرعي والقانوني وعدم التمتع بأهلية الأداء  
يمكن نعتهم بوصف جامع، هو " الشخص الذي لم يوجه إليه الخطاب الشرعي والخطاب  
القانوني كاملاً، بسبب قصور عقله الذي يلزم صغر سنه." <sup>39</sup> وللاشارة فإن الإنسان منذ

<sup>36</sup> بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان، ناشرون، 1979، ص 738 .

<sup>37</sup> تعرض المشرع الجزائري إلى تعريف ناقص الأهلية والى فاقدها الأحكام المتعلقة بهما، وذلك ضمن المواد 40، 42،  
43 و 44 من القانون المدني والمواد 81 إلى 86 من قانون الأسرة، والمواد 326 إلى 329 من قانون العقوبات  
الجزائري.

<sup>38</sup> بلخير سديد، المرجع السابق، ص 33

<sup>39</sup> بن يحي أم كلثوم، أحكام القاصر، دراسة فقهية مقارنة بين الشريعة والقانونين الجزائري والأردني. رسالة دكتوراه الجامعة  
الأردنية، 2007 ص 25.

ولادته يخضع لتطورات في عمره ونموه الجسدي والعقلي، ترافقه، تباعا تطورات في التكليف والأهلية.

### أولا . مرحلة الجنين:

تبدأ من بداية نشأته في رحم أمه إلى غاية ولادته حيا، تثبت له أهلية وجوب ناقصة، أو معلقة بولادته حيا. ويراه الفقه الإسلامي على اعتبارين ؛ الأول أنه جزء من أمه حقيقة ينتقل معها حيث تنقلت ويستقر معها حيث استقرت، والثاني أنه مستقل عن أمه منفرد بالحياة، ومهياً للانفصال، وله ذمة مالية غير مطلقة. هذا ما أيدته القوانين الوضعية مما جعله متمتعاً بأهلية وجوب مرهونة بولادته حيا، توجب له جملة من الحقوق:

### 1. الحقوق المترتبة للجنين:

#### أ . الحياة :

ذلك بعدم تعرضه لأي عمل يضع حداً لحياته، كالإجهاض الذي اعتبره قانون العقوبات الجزائري جريمة، إلا لضرورة تعلقت بحياة الأم<sup>40</sup>. وللجنين أيضاً حق رعاية أمه أثناء الحمل<sup>41</sup>، كعدم تعرضها وهي حامل للأشعة مع ضرورة أخذ المصل الواقي ضد الحصبة الألمانية، وكذا الإمتناع عن تعاطي التبغ أو المسكرات<sup>42</sup>. كما قضى الفقه الإسلامي بعد تنفيذ عقوبة الإعدام على الأم الحامل حتى تضع حملها، تجسيدا لمبدأ شخصية العقوبة.

#### ب . النسب :

باعتباره من أهم وأسمى الغايات والآثار لعقد الزواج، فإن قانون الأسرة أفرد له مجموع المواد من 41 إلى غاية 46، دارت أساسا حول إلحاق نسب الولد لأبيه متى كان

<sup>40</sup> تنص المادة 308 من قانون العقوبات الجزائري على أنه " لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبت ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطة الإدارية."

<sup>41</sup> صلاح الدين عبد اللطيف، مصادر الحقوق الشخصية، مطبعة البيت العربي، الأردن، سنة 1984، ص 64.

<sup>42</sup> خليل إبراهيم محمد، حقوق الجنين في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 68.

الزواج شرعياً ولم ينفه الأب بالطرق المشروعة، وكان الإتصال ممكناً، أو بنسب لأمه متى كان مجهول الأب، زيادة على توافر مدة الحمل المحددة قانوناً. كما حمى المشرع النسب من حيث الإثبات بعدة وسائل كالإقرار أو البيعة، نكاح الشبهة، أي نكاح تم فسخه بعد الدخول الزواج العرفي، الشفيرة الوراثية، التلقيح الإصطناعي. وانصرف المشرع الى الخروج عن القواعد العامة للإثبات إذ اعتد بإقرار المريض مرض الموت في إثبات النسب دون التصرفات والحقوق الأخرى، وهذا لغرض حماية مصلحة الصغير الممثلة في تمتعه بنسب معين<sup>43</sup>.

### ج . الميراث :

ورد في المادة 128 من قانون الأسرة بأنه " يشترط لإستحقاق الإرث أن يكون الوارث حياً أو حملاً وقت افتتاح التركة مع ثبوت سبب الإرث، وعدم وجود مانع من الإرث. " يستفاد من نص المادة أن للجنين حق الإرث متى ولد حياً، ولو تقرر افتتاح التركة قبل ميلاده يوقف له نصيب حظ الذكر، أو يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى غاية ميلاد الحمل<sup>44</sup>. وتعتبر الحياة بإحدى مظاهرها كالصراخ أو العطاس أو الحركة، كما اختلف الفقه الإسلامي في شأن اعتبار الجنين ولد حياً؛ منهم من اكتفى بخروج نصف الجنين فقط، ومنهم من اعتد بتمام انفصاله عن أمه.

### د . الوصية :

أجازت المادة 187 ق. أ. ج. الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً، وإن ولد توأماً قسمت الوصية بين التوأم بحصة، للذكر مثل حظ الأنثى.

### هـ . الوقف :

---

<sup>43</sup> تنص المادة 44 من قانون الأسرة على أنه "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب، ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة. "

<sup>44</sup> تنص المادة 173 من قانون الأسرة "يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها. "

عرفت المادة 213 ق. أ. الوقف أنه " حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق. "، وعبرة " أي شخص " تعم كل من يتمتع بالشخصية القانونية سواء أكان شخصا طبيعيا موجودا على قيد الحياة أو جنينا ينتظر ميلاده، أو شخصا اعتباريا كمسجد أو جمعية خيرية أو نحو ذلك. وقد أجاز الوقف للجنين جمهور الفقهاء باستثناء الشافعية الذين لم يجيزوا ذلك.

### ثانيا . مرحلة الصبي غير المميز :

تبدأ من ولادة الإنسان حيا إلى سن التمييز التي حددها بعض الفقه في سبع سنين والقانون المدني ببلوغ 13 سنة كاملة، بحسب نص المادة 42 ق. م. ج. إذ تستمر لديه أهلية الوجوب التي اكتسبها منذ كونه جنينا في حين تتعدم لديه أهلية الأداء لتبطل إثر ذلك جميع تصرفاته القانوني ولو كانت محل النفع المحض، كالهبة بحسب ما ورد في المادة 82 من قانون الأسرة.

### ثالثا. مرحلة التمييز :

تبدأ هذه المرحلة من سن التمييز إلى غاية بلوغ سن الرشد. وسن التمييز هو السن الذي يمكن للفرد أن يميز فيها تمييزا سطحيا، أوليا، بين الحسن والقبیح أو النافع والضار. وقد حدده الفقه الإسلامي بسبع سنين إجماعا، عملا بحديثه صلى الله عليه وسلم<sup>45</sup>. فلا يؤمر بالفعل إلا المميز. أما القانون المدني الجزائري فقد حدده بثلاثة عشرة سنة بنص المادة 42<sup>46</sup> ثم أن القانون المغربي حدده باثنتي عشرة سنة. إلا أن القوانين المصري والعراقي والأردني فقد أخذوا بالفقه الإسلامي ليحدده بسبع سنين.

<sup>45</sup> روي عن ثمامة بن عبد الله بن أنس، عن أنس رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " مروهم على الصلاة في سبع سنين واضربوهم عليها في عشر سنين. "

<sup>46</sup> تنص الفقرة الثانية من المادة 42 من القانون المدني الجزائري " . . . . . يعتبر غير مميز من لم يبلغ 13 سنة. " ليكون المشرع قد أحدث تعديلا على هذه المادة، إذ كان سن التمييز قبل التعديل بموجب القانون 05 10 المؤرخ في 20 جوان 2005 هو ستة عشرة سنة.

يتبين مما ورد أن المشرعين الجزائري والمغربي قد احتاطا في تحديد سن التمييز ورفعاها فوق ما جاءت به الشريعة الإسلامية بالضعف تقريبا. قد يعود ذلك إلى كون المشرع الأسري الجزائري، خاصة في مادته 84 أجاز للقاضي أن يأذن للمميز بالتصرف جزئيا أو كليا في أمواله، طالما أنه رفع سن التمييز، إذ لا يعقل أن يأذن القاضي بالتصرف للمميز ذي سبع سنين . حسب القانونين المصري والعراقي وغيرهما من القوانين العربية . لأن التصرف متى تحقق، رتب آثارا.

#### رابعا . مرحلة الرشد:

يعتبر الزواج من الأمور الجدية التي لا تحتل التأويل، أو الهزل عملا بقوله صلى الله عليه وسلم : " ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد؛ النكاح والطلاق والرجعة. "47 ولهذا وجب أن يكون الشخص راشدا وبالغا لممارسة هذا التصرف، فهل البلوغ هو الرشد، أم العكس؟ يعرف الرشد أنه "القدرة على تدبير الأمور المالية، استغلال الأموال استغلال حسنا "48 لذا يقصد به حسن التصرف في الأموال، وخاصة ونحن نعيش تعقيدا مستمرا في مجال المعاملات سواء أكانت مالية أم غير مالية فكان لزاما أن تهتم القوانين بمسألة تحديد سن الرشد. لذلك حددها المشرع الجزائري في القانون المدني بنص المادة 40 بتسعة عشرة سنة كاملة دون تمييز بين الذكر والأنثى. وتباينت القوانين الوضعية في تحديد هذا السن تبعا

---

47 حديث رواه أبو هريرة رضي الله عنه، سنن أبي داود، باب الطلاق على الهزل، دار ابن حزم، بيروت، 1997 ص447.

48 محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية. دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص314.

لتوجهاتها الاجتماعية، والاقتصادية وأعرافها السائدة<sup>49</sup>. أخيراً فإن القوانين لم تأخذ بالبلوغ في منح أهلية الأداء للفرد، بل أخذت بالرشد.

كما أورد القانون قيوداً على أهلية الأداء تمنع الشخص من ممارسة تصرف معين رغم تمتعه بهذه الأهلية، مثل منع النائب من شراء مال الأصيل، أو بيع المريض مرض الموت لما يملك أو منع القضاة والموثقين من شراء الحقوق المتنازع فيها في دائرة إختصاصهم<sup>50</sup>.

لا يقتصر القصور على عامل صغر السن في اعتبار أهلية الأداء، بل قد يعتري الإنسان عارض من عوارض الأهلية، التي قسمها الفقهاء إلى عوارض سماوية التي لا اختيار للإنسان في حدوثها كالجنون العته النسيان، النوم، الإغماء، المرض، الرق الحيض النفاس والموت. وعوارض مكتسبة؛ كالجهل، السكر، الهزل، السفه، الخطأ، والإكراه<sup>51</sup>. كما أن قانون رعاية القاصرين العراقي عرف القاصر بما يلي: "يقصد بالقاصر لأغراض هذا القانون، الصغير والجنين ومن تقرر المحكمة أنه ناقص الأهلية أو فاقدها، والغائب والمفقود<sup>52</sup>. أما شرح القانون فقد أوردوا تقسيمات لعوارض الأهلية بحسب طبيعتها كما يلي :

**الأول :** عوارض تصيب العقل فتعدم الإدراك والتمييز، وهي تشمل الجنون والعته.

---

<sup>49</sup> حدد سن الرشد في البعض القوانين بحسب ما يلي : نصت المادة 45 منه القانون المدني المصري: لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقده التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز. وسن الرشد هي إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة، أما المادة 3 من قانون رعاية القاصرين العراقي، رقم 78 لسنة 1980 فقد نصت " الصغير هو من لم يبلغ سن الرشد وهو تمام الثامنة عشر من العمر. نصت مدونة الأسرة المغربية في المادة 209 أن سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة. القانون 87 لسنة 2005 المتعلق بمجلة الإلتزامات والعقود التونسية نص في الفصل السابع " كل إنسان ذكر كان أم أنثى تجاوز عمره عشرين سنة كاملة يعتبر رشيداً بمقتضى هذا القانون، أما القانون المدني الفرنسي فقد حدد سن الرشد بتمام 18 سنة، هذا بنص المادة 388 منه.

<sup>50</sup> المادة 402 من القانون المدني تقضي بما يلي " لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين القضائيين ولا للمحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط أن يشترطوا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلاً. "

<sup>51</sup> عبد الله عبد الحميد السامرائي، السفه والغفلة وأثرهما في التصرفات، رسالة دكتوراه. جامعة القاهرة، 1976، ص 53.

<sup>52</sup> قانون رعاية القاصرين العراقي. المرجع السابق.

**الثاني:** عوارض تفسد التدبير أو تخل بسلامة التقدير، وهي السفه والغفلة.

**الثالث:** عوارض لا تصيب العقل ولا تفسد التدبير، بل هي عيوب تصيب بعض الحواس يترتب عنها عاهات تجعل صاحبها غير قادر على تصريف شؤونه بنفسه، وحددها بثلاث حالات شريطة أن يصاب الإنسان بعاهتين مرة واحدة؛ وهي حالة الأصم الأبكم ( كل أصم بالولادة أبكم بالضرورة )، الأصم الأعمى و الأعمى الأبكم.

**الرابع :** يشمل حالتين :

. الأولى تعني من كان محكوما عليه في جناية بعقوبة مقيدة لحرية، وقد ورد في نص المادة 6 من قانون العقوبات الجزائري أن "العقوبات التبعية هي الحجر القانوني، والحرمان من الحقوق الوطنية، وهي لا تتعلق إلا بعقوبة الجناية. " والحجر بطبيعة الحال يأخذ به المحجور عليه حكم القاصر.

. الثانية تشمل الغائب، الوارد النص عليه في المادة 110 من قانون الأسرة، أن "الغائب هو الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه، أو بواسطة، مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود. .. " ثم ألزمت نفس المادة القاضي بحصر أموال المفقود وتعيين مقدم يسير هذه الأموال.

وعليه، وجب التعرض إلى بعض من اعتراهم عارض من عوارض الأهلية.

**خامسا . عوارض الأهلية:**

**1 . الجنون:**

هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا<sup>53</sup>. كما يعرف المجنون أنه من سلب عقله، فلا يعقل شيئاً أصلاً ولا يفيق بحال<sup>54</sup>. والمجنون أيضاً هو خلل في العقل يعدم الإدراك والتمييز يصحبه اضطراب<sup>55</sup>. وينقسم الجنون إلى جنون أصلي وهو الناشئ مع الفرد ليبلغ مجنوناً. وإلى جنون عارض وهو ما يصيب الشخص بعد بلوغه عاقلاً. أما من حيث طبيعته، فهو نوعان؛ جنون مطبق يفقد فيه المجنون عقله فقداً تاماً يستوعب كل أوقاته. وجنون متقطع، يذهب بعقل صاحبه في بعض الأوقات ثم يعود إليه أوقاتاً أخرى<sup>56</sup>. والمجنون أيضاً هو المصاب بالخلل العقلي، ويعتبر عديم التمييز، فاقداً لحرية الإختيار<sup>57</sup>. وله أنواع:

#### أ. أنواع الجنون:

- . جنون الشيخوخة: وهو نقص القوى العقلية الذي يتماشي ونقص القوى الجسدية. وخاصة، الذاكرة. والمريض من هذا النوع يخلط الكلام.
- . الجنون الكؤولي (الكحولي) : مرده الإدمان على تعاطي الخمر بإفراط، ومن أنواعه الهذيان الإرتعاشي المؤدي الى الإجرام أو الإنتحار.
- . جنون المخدرات: ويندرج تحته الجنون المورفيني، جنون الحشيش جنون الكوكايين. كلها تقضي إلى هلوسة.
- . جنون الشلل التام : يؤدي إلى انحطاط في العقل ونقص في قوة التمييز.
- . الصرع : هو اضطراب في نشاط المخ؛ ومن أعراضه، الغيبوبة التامة الفجائية، قد ترد ليلاً أو نهاراً.

---

<sup>53</sup> نائل ابراهيم قرقر، أثر الإختلالات العقلية والإضطرابات النفسية في مسائل الأحوال الشخصية، دار النفائس، عمان، الأردن. 1999. ص49.

<sup>54</sup> جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها، دار الهدى، عين مليلة. 1993. ص33.

<sup>55</sup> محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص90.

<sup>56</sup> عبد الله عبد الحميد السامرائي، المرجع السابق. ص69.

<sup>57</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر، 2010. ص123.



. **الفصام** : هو سرعة في الهيجان وزيادة في الإنطواء الشديد، وقطع العلاقة بالواقع، مما يحد انفصاما بين الشعور والسلوك ؛ إذ يضحك لما يبكي، ويبكي لما يضحك.

فيما تعلق بزواج المجنون، فإن الفقه الإسلامي يرى أن ضياع العقل لا يعني ذهاب الشهوة وغياب الإنجاب، طالما أن المجنون سليم فيزيولوجيا. لكن بعض المصالح تتخلف في الزواج مع المجنون؛ مثل المودة والرحمة والسكينة والإستقرار العائلي كما قد ينتقل الجنون وراثيا الى الأبناء. لذلك انقسم الفقهاء فريقين :

**الفريق الأول** : يعتبر الآفة العقلية عيبا لا يمنع النكاح، لكن، يعطي للطرف الآخر حق طلب فسخ الزواج إن لم يكن عالما بهذا العيب ولم يرضه. وهو قول المالكية وبعض الأحناف<sup>58</sup>. حجتهم في ذلك، أن المستحق من عقد النكاح هو التمكن من الوطاء، والتمكن حاصل مع الآفة العقلية.

أما الشافعية فقالوا بزواج المجنون إذا كان الزواج نافعا له، وذلك في حالتين :

**الأولى**: إما أن يرى أن المجنون يحوم حول النساء ويتنوب عليهن لفرط شهوته.

**الثانية**: إما أنه يحتاج إلى خدمة النساء، والزوجة أرفق به.

**الفريق الثاني**: من بينه الإمام أحمد، وهو أشد العلماء حرصا على مصالح الزواج، من المودة والرحمة والنسل القوي. فقد شدد في المنع من زواج المرضى عقليا، حتى وإن رضي الطرف السليم بذلك. أما الظاهرية فقد منعوا الولي من تزويج المجنونة حتى تفيق<sup>59</sup>.

إن الفريق المجيز لزواج المجنون اعتد بالجانب الفيزيولوجي وحصر غاية الزواج في الوطاء والإنجاب، معتبرا الزواج في ذلك حقا من حقوق كل إنسان، مجنونا كان أم سليما دون الإهتمام بالطرف الثاني، طالما أن الغاية هي تكريس مبدأ الحريات الفردية. وقد برر موقفه برضا هذا الأخير، وينتقد هذا الموقف أن رضا أحد الطرفين غير قائم، وقد يكون

<sup>58</sup> أبو العباس الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، 2004، ص263.

<sup>59</sup> ابن حزم الظاهري، المحلى، ج9، المرجع السابق، ص462.

رضا الطرف السليم في هذا الزواج مجرد إرضاء لهذا المجنون. ولا يمكن بأي حال من الأحوال إرضاء طرف على حساب طرف آخر. إلا الإستثناء الذي جاء به الشافعية، فيمكن استساغته، لأنه يحقق مصلحة.

أما الفريق غير المجيز فقد راعى كل الغايات المرجوة من الزواج ولا سيما السكنية والمودة والرحمة اللاتي أشار إليهن القرآن الكريم<sup>60</sup>، ولم يقتصر على الجانب المادي كالتناسل. ليكون بذلك قد أعطى للزواج حقه، وأصاب في رأيه طالما أن الزوج المجنون لا يضمن السكنية للزوج الآخر.

#### ب . موقف القانون من زواج المجنون :

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري إلى زواج المجنون، ولا يمكن تبين نية المشرع أيكون قد عمه بحكم القاصر ضمنا، عملا بالمذهب الشافعي؟ أم يكون قد منع زواجه إطلاقا عملا بمذهب الإمام أحمد؟ وسيتجلى هذا لاحقا.

رغم أن بعض التشريعات العربية أشارت الى أحكام زواج المجنون صراحة، مثل القانون السوري للأحوال الشخصية(م15)، اللبناني للأحوال الشخصية (م9)، الأردني للأحوال الشخصية ( م 5 و 8 ) العراقي لرعاية القاصرين (م7)، مشروع القانون العربي الموحد (م 20) ثم مدونة الأسرة المغربية مادتها الثالثة والعشرين، التي نصت على أنه "يأذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية، ذكرا كان أم أنثى، بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر. يطلع القاضي الطرف الآخر على التقرير وينص على ذلك في محضر. يجب أن يكون الطرف الآخر راشدا ويرضى صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع المصاب بالإعاقة".

---

<sup>60</sup> ورد قوله تعالى (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ [ الروم 21 ] وقال أيضا في هذا الشأن ( هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا. ) (الأعراف : 189).

إذا كان المشرع المغربي قد اتخذ كل أسباب الحيطة وأكد على وجوب التعبير عن الرضا بزواج المعاق ذهنيا عن طريق تعهد رسمي فهذا يعني أنه يحتمل وقوع هذا الطرف في مخاطر من المجنون، ولا يأمن جانبه وعليه مقابل هذا أن يتحمل تبعات ما أقدم عليه، كونه رضي بذلك دون إكراه. لأن معاشرته المعاق ذهنيا تقتضي تضحية، تكاد تكون في صورة التزام من طرف واحد.

أما القانون الليبي للأحوال الشخصية فقد أضاف إلى شروط المشرع المغربي شرطين:

. عدم انتقال المرض إلى نسل الزوج المجنون، باعتباره مرضا وراثيا .  
. أن تكون في هذا الزواج مصلحة للمجنون. ليكون قد أخذ بقول الإمام أحمد بالمنع واستأنس بقول الشافعي في اعتبار المصلحة استثناء<sup>61</sup>.  
غير أن ضمان عدم انتقال المرض إلى الخلف يعتبر غير مؤكد، إلا إذا ثبت أن هذا المجنون ينحدر من عائلة يشيع فيها توارث داء الجنون.

أخيرا، نستشف من قصد المجيزين لهذا الزواج أنهم استندوا إلى سنيين:

**الأول:** الآفة العقلية لا تمنع الإنجاب، وربّ مجنون يخلف عاقلا، ما لم يكن الجنون متوارثا.  
**الثاني:** المجنون كائن إنساني، وله أن يتمتع بما يتمتع به غيره من الحقوق وربما يشفى بسبب الزواج.

واستند غير المجيزين إلى ما يلي:

أ . الغاية من الزواج لا تتحقق في الإنجاب بقدر ما تتحقق في المودة والتكافل وحسن العشرة وإنشاء أسرة مستقرة.

ب . الغايات السابقة الذكر لا يُضمن تحققها مع المجنون إلا نسيبا، الأمر الذي يستدعي قانونا أن يتعهد المتزوج مع المجنون رسميا بقبول الزواج به أو بها ليتحمل تبعات هذا

<sup>61</sup> أحمد الغزالي، الوسيط في أحكام الأسرة. دار النهضة العربية، القاهرة، 1999 . ص158.

الزواج. هذا ما اشارت عليه غالبية التشريعات، بخلاف المشرع الجزائري، الذي تعمد عدم النص عليه.

ج . الشفاء المرجو للمجنون من الزواج غير مؤكد تحققه.

د . لا يقبل شرعا وقانونا تحقيق مصلحة فرد على حساب فرد آخر، حتى ولو رضي هذا الأخير بذلك.

لم يتعرض قانون الأسرة لزوج المصاب بإعاقة ذهنية، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية(م222 ق. أ. ج .). ولأن الضرورة تقدر بقدرها، فإنه يجوز إستثناء تزويج كل من المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة، إذا كان الزواج أمرا مفيدا في علاجه. ذلك أن الزواج قد يفيد في علاج الكثير من الأمراض العقلية والنفسية والعصبية، إذا وجدت المصلحة التي تقتضي الزواج، على أن تتحقق ثلاثة شروط :

. وجود تقرير من أطباء الأمراض العقلية يؤكد زواج المجنون أو المجنونة.

. قبول الطرف الآخر بعد العلم بالآفة الذهنية.

. أن يتم الزواج بإذن من القاضي بناء على طلب الولي<sup>62</sup>.

**2 . العته:** هو نقصان العقل واختلاله، لا زواله بالكلية بل يشبه العقلاء أحيانا، والمجانين أحيانا أخرى. " ويعرّف صاحبه أنه " من كان قليل الفهم مختلط الكلام، فاسد التدبير، لكنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون".<sup>63</sup> فالمعتوه والمجنون يتفقان في أن إدراكهما غير سليم وتقديرهما غير صحيح، لكن المجنون فاقد العقل والتمييز، والمعتوه لم يفقد التمييز<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص123.

<sup>63</sup> عبد الله عبد الحميد السامرائي، المرجع السابق. ص73.

<sup>64</sup> علي محي الدين القرّة داغي، مبدأ الرضا في العقود البشائر الإسلامية، بيروت، 1985. ص316.

وأما المشرع الجزائري لم يمنح للمعتوه تعريفا محددًا، إنما أشار إلى العته كعارض من عوارض الأهلية بنص المادة 81 ق. أ. ج<sup>65</sup>. وأكدت ذلك المادة 42 ق. م. ج. التي منعت المعتوه من مباشرة حقوقه المدنية وساوت بينه وبين الصغير غير المميز والمجنون، وزواج هؤلاء دون ولي يقتضي بطبيعة الحال إذنا قضائيا<sup>66</sup>.

**3 . السفه:** السفه في اللغة هو الخفة وكثرة الإضطراب، كما استعمل السفه في خفة النفس أيضا، وهي خفة معنوية بسبب سوء التدبير ومجانية الحكمة في التصرف<sup>67</sup>. كما ينعت السفه بالضعف والكفر والجهل أحيانا، لقوله تعالى: **جَاهِلٌ هَهُنَا بَلْ يُدْعَىٰ هَهُنَا مَأْجُورًا وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ قَلِيلٌ يَعْلَمُونَ أَنَّ اللَّهَ هَهُنَا بِمَا هُمْ يَدْعُونَ** **عَلَىٰ كَثْرَتِكُمْ كَثُورٌ وَقَدْ خَلَقْنَاكُمْ كَمَا نَحْنُ نَخْلُقُكُمْ كَمَا نَحْنُ نَعْبُدُ اللَّهَ** **عَلَىٰ كَثْرَتِكُمْ كَثُورٌ وَقَدْ خَلَقْنَاكُمْ كَمَا نَحْنُ نَخْلُقُكُمْ كَمَا نَحْنُ نَعْبُدُ اللَّهَ** بخلاف مقتضى العقل مع عدم اختلاله. <sup>69</sup> ثم أن المشرع الجزائري لم يعرف السفه، إلا ما ورد في المادة 43 من القانون المدني الجزائري التي اعتبرته ناقص الأهلية ما لم يحجر عليه. لتتردد تصرفاته بين الصحة وإجازة الولي.

أما قانون الأسرة فقد اعتبر تصرفات السفه باطلة متى صدرت حال السفه (م85 ق. أ. ج. ) هذا ما تعلق بمن في حكم القاصر، إلا أن الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية يعرفون تناقضا، فيما إذا كانت أهلية الزواج تقتصر على العقل دون البلوغ أم على البلوغ دون العقل، أم عليهما مقترنين؟

## سادسا . أثر العقل والبلوغ والرشد على أهلية الزواج:

### 1 . العقل:

<sup>65</sup> تنص المادة 81 من قانون الأسرة أنه " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينبو عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم، طبقا لأحكام هذا القانون. "

<sup>66</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق. ص 123.

<sup>67</sup> جمعة سلمان الهلباوي، الأهلية وعوارضها. دار الهدى، الجزائر، 1993، ص 34.

<sup>68</sup> سورة البقرة، الآية 13.

<sup>69</sup> حسين خلف الجبوري، عوارض الأهلية عند الأصوليين. ط1، جامعة أم القرى، السعودية، 1988، ص415.

نُعت العقل بعدة تعاريف، منها انه " قوة في الطبيعة تنزل في القلب منزلة البصر في العين<sup>70</sup> ".، ويعتبر آلة الفهم ويتفاوت وتتفاوت الأشخاص قوة وضعفا. وهو في نظر الفقه الإسلامي، مناط أهلية الأداء، لأن صحة الأداء تتوقف على التمييز.

هذا، فضلا عن بلوغ الفرد، لأن تخلف البلوغ لا يجعل العقل وحده مناطا للأداء ولاسيما في عقد الزواج. فقد نلاحظ أشخاصا موهوبين شواذا يتمتعون بفطنة خارقة تجعلهم يبلغون مستوى عاليا من التمييز، يفوق أقرانهم وهؤلاء لا يمكن منحهم أهلية الأداء ما لم يبلغوا، لأن هذه الحالة خارجة عن المألوف. ثم أن البلوغ قد يتحقق في شخص، ويتخلف لديه العقل أحيانا، ومثال هاتين الحالتين؛ الصبي العاقل والمعنوه البالغ، فكلاهما لا أهلية كاملة له.

غير أن فقهاء القانون أناطوا أهلية الأداء بالتمييز، ولم يشترطوا البلوغ، فلاهلية الأداء علاقة طردية مع التمييز من الإنعدام إلى النقصان الكمال.

حينما يربط المشرع الرضا بالتمييز، فإنه يهدف من وراء ذلك إلى أن يحيط التصرف القانوني بسياج من الضمانات، حتى يكون وسيلة عادلة لتبادل القيم، لا أداة يثرى بها القوي على حساب الضعيف<sup>71</sup>. وقد نصت المادة 42 من القانون المدني الجزائري بالقول " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ الثالثة عشرة سنة. " وورد في نص المادة 43 من ذات القانون "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية، وفقا لما يقرره القانون."

ليكون المشرع قد حدد من خلال المادتين السابقتين عديم أهلية الأداء، وحصره في فاقد التمييز كالصغير أو المجنون، وحدد سن التمييز في الثالثة عشرة سنة، بخلاف بعض

<sup>70</sup> عبد الله عبد الحميد السامرائي، المرجع السابق، ص30.

<sup>71</sup> علي محي الدين القرّة داغي، المرجع السابق، ص398.







□□ 80. وقد أخذ بذلك القانون بمباشرة الترشيد في حق المميز لإدارة أمواله أو ممارسة الأعمال التجارية. هذا موقف القانون والفقهاء الإسلامي في تحديد معيار الرشد.

## الفرع الثاني

### سن الزواج

كون العقل محل التمييز، والتمييز مناط صحة التصرفات وباعتبار التصرفات ذاتها ترتب حقوقا والتزامات فيما بين الأفراد، فإن المسؤولية لا تقوم إلا في حق المميز. لذلك أكد القرآن الكريم على أهمية التمييز في مجال التصرفات بنص الآية السابقة، ونظرا لتماشي التمييز مع السن، فإن هذا الأخير يلعب دورا جوهريا في إبرام عقد الزواج، الذي يرتب بطبيعة الحال التزاما على عاتق كلا الزوجين. لأجل ذلك، فإن قانون الأسرة الجزائري 11.84 الصادر في 9 رمضان 1404، الموافق لـ 9 يونيو 1984، قد حدد سن الزواج بتمام 21 سنة للرجل و18 سنة للمرأة، تبعا لما جرت عليه القوانين الوضعية عموما.

غير أنه وتماشيا مع نظام الأهلية في القانون المدني، وتحقيقا من المشرع لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة عدل هذا القانون بالأمر رقم 05. 02 الصادر في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005، في مادته السابعة التي حددت سن الزواج من جديد بتسعة عشرة سنة كاملة لكلا الجنسين. وقد ورد هذا التعديل لتحقيق جملة من الغايات:

1. إن بلوغ 19 سنة للمرأة ضمان لكمال نموها الفيزيولوجي، مما يؤهلها للقيام بشؤون بيت الزوجية، وتربية الأولاد، ولاسيما أن المجتمع الجزائري لا زال يعيش تحت نظام العائلة الكبيرة في بعض المناطق، ولا سيما الريفية منها كسائر المجتمعات العربية والإفريقية.

2 . يترتب عن الكمال الجسدي تمام بلوغ المرأة، مما يؤهلها للإنجاب، وهو من أهداف الزواج. كما يسمح البلوغ، خلال الفترة الأولى للزواج، بتبين ما إذا كانت المرأة سليمة أم مصابة بما يحول دون الإنجاب، وهذا ما لا يمكن تبينه قبل البلوغ.

3 . أن هذا السن كفيل بضمان كمال العقل، لأنه مناط المعاملات مع الزوج أو الزوجة. كما أن تمام النمو العقلي يساهم في حسن اختيار الزوج المناسب أو الزوجة المناسبة، الأمر الذي يقلص من ظاهرة تفاقم الحياة الزوجية المفضي غالبا إلى الطلاق.

4 . توافق أهلية الزواج مع أهلية التصرف في القانون المدني يجنب الزوجين الوقوع في نزاعات، ولاسيما تلك الناتجة عن العقود التي يبرمها الزوجان فيما بينهما، المتعلقة بالذمة المالية المشتركة بينهما، بحسب ما ورد في نص المادة 37 من قانون الأسرة،<sup>81</sup> فضلا عن تسهيل إجراءات تعاقد الزوجين مع مراكز دراسة وحفظ النطف cecos، أو مع المصحات المتخصصة حال إقدامهما على عملية التلقيح الإصطناعي، التي أجازتها المادة 45 مكرر من قانون الأسرة واشترطت رضا الزوجين في فقرتها الرابعة .

5 . وضع حد لظاهرة تباعد السن بين الزوجين والتي شاعت في مجتمعنا الحالي.

6 . كما أن عدم إجماع الفقه الإسلامي على تحديد سن معين للزواج، جعل المشرع يتخذ موقفا حاسما في هذا الموضوع<sup>82</sup>.

أما القانون الفرنسي فقد حدد سن الزواج لكلا الجنسين بثمانية عشرة سنة كاملة<sup>83</sup>. غير أنه لم يتعرض إلى الولاية على المرأة الراشدة واكتفى بتوافر الأهلية والرضا، معتبرا عقد

---

<sup>81</sup> تنص المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر. غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما. " وكأن المشرع يدعو الزوجين إلى إقامة شركة مساهمة أو شركة أشخاص، بذلك لا يجوز للقاصر دون 19 سنة أن يتعاقد في هذا المجال.

<sup>82</sup> فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق. ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986،

الزواج باطلا عند تخلف الرضا<sup>84</sup>. أما دعوى فسخ عقد الزواج فقد أخضعها القانون الفرنسي إلى التقادم المسقط، الإجراء الذي لم يشر إليه المشرع الجزائري إلا ما تحكمه القواعد العامة لسقوط الدعوى<sup>85</sup>. ورغبة من الأمة العربية في توحيد قوانينها، فإن مشروع القانون العربي للأحوال الشخصية، وفي مادته الثامنة قد حدد سن الزواج بتمام 18 سنة لكلا الجنسين<sup>86</sup>.

تأتي مسألة أخرى ذات أهمية ؛ وهي تساوي سن الزواج بين الجنسين وهذا ما أصبح شائعا في بعض المجتمعات. إذ أن أغلب التشريعات لم تضع سنا موحدا للرجل والمرأة في الزواج إلا ما جاء به المشرع الجزائري أو القانون الفرنسي كما أسلفت أو ما ورد في المادة 19 من مدونة الأسرة المغربية التي حددت تمام ثمانية عشرة سنة لكلا

الجنسين، وكذا ما جاء في مدونة الأسرة الموريتانية<sup>87</sup>. وقد أحسن هؤلاء فعلا، إذ أن الفارق في السن بين الجنسين متى بلغ حدا كبيرا فإنه يرتب آثارا سيئة؛ كعدم اهتمام الزوجة بزوجها، بحجة الفرق الصارخ بينهما، أو يؤدي إلى اضطراب في الحياة الزوجية

---

<sup>83</sup> تنص المادة 144 من القانون المدني الفرنسي لسنة 1803 المعدل والمتمم، على أنه " لا يمكن للرجل والمرأة إبرام عقد الزواج قبل بلوغ 18 سنة كاملة " Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus" ليكون التوافق قد تم بينه وبين المشرع الجزائري في توحيد سن الزواج للرجل والمرأة معا.

<sup>84</sup> تنص المادة 146 من القانون المدني الفرنسي على أنه " لا زواج بدون رضا " ورتب على تخلفه بطلان العقد من الزوجين أو أحدهما أو النيابة العامة.

Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement

<sup>85</sup> تنص المادة 181 من القانون المدني الفرنسي على أنه " يتقادم حق طلب بطلان الزواج بعد مرور 5 سنوات من تاريخ إبرام عقد الزواج أو منذ زوال السبب ( كالإكراه والغلط ).

Dans le cas de l'article précédent, la demande en nullité n'est plus recevable à l'issue d'un délai de cinq ans à compter du mariage, ou depuis que l'époux a aquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue. art. 181, loi n° 2008-561 du 17 juin 2008

<sup>86</sup> هو مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية المعتمد من طرف وزراء العدل العرب في دورته السادسة يوم 4 افريل 1988.

<sup>87</sup> نصت المادة 19 من مدونة الأسرة المغربية "تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية بثمان عشرة سنة شمسية كاملة. كما نصت المادة 6 من مدونة الأسرة الموريتانية "تكتمل أهلية الزواج بالعقل وإتمام ثمان عشرة سنة من العمر. والحال بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية التونسي الذي نص في مادته السابعة " يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة. "

الذي يفضي غالبا إلى الطلاق، الأمر الذي يدفع بعض المرضى مرض الموت إلى طلاق زوجاتهم لحرمانهم من الإرث.

لأجل ذلك، اهتمت بعض القوانين بهذا التفاوت ؛ من بينها ما صدر من تعليمة عن وزير العدل المصري الموجهة إلى الموثقين تأمرهم بالإمتناع عن توثيق عقود زواج الأجانب من مصريات، إذا كان فارق السن بينهما أكثر من 25 سنة<sup>88</sup>، ثم أن مدونة الأسرة المغربية نصت في المادة 15 على أنه " يعتبر التناسب العرفي في السن بين الزوجين حقا للزوجة وحدها " .

أما القانون السوري فقد أورد في المادة 19 ما يلي "إذا كان الخاطبان غير متناسبين ولم يكن مصلحة في هذا الزواج فللقاضي ألا يأذن به." وقد استأنس مشروع القانون العربي الموحد بهذه المادة ؛ إذ نص في المادة 21 على أنه " متى أتم الخاطب أو المخطوبة الستين من العمر وكان فرق السن بينهما يتجاوز نصف عمر الأكبر منهما وعندئذ لا تأذن المحكمة بالزواج إلا إذا كان فيه مصلحة ظاهرة استثنائية"<sup>89</sup>.

باعتبار عقد الزواج يقوم أساسا على ركن الرضا، وفق ما جاء به قانون الأسرمتى كانت الزوجة راشدة. فهل من تمييز بين رضا الزوج الراشد ورضا الزوج القاصر ؟

### الفرع الثالث

#### رضا القاصر في عقد الزواج

ميز الله تعالى عقد الزواج عن سائر العقود، إذ عظمه ونعته بالميثاق الغليظ في قوله عز وجل **چ ت ت ت ط ط ط ف ف ف ف**<sup>90</sup>، وأكدته السنة المشرفة في أكثر ما من

<sup>88</sup> أحمد الغزالي، المرجع السابق، ص152.

<sup>89</sup> أحمد الغزالي، المرجع نفسه، ص 152 و 153.

<sup>90</sup> سورة النساء، الآية21.

موطن، ولاسيما ما ورد في خطبة حجة الوداع<sup>91</sup>. فتمت بذلك إحاطة هذا العقد بجملة من القواعد والأحكام والضمانات، حتى لا يتحول عرضة للعبث والتحرير، والخروج عن الغاية المحددة له شرعا وقانونا. كما أن القوانين الوضعية، ولا سيما تلك المستلهمة نصوصها من الفقه الإسلامي، لم تستهن بهذا العقد نظرا للغايات الاجتماعية التي يحققها<sup>92</sup>. وكونه عقدا يقوم أساسا على الرضا الذي لا يؤسس من العدم، بل من إرادة حرة صادرة من ذي أهلية كاملة كانت أم ناقصة. فكيف نظم المشرع الأسري الجزائري ركنية الرضا في عقد الزواج؟ كانت المادة 9 من قانون الأسرة 11.84 قبل تعديله تنص على انه "يتم عقد الزواج برضا الزوجين وولي الزوجة وشاهدين وصادق." حيث اعتبر المشرع هذه العناصر مجتمعة أركاناً للعقد استنادا إلى المذهب المالكي<sup>93</sup>.

لينتج عن هذا أن تخلف أي ركن باستثناء الرضا يفسخ به العقد إذا كان قبل

الدخول،<sup>94</sup> أما لو تخلف بعد الدخول، فنكون أمام حالتين:

أ . إذا تخلف ركن يمكن تداركه، وإلا كان العقد قابلا للإبطال.

ب . إذا تخلف أكثر من ركن واحد فالعقد يبطل بطلانا مطلقا، ويحكم به القاضي تلقائيا لأنه من النظام العام<sup>95</sup>. هذا قبل تعديل قانون الأسرة المعتمد على المذهب المالكي، ونظرا لتعارض المذاهب الفقهية وتعدد معتقبيها، فضلا عن تباين الأعراف، رأى المشرع الأسري

---

91 جاء عنه صلى الله عليه وسلم في سنته التقريرية بحجة الوداع " . . . الأيها الناس، إن لِنِسَائِكُمْ عَلَيْكُمْ حَقًّا، وَلَكُمْ عَلَيْهِنَّ حَقٌّ، لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مَا يُوْطِنُنَّ فُرْشَكُمْ غَيْرِكُمْ، وَلَا يُدْخِلُنَّ أَحَدًا تَكَرُّهُنَّ بِيُوتِكُمْ، وَلَا يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ، فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَعَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَاتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ، وَاسْتَوْصُوا بِهِنَّ خَيْرًا، أَلَا هَلْ بَلَغَتْ: اللَّهُمَّ اشْهَدُ "

92 تنص المادة الرابعة من قانون الأسرة على أنه " الزواج هو عقد رضائي، يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين، والمحافظة على الأنساب. "

93 خليل بن اسحق المالكي، مختصر خليل. دار الشهاب، الجزائر، 1988، ص 85.

94 تنص المادة 33 من قانون الأسرة " إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صادق، يفسخ قبل الدخول، ولا صادق فيه، ويثبت بعد الدخول بصادق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد. "

95 الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية. دار هومة للنشر، الجزائر، سنة 2005، ص 53.

الجزائري أن يواكب هذا التطور الذي شهده المجتمع دون أن يهمل الرضا باعتباره ركنا أساسا في عقد الزواج.

## 1. ركنية الرضا في قانون الأسرة المعدل:

فصل تعديل 2005 ركن الرضا عن بقية ما كان معتبرا من الأركان لتصبح هذه الأخيرة شروطا فقط<sup>96</sup>. وقد مس التعديل أيضا نص المادة الرابعة من القانون، إذ أضاف عبارة " رضائي " لعقد الزواج مؤكدا على ركنية الرضا فيه، من جهة وعدم اعتباره من العقود الشكلية، من جهة ثانية. كما أشار إلى ذلك المشرع الفرنسي ضمينا في نص المادة 144 من قانونه المدني، فضلا عن أغلبية القوانين.

هذا كله لا يمنع من أن يفرغ هذا العقد في قالب رسمي، حيث يبرم أمام موظف مؤهل قانونا، بحسب ما ورد في المادة 18 ق. أ. ج. على أن "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون." يتبين من خلال النص أن القانون لا يعترف للفرد ذكرا كان أم أنثى بصفة الزوجية ما لم يثبت ذلك بوثيقة عقد الزواج الوارد النص عليها في المادة 22 من قانون الأسرة. وانصرف أثر تعديل المواد 4 و 9 و 9 مكرر إلى المادتين 32 و 33 من ذات القانون اللتين كانتا تقضيان بفسخ العقد أو بطلانه متى تخلف ركن من أركان عقد الزواج أو أكثر من ركن لتقضيا بعد التعديل ببطلان عقد الزواج متى تخلف ركن الرضا، سواء قبل الدخول أم بعده.

لا تحقق الرسمية مبدأ الإثبات، بقدر ما تحقق أيضا مبدأ الإشهار، وهذا ما يتجنبه ممارسو الزواج العرفي، وفي ذلك قال الإمام " أبو زهرة " مؤكدا على شهر الزواج بما نصه "وعقد الزواج ينفي الشارع اعتباره، ولا يرتب أحكامه، ولا يظللها بحماية بمجرد تراضي

---

<sup>96</sup> تنص المادة التاسعة من قانون الأسرة " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين " أما المادة 9 مكرر فتحدد شروط الزواج في كل من: الأهلية، الصداق، الولي، الشاهدان وانعدام الموانع الشرعية. النص نفسه ورد في الفصل الثالث من قانون الأحوال الشخصية التونسي.

الطرفين عليه، بل لا بد من الشهر والإعلان بالشهادة على مذهب الجمهور، فهو إذن عقد شكلي، وإن كان الرضا أساسا فيه عند جمهور الفقهاء<sup>97</sup>.

وقد حث النبي صلى الله عليه وسلم على الإعلان عن الزواج بالدف حتى يشهد الناس على قيام هذه العلاقة الزوجية، لتصبح هذه الشهادة وسيلة إثبات يستفاد منها عند الحاجة. ولا ينتج الرضا أثره، إلا بتبادله مع رضا الطرف الثاني، في شكل إيجاب صادر ابتداء جازم على الإقدام على إبرام عقد الزواج.<sup>98</sup>، وليس بالضرورة أن يكون الموجب هو الرجل، طالما أن المشرع أشار إلى ذلك في نص المادة 10 بقوله " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر. .. " أما القبول فهو ما يصدر إجابة للإيجاب بكل ما يفيد معنى القبول بقيام النكاح شرعا<sup>99</sup>. ويشترط في تطابق الإيجاب بالقبول ما يلي:

أ . توافق الإيجاب بالقبول، بمعنى، أن الأب لو قال: "زوجتك فاطمة " وقال الرجل: " قبلت زواج خديجة " أو لو قال الأب: " زوجتك ابنتي على 80 ألف دينار صداقا " وقال الرجل "قبلت ذلك ب60 ألف دينار "، لا ينعقد العقد نظرا لعدم توافق الإيجاب بالقبول.

ب . بقاء الموجب على إيجابه.

ج . التتجيز في الحال؛ ويقصد به عدم جواز إضافة الزواج للمستقبل، كقول الرجل "تزوجتك غدا " أو تعليقه بشرط، كقوله "تزوجتك إذا حضر فلان"، وهذا باتفاق المذاهب<sup>100</sup>. ويقول الفقه في شأن التتجيز " إن صيغة الماضي هي المظهر الواضح للتعبير عن الإرادة في

<sup>97</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية. دار الفكر العربي، القاهرة. د. س. ن.، ص35.

<sup>98</sup> محمد الشماخ. المفيد في الأبحاث في أحكام عقد الزواج والطلاق والميراث. دار القلم، دمشق. دار الشامية، بيروت 1995، ص34.

<sup>99</sup> تنص المادة 10 من قانون الأسرة على أنه " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا "

<sup>100</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. ج9، دار الفكر، دمشق، 1997، ص6538.

مرحلتها النهائية، إرادة قد تجاوزت دور التردد والتفكير والمفاوضة والمساومة إلى دورالجزم والقطع والبت والحسم<sup>101</sup>.

د . اتحاد المجلس إذا كان العاقدان حاضرين، وذلك في زمن واحد لا فاصل فيه بين الإيجاب والقبول. أما لو كان أحدهما غائبا أو كلاهما فنكون بصدد الوكالة في الزواج.

أن الوكالة في عقد الزواج تعتبر مشروعة بنص القرآن في قوله تعالى **يٰۤاَيُّهَا الَّذِيْنَ اٰمَنُوْا اِذَا تَوَدَّعْتُمْ اٰمَٰنًا فَاَوْفُوا بَعْتَكُمْ** وأرسله. فلا يصح وكيلا كل من الصبي والمجنون،<sup>103</sup> ويجوز عند المالكية للزوج أن يوكل من يعقد نكاحه ولا يشترط في الوكيل إلا التمييز، فللزوج أن يوكل صبيا مميذا أو كافرا أو امرأة أو غير ذلك<sup>104</sup>. فأجاز الفقهاء التوكيل في عقد الزواج لأن الواقع المعتاد في أكثر عقود الزواج أن لا يباشر الرجل والمرأة العقد بنفسهما لغلبة الحياء على الناس في مثل ذلك. وقد كان نص المادة 20 من قانون 84-11 القديم ينص صراحة على أنه " يصح أن ينوب عنه الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة.

غير أن المشرع الجزائري ألغى هذه المادة. والحقيقة أنه رغم وجود فائدة طفيفة للزواج بالتوكيل، وخاصة في حالة غياب أحد الزوجين عن مجلس العقد لأسباب قاهرة، إلا أن مفهوم الوكالة لا ينسجم كثيرا مع طبيعة عقد الزواج ونظامه القانوني. ذلك أن عقد الزواج من العقود الشكلية الخطيرة التي تقوم على الإعتبار الشخصي وعلى مبادئ الرضا والحرية والإختيار. كما أن حضور الزوجين في مجلس العقد أمام شاهدين وبحضور ولي

101 عبد الله أبادح العجمي، الرضا في العقود في الشريعة الإسلامية. رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 1999، ص38 مأخوذ عن عبد الرزاق السنهوري. مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

102 سورة النساء، الآية 35.

103 محمد الحسن البغا، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، جامعة دمشق. 2007. ص175.

104 محمد العلوي العابدي، الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي، افريقيا للنشر. المغرب. د. س. ن. ص20.



الزوجة يسمح للموظف المؤهل قانونا التأكد من وجود رضا الزوجين شخصيا وعلنيا وبكل حرية واختيار<sup>105</sup>.

حين اشترط المشرع الرضا في عقد الزواج، وأكد على اعتباره ركنا فإنه يدرك أهمية هذا العقد لأنه يختلف بطبيعته عن العقود المالية الأخرى. ذلك أن المال زائل سهل التحويل والتخلص، ينقضي بانقضاء المنفعة التي رصد من أجلها. أما النكاح فهو مستمر دائم صعب الإزالة، وخطره جليل، لما يترتب عنه من الآثار، ومن بينها الألفة والأولاد. ثم أن الخبرة في المال تتحقق بالإختبار، في حين أنه ليس هناك خبرة في الزواج<sup>106</sup>. وأن نتائج هذا الأخير تعيش مع الإنسان طيلة حياته، وقد تنصرف إلى الأبناء أحيانا. فضلا على أن الزواج لا يربط شخصين فحسب، بل أسرتي الزوجين. لأجل ذلك، شدد الفقه الإسلامي والمشرع الوضعي على اتخاذ كل أسباب الحيطة، لضمان الحد الأقصى من الرضا التام في إبرام عقد الزواج، من أجل الإستقرار.

ومن جملة ما اتخذته، إشراك رضا الولي مع رضا المولى عليه لصحة عقد الزواج والفقه الإسلامي عرف تعارضا في هذا الموضوع بين مؤيد لتدخل رضا الولي ومعارض لذلك. ولكل سنده.

أوجب جمهور الفقهاء إشراك رضا الولي لرضا المرأة<sup>107</sup>، سواء أكانت راشدة أم قاصرة بشرط البكورة، استنادا إلى أدلة من الكتاب والسنة. أما المذهب الحنفي فقد اعتبر العقل والبلوغ معيارا للاعتداد برضا المرأة، ليجوز لها بالتالي تزويج نفسها بنفسها، شريطة أن تتوافر الكفاءة في الزوج، ومتى كان العكس جاز للولي التفريق بينهما، إلا إذا انجبت فيسقط

<sup>105</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 166 و 167.

<sup>106</sup> علي محي الدين القرة داغي، المرجع السابق، ص 312.

<sup>107</sup> ورد في بداية المجتهد نهاية المقتصد لإبن رشد " واختلفوا فب البكر البالغ وفي الثيب غير البالغ ما لم يكن ظهر منها الفساد، فأما البكر البالغ فقال مالك والشافعي وابن أبي ليلى : للأب فقط أن يجبرها على النكاح، ومقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وأبو ثور وجماعة : لا بد من اعتبار رضاها، ووافقهم مالك في البكر المعنسة. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، دار الفكر، بيروت، 2003، ص 471.

حينئذ حقه في الإبطال<sup>108</sup>. هذا عن البالغة الراشدة. أما الصغيرة فقد أجمع الفقه على وجوب ضم رضا الولي لرضا الصغيرة لأنها لا تدرك مصلحتها في الحياة الزوجية<sup>109</sup>.

## 2. الطبيعة القانونية لرضا القاصرة في عقد الزواج :

إذا كان جمهور الفقهاء قد أجمع على وجوب إشراك رضا المرأة الراشدة برضا وليها فإنه من باب أولى أن يلزم الولي بالتعبير عن رضاه في شأن زواج الصغيرة الموضوعة تحت ولايته. إذ ليس من المصلحة أن يربط مصير شخصين بنزوة قاصر، لا دراية له بأمور الحياة عامة والحياة الزوجية خاصة. لذلك اتفقت أغلبية التشريعات على وجوب تدخل الولي برضاه ليكمل رضا المولى عليه وغالبا ما تكون المرأة. ولا يعدو أن يخرج هذا التدخل عن إحدى الفرضيتين؛ إما أن يتوافق رضا الولي ورضا القاصر، لينتج العقد أثره، أو يتعارض الرضاءان، ويتدخل القاضي.

لقد أقر قانون الأسرة الجزائري صراحة في نص الفقرة الثانية من المادة 11 على تولي الولي زواج القاصر، واعتبر رضاهما رضائين متكاملين، يأخذان حكم رضا الراشد. لكن المشرع أعار الإعتبار لرضا القاصر أكثر من رضا الولي، طالما أنه المعني بالزواج. في حينوضع قيودا على إرادة الولي، بإخضاعها نسبيا إلى رضا القاصر؛ حتى لا يتعسف في ممارسة ولايته، فيما لا يخدم مصلحة القاصر؛ وذلك ما أكدته نص المادة 13 من ذات القانون، الذي منع الولي من إجبار القاصر على الزواج، أو من تزويجه دون موافقته، بما نصه " لا يجوز للولي، أبا كان أم غيره أن يجبر القاصرة على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها. " كما أن إلغاء المادة 12ق. أ. ج. أكد على اعتبار رضا القاصرة أساسا في زواجها<sup>110</sup>.

108 علي محي الدين القرّة داغي، المرجع السابق. ص304.

109 ابن رشد. المرجع السابق. ص472.

110 كانت تنص المادة 12 من قانون الأسرة قبل التعديل على ما يلي " لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه، وكان أصلح لها. وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة9 من هذا القانون غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت. " يتجلى من خلال هذا النص أن البنت البكر تخضع

لكن المشرع لم يضع مخرجا لمسألة تعارض رضا الولي مع رضا القاصر، فقد يوافق القاصر على الزواج، في حين يرفض الولي ذلك، أو العكس. هذا، بخلاف القانون المغربي في المادة 21 من مدونة الأسرة المغربية وكذا القانون التونسي في الفصل السادس منه<sup>111</sup>، اللذين يحيلان الأمر للقاضي حال الخلاف. في حين أن القانون الليبي للأحوال الشخصية قد حصر الترخيص بموافقة الولي، أي، متى رفض الولي لا يمنح القاضي الترخيص إطلاقا (م3/6)<sup>112</sup>.

أما تعبير القاصرة عن رضاها فإنه يأخذ إحدى الصورتين؛ أما القبول بالقول، أو القبول بالسكوت، عملا بقوله صلى الله عليه وسلم: " لا تتكح الأيم حتى تستأمر، ولا تتكح البكر حتى تستأذن. " قالوا: يا رسول الله، وكيف إذن؟ قال: أن تسكت<sup>113</sup>.

اعتبارا لما سبق عرضه حول رضا المرأة في إبرام عقد الزواج، راشدة كانت أم قاصرة، فما هي الطبيعة القانونية للولاية في الزواج، وهل تشمل الكبار والصغار معا، أم يقوم تمييز شرعي وقانوني بين الطائفتين؟

## المطلب الثاني

لولاية الإيجاب، دليل أن لوليها حق منعها من الزواج متى كان في غير مصلحتها، باعتبارها قاصرة لا تدرك مصالحها، ولا علم لها بتجربة الرجال، اقتداء بالمذهب المالكي.

==وقد ألغى المشرع هذه المادة في تعديل 2005 ليعتبر القاصرة في ذات الوقت راشدة من حيث إدراكها لما ينفعها، وهذا ما لا يستقيم مع المنطق وطبيعة البشر ولا سيما الإناث اللواتي ينسفن وراء عواطفهن.

<sup>111</sup> تنص الفقرة الثالثة من المادة 21 من مدونة الأسرة المغربية على أنه " إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة بت قاضي الأسرة المكلف بالزواج في الموضوع. وينص الفصل السادس من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أن "زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي والأم. وإن امتنع الولي أو الأم عن هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الأمر للقاضي. والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه.

<sup>112</sup> تعارض قانون الأحوال الشخصية الليبي مع القانونين السابقين، إذ نص في الفقرة الثالثة من المادة السادسة: يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ. تكتمل أهلية الزواج ببلوغ سن العشرين. للمحكمة أن تأذن بالزواج قبل بلوغ هذه السن لمصلحة أو ضرورة تقدرها بعد موافقة الولي يكتسب من تزوج وفق الفقرتين السابقتين أهلية التقاضي في كل ما له علاقة بالزواج وآثاره.

فمن باب المخالفة أن الولي لو امتنع عن زواج موليته لا تأذن المحكمة بهذا الزواج. هذا إذا قسنا على ظاهر النص.

<sup>113</sup> الإمام البخاري، صحيح البخاري، ج5. موقف ودار الهدى للنشر، الجزائر، 1992، ص1974.

## الولاية

أشرت فيما سبق إلى أن رضا القاصر لا يعتد به في مسائل الزواج كما هو الحال في بقية العقود الدائرة بين النفع والضرر، نظرا لنقصان أهلية الأداء لديه، طالما أن هذا الرضا لم يكتمل برضا وليه، وقد أجمعت على هذه القاعدة كل القوانين الوضعية، فضلا عن الفقه الإسلامي. غير أن هذا الأخير شهد اختلافا في مدى اعتبار الولاية شرطا من شروط صحة الزواج، من عدم اعتبارها كذلك فما موقف القانون والفقه الإسلامي من الولاية؟

اعتبر قانون 11. 84 الولاية ركنا من أركان الزواج، هذا بنص المادة 9 المدرجة تحت عنوان " أركان الزواج "، ورتب تباعا لذلك، في المادة 32 من نفس القانون، فسخ العقد متى اختل أي ركن، ثم قضت المادة 33 أن الزواج " إذا تم ولي أو شاهدين أو صدق، يفسخ قبل الدخول ولا صدق فيه ويثبت بعد الدخول بصدق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن." إلا أن التعديل الأخير كان محل تغيير لموقف المشرع من هذا التكيف، فاعتبر الولاية شرطا من شروط الزواج، لا ركنا، هذا اقتداء بجمهور الفقهاء. وترتب عن هذا التعديل بطبيعة الحال تعديل المادتين 32 و33، حيث قضت هذه الأخير بفسخ الزواج متى تخلف ركن الولي عند وجوبه، أي في زواج القاصرة.

فالولاية ليست حجرا بالمفهوم القانوني لهذا المصطلح، وإنما هي مساعدة للحماية والمحافظة على حقوق فاقد الأهلية أو ناقصها، وحقوق ومصالح الفتاة الصغيرة بسبب عدم بلوغها، وعدم تجربة حياة الزواج<sup>114</sup>.

أما الفقه الإسلامي فقد افترق بين معتبر للولاية شرطا، وغير معتبر.

١. قال جمهور الفقهاء باستثناء الحنفية أن الولاية شرط لصحة عقد الزواج مستنديين في ذلك إلى جملة من الأدلة، كقوله تعالى ﴿ تَتَذَكَّرُ لَكُمْ وَتَنظُرُونَ إِلَى حِقَابِ اللَّهِ ﴾

<sup>114</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص241.



نفسه وماله معا وذلك وفق ما يحدده القانون وما تتوافر من شروط في كل من الولي والمولى عليه.

أما الفقه الإسلامي فيرى أن الولاية المتعدية سلطة شرعية تمكّن صاحبها من مباشرة العقود والإشراف على شؤون الغير<sup>123</sup>. ويعرّف الولاية القاصرة أنها القدرة على إنشاء العقود والتصرفات نافذة من غير توقف على إجازة أحد<sup>124</sup>. فما هي المجالات الأساسية لتصنيف الولاية ؟

درج الفقه على تصنيف الولاية وفق مجالين:

**أ. من حيث النطاق:** ولاية قاصرة تثبت للشخص على نفسه وعلى ماله بعد كمال الأهلية بالحرية والبلوغ والعقل<sup>125</sup>. ولاية متعدية تنشأ للشخص على غيره، ولا تثبت إلا لمن له حق ولايته على نفسه. وتنقسم الولاية المتعدية بدورها إلى ولاية أصلية لا تستمد شرعيتها من الغير، كولاية الأب أو الجد على أبنائهما القصر، وولاية نيابية؛ كولاية القاضي المستمدة من القانون والشرع، وولاية الوصي المستمدة قوتها من الأب.

أما الولاية المتعدية فتتقسم إلى ولاية عامة، وأخرى خاصة. فالعامة تثبت لرئيس الدولة أصالة، ولل قضاء نيابة عنه، بصفتهم حكاما لا بصفتهم أشخاصا<sup>126</sup>. أما العامة فتلك التي

<sup>121</sup> عيسى حداد، عقد الزواج، دراسة مقارنة. منشورات جامعة عنابة، 2006، ص114.

<sup>122</sup> حددت المواد من 87 إلى 91 لقانون الأسرة الأصناف الخاضعين لنظام الولاية، مجال ممارستها، ثم الاستثناءات الواردة عليها، فضلا عن حالات سقوطها. كما أن المادة 44 من القانون المدني أخضعت بدورها ناقصي وفاقدي الأهلية إلى أحكام الولاية والوصاية والقوامة.

<sup>123</sup> محمد الشماخ، المرجع السابق. ص51.

<sup>124</sup> بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص134.

<sup>125</sup> بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق. ص134. عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، 2012، ص152..

<sup>126</sup> بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق. ص135. عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص152.

تثبت للأشخاص كأشخاص لا كحكام، ومن المقرر قانوناً، فإن الولاية الخاصة تقدم على الولاية العامة<sup>127</sup>.

**ب . من حيث الموضوع:** ولاية على المال، كالمتعلقة بالتصرفات في مال القاصر وولاية على النفس، كولاية التعليم والحضانة<sup>128</sup>، أو التزويج<sup>129</sup>، وللاب أن يجمع بين الولايتين. إذاً ماهي ولاية الزواج، وما تقسيمها، وما حكمها، ثم كيف تمارس؟

إذا كان الزواج من قبيل التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فإنه في ذات الوقت عقد من نوع خاص، من أجل ذلك، فإن الضرورة تستدعي إقامة الولاية في إبرامه تحقيقاً لمصلحة المتعاقدين. غير أن حال المولى عليه الذي يدور بين الصغر والكبر، البكورة والثبوبة، التمييز ونقصانه، أو عدمه، يدعو قانوناً وشرعاً إلى ممارسة الولاية على وجهين.

**أولاً: ولاية الإختيار:**

## **1 . ولاية الإختيار في القانون:**

هي الولاية التي تثبت للشخص الراشد، ذكراً كان أم أنثى. فإن كان ذكراً جاز له

أن يعقد زواجه بنفسه، وهذا بإجماع الفقهاء. أما الأنثى فإن المذاهب تتعارض<sup>130</sup>.

تعرض قانون الأسرة 84 . 11 في مادته 11 قبل التعديل، إلى الولاية بصورة مجملة دون تمييز بين ولاية الإختيار وولاية الإيجابار، ودون تمييز بين الصغيرات والكبيرات الأبقار والثيبات، العاقلات والمجنونات، مستعيضاً عن كل هذا بعبارة " المرأة " بذلك أسند ولاية

---

<sup>127</sup> تنص الفقرة الثانية من المادة 11، أسرة، على أنه " دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم، وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له " .

<sup>128</sup> أشارت المادة 62 من قانون الأسرة إلى تعريف الحضانة باعتبارها رعاية وتعليماً للمحزون وقياماً على تربيته على دين أبيه، كما أجازت الفقرة الثانية من المادة 78 أسرة للأُم الحاضنة ممارسة الولاية على المحزون .

<sup>129</sup> منحت المادة 11 من قانون الأسرة للأب حق ولاية التزويج لمن في ولايته، كما أكدت على ذلك المذاهب الفقهية بشيء من الإختلاف .

<sup>130</sup> سأعرض لاحقاً إلى موقف الفقه الإسلامي من ولاية الإيجابار وولاية الإختيار .

زواج المرأة، راشدة كانت أم قاصرة، إلى أبيها فأحد أقاربها الأولين، وعند غياب هؤلاء تؤول الولاية إلى القاضي<sup>131</sup>.

ويتجلى من روح هذا النص أنه يصعب التمييز بين مجال استعمال ولاية الإختيار وولاية الإجبار، لأن المشرع شملهما في ولاية واحدة، وتحت تسمية واحدة، عملا بالمذهبين المالكي والشافعي.

غير أن المشرع استدرك هذا التعميم ضمن تعديل 2005، بفصل الراشدة عن القاصرة؛ فأفرد الفقرة الأولى من نفس المادة للراشدة، مستعملا عبارة " المرأة الراشدة" مجيزا لها إبرام عقد زواجها بنفسها، طالما أنها أتمت أو تجاوزت سن الزواج المحدد بتسعة عشرة سنة، وفق المادة 7 ق. أ. ولم يستعمل عبارة " الثيب " لأن معيار أهلية الزواج هو السن وليست البكارة أو الثيوبية، كما أخذ به جمهور الفقهاء، وكل من بلغت 19 سنة تعتبر في نظر المشرع أهلا للزواج بصرف النظر عما إن كانت بكرا أم ثيبا. ومن باب المخالفة كل من لم تبلغ هذا السن تعتبر قاصرة، سواء أكانت بكرا أم ثيبا.

يعود هذا إلى كون معيار العقل في اختيار الزوج أهم من معيار التجربة في ذلك فقد تتزوج امرأة ثم تطلق لسبب قد يكون لها يد فيه، ثم تحكم على كافة الرجال بمثل سلوك زوجها، والرجل الواحد لا يعكس طباع كل الرجال، كما أن نمط حياة زوجية معينة لا يعكس أنماط حياة كل الأسر.

أما كيفية ممارسة الولاية على الراشدة فقد تناولها المشرع تناولا فضفاضاً غامضاً، مستعملا عبارة " حضور وليها "، إذ يوحي ذلك إلى الحضور الشكلي فقط، دون منح هذا الولي حق الاعتراض متى كان الزوج غير كفاء أو حتى حق الموافقة، طالما أنه لم يصرح عنها في متن المادة. مما أعدم دور الولي والحكمة من تشريعه في هذا الزواج.

---

131 نصت المادة 11 من قانون 11.84 المعدلة بالأمر 02.05 على مايلي " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له. "



فكان للمشرع أن يحدد سلطة الولي، لأن " الحضور " لا يعتبر تصرفاً ولا يرتب أي أثر قانوني، فلا يصبح معنى لحضوره إذا لم يكن له أي تأثير في زواج من في ولايته، كما أن تغييره لا يجعل العقد باطلاً على عكس ما ورد في نص الفقرة الثانية من المادة 7 ونص المادة 33 من قانون الأسرة<sup>132</sup>. إلا إذا كان قصد المشرع من وراء الحضور حفظ حياة المرأة وتجنب السفور، كأن تحضر مجلس العقد دون نائب يتكلم عنها نيابة، فيما تعلق بشروط العقد مثلاً باعتباره ولي شراكة واختيار.

أما من حيث ترتيب الأولياء، فإن المشرع استعمل أداة العطف " أو " التي تفيد الاختيار ولا تفيد الترتيب، ليساوي بين أقارب المرأة والأجانب عنها.

يتجلى مما سبق أن ظاهر النص صريح يوضح أن للمرأة الراشدة حق اختيار الولي قريباً كان أم أجنبياً عن العائلة، وبطبيعة الحال، لا تختار الراشدة وفق هذا النص إلا من تتأكد مسبقاً من تأييده لها فيما وقع عليه اختيارها من الأزواج، ليكون قد أخذ برأي أبي حزم الظاهري<sup>133</sup>، الذي يشترط الولي في مباشرة العقد سواء أكانت المرأة بكرًا أم ثيبًا غاية الأمر، أن البكر تعين ولياً لها لمباشرة العقد عنها، والثيب يجوز لها أن تختار أي واحد من المسلمين سواء أكان قريباً منها أم بعيداً عنها<sup>134</sup>.

أمام هذا الحكم لم يعد للولاية دور تلعبه كشرط من شروط الزواج، طالما أن المرأة تختار الولي، كما أن الولي مسلوب منه حق التعبير متى كان ذلك ضرورياً، محققاً لمصلحة المرأة.

<sup>132</sup> عبد العزيز سعد قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2013، ط4، ص.43.

<sup>133</sup> قال ابن حزم الظاهري: ولأب أن يزوج ابنته الصغيرة البكر ما لم تبلغ بغير إذنها، ولا خيار لها إذا بلغت. فإن كانت ثيباً من زوج مات عنها أو طلقها، لم يجز للأب ولا لغيره أن يزوجها حتى تبلغ، ولا إذن لها قبل أن تبلغ. وإذا بلغت البكر والثيب لم يجز للأب ولا لغيره أن يزوجها إلا بإذنها. فإن وقع فهو مفسوخ أبداً. حزم، المحلى، ج9، دار الفكر بيروت، د. س. ن. المسألة 1826.

<sup>134</sup> ناصر أحمد النشوي، موقف الشريعة الإسلامية لتولي المرأة لعقد النكاح، دار الجامعة الجديدة، القاهرة 2005 ص301.

من حيث بسط المساواة بين الجنسين فإن المادة هذه لم تحققها، بقدر ما وضعت المرأة في غير مأمّن، متى لم تتحقق الغايات المرجوة من الزواج فلو أساءت الإختيار، مثلا بحكم قلة تجربتها، لتعذر عليها اللجوء إلى أبيها احتما به، طالما أنها أقصته من الولاية واختارت وليا غيره، وهذا ما يخشى منه، لأن الولي، كقاعدة عامة، لم يكن يوما ضد إرادة أولاده في بناء مستقبلهم بل كان دائما رقيقا موجها لهم<sup>135</sup>. لأنه لا يمكن القول بتوافر الشفقة على البنت في غير أبيها، ولأن عنصر الشفقة من الأصول على الفروع عنصر فطري، لا يتحقق في غير الوالدين. وغالبا ما ينتهي هذا النوع من الزواج بآثار سيئة، وتفكك عائلي.

بينما أجاز القانون المغربي للراشدة أن تزوج نفسها بنفسها أو تفوض ذلك لأحد أقاربها، دون ذكر الغير<sup>136</sup>. غير أن المشرع التونسي فقد ابعده الولي تماما في زواج الراشدة<sup>137</sup>، بما ورد النص عليه في الفصل التاسع " للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما. . " غير أنه احتاط في تحديده لسن الزواج بعشرين سنة، وقد يكون هذا السن كفيلا برجحان عقل البنت، وبالتالي حسن اختيارها للزوج المناسب، وهذا لا ينفي عنه مخالفته لقواعد الفقه الإسلامي.

## 2. ولاية الإختيار في الفقه الإسلامي :

اختلفت المذاهب الفقهية في الولاية على الراشدة ؛ فالحنفية نعتوها بولاية النذب أو الإستحباب<sup>138</sup>، إذ أثبتوها في حق المرأة البالغة العاقلة، بكر كانت أم ثيبا ورعاية لمحاسن

135 عيسى حداد، المرجع السابق، ص 141

136 نصت المادة من مدونة الأسرة المغربية " للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها، او تفوض ذلك لأبيها أو لأحد اقاربها. " نلاحظ أن المشرع المغربي قيد الراشدة في اختيار الولي ضمن أهلها واقاربها، دون الإنصراف إلى الغير، وقد أحسن فعلا في ذلك ليبقي على عامل المحافظة والتكافل الأسري.

137 نص الفصل التاسع من مجلة الأحوال الشخصية التونسية " للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما وأن يوكلتا من شاءا وللولي حق التوكيل أيضا. فالمشرع التونسي قد منح للزوجة وللزوج حق اختيار الوكيل الذي يقوم مقام الولي.

138 علاء الدين الكاساني، المرجع السابق. ص368.

العادات والآداب التي يراعيها الإسلام<sup>139</sup>. والولاية عليها ولاية مشتركة، وشرط ثبوت هذه الولاية هو رضا المولى عليها لا غير. لكن، يندب له أن يتولى عقد زواجها، صيانة لها وحفظا لحياتها. ولو زوجت نفسها من غير كفاء، أو بمهر قاصر جاز للولي حق الاعتراض، هذا قول أبي حنيفة<sup>140</sup>.

ولا يعتبر هذا إطلاقاً لحرية المرأة كما يدعي البعض، بل هي حرية مصونة بسياج من الحيطة. ويقول الإمام أبو زهرة في هذا الصدد: "إذا كان الإمام أبو حنيفة قد خالف الجمهور في إطلاق حريتها، فقد احتاط لحقّ وليها، فاشتراط الكفاءة لصحة العقد أو للزومه بالنسبة للولي، كما اشترط أن يكون المهر مهر المثل، وبذلك يحصل الخلاف بينه وبين من قيدوا حرية اختيارها (يقصد جمهور الفقهاء) وأشركوا معها الولي، فاشتراطوا أخذ رأيه قبل العقد ليكون كما يريد، وأبو حنيفة أعطاها الحرية من جهة، واحتاط لحقّ الولي من جهة ثانية، فجعل له حق الاعتراض إذا كان المهر دون مهر المثل وجعل العقد غير صحيح إن لم يكن الزوج كفاءاً. . . . " أما الشافعية فيرون للأب تزويج بنته البكر، صغيرة كانت أم كبيرة بغير إذن<sup>141</sup>.

والإذن من البكر يدور بين القول والسكوت. أما الثيب فتعبر عن رضاها أو رفضها بالقول دون السكوت، هذا بمقتضى قوله صلى الله عليه وسلم: " لا تتكح الأيم حتى تستأمر ولا تتكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله، كيف إذن؟ قال: " أن تسكت"<sup>142</sup>.

---

<sup>139</sup> عبد الفتاح تقيّة ، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، المرجع السابق ص154.

<sup>140</sup> علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص368 و369. عبد العزيز رمضان سمك، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري. مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص137.

<sup>141</sup> أبو العباس الرملي، المرجع السابق، ص228.

<sup>142</sup> رواه البخاري في " النكاح "باب " لا ينكح الأب أو غيره البكر والثيب إلا برضاها". رواه مسلم، باب " استئذان الثيب في النكاح بالنطق. "



ذهب أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف إلى أن المرأة البالغة العاقلة يجوز لها أن تعقد زواجها بنفسها<sup>149</sup>، ومع ذلك يرون استحباب مباشرة الولي عقد الزواج، ولا اعتراض لأحد عليها متى كان الزوج كفئاً لها، والمهر مهر المثل. فاعتبروا بذلك عبارتها صحيحة في الإيجاب والقبول، ودليل الحنفية في ذلك ما يلي:

قوله تعالى ﴿ يٰ اَيُّهَا الَّذِيْنَ آمَنُوْا اِذَا جَاءَكُمْ اِلٰهٌ مُّبْرَأٌ فَاَصْرَفُوْا وَاَصْرَفُوْا عَنْ اٰلِهَتِكُمْ اِنَّ هٰذَا لَشَيْءٌ عَظِيْمٌ ۙ ﴾<sup>150</sup> فالواضح من الآية أن الشارع الحكيم أسند النكاح إلى المرأة باستعمال عبارة " " كما أضاف حق المراجعة للزوجين بقوله ﴿ اِنَّ اَوْلٰى اِلٰهٍ لِّلْمَرْءِ اَنْ يَّكُوْنَ لَهَا مِنْ اٰلِهَا ذُوٌّ ذُوَّ حَقِّهَا ۗ اُولٰٓئِكَ يَدْعُوْنَ اِلَى الْاٰلِهٰتِكُمْ ۗ اِنَّ اَوْلٰى اِلٰهٍ لِّلرَّجُلِ اَنْ يَّكُوْنَ لَهٗ مِنْ اٰلِهَتِهٖ ذُوٌّ ذُوَّ حَقِّهَا ۗ اُولٰٓئِكَ يَدْعُوْنَ اِلَى الْاٰلِهٰتِكُمْ ۗ ﴾<sup>151</sup>. وفي السنة ورد بموطأ الإمام مالك قوله صلى الله عليه وسلم " الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها." وهذا الحديث يفيد أن الولي ليس شرطاً في عقد الزواج وللمرأة حق الولاية على نفسها.<sup>152</sup>

أخذ المشرع الجزائري، في شأن زواج الراشدة بالمذهب الحنفي عموماً لكنه لم بحق الولي في الإعتراض حال الزوج غير الكفاء أو المهر الناقص. لأن الولاية في الزواج ليست حجراً بالمفهوم القانوني لهذ المصطلح وأن سببها ليس راجعاً إلى نقص في أهلية المرأة، بل هي الحفاظ على سمعتها وكرامتها وشرفها، والولاية شرط لصحة الزواج للصغيرة والمجنونة فقط، أما البالغة العاقلة فيشترط أغلب فقهاء الإسلام رضاها وموافقتها بل لها أن تباشر عقد زواجها ممن ترغب فيه<sup>153</sup>.

هذا ما تعلق بالولاية على العاقلة البالغة، فهل تتصرف نفس الولاية إلى القاصرة

المعروفة فقها بالصغيرة، أم هنالك من ولاية أخرى تثبت عليها ؟

149 علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، 368 و369.

150 سورة البقرة، الآية 23.

151 ناصر احمد النشوي، المرجع السابق. ص359.

152 مالك بن أنس رضي الله عنه، المرجع السابق، ص270.

153 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص240 وما بعدها.

## ثانياً: ولاية الإيجار:

قد يسيء البعض الظن في فقهاء الإسلام في تقريرهم لولاية الإيجار، معتبراً إياها تقييداً لحريات الأفراد، ولا سيما في عقد الزواج. إن السلف أيقنوا من مقاصد الشرع حماية الضعفاء. وللحماية جانبان؛ جانب إيجاد، يقتضي إقامة كل ما يدفع الضعف أن يعين على التغلب على آثاره. وجانب عدم يقتضي إتخاذ الوسائل النافعة لدفع الإختلال الذي قد يلحق بمصلحة الضعيف.

انطلاقاً من هذا الحس الراقى، استأنس الفقهاء بالنصوص الشرعية التي تومئ إلى حق الأولياء في رعاية مصالح الضعفاء والتحيز إليهم، ومن هنا دخلوا باب ولاية الإيجار، وقد وسوخ الفقهاء زواج الصغير خوفاً من فوات فرصة الزوج الكفء كما سوغوا زواج المجنون أملاً في شفائه<sup>154</sup>.

إذاً، فولاية الإيجار هي سلطة ثابتة شرعاً، بمقتضاها يستطيع الولي إجبار المولى عليه من غير موافقته ورضاه، بسبب الصغر أو البكارة، أو فقدان العقل، كما أنها حالة لا يكون للمولى عليه فيها إختيار، فلا يؤخذ رأيه في الزواج ولا في المهر ولا في شيء مما يعلق بذلك، وهي تثبت على غير العقلاء وعلى الصغار<sup>155</sup>. وهي من قبيل الولاية الكاملة يستبد فيها الولي بإنشاء الزواج على المولى عليه<sup>156</sup>. فكيف نظم قانون الأسرة ولاية الإيجار؟

### 1. ولاية الإيجار في قانون الأسرة :

أشار قانون الأسرة 84 . 11 في المادة 11 منه إلى ولاية الإختيار وولاية الإيجار جمعاً، وذلك بما نصه " يتولى زواج المرأة وليها، وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي

<sup>154</sup> أحمد الغزالي، المرجع السابق. ص 221.

<sup>155</sup> لكحل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية. الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر 1982، ص 65 و 66.

<sup>156</sup> محمد أبو زهرة، الحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 107.

ولي من لا ولي له. " يبدو أن هذه المادة أخذت بقول جمهور الفقهاء الذين عمموا الولاية على كل أصناف النساء، وجعلوا قاعدة الولاية مشتركة بينهن، دون تخصيص. وأن عامل السن لا يعفى المرأة من الولاية<sup>157</sup>. كما جمع بين الإستثمار والإستئذان، إذ يخص الأول الثيب والثاني للبكر، كما ورد في قوله صلى الله عليه وسلم: " لا تتكح الأيم حتى تستأمر ولا البكر حتى تستأذن، قالوا يا رسول الله وكيف إذن، قال: أن تسكت<sup>158</sup>. "

إلا أن ابن شبرمة وعثمان البتي وأبا بكر الأصبم، حصروا ولاية الإيجابار على المجانين والمعاتيه فقط، ولا تكون على الصغار فقط، فلا زواج على الصغير، لأن الصغير يتنافى ومقتضيات عقد الزواج<sup>159</sup>. كما جعل الله بلوغ النكاح حدا فاصلا بين قصور الفرد وكمال أهليته، بقوله تعالى **يٰۤاَيُّهَا الَّذِيْنَ آمَنُوْا لَا تُنكِحُوا اَوْلَادَكُمْ حَتّٰى يُبْلُغُوْا اِلَآءَ اَنْ يَّكُوْنُوْا رِجَالًا يَّعْلَمُوْنَ مَا يَفْعَلُوْنَ**<sup>160</sup> فاعتبر بهذه الآية أن النكاح أمانة على انتهاء الصغير والصغير لا يستفيد من ثمرات الزواج. هذا كله لا يعني منع الصغيرة من الزواج<sup>161</sup>. واحتياطا لذلك فقد حدد المشرع الجزائري سن الزواج ببلوغ 19 سنة كاملة.

إلا أن المشرع عدل عن هذا الجمع من خلال تعديل 2005، فأفرد الفقرة الأولى من ذات المادة للراشدة، والثانية للقاصرة، فاعتنق المذهب الحنفي في شأن الراشدة، مستندا إلى معيار العقل، حيث لم يذكر الثيب، وخرج عن المذهب المالكي، إلا أنه لم يأخذ بالرأي الراجح لدى الحنفية، لأن الولاية على القاصرة في عقد الزواج هي ولاية إجبار، بينما اعتبرها قانون الأسرة ولاية اختيار<sup>162</sup>.

<sup>157</sup> Djillali Tchouar, Reflexion sur les questions épineuses du code algérien de la famille OPU, 2004, p. 68.

<sup>158</sup> رواه أبو داود، المرجع السابق، ص 433. نضال ابو سنينة، المرجع السابق، ص 232 وما بعدها.

<sup>159</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 81.

<sup>160</sup> سورة النساء الآية 6.

<sup>161</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 109.

<sup>162</sup> أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات. دراسة فقهية ونقدية مقارنة. دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية. 2010. ص 88 و 89.

ويبدو أن الغرض من ذلك، تحقيق مبدأ حرية الإختيار للراشدة، ومبدأ الحماية للقاصرة. وأوردت الفقرة الثانية هذه بجملة من الأحكام أوجزها فيما يلي :

. اعتبر المشرع القاصر كل من لم يتم السن التاسعة عشر، طبقا للمادة 7 من ذات القانون كما يدخل في حكم القاصر كل فاقد عقل أو ناقصه، بحسب أحكام المواد 81، 82، 83 85 و86 من قانون الأسرة.

. أخضع زواج القصر إلى ترخيص قضائي وإذن الولي.

. أسند ولاية زواج القصر إلى الأب فالأقارب الأولين، دون أن يعيّن الترتيب مع العلم أن الترتيب واجب ذكره لعدم تنازع الأولياء على الولاية، الأمر الذي يحيلنا إلى نص المادة 222 ق. أ. ج. ثم أن المذاهب الفقهية تعرضت لهذا الموضوع بشيء من الاختلاف، كما سيأتي بيانه<sup>163</sup>. "

. استعمل كلمة " القصر " ليشمل الذكور والإناث معا، وليستند إلى عامل التمييز دون اعتبار البكارة والثبوبة معيارا، وهذا أقرب إلى الرجحان، ولوعمل القانون بمعيار البكارة، كما أجاز لأي بكر أن تتحرر من ولاية الجبر مهما بلغ سنهما.

يستخلص مما سبق أن قانون الأسرة لم ينظم ولاية الإيجابار وفق أحكام الفقه الإسلامي من حيث الإستبدال، طالما أنه قرر في نص المادة 13 ق. أ. ج. بمنع الولي صراحة عن تزويج من في ولايته جبرا، أو تزويجه دون موافقته. إذن، فالولاية هنا ولاية شراكة وليست ولاية استبدال كما يراها جمهور الفقهاء.

باعتبار المشرع قد اعتد بمعيار التمييز في الولاية، كان له أن يشير إلى زواج المحجور عليه مثلما جاءت به بعض التشريعات العربية<sup>164</sup>.

---

<sup>163</sup> انظر صفحة 69 وما بعدها مما سبق.

<sup>164</sup> نصت المادة 9 من مشروع القانون العربي الموحد إلى إجراءات زواج المجنون والمعتوه، ثم المادة 10 عالجت مسألة زواج المحجور عليه والسفيه. أما القانون الليبي، في مادته العاشرة فيتفق حرفيا مع نصي المادتين السابقتين. في حين أم



أما القانون المغربي فقد اعتبر الولي شرطاً من شروط الزواج، أخذاً بالمذهب الحنفي (م 13 م. أ. م.) واتفق مع القانون الجزائري في شأن حرية الراشدة في إبرام عقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو أحد أقاربها. غير أن قانون الأسرة الجزائري انصرف إلى الغير اختياراً وهذا لا سند له في الفقه الإسلامي إلا الظاهرية. اتفق القانون المصري مع القانون الجزائري والمغربي في شأن زواج الراشدة، أما الصغيرة أو الصغير فثبت عليهما ولاية الإجماع، والولي هو الذي يتولى الزواج دون التوقف على رضا هذا الصغير<sup>165</sup>.

إذا كان قانون الأسرة كما أسلفت قد أخذ العقل معياراً لثبوت الولاية من عدمه، فما موقف الفقه الإسلامي من ولاية الجبر، وما سنده في ذلك؟

**2 . ولاية الإجماع في الفقه الإسلامي :** يثبت المالكية ولاية الإجماع على البكر، صغيرة كانت أم كبيرة، لأن العلة في ذلك، البكارة، باعتبارها معياراً لتقاء تجربة المرأة لأحوال الرجال، كما يأخذ الشافعية بذلك<sup>166</sup>، وهذا بغير إذنها. لذلك تمتد ولاية الإجماع لديهم إلى ما بعد البلوغ والرشد، ما دامت المولى عليها بكراً لأنها تفتقد تجربة الزواج ومعرفة أحوال الرجال، وتتساق وراء عواطفها وأهوائها. مستنديين في ذلك إلى قوله صلى الله عليه وسلم: " الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها، وإذنها صماتها. "

---

مدونة الأسرة المغربية نصت في مادتها 23 " يأذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية، ذكراً كان أم أنثى، بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر.

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

= يجب أن يكون الطرف الآخر راشداً ويرضى صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع المصاب بالإعاقة "

كما نصت الفقرة الثانية من المادة 15 من قانون الأحوال الشخصية السوري " للقاضي الإذن بزواج المجنون أو المعتوه إذا ثبت بتقرير هيئة من أطباء الأمراض العقلية أن زواجه يفيد في شفاؤه. "

165 أحمد الشامي. المرجع السابق. ص 89.

166 أبو العباس الرملي، نهاية المحتاج، ج 6. دار الفكر، بيروت، 2004. ص 228 .

أما الحنفية فيثبتون ولاية الإجماع على فاقد الأهلية لجنون أو عته أو صغر، وكذلك ناقصوها؛ كالصبي المميز<sup>167</sup>. وعلتهم في ذلك العقل، لأنه مناط التفرقة بين النافع والضار، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الإتجاه<sup>168</sup>.

## الفرع الثاني

### ترتيب الأولياء

يقتضي تحقيق مصالح القاصر في الزواج درجة قصوى من العناية بمسألة الولي الذي يعين ويكمل برأيه رأي القاصر في إختيار الزوج الكفاء. ولا يتحقق هذا إلا إذا توافرت فيه صفات الشفقة وحسن الإختيار. غير أن هذه الصفات لا تتوافر بالتساوي في كافة الأفراد. تبعا لذلك، وجب التساؤل : ما موقف كل من القانون والفقهاء أمام تفاوت هذه الخصائص في الأفراد، كيف نحقق مصلحة القاصر فيما بين الأولياء ؟

#### 1. ترتيب الأولياء في القانون :

لم يتعرض قانون الأسرة إلى ترتيب الأولياء بصورة واضحة، بل أشار إليه مجملا ولم يكن جد مطنبا في مسألة أيلولة الولاية الشرعية فيما بين الأولياء.<sup>169</sup> حيث ورد في نص المادة 11 ق.أ.ج. قبل التعديل: "يتولى زواج المرأة وليها، وهو أبوها، فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له. " نستنتج من نص المادة ما يلي:

أ. استعملت المادة هذه عبارة "المرأة" دون تمييز بيت الصغيرة والكبيرة البكر والثيب. كما جمعت بين ولايتي الإختيار والإجماع، ثم عرّفت الولي أنه أبو المرأة، ثم الأقارب الأولين، متى كان الأب متوفيا أو عاجزا عن التعبير عن إرادته، بسبب غيبة أو فقدان أو عجز جسدي، أو تقييد حرية أو سقوط ولاية قانونا. هذا، دون أن يوضح المشرع ترتيب الأولياء أو تحديد

<sup>167</sup> اعتبر القانون المدني الجزائري في مادته 43 الصبي غير المميز، كل من لم يبلغ الثالثة عشرة من عمره.

<sup>168</sup> تنص المادة 11 من قانون الأسرة على أن الراشدة تعقد زواجها بنفسها بحضور وليها الذي يقع عليه اختيارها، أما القاصرة فيتولى وليها زواجها، إذ استعمل المشرع عبارتي الراشدة والقاصرة، دون الإشارة إلى البكر أو الثيب، وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة خلافا لجمهور الفقهاء.

<sup>169</sup> Tchouar Djillali, op. cit. p56

صفاتهم على الأقل، مثلما ورد في الفقرة الأولى من المادة السابعة من القانون الليبي بما نصه " الولي في الزواج هو العصابة بنفسه على ترتيب الإرث" ثم الفصل التاسع من القانون التونسي الذي عرّف الولي أنه "العاصب بنفسه".

غير أن التعديل الأخير استدرك هذه الشمولية التي عمت المادة 11 ق. أ. ج. وميز بين الولاية على زواج الراشدة، والولاية على زواج القاصرة.

أ. في زواج الراشدة منح الولاية للأب أو أي قريب آخر للمرأة، أو أي شخص تختاره. استعمل المشرع أداة العطف " أو" التي تفيد التخيير فيما بين الأولياء. وبالتالي، يمكن القول أن ترتيب الأولياء غير وارد في ولاية زواج الراشدة لدى المشرع الجزائري، لنستنتج أن لا فائدة جوهرية من الولاية ما دام للمرأة حق اختيار الولي وخاصة لما منح للراشدة حق اختيار الغير، فكان له بعد منحها حق الزواج بنفسها أن تفوض هذا التصرف عند الحاجة إلى قريب لها، مثلما جاء به المشرع المغربي الذي قيد اختيار الراشدة لوليها فيما بين أقاربها، أما القانون التونسي فقد اتفق مع القانون الوطني في شأن حرية الراشدة في اختيار الوكيل<sup>170</sup>.

ب. في زواج القاصرة وردت الفقرة الثانية من المادة 11 تمنع القصر من تزويج أنفسهم لتسند الولاية لأولياء، ويمكن تلخيص محتوى الفقرة فيما يلي :

. استعمل المشرع مصطلح " القصر " ليشمل بذلك الذكور والإناث، دون وضع حد أدنى لسن زواج القصر، وهو سن التمييز المحدد بثلاثة عشرة سنة (م43 ق. م. ج. ) أم أدنى من ذلك، أم يعتد بسن البلوغ.

والأرجح أن الاعتداد بالبلوغ هو الأصح، طالما أن قاضي شؤون الأسرة حال الترخيص بالزواج يطالب بشهادة طبية للقاصرة تثبت القدرة على ممارسة الحياة الزوجية. لأن الأمر يتعلق بالصحة البيولوجية والنفسية حتى لا يتعرض احد الزوجين القاصرين

---

<sup>170</sup> نصت المادة 25 من مدونة الأسرة المغربية" للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو أحد أقاربها، كما نص الفصل التاسع من مجلة الأحوال الشخصية التونسية". للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما وأن يوكلتا من شاءا وللولي حق التوكيل أيضا. "

للضرر من تأخير زواجه، مما يستوجب على القاضي ربط الإذن بوقائع قابلة للإثبات القضائي، بعد الإستماع لأبوي أو نائبه الشرعي وكذا الإستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي حسب مقتضيات الحال<sup>171</sup>. ولا ينبغي تخفيض سن الترخيص بالزواج إلى أقل من 16 عاما، حماية لصحة الزوجة وسلامتها، ومصالحة الزوجين معا<sup>172</sup>.

. لم يوضح المشرع ما إذا كان الإذن بالزواج يقبل الطعن أم لا، خلافا لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 20 من مدونة الأسرة المغربية "مقرر الإستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن". وكذا مجلة الأحوال الشخصية التونسية<sup>173</sup>. ومن الفقه من أي أن الترخيص القضائي بزواج القاصر بات وغير قابل للطعن، فهو عمل ولائي لا يقبل الطعن بأي وجه من الوجوه<sup>174</sup>.

. أسند ولاية تزويج القصر لأوليائهم وجوبا، مع احترام الترتيب، انطلاقا من الأب.

. حصر الولاية في الأب، فالأقربين، مستعملا أداة العطف " ف " التي تفيد الترتيب، بخلاف ما ورد في زواج الراشدة، ثم أشار إلى من يلي الأب بعبارة " الأقارب الأولين " دون تعيينهم، أهم الأصول ثم الفروع، أم العصبه أم الأقربون بحسب ترتيب الميراث؟ وهل تعد الأم أيضا من الأقربين ؟

لاشك أن القانون لم يوضح مسألة ترتيب الأولياء، تاركا ذلك للفقه الإسلامي فما

موقف هذا الأخير إذن من ترتيب الأولياء ؟ وما المعيار المستند إليه في الترتيب؟

## 2. ترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي :

<sup>171</sup> تشوار الجيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر. العدد 4، 1999 ص75.

<sup>172</sup> بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للنشر، الجزائر، 2013، ص203.

<sup>173</sup> نص الفصل السادس من مجلة الأحوال الشخصية التونسية " زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي والأم.

وإن امتنع الولي أو الأم عن هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الأمر للقاضي. والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه.

<sup>174</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص121.

ما دامت الولاية حقا خالصا للمرأة الراشدة، وحقا مشتركا بين البنت القاصرة ووليها، فإن لهذا الولي أن يستأثر بحقه في الولاية، كما له أن يفوض به لغيره. وطالما أن الولاية ليست حصرا على الأب فحسب، بل تتصرف لبقية الأقربين عند الضرورة، فهل هؤلاء متساوون في الدرجة أم هنالك من ترتيب بينهم ؟

أ . صنف الحنفية الأولياء إلى مرتبتين<sup>175</sup>:

المرتبة الأولى يحتلها العصوبة الأب والجد والإبن متى عرفوا بحسن الرأي والاختيار ولم يشتهروا بالفسق، فعقدتهم صحيح، ولا يثبت فيه خيار البلوغ أو خيار الإفاقة.

المرتبة الثانية يحتلها كذلك الأب والجد والإبن متى اشتهروا بسوء الإختيار أو بالفسق.

المرتبة الثالثة تخص ذوي الأرحام.

يحتل القاضي المرتبة الرابعة عند انعدام الولي.

ب . المالكية يسندون الولاية للعصبات حسب ترتيبهم في الميراث ( م 152 وم 153 ق.أ.ج.)

وهم: الإبن وإن نزل، ثم الأب ثم وصيه ثم الأخ ثم ابن الأخ وإن نزل ثم الجد للأب فالأقربون بالترتيب، ويقدم الشقيق على غيره. واختلفوا مع الحنفية في ولاية الأم. كما أخذ

الشافعية بقول المالكية إلا اختلافهم معهم في ولاية الإبن، فإنهم لم يجيزوها<sup>176</sup>.

إذا كان معيار الشفقة أساسا لترتيب الولاية، فإن الأم اشد شفقة على أبنائها من

غيرها، إلا أنه يعوزها حسن الإختيار ولو أن هذا حكم نسبي لأن المرأة بمجرد زواجها

تكتسب معرفة في أحوال الرجال وبالتالي يمكن أن تحسن اختيار الزوج الكفاء لإبنتها

القاصرة. رغم هذا، فجمهور الفقهاء لا يجيز ولاية المرأة. أليس عامل الشفقة كفيلا بأن تمنح

الولاية للمرأة، ولا سيما في حالات يكون الإرتباط وطيدا بين القاصرة وأمها مع عدم وجود

الأب ؟

<sup>175</sup> علاء الدين الكاساني، المرجع السابق. ص 372 وما بعدها.

<sup>176</sup> ابن رشد، المرجع السابق، ص 477. أبو العباس الرملي، المرجع السابق. ص 231.

### 3 . ولاية الأم :

تعتبر الأم الشخص الأقرب من أبنائها القصر، ولا سيما الإناث منهم. من أجل ذلك فإن قانون الأسرة قد التفت إلى هذا الجانب، ففضى في نص المادة 87 ق. أ. ج. بتحويل الولاية قانونا إلى الأم دون سواها متى توفي الأب. فهل يعني هذا أن الولاية لا تتوّل إلى الأم إلا في حالة الوفاة؟

مع العلم أنه يوجد من الحالات ما يمنع الأب من التعبير عن إرادته كالموانع الطبيعية<sup>177</sup>، أو الموانع القانونية<sup>178</sup>. ومتى كان الأمر كذلك، فإن الولاية تتوّل إلى الأم على أبنائها القصر، ولا يجوز صرف الولاية لغير الأم إلا إذا تعارضت مصالحها مع مصالح ابنها أو ابنائها القصر. وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها بمانصه "من المقرر قانونا أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله، وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصريين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة، ومن ثم فإن تالقضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون"<sup>179</sup>. ومن ضمن ما يعوز نص المادة 87 ق. أ. ج. أن في حالة زواج البنت، فإن الأم في حالة ولايتها على ابنائها القصر، وطبقا لنص المادة 222 ق. أ. ج. تفوض هذه السلطة إلى ولي ذكرما دامت الذكورة من شروط الولاية، وأيضا عملا بحديثه صلى الله عليه وسلم "لا تزوج المرأة المرأة"<sup>180</sup>.

---

<sup>177</sup> أعني بالموانع الطبيعية تلك العوارض الفيزيولوجية التي تحول دون التعبير عن الإرادة، كالجنون أو الصمم والعمى المجتمعين، أو المرض المفضي إلى غيبوبة مستمرة.

<sup>178</sup> أقصد أيضا بالموانع القانونية، الحجر أولا ثم الغيبة الطويلة التي يستحيل معها الإتصال بالأسرة، وكذا السجن.

<sup>179</sup> ملف رقم 187692 بتاريخ 1997/12/23، المجلة القضائية 1997، العدد 1، ص 53. عن جمال سايسي الإجتهد الجزائري فير مادة الأحوال الشخصية، ج 2، منشورات كليك، 2013، ص 874.

<sup>180</sup> Tchouar Djillali , op. cit. ,p53.

تأتي حالات أخرى تقضي بتحويل الولاية للأم، منها ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 87 ق.أ.ج. بحق الأم الحاضنة في الولاية على محضونها<sup>181</sup>. غير أن الولاية على النفس ليست هي الحضانة، فالإختلاف بينهما بيّن واضح .

#### أ . الفرق بين الحضانة والولاية على النفس:

تختلف الحضانة عن الولاية على النفس في عدة مواطن، فالحضانة مؤسسة طبيعية جاء بها القرآن ، في حين أن الولاية على النفس مؤسسة القانون المدني. كما أن الحضانة تعتبر وظيفة بيولوجية وخدمة مادية ترمي إلى الحماية الجسدية للطفل، أما الولاية على النفس فتشمل التربية بمعناها الواسع.

غالبا ما تسند الحضانة للنساء وتُسند الولاية على النفس للرجال. أخيرا فإن سن الطفل المحضون أصغر من سن الطفل الممارس عليه الولاية على النفس<sup>182</sup>.

ومنها ما لم يشر إليه القانون ؛ كحال القاصرة مجهولة الأب، أتتمتع الأم بحق الولاية على ابنها أم تؤول الولاية إلى القاضي؟ ومما هو ثابت في واقع حياتنا اليومية أن الأم أبصر بمصلحة ابنتها أكثر من تبصر القاضي.

هذا، وأن قانون الأسرة، كما يشير إلى ذلك بعض الشراح، لم يضع في الحساب المشاكل التي تنتج عن الطلاق. وأن المادتين 87 و11 ق.أ.ج. لا تنطبقان على كافة الفرضيات، ويبقى الحق الراجح للأب مستمرا حتى ولو كان الصغير تحت رعاية أمه، إذ يجب عليه طلب موافقة الأب في الزواج<sup>183</sup>. إذا كان المشرع قد رتب الأقارب الأولين بعد الأب باستعماله لعبارة " الأقربين " فهل تعتبر الأم من الأقارب ؟

---

<sup>181</sup> تنص المادة 87 من قانون الأسرة أن "يكون الأب وليا على أولاده القصر و وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا. وفي حالة غياب الأب او حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد. وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد.

<sup>182</sup>حميدو زكية ،مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة،دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان،

2005/2004، ص94و95.

<sup>183</sup> Tchouar Djillali ; op. cit. ,p54.

لا شك وأن الأم تعتبر من الأقارب، إذا ما تأملنا نص المادة 92 ق.أ.ج التي تنص على أنه " يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر الذي لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية. . . . " فمن باب المخالفة، إذا وجدت الأم، وكانت أهلا للولاية فلا حاجة لتعيين الوصي، لأنها أجدر بأن تتحمل كل الإلتزامات القانونية المتعلقة بالولاية على أبنائها القصر.

لذلك لا يبدو أي تعارض مع الفقه لو منح المشرع للأم حق ولاية الزواج طالما أن الحنفية أجازوا تزويج الأم لإبنتها، ذلك ترتيبا وراء ولاية العصابات لأن ولايتهم أقوى ولأنها وإن كانت موفورة الشفقة إلى أقصى حد فإن تدبيرها غير كامل<sup>184</sup>. وقد اختلف الحنفية عن الجمهور في ثبوت الخيار للقاصرة عند بلوغها متى زوجها غير الأب<sup>185</sup>. كما أن المحكمة العليا اقرت بجواز الخيار للقاصرة متى بلغت سن الرشد ولم يتم الدخول بعد<sup>186</sup>.

فضلا عن ذلك، فإنه يستحب استئذان المرأة في زواج ابنتها لقوله صلى الله عليه وسلم: "أمروا النساء في بناتهن"<sup>187</sup>. ولأن الأم تشارك الولي في النظر لابنتها وتحصيل المصلحة لها، لشفقتها عليها. وفي استئذائها تطيب لقلبها، وإرضاؤها فيكون أولى<sup>188</sup>. كما أن الإمام مالكا سألته امرأة في أن تتكلم في شأن زواج ابنتها فقال: نعم، إنني أرى لك في ذلك متكلمًا<sup>189</sup>.

184 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق. ص 121.

185 ابن رشد، المرجع السابق. ص 472.

186 قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها " إن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها خو تطبيق صحيح للقانون. ملف رقم 255711 بتاريخ 2001/2/21،  
المجلة القضائية 2002، العدد 2، = ص 424. عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات 02/05، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ط 3 2007. ص 50.

187 رواه أبو داود عن عثمان بن أبي شيبة عن معاوية بن هشام، عن سفيان عن اسماعيل عن ابن عمر، أبو داود، كتاب النكاح باب الإستثمار. المرجع السابق. ص 95.

188 ابن قدامة، المرجع السابق. ص 400.

189 لكحل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين المعاصرة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982، ص 69.



أما القانون الفرنسي فقد قضى باقتران رضا الأب والأم معا في تزويج صغيرهما كما أخذ بذلك القانون التونسي في فصله السادس بما نصه "زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي والأم " وقد يكون الولي أبا أو جدا أو عصابة ومهما تتابع الأقارب على الولاية، فإن الأم تبقى في نظر هذا القانون محتفظة بمركزها في ولاية الزواج.

أخيرا، فإن ترتيب الأولياء كما أسلفت يهدف إلى حفظ مصالح القاصر أولا، وحماية حقوق الأولياء ثانيا، لذلك، ما هي الآثار المترتبة على حكم ترتيب الأولياء ؟

#### 4 . ولاية الأبعد مع وجود الأقرب :

لم يتعرض القانون إلى هذه المسألة، إلا ما نص عليه في الفقرة الثانية من المادة 11 من حيث ترتيب الأولياء. رغم أن هذه المسألة موضوع نزاع فيما بين افراد العائلة، فقد يزوج العم أو الخال القاصرة رغم وجود الأب، وغالبا ما تحدث هذه الظاهرة في القصر أبناء وبنات المطلقات الذين يقيمون مع أحوالهم بحسب العرف، أو في العائلات الموسعة أين تتداخل سلطات الأب والجد والأعمام. فهل في هذه الحالة للأب حق فسخ عقد الزواج؟ يقول المالكية بفسخ العقد متى وجد الأب، أما الشافعية فقد منعتوا إبرام عقد الزواج من أصله من أحد مع حضور الأب، سواء أكانت المرأة بكرا أم ثيبا<sup>190</sup>. ويضيف ابن رشد في هذا مستدركا "من لم ير الترتيب حكما شرعيا يجوز لديه نكاح الأبعد مع وجود الأقرب ومن أنه حكم شرعي، ورأى أنه حق للولي فالنكاح منعقد موقوف على إجازة الولي الأقرب. ومن رأى أنه حق الله فالنكاح غير منعقد."<sup>191</sup>

أما الحنفية فيرون أن الولي الأبعد إذا باشر عقد الزواج مع وجود الولي الأقرب فإنه يكون فضوليا؛ كتزويج الجد لحفيدته من تلقاء نفسه، وأبوها حاضر، وعقد الفضولي موقوف

190 ابن رشد، المرجع السابق، ص 26 .

191 ابن رشد، المرجع السابق. ص 26 .

على إجازة صاحب الشأن. أما لو تقدم خاطب كفاء في غياب الولي الأقرب فلا ينتظر حضور الغائب<sup>192</sup>. رغم هذه الأحكام فإن للأبعد حق التزويج مع وجود الأقرب، وهي:

أ. أن يوكله الأقرب في التزويج.

ب. أن يغيب الأقرب غيبة لا ينتظر الخاطب الكفاء معها استطلاع رأي الغائب.

ج. أن يكون الأقرب غير مستكمل لشروط الأهلية. كأن يعتريه عارض من عوارضها، أو يكون ناقصها اصلاً أو فاقداً لها.

## 5. انتقال الولاية عند غياب الولي الأقرب:

هذه الظاهرة شائعة الحدوث، إذ يغيب الولي الأقرب غيبة طويلة يستحيل معها الإتصال به أو أن الولي يعجز عن التعبير عن إرادته، فإن الولاية لا شك تنتقل إلى الولي الموالي.

لم يتعرض قانون الأسرة لذلك، إلا ما ورد في نص المادة 11 ق. أ. ج. بمصطلح "الأقارب الأولين". ليفسح المجال إلى القاضي في الاجتهاد<sup>193</sup>.

تعرض القانون الفرنسي لهذه المسألة بكثير من التوضيح، شملته المادتان 149 و150 ق. م. ف.<sup>194</sup>، إذ أشار إلى حالة وفاة أحد الوالدين، أو عجزه عن التعبير عن رضاه فإن رضا الوالد الآخر كاف لتزويج القاصر.

<sup>192</sup> عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السابق. ص 157 .

<sup>193</sup> قررت المحكمة العليا "حيث أنه فيما يخص الولي، فبالأحرى أن يكون ولياً عن أخته في عقد الزواج، كما الشأن في الدعوى الحالية نيابة عن أبيه إن كان هذا الأخير غير موجود لسبب أو لآخر، وعليه، فالإجراء الذي قام به أخو المدعية في الطعن كولي عنها في عقد الزواج العرفي موضوع النزاع إجراء صحيح وفقاً لأحكام قانون الأسرة، خاصة وقد ثبت عدم حضور الأب بمجلس العقد. ملف رقم 96238 بتاريخ 28/9/1993. عن بلحاج العربي. قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 75.

<sup>194</sup> CODE CIVIL FRANCAIS. DALLOZ. 2011. Art. 149/1. Si l'un des deux est mort ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit  
Art. 150. Si le père et la mère sont morts, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté les aieuls et aieules les remplacent; s'il ya dissentiment entre l'aieul et l'aieule de la meme ligne, ou s'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emporte consentement.

كما لو كان مقر إقامة أحد الوالدين مجهولا مع انقطاع الأخبار عنه لمدة سنة، فإن للوالد الآخر حق تزويج القاصر. وإن حدث هذا لكلا الوالدين فإن الولاية تنتقل مباشرة إلى الأصول، دون العصبية وذوي الأرحام، مستعملا في ذلك عبارتي aieuls و aieules ليقصد بذلك الأجداد والجذات من الأب والأم معا<sup>195</sup>.

ويقول الحنفية والمالكية أن الولي الأقرب إذا غاب غيبة طويلة يستحيل الإتصال فيها بالغائب، ويخشى فوات الزوج الكفاء، فإن الولاية تنتقل للذي يلي الغائب<sup>196</sup>. والسبب في ذلك أن الولاية ثابتة للولي البعيد كما هي ثابتة للولي القريب، إلا أن القريب قدم، لأنه أولى، ذلك، لأن التقديم يقوم على أساس توافر الشفقة والحرص. أما الشافعية فيحيلون الولاية إلى السلطان.<sup>197</sup> ويخالف الحنفية هذا الرأي؛ لأنه لا يرفع إلى السلطان إلا ما هو ظلم، وفي هذه الحالة لا ظلم يقوم.

## 6. تزويج المرأة من وليين :

قد تتحقق الولاية قانونا وشرعا لوليين، فيزوج القاصرة كل واحد منهما دون علم الآخر، فالراجح صحة عقد الولي الأول، عملا بقوله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة أنكحها وليان، فهي لأول منهما"<sup>198</sup>. هذا، إذا كان الوليان من درجة واحدة، كالأعمام مثلا وقال البعض أن الولاية تثبت لهما مجتمعين، أي لا يجوز لأحدهما أن يزوج في غياب الآخر، لأن مصلحة القاصر في اجتماع رأييهما، والسبب في هذا أن الولاية لا تقبل التجزئة<sup>199</sup>. واتفق أهل العلم أيضا على هذا ما لم يقع الدخول من الثاني بها، فإن وقع الدخول بها، فإن الإمام مالكا زعم أنه لا يفرق بينهما، وهذا إذا كان قد علم نكاح المتقدم منهما من المتأخر. أما لو زوجها معا هذا من زيد وهذا من عمرو ولا يعلم أيهما المتقدم،

<sup>195</sup> LAROUSSE PRATIQUE, MONTREAL, CANADA, 2003, p36.

<sup>196</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق. ص 27.

<sup>197</sup> ابن رشد، المرجع السابق. ص 27.

<sup>198</sup> روي عن قتادة عن الحسن عن سمرة. سنن أبي داود الجزء 2، المرجع السابق، ص 394.

<sup>199</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق. ص 114.

فالنكاح مفسوخ في قول أكثر الفقهاء، إذ ليس أحد العقدين باولي من الآخر بالتصحيح، لأن النكاح يجب أن يبتني على اليقين وتنزيهه عن الريبة والشك<sup>200</sup>.

وإذا كانت الولاية ثابتة للأصول والعصبات باختلاق المذاهب، فما هي حدود سلطات الولاية؟

### الفرع الثالث

#### شروط الولي وحدود سلطاته

قبل التعرض إلى حدود سلطات الولي وجب الإشارة أولاً إلى الشروط الواجب توافرها فيه.

#### 1 . شروط الولي:

سكت قانون الأسرة عن شروط الولي، فليس كل ولي يصلح لإبرام عقد الزواج بل لا بد من توافر جملة من الشروط تجعله أهلاً لذلك.

أمام هذا السكوت، كان لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة لتحديد شروط الولي، إما بالرجوع إلى نص المادة 122 ق، أ، ج، أو تلك الشروط التي تحكم الوصي، من باب القياس. فقد نصت المادة 93 ق. أ. ج. عليها؛ وهي الإسلام والبلوغ والعقل والقدرة والأمانة. هذه شروط يجب أيضاً توافرها في الولي من باب أولى، غير أن الفقه حصر الشروط في كل من الأهلية والإتحاد في الدين، فلا يمكن أن تسند الولاية لناقص أهلية أو فاقدها، كما لا يمكن أن يتولى كافر زواج مسلم، عملاً بقوله تعالى **چ د ك گ گ گ چ** واستثنوا من هذا الشرط صاحب الولاية العامة كالقاضي<sup>201</sup>. أما الفقه الإسلامي فقد تعرض إليها تفصيلاً.

يحصّر الحنفية الشروط في الأهلية، ولا تتحقق إلا بالبلوغ والعقل معاً، فلا تصح ولاية الصغير غير المميز والمجنون، لأن لا ولاية له على نفسه كما لا تصح على الغير. ثم الإتحاد في الدين، ما دام عقد الزواج عقداً ذا صبغة دينية فلا تثبت ولاية غير المسلم على

<sup>200</sup> سنن أبي داود، ج2، المرجع السابق، ص394. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، دار البصائر، الجزائر، 2010، ص124.

<sup>201</sup> بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها، المرجع السابق، ص410

المسلم، والعكس. ويستثنى من ذلك صاحب الولاية العامة كولاية القاضي، إذ يجوز ألا يكون مسلماً ويتولى زواج المسلم الذي لا ولي له<sup>202</sup>.

أما العدالة، فلم يشترطها الحنفية، إذ للفاسق أن يزوج ابنه أو ابنته الصغيرين، في حين أن الشافعي اعتبرها شرطاً، احتجاجاً بقوله صلى الله عليه وسلم " لا نكاح إلا بولي مرشد"<sup>203</sup>. أما الإمام مالك فلا يعتد بعدالة الولي<sup>204</sup>.

تعرض قانون الأسرة إلى سلطات الولي ضمن المواد 11، 12 و 13 قبل التعديل انطلاقاً من المادة 11 التي منحت للولي حق تولي ولاية زواج من في ولايته مهما كانت صفتها، ثم ترد المادة 12 لتمنع الولي عضل من في ولايته من الزواج ممن ترغب فيه مع إحالة الخلاف التائر إلى القاضي الذي يفصل فيه. ثم يرد في الفقرة الثانية من المادة هذه استثناء مفاده، أن للأب حق المنع من زواج البكر فقط متى رأى ذلك في غير مصلحتها وهذا قول منطقي؛ لأن الولي أدرى من البكر في مسائل الزواج، وهذا قول المالكية.

أخيراً، تأتي المادة 13 مقيدة لسلطات الولي إذ منعه من إجبار من في ولايته على الزواج، كما منعه من تزويجها دون موافقتها، وهذا كذلك من قبيل العدل والمنطق.

يستنتج مما سبق أن المشرع منح للولي جملة من السلطات، وقيدها، بالمقابل بجملة من القيود :

## 2. السلطات المخولة للولي :

أ. تولي عقد الزواج وجوباً على القاصرة، ولا يجوز لها أن تعقد زواجها دون إجازة وليها (م 11 ق. أ. ج.)، يترتب عن اختلال أو غياب هذه السلطة فسخ العقد قبل الدخول وتثبيته بعد الدخول (م 33 ق. أ. ج.). وقد قررت المحكمة العليا في قرار لها أنه من المقرر في

<sup>202</sup> عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السابق. ص153.

<sup>203</sup> علاء الدين الكاساني، المرجع السابق. ص358.

<sup>204</sup> ابن رشد، المرجع السابق، ص476 و477. عيسى حداد، المرجع السابق. ص146.

الشريعة الإسلامية أن الزواج المنعقد بدون رضا ولي الزوجة هو زواج باطل بطلانا مطلقا، ومن ثم يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه<sup>205</sup>.

ب . الحق في اعتراض زواج القاصرة متى تبين له أن الزوج غير كفاء، أو لإعتبارات أخرى، اجتماعية أم اخلاقية أم اقتصادية كانت، أو نزول عن قيمة صداق المثل.

ج . حق الولي الأقرب في التزويج قبل الأبعد، إلا استثناء. <sup>206</sup>

د . حضور زواج الراشدة وتمثيلها في مجلس العقد واشتراط ما رغبت موليته في اشتراطه.

### 3 . القيود الواردة على سلطات الولي:

ورد في الفقرة الأولى من المادة 12 أن ليس للولي حق منع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه، شريطة أن يكون هذا الزواج أصح للمولى عليها. ثم تنص المادة 13 ق،أ،ج. على أنه " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها."

هذا ما كان واردا في المواد الثلاث قبل تعديلها، كون المشرع عمم الولاية على الراشدة والقاصرة معا، عملا بالمذهب المالكي، وخص البكر بولاية الإيجابار.

بعد تعديل 2005 وضع المشرع تفرقة واضحة بين ولاية الإختيار وولاية الإيجابار،

كذلك بين الراشدة والقاصرة، فورد التعديل على النحو التالي:

أ . منحت الفقرة الأولى من ذات المادة للولي حق حضور عقد الزواج، هذا لمن وقع عليه اختيار المرأة الراشدة. ولا يعتبر حضوره سلطة أو تصرفا يترتب آثارا، إلا ما يصدر منه من توقيع على أصل العقد. وقد وقف المشرعون الجزائريون هنا موقفا متذبذبا، فلا هم قرروا إلغاء الولي صراحة ولا هم قرروا اشتراطه صراحة. مما يدل دلالة قاطعة على أنهم قد

---

<sup>205</sup> ملف مؤرخ في 1996/12/7، م. ج. 1968، ج1، ص139. عن بلحاج العربي، قانون الأسرة، المرجع السابق ص72.

<sup>206</sup> سبق وأن تعرضت لترتيب الأولياء وما يترتب عنه. انظر صفحة 71 وما بعدها.

تعرضوا إلى ضغوط متزايدة ومن جهات مختلفة، وانهم لم يستطيعوا ولم يحاولوا مقاومة هذه الضغوط واختاروا أن يقفوا هذا الموقف الغامض<sup>207</sup>.

ب . أما الفقرة الثانية من ذات المادة، فقد حددت سلطات الولي على زواج القاصرة، وهي تولي الولاية بنفسه أم ممن يليه، أو من القاضي متى انتفى الأولياء.

ج . ورد أيضا تعديل جوهري على متن المادة 13؛ مفاده، أنه لا يجوز للولي أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، كما لا يجوز له تزويجها بدون موافقتها. يقصد المشرع من وراء هذا أن إرادة المولي مرهونة بإرادة المولى عليها، فمتى رفضت استحال منح الرخصة، وبذلك يكون القانون قد أخذ بنظرية عدم الإيجاب على الزواج<sup>208</sup>.

ويشترط في ذلك تحقق المصلحة للقاصر؛ أي الزوج الكفاء ومهر المثل. ويثبت في هذا النوع من الولاية خيار البلوغ للقاصر وخيار الإفاقة للمجنون، لأن اشتهار الفسق وسوء الإختيار اقتضيا اشتراط المصلحة ظاهرا. هذا ما أيدته المحكمة العليا في قرار لها مفاده " من المقرر قانونا أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون<sup>209</sup>." وفي قرار آخر لذات المحكمة في شأن خيار البلوغ قضت فيه " إن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون<sup>210</sup>."

إن خالف الولي إرادة القاصر سلبت منه الولاية وأحيلت إلى القاضي ليحكم بما يراه يحقق مصلحة للقاصرة. لنجد في النهاية أنفسنا أمام ولاية إختيار على القاصرة مبعدين

<sup>207</sup> عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. المرجع السابق، ص43.

<sup>208</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص249.

<sup>209</sup> ملف رقم 90468 بتاريخ 1993/3/30. م. ق. 2003.

<sup>210</sup> ملف رقم 255711 بتاريخ 2001/2/21، م. ق. 2002 عدد2، ص424. عن بلحاج العربي، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص75.

إطلاقاً ولاية الإجماع، وهذا ما أكدته قانون الأسرة ولو كانت المرأة صغيرة<sup>211</sup>. كما أكد المشرع على هذه الفكرة بإلغائه للمادة 12 التي كانت تمنح للولي حق الإمتناع متى تبين له ضرر في زواج من في ولايته. فضلاً عن ذلك، فإن المادة 97 من قانون الحالة المدنية تبطل كل زواج تم في الخارج بين أجنبي وجزائرية في بلد يعمل بنظام ولاية الإجماع<sup>212</sup>.

استشف مما سلف بيانه أن المشرع بعد تعديل القانون أبقى على ولاية الإختيار دون ولاية الإجماع في زواج الراشدة والقاصرة معاً. واعتمد هذين المصطلحين الأخيرين، مستغنياً عن مصطلحي " البكر والثيب " ليوضح أنه اعتمد العقل أساس الولاية.

أما عن سلطات الولي، فقد حصرها في زواج الراشدة بالحضور فقط، غير أن في زواج القاصرة، فقد أوجب سلطة الولي، ولم يدع للقاصرة حق تولي الزواج بنفسها، كما هو للراشدة. ثم أن المشرع لم يستعمل عبارة " حضور " في زواج القاصرة، بل استعمل مصطلح " التولي "؛ أي ممارسة الولاية. كما رتب على تخلف الولي في زواج القاصرة فسخ العقد قبل الدخول، وتثبيته بعد الدخول بنص المادة 33 . . . . إذا تم الزواج بدون شاهدين، أو صداق، أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

إذاً، فالقيود الواردة في نص المادة 13ق. أ. ج. تجعل إرادة الولي مكتملة لإرادة القاصرة. لأن الولاية على القاصرة. وتعتبر ولايته شرطاً لصحة عقد زواج موليته القاصرة لأن ظاهر نص الفقرة الثانية للمادة 33 ق. أ. ج. أخذ برأي الجمهور، بأنه إذا تم الزواج بدون ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق ويثبت بعد الدخول بصداق

---

<sup>211</sup> أحمد عبود. رضا المرأة في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. مجلة دراسات قانونية، العدد 10 فبراير 2011. مركز البصيرة للبحوث والإستشارات والخدمات التعليمية. دار الخلدونية. الجزائر. ص 65.

<sup>212</sup> الأمر رقم 20.70 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389، الموافق 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية الصادر بالجريدة الرسمية رقم 21 بتاريخ 1970/2/27، ص 233.



المثل. إذا استوفى الأركان أو الشروط المنصوص عليها في المادة 9 مكرر ق. أ. ج. 213.

رغم هذه الإحتياطات القانونية وتحديد سلطات الولي في التولي، والحضور كما منعه من الإيجاب، والتزويج في غياب من في ولايته لكن مسألة العضل التي ألغاهما تبقى دائما موضوع مناقشة، والتي نص عليها صريح قوله تعالى **چ د ت ث ڈ ڈ ڈ ژ ژ ژ** ك ك ك ك <sup>214</sup>. فالعضل في الآية هو المنع ظلما،<sup>215</sup> ثم أن الخطاب يعم كل النساء صغيرات كنّ أم راشدات. إذ امتناع الولي عن موافقة من ولي عليه في اختيار الزوج يعني رفض الإختيار، أو بعبارة أخرى، تعارض الرضائين.

أمام هذه الوضعية، وجب تدخل القضاء للفصل بما تقتضيه مصلحة القاصر، وهذا ما تأكد في نص الفصل السادس من قانون الأسرة التونسي على أن "زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي والأم وإن امتنع الولي أو الأم عن هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الأمر للقاضي، والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه". كما ورد النص على ذلك أيضا في المادة 21 من قانون الأسرة المغربي<sup>216</sup>.

لكن القانون المدني الفرنسي قد تعرض إلى العضل بصورة أخرى مثلها في الإختلاف الذي يثور بين الأب والأم في حال تزويج القاصر بين مجيز وممتنع. فمتى قام هذا التعارض بين الوالدين اعتبره المشرع رضا بزواج القاصر، لأن الولاية بمقتضى هذا القانون مشتركة بين الوالدين آباء أو أجدادا (م148ق. م. ف)<sup>217</sup>، كما هو الحال في القانون

<sup>213</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر 2010، ص250.

<sup>214</sup> سورة البقرة، الآية 232.

<sup>215</sup> علي محي الدين القرعة داغي، المرجع السابق، ص305.

<sup>216</sup> نصت المادة 21 من مدونة الأسرة المغربية "زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي.

تتم موافقة النائب الشرعي بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وحضوره إبرام العقد.

إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة بت قاضي الأسرة المكلف بالزواج، في الموضوع. "

<sup>217</sup> Les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère ; en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement (art. 147 Code Civil. Français. )

التونسي أين تمتد الولاية أحيانا إلى مجلس الأسرة، عند غياب الوالدين، أو وجود مانع يحول دون توليها تزويج من في ولايتهما.

كان المشرع الجزائري قد أشار إلى العضل في نص المادة 12 من قانون الأسرة قبل إلغائها بمقتضى تعديل 2005 بما نصه "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها. وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون. غير أن للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت. " فكان تأكيده في منع الولي من عضل من في ولايته واضحا. كما كان حريصا في وضع استثناء، خص به البنت البكر؛ اعتبارا منه أنها قد لا تحسن الاختيار. وهذا ما اعتمده جمهور الفقهاء وعملت به غالبية القوانين الوضعية كما أسلفنا أن التعديل الأخير لسنة 2005 ألغى تماما نص هذه المادة، ولم يستعص عنه بنص جديد. الأمر الذي يسبب منه أنه سلب المنع من الولي تجاه موليته القاصرة، ولا يمكن أن يستقر هذا بأي حال من الأحوال، طالما أن منع العضل هو في مصلحة القاصرة، وهذا ما يبتغيه المشرع من خلال كافة نصوص قانون الأسرة.

أخيرا، فإن إلغاء المادة 12ق. أ. ج. يثير تساؤلا، مفاده " لو وقع اختيار القاصرة على زوج غير كفاء، أو فاجر أو زوج لا يستطيع توفير أسباب الحياة لزوجته، انسأقت وراءه وفق أهوائها ونزواتها، أيبقى الولي حبيس إرادتها، مع غياب النص، ومع علم الولي يقينا أن هذا الزوج لا يصلح لموليته، وهو أدري من القاضي في ذلك أيضا؟ ما هو المخرج القانوني الذي يلجأ إليه الولي في هذه الحالة، علما أن النص القانوني المعول عليه قد ألغي؟ إن إلغاء المادة 12 يعني تجريد الولي تماما من حق الاعتراض، ولا سيما إذا كان الزوج مشتهدا بالفسق أو معتادا على الجريمة، أو مرتكبا لجرائم تمس بالشرف أو مدمنا على مخدر أو سلوك سيء، فكيف يمكن قبوله، مع العلم أن الزواج لا يهيم المرأة وحدها بقدر ما يهيم أسرتها

وأقاربها أيضا، وأن ما قد يصيبها من ضرر يمكن أن يصيبهم أكثر<sup>218</sup>. ونحن نعلم أن الزواج لا يربط شخصين فحسب بل عائلتين.

كما صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا يقضي " من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الزواج المنعقد بدون رضا ولي الزوجة هو زواج باطل بطلانا مطلقا، ومن ثم يجوز للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه<sup>219</sup>. وللعلم فإن هذا القرار الصادر سنة 1966 يعد واردا قبل تعديل قانون الأسرة بكثير، ولم أف على اجتهاد آخر منح للولي حق الاعتراض عند تحقق مصلحة القاصرة.

ومن الفقه الوطني من برك إلغاء المادة 12 ق. أ. ج. <sup>220</sup>. كما برك الفقه الأجنبي إلغاء ولاية الإجمار مستندا إلى عدم وجود نص ثابت الورد وصریح الدلالة في الشريعة الإسلامية يجعل الولاية على المرأة شرطا في عقد الزواج أو يبيح للمرأة أن تتولى العقد بنفسها. وإن كانت الإباحة هي الأصل، كما يقول بعض المالكية، فالمنع هو الذي يحتاج إلى دليل لا الإباحة، والآراء الإجهادية الفقهية تأثرت بمبادئ قانونية ومنطقية، كما تأثرت بواقع الحياة الإجماعية التي كانت سائدة<sup>221</sup>.

إذا كان المشرع قد ألغى نص المادة 12 دون تعويضها، فكيف يجيز للزوجة أن تطلب التطلاق متى تبين أن الزوج ارتكب جريمة تمس بشرف الأسرة؟ (م53ق. أ. ج.) ولا فرق هنا بين الزوجة القاصرة والزوجة الراشدة.

فإذا كان هذا الحق ممنوحا للزوجة بعد قيام الحياة الزوجية وإنجاب الأولاد أحيانا فمن باب أولى ألا يتم إبرام عقد الزواج مع زوج غير كفاء ولا يتحقق هذا إلا إذا منح للولي

---

<sup>218</sup> عبد العزيز سعد، المرجع السابق. ص43.

<sup>219</sup> قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1966/12/7، م. ج. 1968، ج1، ص139. عن بلحاج العربي، قانون الأسرة، المرجع السابق. ص72.

<sup>220</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص249.

<sup>221</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص251. عن محمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية المغربي. ج1، ص197.

حق المنع. هذا، خلافا لما ورد في القوانين المغاربية الأخرى. ففي الفصل السادس من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أشار المشرع إلى إمكانية امتناع الولي عن تزويج من في ولايته إذا كان ذلك صالحا لها، رغم تمسكها به، ليرفع النزاع بعدئذ إلى القاضي كما جاء النص المغربي بحرفية النص التونسي في هذه المسألة<sup>222</sup>، أما القانون الليبي فقد اتفق مع الموقف الجزائري.

بعد التعرض لجوانب الولاية يبقى السؤال الآتي مطروحا : ما هي الأسباب التي تؤدي بالولي إلى الاعتراض، أهي أسباب شخصية أم موضوعية، أم عرفية؟ أكلّ الأسباب مقبولة للتمسك بها في اعتراض الولي على زواج موليته؟

غالبا ما يعترض الأولياء انتفاء الكفاءة في الزوج حتى يبرروا رفضهم لإبرام عقد الزواج وكل يرى الكفاءة بمنظوره الخاص، فما هي الكفاءة إذاً، وما حكمها.. ؟

#### 4 . تعريف الكفاءة وحكمها:

الكفاءة في اللغة هو النظير أو المساوي، لقوله صلى الله عليه وسلم " المسلمون تتكافى دماؤهم " ، أما في الزواج، فتعني المماثلة بين الزوجين. ويعتبر الإخلال بها مفسدا للحياة الزوجية وغير مستقرة لما يلحق الزوجة وأولياءها من الأذى<sup>223</sup>.

الأصل في البشرية المساواة لتأصل عنصر الإنسانية المشترك فيهم، غير أن التفاضل بين الأفراد يستند إلى مدى توافر الكفاءة فيهم، بدليل قوله تعالى ﴿ ج ج ج ج ج ﴾<sup>224</sup>، والتفاضل بين الناس ثابت بالتقوى أو ما

<sup>222</sup> نص الفصل السادس من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أن " زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي والأم. وإن امتنع الولي أو الأم عن هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته، لزم رفع الأمر للقاضي. والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه. كما نصت المادة 21 من مدونة الأسرة المغربية على أن "زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي. تتمثل موافقة النائب الشرعي بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وحضوره إبرام العقد. إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة بت قاضي الأسرة الملّكف بالزواج في الموضوع.

<sup>223</sup> عبد الفتاح تقيّة ، النصوص التشريعية في قضاء الأحوال الشخصية، قانون الأسرة ، مدعما بأحدث التعديلات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص167.

<sup>224</sup> سورة الحجرات، الآية 13.

يستعاض عنه اجتماعيا بالسلوك. كما أن فقهاء الإسلام اجتهدوا في مدى اعتبار الكفاءة في الزواج من عدمه، ثم في العناصر المنشئة لها.

أجمعت المذاهب على وجوب اعتبار الكفاءة في الزواج، وخاصة إذا زوجت المرأة نفسها دون وليها، مستندين لقوله صلى الله عليه وسلم " لا تتكحوا النساء إلا من الأكفاء ولا يزوجهن إلا الأولياء."<sup>225</sup> إلا ما عارض به الكرخي من المالكية وسفيان الثوري من الحنفية بعدم اعتباره للكفاءة في الزواج، مستندين في ذلك إلى ما قاله صلى الله عليه وسلم لبلال وهو يرسله لبعض الأنصار: " قل لهم أن رسول الله يأمركم أن تزوجوني." فهذا أمر من الرسول رغم انتفاء الكفاءة ولو كانت معتبرة لما أمر. كما أنها لو كانت كذلك لكان أولى الأبواب بالإعتبار بها، باب الدماء طالما أن الشريف يقتل بقتله للوضع<sup>226</sup>.

اهتم الرسول صلى الله عليه وسلم بشرط الكفاءة لقيام الحياة الزوجية وحث الأولياء على تزويج بناتهم للأكفاء، ونهاهم عن العضل، بما رواه عنه حاتم المزني: "إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير، قالوا: يا رسول الله، وإن كان فيه؟ قال: إذا جاءكم. . . . . ثلاث مرات. " فبيّن أن الكفاءة تنحصر في الدين وحسن الخلق، غير أن اجتهاد الفقهاء فصل في الحديث بتحديد عناصر للكفاءة.

أ. معايير اعتبار الكفاءة<sup>227</sup>:

. الدين :

إن الدين أصل الكفاءة، وهو خلاف التدين؛ أي الحرص على العبادات واجتناب النواهي، إلا إذا كان شيئاً فاحشاً، بأن كان الفاسق ممن يسخر منه ويضحك عليه.

<sup>225</sup> ابن قدامة، المرجع السابق. ص372.

<sup>226</sup> علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر، بيروت، د. س. ن. ص469.

<sup>227</sup> أبو العباس الرملي، المرجع السابق، ص256 وما بعدها. علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص471 وما بعدها.

الحافظ بن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص72 و73 و74.

<sup>228</sup> ويرون أن الكفاءة في الفجور معتبرة، عملاً بقوله تعالى: ﴿عَمَلٌ مِّنْ عَمَلِكُمْ وَ

﴿<sup>229</sup>.

. الحرفة أو الكسب :

هو عنصر ضروري، إذ لا يعقل أن يقدم على الزواج من لا دخل له، ثم يضيف المالكية والشافعية كلا من النسب والسلامة من العيوب<sup>230</sup>.

غير أن المتعارف عليه اجتماعياً هو الكسب وحسن الخلق، ذلك أن الزوج المعسر لا يطمئن إليه في الحياة الزوجية، حيث يعجز عن النفقة فيعرض أسرته إلى الضياع والفاقة. حتى أن قانون الأسرة أجاز للزوجة طلب التطلق إذا امتنع الزوج عن الإنفاق شريطة ألا تكون عالمة بإعساره وقت الزواج. (م 1/53 ق. أ. ج.) وقد تعارف الناس الآن على ضرورة معرفة حرفة الزوج أو مصدر دخله أو مركزه الاجتماعي ضماناً لراحة الزوجة.

. الخلق :

أما من حيث حسن الخلق، فإن السلوك السيئ المفضي إلى ارتكاب الجرائم يعرض الأسرة للضياع، وليس للزوجة مصلحة في الزواج بغير متخلق. تعتبر الكفاءة حال العقد، فإن كان الرجل كفئاً للمرأة وقت إبرام العقد ثم تغيرت حاله بعده فليس لها ولا لأولياتها حق الاعتراض، حيث العقد لا يفسخ أصلاً بالأمر العارضة. وأضاف الحنفية النسب والحرية<sup>231</sup>.

---

<sup>228</sup> علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص 473، أبو العباس الرملي، المرجع السابق، ص 258، أحمد الغزالي، المرجع السابق، ص 241.

<sup>229</sup> سورة السجدة، الآية 18.

<sup>230</sup> أبو العباس الرملي، المرجع السابق، ص 259.

<sup>231</sup> علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص 471 و 472.

أما قانون الأسرة فلم يتعرض للكفاءة إلا لعنصر الإسلام ، إذ لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم<sup>232</sup>.

#### ب . جانب اعتبار الكفاءة :

أجمع الفقهاء على أن الكفاءة تعتبر في الرجل دون المرأة، لأن العار لا يلحق أسرة الرجل إذا تزوج من وضيعة، وهو يلحق بالمرأة وأسرتها إن تزوجت من وضيع ولأن الرجل الرفيع في نظر الناس يرفع معه زوجته، أما المرأة، فلا<sup>233</sup>. واستثناء من هذه القاعدة، اعتبر الأحناف الكفاءة في جانب المرأة في حالتين<sup>234</sup>:

**الأولى :** إذا زوج غير الأب أو الجد صغيراً بمن لا تكافئه، فإن الزواج لا يصح رعاية لحق الصغير. أو زوجت المرأة نفسها دون ولي وبأقل من صداق المثل.

**الثانية :** إذا زوج الوكيل موكله بامرأة لا تكافئه، ففي هذه الحالة لا ينفذ العقد، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. والغالب في العرف أن يحرص الراغب في الزواج على من يكافئه.

#### ج . صاحب الحق في الكفاءة :

أجمع الجمهور على أن الكفاءة حق للمرأة ولوليها. ويثبت هذا الحق لكل واحد منهما على حده. فلو أسقط أحدهما لم يسقط حق الآخر. فلو زوج الولي القاصرة بغير كفاء سقط حقه في الاعتراض ولم يسقط حقها.

لم يتعرض قانون الأسرة إلى مقومات الكفاءة في الزواج، واكتفى بتوافر العقل والحرية وأهلية الزواج، طالما أن توافر هذه العناصر قرينة على توافر الكفاءة. هذه الجملة من

<sup>232</sup> نصت المادة المد30 من قانون الأسرة "يحرم من النساء مؤقتاً :

المحصنة، المعتدة من طلاق أو من وفاة، المطلقة ثلاثاً.

كما يحرم مؤقتاً:

الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع. زواج المسلمة من غير المسلم.

<sup>233</sup> رمضان الشرنباصي، المرجع السابق، ص126. أبو العباس الرملي، المرجع السابق، ص260. علاء الدين الكاساني المرجع السابق 473 وما بعدها.

<sup>234</sup> علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص476.

معايير الكفاءة لا يمكن للقاصرة أن تتبينها في الزوج، وهذا أمر منوط بالولي، فله أن يعترض عن الزواج متمسكا بانتفاء أحد هذه العناصر.

أما زمن اعتبار الكفاءة فهو وقت إنشاء العقد، لأنها شرط إنشاء لا شرط بقاء، فلو كان الزوج كفئا وقت العقد ثم زالت عنه الكفاءة بعد الدخول، فلا تأثير لذلك، ولا يطلب الفسخ<sup>235</sup>.

إنه موقف القانون والفقهاء من الولاية، شروطا، وحكما وممارسة في حق الراشدة والقاصرة، غير أن أهلية الزواج القانونية تلزم القاصرة بالخضوع إلى جملة من الإجراءات القضائية لإبرام عقد الزواج. فما طبيعة هذه الإجراءات ما شروط ممارستها، ما يترتب عن الإخلال بها، ما هي الآثار المترتبة على الزواج بترخيص قضائي؟

## المبحث الثاني

### الترخيص بزواج القاصر

طالما أن الزواج حق لكل فرد مؤهل له فلا مانع من ممارسته، غير أن هذا الحق قد يستفيد منه من لم يتأهل له سنا، ورغم تعارض المذاهب الفكرية حول الزواج المبكر فإن أغلب المجتمعات توافق على هذا النوع من الزواج. وليس هو بحكر على المجتمعات العربية، بل تمتد جذوره إلى المجتمعات الغربية أيضا، ومن بينها المجتمع الأمريكي المعاصر<sup>236</sup>.

حفاظا على مصالح القاصرين والقاصرات في مسائل الزواج، ودرءا لتعسف بعض الأولياء في ممارسة حق الولاية على هؤلاء لتحقيق أغراض شخصية أو إرضاء لعرف عشائري، وبسطا لمبدأ العدالة وسلطان الدولة، تدخل المشرع بواسطة القضاء لضمان زواج القاصر فأخضع إبرامه لترخيص قضائي.

### المطلب الأول

<sup>235</sup> عبد الفتاح تقيّة ، قانون الأسرة مدعم بأحدث التعديلات والإجتهادات القضائية والتشريعية، المرجع السابق، 168.

<sup>236</sup> أنظر الملحق رقم 1



## الترخيص القضائي لزواج القاصر

ورد في المادة 7 ق. أ. ج. أنه "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج. "حيث حدد المشرع سن الزواج لكلا الجنسين، كأصل عام. وتماشيا مع الأعراف المتباينة في المجتمع الجزائري، ومع حاجة الإنسان أحيانا للزواج قبل السن القانونية لضرورة أو مصلحة مشروعة، جاء المشرع باستثناء لهذا الأصل، مفاده جواز الترخيص للقاصر بالزواج، وهو ما يسمى بالإذن أو الترخيص بالزواج. فهل الترخيص هذا أمر مستحدث في قانون الأسرة أم العكس؟

### الفرع الأول

#### تطور قاعدة الترخيص بزواج القاصر

ليس هذا الترخيص أمرا مستجدا على المجتمع الجزائري، بل هو معهود منذ الأزل، حتى قبل الحقبة الإستعمارية. فكان يصطلح له بالزواج المبكر الذي كان يلجأ إليه المجتمع الجزائري لدواعي اجتماعية ودينية، واقتصادية وسياسية أيضاً.<sup>237</sup> وقد مضى بعدة مراحل :

#### 1. مرحلة 1830 إلى 1930

في هذه المرحلة كانت الشريعة الإسلامية، ولا سيما المذهب المالكي مصدر أحكام الزواج لدى المجتمع الجزائري، الذي كان يعقد الزواج أمام الجماعة المسلمين تحت إشراف

---

<sup>237</sup> يتمثل السبب الديني في اعتبار الجزائريين كانوا يعتمدون الشريعة الإسلامية مرجعا لإبرام عقود زواجهم، علما الإسلام لم يمنع زواج الصغار، بدليل أن القرآن الكريم تعرض لهذا بقوله تعالى "وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ. . . . ." وتجمع المذاهب على ذلك، اعتبارا منها أن الزواج يجلب العفة، ويساهم في تزايد أفراد المجتمع، أما السبب الإجتماعي فينحصر في رغبة العشيرة تقوية عددها دفاعا عن كل عدوان، ولا يتحقق هذا إلا بالإنجاب والتكاثر، أما السبب الإقتصادي فمرده إلى مساهمة أفراد المجتمع في تنمية وازدهار اقتصاد الجماعة.

رجل دين، وحضوراً غلبية أفرادها. وكانت الإدارة الفرنسية في هذه الحقبة قد تكفلت بقانون الإلتزامات وأبقت قانون الأحوال الشخصية وفق الشريعة الإسلامية<sup>238</sup>.

رغم هذا فإن رجال الإختصاص كانوا يتابعون عن قرب نظام الزواج المبكر الشائع انتشاره حينئذ، وما تترتب عليه من آثار، ولاسيما ما يهدد وجود الكيان الفرنسي كالنمو الديمغرافي المتسارع، فكتبوا الكثير في هذا المجال ووصفوا كلا من القرآن والسنة بالجمود والتسلط ولا يخدمان البشرية، إلى حد قول الفقيه الفرنسي G. H. BOUSQUET: " إن الرضا في الزواج لدى المسلمين يختلف عنه في النظام الفرنسي إذ يقتضي هذا الأخير رضا الوالدين معاً زيادة على رضا المعني بالزواج، ليصبح الزواج ممكناً. هذا القانون غير معمول به في النظام الإسلامي. إذ ليس للزوجين الإعلان عن إرادتهما، إذاً فنحن بصدد إكراه، وهو ما يسمى بـ " قانون الجبر " Le droit du jebr " هذا القانون قد يمس الطفل منذ الولادة. غير أن المذهب الأرتودوكسي " القبائل آنذاك " لا يتم الدخول لديهم إلا بعد البلوغ.

239

ثم ينتقد الفقيه Marcel Morand الزواج المبكر بقوله " ليس للمخطوبة أثر في إنشاء الرابطة الزوجية، وما الزواج الإسلامي إلا عقد بيع حقيقي، مع أن الرسول محمد (ص) اعترف للمرأة بشخصية قانونية، لها حقوق وعليها واجبات. "

ليكون هذا الفقيه قد تناقض مع نفسه، في حين يعتبر عقد الزواج عقد بيع من جهة، ثم يشير إلى اعتراف الرسول صلى الله عليه وسلم بالشخصية القانونية للمرأة.<sup>240</sup>

أخيراً ينتهي الأستاذ Louis Milliot معلقاً على نظام الجبر أنه غير مؤسس شرعاً<sup>241</sup>. وقد أثرت هذه الإنتقادات في الإدارة الفرنسية التي سارعت بالتدخل في الزواج المبكر، ودخلت الجزائر بذلك مرحلة جديدة.

<sup>238</sup> G. H. BOUSQUET, Précis élémentaire du droit musulman Malékite Algérien, librairie orientale, PARIS, 1934, pp39 et 40.

<sup>239</sup> G. H. BOUSQUET, op. cit., p58.

<sup>240</sup> Marcel Morand, le droit commun de l'islam, s. edit., s. ann., pp. 31 et 32.

يبدو في الأخير أن جملة هؤلاء النقاد يجهلون حقيقة الولاية والغاية المبتغاة من ورائها، فضلا عن النصوص القرآنية الواردة في هذا المجال وكذا السنة الشريفة.

## 2 . مرحلة 1930 . 1959

لقد حارب فقهاء النزعة الإستعمارية الفقه الإسلامي منذ البداية مدعين بأنه نظام ديني فقط، كالقانون الكنسي المسيحي<sup>242</sup>.

بتأثير من فكر الحركة اللائكية التي نادى باعتبار عقد الزواج عقدا مدنيا. وبعد عمل اللجنة الفرنسية لسنة 1925، التي عكفت على دراسة أحكام عقد الزواج الإسلامي في الجزائر، رفعت مذكرة إلى الحكومة تؤكد فيها على ضرورة إلغاء الزواج المبكر، ونظام الولاية على وجه التحديد. وعلى إثرها صدر القانون رقم 323.30 بتاريخ 02 ماي 1930<sup>243</sup>، هذا القانون الخاص بالخطبة وسن الزواج، كما صدرت سلسلة من التشريعات في هذا الشأن، كالمرسوم المؤرخ في 19 ماي 1931 المتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية، والأمر الصادر في 23 نوفمبر 1944 المتعلق بتنظيم القضاء الإسلامي والقانون الصادر في 11 جويلية 1957 المتعلق بأحكام المفقود والوصاية والحجر وكيفية إثبات الزواج، والأمر الصادر في 4 فبراير 1959، والمرسوم المؤرخ في 17 سبتمبر 1959 المتعلق بتنظيم الزواج وانحلاله في الجزائر<sup>244</sup>.

يعتبر قانون 30 . 323 نسا قصيرا، يحتوي على ثلاث مواد فقط، حيث تناول موضوع سن الزواج بما نصه: " على أن الأهالي من القبائل الذين لا يتمتعون بحقوق المواطنة لا يمكنهم إبرام عقد الزواج قبل تمام سن الخامسة عشرة من عمرهم، في حين يجوز

---

<sup>241</sup> Louis Milliot, droit musulman, recueil Sirey, 1953, p 296. < Le droit de jabr n'a pas son fondement dans le CORAN, le livre est muet en son sujet, pour justifier l'institution au regard de la loi religieuse, il faut évoquer le hadith (Mariez les enfants quand ils sont jeunes.)

<sup>242</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص18.

<sup>243</sup> HENRI BENET, L'état civil en Algérie, imprimerie Minerva, Paris, 1937, p292.

<sup>244</sup> بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص18.

للحاكم العام منح الموافقة على ترخيص بالزواج لمن لم يبلغ هذا السن. وذلك لأسباب خطيرة. هذا بعد رأي لجنة مكونة من مستشار بمجلس قضاء الجزائر، قاض وطبيب مختص.

أما المادة الثانية فتلزم كل من يقدم على إبرام عقد الزواج أن يقدم تصريحاً بالخطوبة، يحرره موظف مؤهل لذلك، ولا يقدم التصريح إلا بعد إثبات الهوية. ثم تأتي المادة الثالثة لتعلن عن صدور نصوص تطبيقية مستقبلاً تحدد كيفية تطبيق هذا القانون. أما طلب الرخصة فيخضع للإجراءات التالية :

أ . تقديم ملف إلى محكمة موطن الزوجين أو أحدهما محتو على:

طلب خطي مصحوب بشهادة طبية محررة من طرف طبيب أو قابلة، وقرار قضائي يثبت رضا القاصرة ووليها بالزواج، زيادة عن عقد ميلاد أو حكم قضائي يثبت هوية طالب الرخصة.

ب . تجتمع اللجنة بحضور الأطراف المعنية بالترخيص بالزواج، وتبدي رأيها في شكل مداولة ترفعها إلى النائب العام ليحيلها إلى الحاكم العام الذي يصدر قراره في هذا الشأن. غير أن هذا القانون لم يلق إقبالا نظرا لتعدد إجراءاته من جهة، وانعدام وثائق الحالة المدنية لدى الأهالي من جهة ثانية. والجدول الموالي يوضح مدى تطور رخص الزواج لمن لم يستوف السن القانونية، ما بين 1934 و1936<sup>245</sup>.

السنوات	عدد الطلبات	المقبولة	المرفوضة
1934	19	17	02
1935	19	16	03
1936	20	11	09

<sup>245</sup> HENRI BENET, op. cit. .p. 292.

أمام هذه النتائج الضئيلة المعبرة عن عدم إقبال الأهالي على قانون 1930، وأمام السلطة الواسعة التي منحت للقاضي في شأن رفض الطلبات بحسب تقديره، رأى المشرع الفرنسي أنه من الضروري إصدار قانون جديد.

### 3 . مرحلة 1959:

في 1959/02/04 أصدر رئيس الجمهورية الفرنسية الأمر رقم 59. 274. محتويًا على 13 مادة<sup>246</sup>، تدور عموماً حول إبرام عقود الزواج وتنظيم أحكام الطلاق. كما يعود سبب إصدار هذا الأمر إلى نشاط حركة لإكوية سنة 1905 تنادي باعتبار عقد الزواج عقداً مدنياً ينفصل عن أحكام الدين، ترتب عن ذلك تشكيل لجنة فنية سنة 1925 لدراسة وإحصاء الزواج المبكر في الجزائر فرفعت بدورها مذكرة إلى الحكومة تؤكد فيها على ضرورة منع هذا النوع من الزواج لأنه أصبح يشكل خطراً اجتماعياً وسياسياً على المستعمر آنذاك، مع العلم أن الزواج المبكر يعتبر من أهم أسباب النمو الديمغرافي المتسارع، وهذا ما أشار إليه الفقيه مارسيل مورون بقوله:

Enfin, l'exercice de ce droit permet au père de contribuer à la multiplication des naissances en lui donnant le moyen de mettre sa situation de procréer licitement dès l'instant qu'ils sont enfants en pubères : considération importante pour des peuples guerriers comme les peuples musulmans.....Les tribunaux français ont le droit d'en surveiller l'exercice, le juge peut et doit s'opposer à ce qui le père abuse de son autorité...<sup>247</sup>

أهم ما ورد في الأمر، محتوى المادة الثانية، وهو إعتبار الرضا ركناً في عقد الزواج، وعلى الزوجين أن يعبرا عنه شفويًا، شخصيًا وعلنيًا، هذا إذا كانا راشدين. يتم الزواج

---

<sup>246</sup> الأمر 59 - 274 الصادر في 4 فبراير 1959 المتعلق بالزواج المبرم بين الأشخاص في ولايات الجزائر، الواحات والساورة، الصادر بالجريدة الرسمية ليوم 11 فبراير 1959.

<sup>247</sup> Marcel Morand, op. cit. ,p. 31bis.

أمام ضابط الحالة المدنية، وللزوجين حق اشتراط إسلام هذا الأخير. أما القصر فإن رضاهما يجب أن يكتمل برضا أوليائهم.

غير أن المادة الخامسة من ذات الأمر منعت من الزواج كل من لم يبلغ الثامنة عشر إلا بترخيص قضائي، يصدره رئيس المحكمة الكلية، وذلك لأسباب خطيرة<sup>248</sup>.

أخلص إلى أن هذا الأمر جاء معدلا لقانون 1930 في بعض الأحكام، هي :

أ . رفع سن الزواج من 15 سنة إلى 18 سنة لكلا الجنسين.

ب . الأمر مس كل أهالي الجزائر، بخلاف القانون السابق الذي اقتصر على القبائل فقط.

ج . لم يبلغ الأمر أحكام قانون 1930.

د . منح الأمر صلاحية الترخيص بالزواج لرئيس المحكمة الكلية، في حين كان مقتصرًا فيما سبق على الحاكم العام.

هـ . يلاحظ غياب للجزاء العقابية لمن خالف نصوص الأمر.

و . اعتبر الأمر رضا الأولياء في زواج القصر رضا مكملًا، وألغى بصورة نهائية ولاية الجبر مستعيضا عنها بولاية الشراكة.

#### 4 . قانون 1963<sup>249</sup>

يعتبر اول قانون متعلق بالأحوال الشخصية صدر بعد الإستقلال، احتوى على سبع

(7) مواد، حددت الأولى منها سن الزواج بثمانية عشرة (18) سنة للذكر وسبعة عشرة (17)

سنة للإنتى، ويجوز طلب الترخيص بالزواج للقصر يمنحه رئيس المحكمة بعد استشارة وكيل الجمهورية في الموضوع .

---

<sup>248</sup> يعتبر نص الفقرة الثانية من المادة 11 ق. أ. ج. امتدادا لنص المادة الخامسة من أمر 1959 الذي قضى بجواز

منح ترخيص بالزواج لمن لم يبلغ السن القانونية. اضيف إلى الأسباب الخطيرة كل من المصلحة والضرورة.

<sup>249</sup> القانون 224.63 المتعلق بسن الزواج، المؤرخ في 29 جوان 1963، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 44

بتاريخ 2 جويلية 1963.

وقضت المادة الثانية بتوقيع عقوبة الحبس من 15 يوما إلى ثلاثة أشهر أو بغرامة من 400 إلى 1000 فرنك جديد في حق ضابط الحالة المدنية أو القاضي والزوجين وأولياهم والشركاء (الشهود) متى أبرموا عقد زواج مخالف لقواعد السن المحددة في هذا القانون، أي متى خالفوا أحكام المادة الأولى من هذا القانون.

المادة الثالثة نصت على فسخ كل زواج مخالف لقواعد السن ما لم يتم الدخول بطلب من له مصلحة في ذلك، أو من النيابة العامة، ويستثنى من الفسخ متى بلغ الزوجان السن القانونية أو أصبحت الزوجة حاملا.

أما المادة الخامسة فلا تمنح صفة الزوجية لأي شخص ما لم يحز على مستخرج من سجلات الحالة المدنية. بمعنى أن الزواج العرفي لا يمنح صفة الزوجية، غير أنه يجوز تثبيت هذا الزواج في غضون ثلاث سنوات من صدور هذا القانون.

أخيرا، استقر نظام زواج القصر بصور قانون 11.84 المعدل بالأمر 02.05.

## الفرع الثاني

### 250 **11 . 84** الترخيص بالزواج في قانون

ورد في نص المادة 7 من قانون 11.84 " . . . وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة."

إن تفسير هذه المادة يستدعي التساؤل: أي قاض يعنيه المشرع، ما هو أدنى سن لمنح الترخيص، أو ما المقصود بعبارة "قبل ذلك"، إذا رفض القاضي منح الترخيص أيستأنف ضد قرار الرفض؟ أي مصلحة وضرورة وقدرة يعنيها النص؟

إن تطبيق هذه المادة يلزم القاضي بمراعاة معياري الضرورة والمصلحة فقط بصرف النظر عما إذا كان المعقود عليه القاصر قادرا على الزواج جسديا ونفسيا، أم العكس. وهذا عنصر هام لم يتعرض إليه المشرع في نص المادة. إلا أنه استدرك هذا العنصر في تعديل

2005، وأتم نفس المادة بنص " متى تأكدت قدرة الطرفين على ذلك." مما يجعل القاضي يؤكد على توافر أدلة إثبات القدرة بمختلف صورها. وإذا كانت المادة قد أسندت اختصاص منح الرخصة إلى " القاضي " فأى قاض يعنيه المشرع ؟

## 1 . الإختصاص القضائي :

خلافًا للعديد من الأنظمة التي اعتمدت نظام تخصص المحاكم، فإن النظام الجزائري لم يعتمد هذا النظام، لذلك أسندت المادة 7 ق. أ. ج. اختصاص الترخيص إلى القاضي وبطبيعة الحال يجب أن يكون قاضي شؤون الأسرة، أو رئيس المحكمة ، هذا على غرار القانون المغربي الذي منح الإختصاص صراحة لقاضي الأسرة (م 20 م. أ. م)، وخلافًا للقانون التونسي الذي لم يعين قاضيا معينًا، بل استعمل عبارة "المحاكم" (ف 5 ق. أ. ش. ت. ).

لقد وضحت المادة 424 ق. إ. م. إ. نص المادة 7 ق. أ. ج. بما نصه " ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية : . . . الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة. . . ". فقاضي شؤون الأسرة هو المؤهل قانونًا لمنح الترخيص بزواج القاصر، إلا أن المستقر عليه عمليًا في المحاكم الوطنية، أن بعضها أخذ بهذه المادة، وأسند الإختصاص لقاضي شؤون الأسرة، وبعضها استأثر فيها رئيس المحكمة لنفسه بهذا الإختصاص؛ اعتبارًا منه أن زواج القاصر أمر خطير وذو أهمية، يستوجب قسطًا معتبرًا من الحيطة والحذر من جهة.

إعمالًا لنص المادة 16 من القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي من جهة أخرى، التي تنص على أنه " يحدد رئيس المحكمة بموجب أمر، وبعد استطلاع وكيل



الجمهورية، توزيع قضاة الحكم في بداية كل سنة قضائية على الأقسام أو الفروع عند الإقتضاء. ويجوز له أن يرأس أي قسم. <sup>251</sup>

لذلك، فالمحاكم الوطنية لم توحّد تنظيمها في مسألة منح الترخيص، نظراً لتعدد النصوص القانونية أولاً، وتوسيع صلاحيات رئيس المحكمة في شأن توزيع المهام ثانياً. ولا يعتبر هذا خرقاً للقانون، مادام حلول رئيس المحكمة لأي قاض ممن هم تابعون له أمر جائز.

## 2 . الجانب الشكلي للترخيص:

لم توحّد المحاكم الجانب الشكلي في منح الترخيص، أعني بذلك، البيانات الواجب توافرها في الترخيص<sup>252</sup>، فضلاً عن الوثائق الواجب توافرها لتقديم الطلب، غير أن اجتهاد بعض القضاة بلغ إلى تحديد الوثائق التالية :

. شهادة ميلاد أصلية للقاصر .

. شهادة ميلاد أصلية لأبي القاصر أو وليه .

. شهادة ميلاد أصلية للزوج .

. وثيقة تثبت إقامة المعني بالإقليم الخاضع لإختصاص المحكمة التي يقع في إقليمها موطن المعني، م7/426 ق. إ. م. إ.

. شهادة طبية محررة من طبيب عام يثبت فيها قدرة الزوج القاصر، الجسدية والنفسية على ممارسة الحياة الزوجية بكافة مستلزماتها .

. شهادة تثبت عدم الحمل للبنت القاصرة، لإثبات براءة الرحم، يحررها طبيب مختص في الأمراض التناسلية والولادة، أو قابلة .

---

<sup>251</sup> القانون رقم 05 . 11 المؤرخ في 17 يوليو 2005، المتعلق بالتنظيم القضائي المنشور بالجريدة الرسمية رقم 15

لسنة 2005.

<sup>252</sup> أنظر الملحق رقم 2

. شهادة الخلو من الأمراض يحررها طبيب مختص في الأمراض الباطنية والتحليل  
البيولوجية، والأمراض المعدية، تطبيقا لنص المادة 7 مكرر ق. أ. ج.  
. وثيقة إثبات هوية الولي ورابطته مع المولى عليه، للتحقق من العلاقة القانونية ومن ترتيب  
الأولياء، طالما أن المشرع قضى بالترتيب.  
. شهادة إثبات مصدر عيش لزوج الزوجة القاصرة.

أما في حالة وجود زواج قاصرة بزواج متزوج ( أعني تعدد الزوجات ) فإنه يضاف  
إلى الملف وثيقة هوية الزوجة السابقة، وإثبات علمها بالزواج الثاني. ويؤول إختصاص منح  
الترخيص في هذه الحالة إلى رئيس المحكمة بمقتضى نص الفقرة الثالثة من المادة 8  
ق.أ.ج.

والجدير بالذكر، أن القانون الجزائري، رغم تعديلات 2005 مازال لم يبين ما هو المبرر  
الشرعي، مما يجعل الأمر موكولا إلى قضاة الموضوع لتحديد المقصود من هذه العبارة  
العامة<sup>253</sup>.

هذا ما تعلق بالإختصاص النوعي. فهل يجوز لكل شخص أن يقدم طلب الترخيص  
بالزواج أمام أي محكمة، أم يخضع لقواع الإختصاص الإقليمي؟

### **3 . الإختصاص الإقليمي:**

أما الإختصاص الإقليمي فقد ورد النص عليه في الفقرة السابعة من المادة 424  
ق. إ. م. إ، التي تعدت بمكان إقامة طالب الترخيص. إلا أن طلب الترخيص لا يحظى غالبا  
بالقبول، بل يرفض أحيانا، لأسباب يراها القاضي موضوعية. ولاسيما إذا ثار اختلاف بين  
القاصرة ووليها هل في هذه الحالة يجوز الطعن في الرفض كونه عملا قضائيا أم لا يجوز  
ذلك، لأنه عمل ولائي ؟

### **4 . الترخيص عمل ولائي :**

---

<sup>253</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص190.

يعتبر موضوع التمييز بين العمل الولائي والعمل القضائي محل جدل فقهي، إذ يعتبر معتقو المذهب الشكلي أن كل عمل صادر بناء على عريضة دون تكليف الخصم بالحضور هو عمل ولائي. أما من استند إلى معيار سلطة القاضي فمتى تمتع القاضي بسلطة واسعة غير مقيد بقواعد إثبات، فهو عمل ولائي، ومنهم من يرى أن كل عمل ينشئ حقوقا مستقبلية يعتبر من قبيل الأعمال القضائية، أما لو قرر حقوقا سابقة كان عملا ولائيا<sup>254</sup>.

كما أن العمل لو أنشأ مركزا قانونيا جديدا فهو ولائي، أما لو كان العمل محل رابطة قانونية سابقة فهو عمل قضائي<sup>255</sup>.

أخيرا يعتبر معيار طبيعة العقبة هو الأرحح في تمييز العاملين، إذ يرى أن كل عمل يصدر من القاضي دون نزاع بين الطرفين فهو ولائي، وما تدخل القاضي إلا لإزالة العائق القانوني الذي وضعه المشرع أمام إرادة الأفراد.

أما لو واجه القاضي عقبة مادية ليست من صنع المشرع، وإنما هي من تعارض مصالح الأفراد الذين يمنع عنهم أخذ حقوقهم بأيديهم، بل عليهم اللجوء إلى القضاء، فإن عمل القاضي هنا قضائي صرف.

تبعاً لهذه المقارنات، فإن الترخيص بزواج القاصر يعتد من الأعمال الولائية طالما أن سلطة القاضي فيه واسعة في تقدير المصلحة والضرورة والقدرة، وألا نزاع قائم، ثم أن العمل هذا ينشئ حقا مستقبليا ومركزا قانونيا جديدا.

كما أن طلبات الترخيص لا تحظى بالقبول أحيانا، لأسباب يراها القاضي مقبولة فيصدر أمرا بالرفض م2/312 ق. إ. م. إ.، ولطالب الترخيص حق الإستئناف وفق ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 312 ق. إ. م. إ. ". يرفع الإستئناف خلال خمسة عشر يوما

---

<sup>254</sup> عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، دار أنسيكلوبيديا، الجزائر، د. س. ن.

من تاريخ أمر الرفض. " ويتم ذلك أمام رئيس المجلس القضائي ليفصل فيه في أقرب الآجال م4/312 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بما أن القانون قد اقتصر في مسألة الحد الأدنى للزواج على عبارة " وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك. . . . " نظرا لإطلاق نص المادة فإن القاضي في التشريع الوطني غير مقيد بسن أدنى يمنح فيه القاضي الترخيص بالزواج، غير أنه لا يمكن في جميع الأحوال النزول عن سن الخامسة عشرة أو ستة عشرة سنة لإعتبارات تتعلق بالبلوغ الجسدي والنفسي<sup>256</sup>. وأشار إلى أهمية ما ورد في نص المادة 43 ق. م.، التي حددت سن التمييز بثلاثة عشرة سنة وطالما أن التمييز من أسس القدرة على الزواج، فإن تخلفه يعني تخلف القدرة ومتى منح القاضي الترخيص مع تخلف القدرة العقلية يكون قد خرق نص المادة 7 ق. أ. ج. ليكون بالتالي قد رخص بالزواج لعاجز عن ممارسة الحياة الزوجية.

## 5. دور النيابة العامة:

يعتبر جهاز النيابة العامة إحدى الجهات التي أسندت لها مسؤولية تفعيل مقتضيات قانون الأسرة، لأجل تحقيق ذلك، منحها المشرع اختصاصات وصلاحيات واسعة لتضطلع بدورها المتمثل في حسن تطبيق نصوص هذا القانون. والذي يعتبر دورا إيجابيا وشاملا لكل ما يتعلق بتكريس الطابع الحمائي وتحقيق مصلحة الأسرة وتجسيد مبدأ رفع الحيف عن النساء وحماية حقوق الأطفال وصيانة كرامة الرجل<sup>257</sup>.

تنص المادة 3 مكرر ق. أ. ج. على أنه " تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون. "، تعتبر النيابة العامة بمقتضى هذا النص ذات مركز الخصم في قضايا الأسرة، فلها أن تبدي طلباتها وحججها، ولها جميع الحقوق

---

<sup>256</sup> بن الشويخ الرشيد. شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل. دار الخلدونية. الجزائر. 2008. ص61. بلحاج العربي،

الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص121.

<sup>257</sup> عبد الواحد مطيع، دور النيابة العامة في قضايا الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب،

من رفع الدعوى، والدفاع فيها والتمسك بجميع الدفوع والطعن في الأحكام، وهذا للمحافظة على الأسرة وضمان حسن تطبيق أحكام قانون الأسرة واستعمال القوة العمومية في التنفيذ وقد ورد ذكر النيابة العامة ثمان مرات (22، 18/2، 49/3، 99، 114، 102 و 125)<sup>258</sup>.

المؤكد، أن عبارة " **جميع القضايا** " تعم كل ما احتوته 224 مادة من قانون الأسرة وقد تضمن قانون الأسرة الشروط الموضوعية لتنظيم الأسرة دون الشروط الشكلية التي احتواها قانون الإجراءات المدنية والإدارية في القسم الأول من الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول. والقضايا المتعلقة بالأسرة لها جانب غير نزاعي وجانب نزاعي وللنيابة العامة حق رفع الدعوى في جملة من القضايا من بينها :

. تقديم طلبات بطلان الزواج متى انتفى ركن الرضا أو كان المحل غير مشروع.

. طلب تصحيح عقود الحالة المدنية، وذلك بناء على عريضة يرفعها وكيل الجمهورية بمجرد حكم يصدر عن المحكمة،(م49 من قانون الحالة المدنية<sup>259</sup> . )

. طلب استصدار حكم بفقدان أو وفاة كل جزائري فقد بالجزائر أو خارجها وذلك إلى محكمة مكان الولادة بالنسبة للمولودين بالخارج أو الأجانب، هذا بمقتضى المواد 89، 90 و 91 من قانون الحالة المدنية والمادة 114 من قانون الأسرة<sup>260</sup>.

. طلب تصفية التركة وتعيين مقدم في حالة عدم وجود ولي أو وصي على القصر الموجودين من بين الورثة، وتكون القسمة ها هنا عن طريق القضاء (م181 و 182 ق. أ. ج. )، والحكمة من المادتين هي حماية القاصر أثناء قسمة التركة ما دام عاجزا عن إدراك مصلحته، لأن القضاء يضمن هذه الحماية بدلا من أقارب القاصر.

---

<sup>258</sup> بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها، المرجع السابق، ص 52 و 53.

<sup>259</sup> نصت الفقرة الأولى من المادة 49 من قانون الحالة المدنية: "يجوز القيام بتصحيح عقود الحالة المدنية أو المقررات القضائية المتعلقة بها بناء على عريضة وكيل الدولة (وكيل الجمهورية) بدون نفقة بمجرد حكم يصدره رئيس محكمة الدائرة القضائية للمكان الذي حرر أو سجل فيه عقد الزواج. "

<sup>260</sup> تنص المادة 114 من قانون الأسرة "يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة. "

. طلب رفع دعوى الحجر على كل من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى هذه العوارض بعد رشده. (م 101 و 102)<sup>261</sup>.

. سعي النيابة العامة إلى تسجيل أحكام تثبيت الزواج العرفي. (م 22 ق. أ. ج.)<sup>262</sup> إذ يستوجب على المعني بالأمر رفع عريضة تتضمن إثبات الزواج إلى قاضي شؤون الأسرة، مدعمة بالوثائق والإثباتات المادية اللازمة لإثبات قيام العلاقة الزوجية (م 3/423 ق. إ.م.إ.) ويتم ذلك بموطن المدعى عليه (م 2/426 ق. إ. م. إ.) وبعد تأكد القاضي من قيام عقد الزواج بجميع الأركان والشروط المنصوص عليها قانونا، يقوم بإحالة الملف إلى وكيل الجمهورية لتقديم التماساته وطلباته، ثم تحكم المحكمة في موضوع إثبات الزواج طبقا للقانون<sup>263</sup>. ومتى صدر الحكم قامت النيابة العامة بمراسلة مصلحة الحالة المدنية من أجل تسجيله (م 2/22 ق. أ. ج.). كما صدر عن المحكمة العليا قرار في هذا الموضوع يقضي بجوزا تدخل النيابة العامة في التبليغ ولو كان المبلغ له مقيما بالخارج<sup>264</sup>. كما تسعى إلى تبليغ أحكام الطلاق للحالة المدنية (م 3/49 ق. أ. ج.).

. طلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها مؤقتا (م 453 ق. إ. م. إ.)<sup>265</sup>.

. طلب استئناف الأحكام المتعلقة بالولاية على القاصر (م 456 ق. إ. م. إ.)<sup>266</sup>.

---

<sup>261</sup> نصت المادة 101 من قانون الأسرة " من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى هذه الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه. " كما تنص المادة 102 من ذات القانون " يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة. "

<sup>262</sup> نصت المادة 22 ق. أ. ج. "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله، يثبت بحكم قضائي يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة "

<sup>263</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 272 و 273.

<sup>264</sup> قررت المحكمة العليا " من المقرر قانونا أنه إذا كان المطلوب تبليغه يقيم في الخارج فترسل النيابة العامة النسخة إلى وزارة الخارجية أو أية سلطة أخرى بذلك طبقا للإتفاقية الدبلوماسية، ومن ثم، فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون. " ملف رقم 53978 بتاريخ 1989/6/5.

<sup>265</sup> نصت المادة 453 ق. إ. م. إ. " يقدم طلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت من قبل أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة أو من قبل كل من يهيمه الأمر بدعوى استعجالية. "

<sup>266</sup> ننتت المادة 456 ق. إ. م. إ. " يكون الأمر قابلا للإستئناف :

كما للنيابة العامة الصلاحية في اتخاذ التدابير اللازمة لصالح القصر، طلب مراقبة  
الولاية على أموال القاصر، حضور دعاوى النسب، طلب الغاء الكفالة.  
صدرت في هذا الموضوع مجموعة من الإجتهاادات القضائية تؤيد النصوص سابقة  
الذكر<sup>267</sup>.

يبقى الآن أن انتقل إلى شروط منح الترخيص. إذ ورد في نص المادة 7 ق. أ. ج.  
ما نصه " . . . وللقاضي أن يرخص قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة  
الطرفين على الزواج. " م 7 ق. أ. ج.<sup>268</sup>، وقد وضعت هذه الشروط فضاضة مبهمة، تحمل  
أكثر من تأويل. لكل قاض سلطته الكاملة في تقديرها، وفق ما يلائم الحالة المعروضة  
عليه. وهي المصلحة والضرورة والقدرة.

### الفرع الثالث

#### المصلحة والضرورة

حماية لمصلحة القاصر في إبرام عقد الزواج سواء أكان ذكرا أم أنثى، فإن المشرع  
قد وضع جملة من الضوابط يقتضي مراعاتها من طرف القاضي وهو يمنح الترخيص  
بالزواج، هذه الضوابط، هي المصلحة التي تترجى من هذا الزواج سواء كانت مادية أو

---

- من قبل الخصوم في أجل 15 يوما.

- من قبل النيابة العامة خلال نفس المدة من تاريخ النطق بالحكم. "

<sup>267</sup> قررت المحكمة العليا "يعتبر إطلاع النيابة العامة على الملفات الخاصة بالقصر قاعدة جوهرية. " ملف رقم 26598 بتاريخ 19/9/1983. و صدر أيضا " من المقرر قانونا أنه يجب إبلاغ النائب العام بالقضايا المتعلقة بحالة الأشخاص، ومن ثم، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لإجراء جوهرى وانتهاكا لقاعدة قانونية من قواعد النظام العام. " ملف رقم 34762 بتاريخ 3/2/1984. كما ورد أيضا " إن القضايا المتعلقة بالنسب والطلاق والحضانة كلها تدخل في حالات الأشخاص التي أوجب القانون إشترك النيابة العامة فيها، بإرسال ملفاتها إليها وإلا كان القرار في شأنها عرضة للإبطال ملف رقم 39775 بتاريخ 27/1/1986. عن بلحاج العربي، قانون الأسرة، المرجع السابق ص 19 وما بعدها.

<sup>268</sup> نصت المادة 7 ق. أ. ج. " تكتمل أهلية الرجل والمرأة للزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج. "

معنوية، ثم الضرورة الدافعة إليه، وللقاضي تقديرها، أخيراً وجوب توافر القدرة على ممارسة الحياة الزوجية من طرف القاصر الراغب في الزواج.

## 1. المصلحة :

إن النظر في مصالح الصغار ومن في حكمهم، مصلحة اجتماعية، يجب أن تراعى فيها الحيطة وظروف الزمن، ولا تخضع لأقوال الفقهاء في عصور تختلف عن عصور أخرى، إذ تبقى مرهونة بتقدير ذوي الشأن من الأولياء والقضاة.

قبل التعرض لشرط المصلحة، يجب التساؤل؛ ما هو التعريف الفقهي للمصلحة؟ وكيف يراها القانون؟ أي المصلحة التي يراها القاضي، باعتباره طرفاً حيادياً في زواج هذا القاصر؟ أم التي يراها القاصر، كونه صاحب الشأن الأول؟ أم تلك التي ينشدها الولي لأنه أبصر من غيره في مصلحة موليه؟

ما موقف القاضي حال تعارض مصالح القاصر ومصالح الولي؟

## أ. تعريف المصلحة :

المصلحة لغة كالمنفعة وزناً، وهي تتناول كل ما فيه نفع الناس؛ سواء كان ذلك بجلبها، كتحصيل الفوائد، أو بدفعها؛ كاستبعاد المضار.

وقد عرّفها فقهاء الإسلام أنها المحافظة على مقصود الشرع من الخلق؛ هو أن يحفظ على الناس دينهم ونفوسهم وعقولهم وأموالهم ونسلهم. فكل ما يضمن حفظ هذه الأصول الخمسة يعتبر مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول يعتد مفسدة، ودفعه مصلحة<sup>269</sup>. كما أنها المنفعة التي قصدتها الشارع الحكيم لعباده<sup>270</sup>.

## ب. معيار تحديد المصلحة :

<sup>269</sup> أحمد فراج حسين، أصول الفقه الإسلامي. منشورات الحلبي، بيروت، 2004، ص 127.

<sup>270</sup> محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ط2، مؤسسة الرسالة، دمشق، 1973 ص 23.



يختلف الأمر بالنظر إلى المصلحة نظرة شخصية، وبالنظر إليها نظرة شرعية. فقد قدرها بنتام أنها ميزان للخير والشر<sup>271</sup>، في حين قدرها قوم بالعرف، وينتقدهم الأستاذ أحمد أمين أن العرف مقياس قديم، أثبت العلم عدم جدواه فألغى من الحساب وأصبح لا يصلح مقياساً للخير والشر،<sup>272</sup> فالمعيار الشخصي يرى أن المصلحة هي ما يحصل عليه الإنسان من لذات ومنافع وقتية أو ما تقتضيه شهواته، ولو كان عاقبة ذلك ضرراً له أو لغيره. ومن أمثلة ذلك: <sup>273</sup>

. كان عرب الجاهلية يرون أن وأد البنات وحرمان الإناث من الميراث وإباحة شرب الخمر مصلحة.

. كان القانون الروماني يجيز للدائن استرقاق مدينه إن عجز عن الوفاء، فكان أهل روما يرون مصلحة في ذلك. حتى جاء الإسلام فصحح السلوك بقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّبِعُوا هَدْيَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَن يَدْعُواكُم لِيَكُونَ لَهُم مَّصَالِحُ ﴾ <sup>274</sup> كما أن القوانين الوضعية حرمت الإكراه البدني في حق المدين المعسر.

. ثم أن القانون الأمريكي ما زال يرى أن المصلحة في إطلاق حرية الموصي، ولو أدى ذلك إلى حرمان الورثة، بخلاف الفقه الإسلامي الذي قيد حرية الموصي. وعمل القانون الإنجليزي لمدة أطول على حرمان الإناث من الميراث، واستقلال الابن الأكبر بالتركة. وأن الميراثي نظرهم كالحجر، إذا القي ينزل إلى أسفل. حتى سنة 1925 ليعملوا بحكم الشريعة الإسلامية.

أما الفقه الإسلامي فيرى أن اعتبار الشيء مصلحة أو مفسدة يعود بالنظر إلى الجهة الغالبة؛ إذ لا نجد فعلاً يتمخض مصلحة خالصة أو مفسدة خالصة، وإنما هو خليط منهما، فكل فعل كالزواج يحمل جانب نفع وجانب ضرر، وما يكون غالباً منهما يكون

<sup>271</sup> محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع نفسه، ص35.

<sup>272</sup> محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع نفسه، ص27.

<sup>273</sup> أحمد فراج حسين، المرجع السابق. ص128 وما بعدها.

<sup>274</sup> سورة البقرة، الآية 380.

مقصود الإسلام. والمصالح المعتبرة شرعا تقتضي حماية وحفظ أمور خمسة هي؛ الدين، النفس، العقل، النسل والمال. إذ لا يمكن للإنسان أن يعيش بدونها.<sup>275</sup>

وقد أشار المشرع الأسري الجزائري إلى حفظ النسل في نص المادة 4 ق. أ. ج. أن " الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة، أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب. "

إذا تبين أن الولي والقاصر تجمعهما مصلحة واحدة من وراء هذا الزواج ولم تكن مخالفة للنظام العام والآداب، فلا بد للقاضي أن ينضم إليهما. أما لو تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي، فإن القاضي يتدخل بإعمال سلطته التقديرية وترجيح مصلحة القاصر بالدرجة الأولى، باعتباره معنيا بهذا الزواج وطرفا حياديا لا يرتجي مصلحة شخصية.

أما لو كانت مصلحة الولي والقاصر المجتمعان متعارضتين مع مقتضيات عقد الزواج، وقلما يرد هذا، فللقاضي حق رفض منح الإعفاء كون المصلحة متنافية مع أهداف الزواج الواردة في نص المادة 4 ق. أ. ج. مما يترتب عنه لاحقا إبطال العقد لو أبرم طبقا للمادة 1/32 ق. أ. ج. التي تنص على أنه " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد. ". ومن صور المصلحة المبتغاة من وراء تزويج القاصر، مثلا عدم تفويت فرصة الزوج الكفاء، شفاء المجنون أو المجنونة.

ويجب أن تكون المصلحة أكيدة وأن تكون هي الدافع الأساسي لطلب الإذن بالزواج. ولأن المشرع لم يبين هذه المصلحة فهي تستخلص من أقوال الأب أو الأم أو رأي الطبيب المختص أو تقرير من أنجز بحثا اجتماعيا في الموضوع أو من لقاء قد يتم بين

<sup>275</sup> محمد أبو زهرة، أصول الفقه. دار الفكر العربي، القاهرة، د. س. ن. ص 259.

القاضي والقاصروا القاصرة الراغبين في الزواج<sup>276</sup>. كما تتجلى المصلحة في الخوف من الوقوع في الزنا أو التعرض لضرر الكبت أو الإنزلاق إلى الفساد<sup>277</sup>

### ج . كفاءة الزوج :

قد يرغب رجل كفاء في الزواج بقاصرة فيمتنع الولي من تزويجه إياها، ونظرا لتحقيق المصلحة مع الأزواج الأكفاء فإن هذا المنع يعتبر تفويتا لفرصة موثية للقاصرة هذه رغم أن السنة أكدت على عدم تفويت هذه الفرصة إلا إذا لم يكن الزوج كفئا للزوجة، كما وأن تفويت الفرصة يعد تقصيرا في حق الولي يمكن الإدعاء ضده أمام القضاء. وكما سبق عرض الكفاءة<sup>278</sup>، فإن المشرع الأسري الجزائري حصر الكفاءة في الدين والعيوب وحسن الخلق.

ففي الدين نصت الفقرة السابعة من المادة 30 ق. أ. ج. " . كما يحرم مؤقتا. . . . .  
زواج المسلمة مع غير المسلم. " ليعتبر انتفاء الدين في الزوج من موانع الزواج المؤقتة. أما في العيوب والخلق، فقد أجاز للزوجة حق طلب التظليق بنص الفقرات 5، 3 و 8 من المادة 53 ق. أ. ج. بما نصه "يجوز للزوجة طلب التظليق لأسباب الآتية: . . . . . العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج. . . . . الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة. . . . . ارتكاب فاحشة مبينة. . . . . "

### د . شفاء المجنون أو المجنونة:

كما سبق الذكر، فإن الفقه الإسلامي اختلف في شأن زواج المجنون أو المجنونة بين مجيز ومانع، أما بعض القوانين الوضعية فقد أجازته بشروط .سوى أن قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض إلى زواج هذه الطائفة من الأفراد ثم أنه لم يرد نص صريح بمنعه.

<sup>276</sup> محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، ج1، 2006، ص170.

<sup>277</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق. ص120.

<sup>278</sup> الرجوع في شأن الكفاءة إلى الصفحة 80 وما بعدها مما سبق.

فكان لزاما علينا أن نرجع إلى نص المادة 222 ق. أ. ج. التي تحلينا الى الشريعة الإسلامية.

غير أن هذا لا يمنع من خضوع زواج المجنون إلى ترخيص القاضي، طالما أنه قاصر بمقتضى المادة 81 من قانون الأسرة.

وتتجلى مصلحة المجنونة أو المجنون في الزواج إذا تبين ظنا أو حقيقة أن هذا

الزواج يكون سببا في الشفاء، لأن الفقه الحنفي يرى أن تزويج المجنونة إذا ظهر منها شهوة للرجال، كبيرة كانت أم صغيرة ؛ لأن بها حاجة إلى الزواج لدفع ضرر الشهوة عنها وصيانتها عن الفجور. وإن قال أهل الطب ان علتها تزول بتزويجها لأن ذلك من أعظم مصالحها. وتعرف شهوتها من كلامها وقرائن أحوالها كتتبعا للرجال وميلها إليهم<sup>279</sup>. ويتفق معهم الشافعية في تزويج المجنونة إن كانت بالغة وأكد الطب أنها تشفى بعد الزواج والمجنون أيضا. أما لو كانت المجنونة صغيرة فلا زواج لها تماما<sup>280</sup>.

## 2 . الضرورة :

عرّفت الضرورة لغة أنها مشتقة من الضرر الذي لا دفع له. والضرورة نظرية متكاملة تشمل جميع أحكام الشرع، يترتب عليها إباحة المحظور وترك الواجب<sup>281</sup>. وتقوم الضرورة على جملة من الشروط :

<sup>279</sup> ابن قدامة، المرجع السابق. ص 390.

<sup>280</sup> أحمد الرملي، المرجع السابق. ص 246.

<sup>281</sup> علاء الدين الكاساني، المرجع السابق. ص 176. ابن قدامة، المرجع السابق، ص 597.

أ . أن تكون الضرورة قائمة، لا منتظرة. ففي حالة زواج القاصرة خاصة أن يكون زواجها مخرجا من ضرر قد يلحق بها عاجلا أم آجلا كأن يخشى عليها من الإنحراف ولا سيما إن كانت شاذة في أحوالها، أو من الفقر إن كانت دون أهل، أو رغبة في الإستقرار إن كانت دون أهل كالأطفال المسعفين. لذلك اشترط المشرع المغربي إقامة بحث اجتماعي حول وضعية القاصر أو القاصرة الطالبين للإذن بالزواج<sup>282</sup>

ب . ألا يجد المضطر وسيلة أخرى تغنيه عما سيقدم عليه. وفي هذا الشرط فإن الزواج لا بديل له في الإستجابة للضرورة الملحة.

ج . ألا يخالف المضطر مبادئ الإسلام، كأن يقدم الولي على تزويج القاصرة من كافر ليكون قد عارض أحكام الشريعة الإسلامية، وتعارض مع نص المادة 31 من قانون الأسرة.

د . أن يتوافر عذر يبيح الزواج، ذلك أن للقاضي أن يتأكد من توافر سبب جدي أو خطير يدعو إلى منح الرخصة. لأن بعض الأولياء يقدمون على تزويج من في ولايتهم من القصر تحت وطأة الأعراف أو المصالح الشخصية أو النزوات النفسية دون الإرتكاز إلى مبررات قاهرة، وهنا يبقى تقدير القاضي هو السيد.

هـ . أن يقدر الضرورة ذوو الإختصاص، هذا إذا كانت في مجال طبي أو نحوه فإن القاضي يستأنس بالشهادات الفنية. أما إن كانت اجتماعية فيؤول إليه التقدير مباشرة.

منح القانون السوري للأحوال الشخصية الترخيص بالزواج للقصر بناء على طلبهم الشخصي، ويشترط مقابل ذلك القدرة الجسدية والنفسية على الزواج مستبعدا كلا من المصلحة والضرورة، طالما أن الطلب صدر بإرادة واعية من صاحب الشأن<sup>283</sup>. ومن جهة أخرى يرى بعض الفقه أن الأصوب للمشرع الأسري الوطني أن يصوب نص المادة 7 ق. أ. ج.

<sup>282</sup> محمد الكشور، المرجع السابق، ص170.

<sup>283</sup> نصت المادة 18 من قانون الأحوال الشخصية السوري: " إذا ادعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشرة أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشرة، وطلبا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين صدق دعوتهما واحتمال جسيهما. إذا كان الولي هو الأب أو الجد اشترطت موافقته. " ليكون المشرع قد خرج الذي المبدأ الذي اتفقت عليه أغلب التشريعات من حيث تقييد الإذن بالضرورة، محترما في ذلك إرادة طالب الزواج.

بالإستغناء عن عبارتي المصلحة والضرورة القديمتين والإكتفاء بعبارة "وجود مبررات مقبولة حتى يرتبط الإذن بوقائع قابلة للإثبات القضائي"<sup>284</sup>.

كما قدم التشريع الجنائي مثالا لحالة الضرورة في الزواج، بنص الفقرة الثانية من المادة 326 ق.ع. أنه " . . . إذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها، فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد هذا الأخير، إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج، ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله "

إن خطف القاصر في نظرالمشرع يفضي غالبا إلى هنك العرض،الأمر الذي يستوجب متابعة الخاطف جزائيا، غير أن المشرع نفى عنه العقوبة متى تزوج بمخطوفته. استجابة للضرورة التي تدعو القاصرة إلى الزواج قبل السن القانونية وتتجلى الضرورة هنا في طمس العار اللاحق بالقاصرة وأسررتها.

قد تلجا بعض القاصرات إلى المساهمة في ارتكاب جريمة الخطف برضاهن ليحققن الزواج المرغوب فيه. أمام هذه الظاهرة للمشرع أن يستثني هذه الحالة من الضرورات لأنه سلوك مخالف للآداب العامة ومتعارض مع القانون الوضعي والشريعة الإسلامية.وأن يتخذ إجراء وقائيا حتى يمنع مثل هذه التصرفات لأن الهدف من الزواج، هو السكنينة،وهذا لا يستقيم مع ارتكاب الأفعال المجرمة<sup>285</sup>.

إن الضرورة والمصلحة كشرطين لمنح الإذن بالزواج غير مجديتين ما لم يكن طالب هذا الإذن قادرا على مواجهة الحياة الزوجية قدرة جسدية ونفسية، لأن العجز يعيق استمرار الحياة الزوجية، سواء كان من الزوج أو من الزوجة، بدليل أن المشرع قد أجاز للزوجة طلب التطلق من الزوج متى اعتراه عيب يحول دون الغاية من الزواج. لذلك اشترط المشرع القدرة في طلب الإذن بالزواج.

#### الفرع الرابع

<sup>284</sup> بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص120.

<sup>285</sup> عيسى حداد، المرجع السابق. ص 108 و109.







تبقى موضوع نظر مستقبلا، ولا سيما إذا كانت هذه الشهادة وسيلة إثبات في نزاع متعلق بزواج القاصر. مع الإشارة أن نموذجا يسري استعماله حاليا باللغة العربية.<sup>290</sup>

إذا كانت السلامة العقلية شرطا من شروط التعاقد، فمن باب أولى أن تشترط في مجال الحياة الزوجية، طالما أن الزوجة محل للزوج، والعكس، ولأن التعامل مع المختل أو الناقص عقليا أمر عسير. لذلك، يجب توافر صحة التمييز في الزوجة القاصرة، إذ يشترط لمنح الترخيص حضور القاصرة أمام القاضي ليتحقق من هويتها أولا وهوية وليها، ثم من سلامة بنيتها العقلية غالبا.

فليس لسلامة العقل والنفس ضابط محدود يتقيد به القاضي، بل يكفي أن تبدو القاصرة غير مجنونة جنونا واضحا، أو تتصرف قولاً أو فعلاً بغير مقتضى العقل، أما النوبات الدماغية التي تذهب العقل عند حدوثها، أو ما يشبه الصرع ونحوه فلا يستطيع القاضي تبينه من خلال المقابلة هذه، لذا يستحسن المطالبة بإحضار شهادة طبية تؤكد السلامة العقلية والجسدية.

أضاف المشرع إلى ذلك استصدار شهادة الخلو من الأمراض، سواء كان الزوج راشدا أم قاصرا. ولا يمكن ذلك ما لم يتعرض الزوجان إلى فحص طبي.

## 1 . مفهوم الفحص الطبي :

هو معرفة حالة الإنسان الصحية، كإجراء وقائي يساعد على صيانة الصحة وعلى الكشف المبكر للأمراض وهي في طورها الأول<sup>291</sup>. كما يعتبر المقدمة التي يقوم بها الطبيب أو المعالج ليصل بها إلى تشخيص المرض ووصف العلاج المناسب سواء أكان العلاج بالأدوية أم بالجراحة الطبية<sup>292</sup>.

<sup>290</sup> انظر الملحق رقم 3.

<sup>291</sup> صفوان محمد عضيات، الفحص الطبي قبل الزواج دار الثقافة، عمان، الأردن، 2011، ص35.

<sup>292</sup> منصور محمد خالد، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، الأردن، 1999،

ص23 وما بعدها .

أما الفحص الطبي قبل الزواج فهو تقديم استشارات طبية إجبارية أو اختيارية للخطابين المقبلين على الزواج تستند إلى فحوصات مخبرية أو سريرية تجرى لهم قبل عقد القران<sup>293</sup>. والغاية من الفحص الطبي هي الكشف عن أمراض قد تصيب أحد الزوجين.

## 2. الأمراض المؤثرة على الحياة الزوجية:

### أ. العيوب الجنسية :

هي العيوب التناسلية بالدرجة الأولى. ففي النساء تنحصر في الرتق القرن، البخر الإفضاء والعَفَل<sup>294</sup>. أما عيوب الرجال فهي العنة والجب والخصاء والإعتراض<sup>295</sup>. فضلا عن العيوب المشتركة بين الجنسين، كالجدرى والبرص والجنون.

### ب. الأمراض الوراثية :

أثبت التطور العلمي أن كل خلية من خلايا جسم الإنسان تحتضن نواة تحوي المادة الوراثية، وتسكن هذه المادة داخل نواة الخلية تتشكل من أجسام صغيرة تسمى "الكروموسومات"، يؤثر بعضها في الصفات الجنسية كالطول والقصر واللون، وأخرى تؤثر في بعض الصفات الأخرى<sup>296</sup>. وأول من اكتشف الحمض النووي هو البروفيسور إريك جيفري الأنجليزي سنة 1985. ومن الأمراض الوراثية ما يتعلق بخلل في تركيب الكروموسومات، وينتج عن ذلك ما يسمى بالطفل المنغولي<sup>297</sup>، كما يؤثر هذا الإختلال تأثيرا غير ظاهر على جسم الإنسان مثل سوء التمثيل الغذائي وفقر الدم ونقص المناعة الوراثية وأمراض العضلات

<sup>293</sup> صفوان محمد عضيات، المرجع السابق، ص56.

<sup>294</sup> الرتق انسداد مسلك الذكر بحيث لا يمكن مع الجماع. القرن يكون خلقه لحم في الفرج يسده. البخر نتن في الفرج يثور عند الوطء. الإفضاء هو اختلاط مسلكي الذكر والبول. العفل لحم يبرز في القبل. صفوان محمد عضيات، المرجع نفسه، ص63 و64.

<sup>295</sup> الجب هو قطع عضو التناسل للرجل، العنة، ومنه العنين هو من لا يتأتى له الجماع، الخصاء هو مقطوع الأنثيين الإعتراض هو عدم انتشار الذكر. صفوان محمد عضيات، المرجع نفسه. ص63.

<sup>296</sup> صفوان محمد عضيات، المرجع السابق، ص68.

<sup>297</sup> أشرف عبد الرزاق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص22.

والعظام. كما أن تشوه الحيوانات المنوية يؤدي إلى تشوه الجنين أو حمل الأم لبويضات غير طبيعية<sup>298</sup>.

### ج . الأمراض التناسلية :

هي أمراض متعددة، منها<sup>299</sup>:

. السيلان : يسببه الشذوذ الجنسي وهو عبارة عن ألم حاد عند التبول وإفرازات مليئة بالقيح ذات رائحة نتنة، والتهاب في مجرى البول.

. الزهري : مرض يهاجم الأغشية المخاطية في مكان الإصابة بالعدوى، ينتهي بتشوهات خلقية، وقد ينتقل إلى الجنين وراثيا.

. الهريس : هو عبارة عن حكة في الأعضاء التناسلية ثم ظهور فقاعات مائية تنفجر تباعا لتكون تقرحات مؤلمة.

. الإيدز: أو فقدان المناعة المكتسبة، مرض معد بسبب العلاقة الجنسية خصوصا، يبدأ باعتبار المصاب به حاملا للفيروس ثم يتحول إلى مريض فاقد للمناعة.

### 3 . فوائد الفحص الطبي قبل الزواج :

أ . يعتبر من الوسائل الوقائية في الحد من الأمراض، كأمراض الدم الوراثية<sup>300</sup>.

ب . تمكين المقبلين على الزواج من التعرف على صحة بعضهم بعضا<sup>301</sup>، لتفادي الأمراض الخطرة، من خلال الفحص السريري وكذلك فحص الرئتين إذا اقتضى الحال وتحليل فصيلة الدم طبقا للمادة 3 من المرسوم التنفيذي 06154، وإعلام المعني بالأمر لمخاطر العدوى

---

<sup>298</sup> بدر محمد اسماعيل، حكم إسقاط الجنين المشوه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص49.

<sup>299</sup> صفوان محمد عضيبات، المرجع السابق، ص78 و79.

<sup>300</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 131. صفوان محمد عضيبات، المرجع السابق، ص88.

<sup>301</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.131. صفوان محمد عضيبات، المرجع نفسه، ص88.

بانئقالها إلى الزواؤ و الذرية (م4 من المرسوم06154)<sup>302</sup>، كما أن فحص فصيلة الدم يمكن من معرفة مدى تلازم أو تناقض ما بين دم الخاطبين، حيث لو كانت فصيلة دم الخاطبين سالبة في كل منهما سيموت الطفل بعد الولادة مباشرة إن لم يتم تبديل دمه<sup>303</sup>.

ج . التحقق من وجود أمراض مزمنة ممؤثرة على مواصلة الحياة الزوجية<sup>304</sup>.

د . إخضاع النساء اللواتي لا زلن في سن الإنجاب للفحوص الخاصة بمرض الحميراء والزواج بين الأقارب يكرس الأمراض الوراثية وينتج نسلا ضعيفا من الناحية الصحية وخاملا من الناحية العقلية<sup>305</sup>.

#### 4 . الفحص الطبي قبل الزواج في قانون الأسرة الجزائري :

نصت المادة 7 مكرر من قانون الأسرة " يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج. يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤشر ذلك في عقد الزواج. تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم. "

اشتراط المشرع شهادة توضح الحالة الصحية لكل من الزوجين، وذلك من باب اتخاذ الإحتياطات الطبية اللازمة أو الوقائية للتأكد من سلامة الزوجين من الأمراض الوراثية أو فلا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد المعدية أو الجنسية التي تؤثر

<sup>302</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص.131.

<sup>303</sup> ياسين محمد غادي، أهمية الثقافة الطبية للخطاب وفحصهم قبل الزواج، مجلة الشريعة للدراسات الإسلامية، مجلس النشر العلمي لجامعة الكويت، العدد40، 2000، ص301.

<sup>304</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص132. صفوان محمد عضبيات، المرجع السابق، ص89.

<sup>305</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص131 و132.

مستقبلا على صحة الزوجين أو على الأطفال عند الإنجاب<sup>306</sup>. الزواج ما لم يقدم طالبا الزواج هذه الشهادة الطبية، ليتأكد الموظف من خلال الإستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد من علمه بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما، وبالتالي يقر رأي زوج إما العدول عن مشروعه في الزواج أو أن يتزوج رغم إصابته بأمراض معدية أو خطيرة، ويتحمل عندئذ المسؤولية الكاملة، ومن ثم لايجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية، خلافا لإرادة المعنيين<sup>307</sup>.

مما يلاحظ على المرسوم التنفيذي 154.06<sup>308</sup>، ما يلي :

إن المرسوم التنفيذي المحدد لكيفيات تطبيق نص المادة 7 مكرر ق. أ. ج. لم يحدد الأمراض المعدية أو الخطرة التي يلزم الطبيب الكشف عنها، كما لم يحدد المرسوم طبيا معينا يتولى فحص الراغبين في الزواج.

لم ينص المرسوم على إلزامية الفحص الجيني، كما أغفل الإشارة إلى المادة 5 من ذات المرسوم إلى أنه يبقى الفحص الطبي سريا.

لم يتضمن المرسوم أي عقوبة في حالة إخلال الطبيب بالتزاماته، بل تبقى المسألة متعلقة بضمير الطبيب. والملاحظ أن المادة 1/77 من قانون العقوبات تعاقب بالحبس من شهرين على الأكثر مع الغرامة إذا ما خالف الموثق اوضابط الحالة المدنية الشروط الواجبة لتحرير عقد الزواج، كما أن المادة 26 من الأمر 20/70 المؤرخ في 19/02/1970 المتضمن قانون الحالة المدنية تنص على أن يمارس ضباط الحالة المدنية تحت مسؤولياتهم المدنية الجنائية ومراقبة النائب العام<sup>309</sup>.

---

<sup>306</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص126.

<sup>307</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص137.

<sup>308</sup> مرسوم تنفيذي رقم 154.06 صادر في 11 ماي 2006، المحدد لشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 31 بتاريخ، 14 ماي 2006. ص4 وما بعدها.

<sup>309</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص138 و139.



عرف بعض الفقه الزواج العرفي أنه " تطابق الإيجاب والقبول بين رجل وامرأة على انعقاد زوجية بينهما في الحال، بحضور شهود، وذكر صداق، مما يترتب على ذلك من الآثار، دون أن يفرغ هذا الزواج في وثيقة رسمية "312.

#### أ . الزواج العرفي في قانون الأسرة :

لقد تعرض المشرع الأسري الجزائري إلى الزواج العرفي ضمنياً من خلال استقراء لنص المادة 21 ق. أ. ج. " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة. "

لقد أشارت المادة هذه إلى نوعين من عقود الزواج ؛ عقد زواج مسجل طبقاً للمادة 18 ق. أ. ج.313 تسجيلاً رسمياً يقتضي إثباته بمستخرج من سجلات الحالة المدنية التي سجل بها تلقائياً بعد إبرام العقد. أما الثاني، فهو عقد الزواج غير المسجل إطلاقاً، حيث أبرم في غياب الموثق أو الموظف المؤهل قانوناً لذلك رغم توافر ركن الرضا وبقية الشروط، الذي قد يعتمد إليه بعض الأولياء في حق أبناءهم القصر وخاصة في العالم الريفي. . . . فما الباعث إذن إلى هذا الزواج، وما هي طبيعته القانونية، ما آثاره، ولم يلجأ على تسجيله؟. . .

#### ب . دواعي اللجوء إلى الزواج العرفي :

الباعث إلى ذلك، التهرب من الشروط القانونية التي ترمي عموماً إلى حماية القصر في مسائل الزواج<sup>314</sup>. أما ممارسة الزواج العرفي فلا يعدو أن يكون مرده إلى الأسباب التالية؛ تعدد الزوجات، تزويج مجهولي الهوية، أو تزويج القصر. فقد يرغب القاصر أو القاصرة في الزواج، إما لتحقيق رغبة أو لضرورة ؛ كستر عار فيضطر الأولياء إلى مثل

<sup>312</sup> محمد شتا، الزواج العرفي، ط2. دار المجد للنشر والتوزيع، الاسكندرية، 2008، ص7.

<sup>313</sup> تنص المادة 18 من قانون الأسرة على أن "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً مع مراعاة ما ورد في المادة 9 و9 مكرر من هذا القانون. "

<sup>314</sup> تتجلى حماية القاصر في مسائل الزواج في نصوص المواد3 مكرر، 7، 9، 9 مكرر، 11 و13 من قانون الأسرة

هذا الزواج استجابة لهذه الضرورة، وأحيانا يقدم الأولياء أنفسهم على تزويج أبنائهم القصر لأغراض شخصية فيتم إبرام العقد متبوعا بدخول مباشر أو مؤجل.

### ج . الطبيعة القانونية للزواج العرفي :

أما الطبيعة القانونية للزواج العرفي، فإن القانون قد اعتبره زواجا صحيحا متى استوفى ركن الرضا وبقية الشروط، بدليل أنه أجاز تسجيله بحكم قضائي. لأنه عقد غير رسمي مخالف لنص المادة 18 ق. أ. ج. وقد وقع المشرع في تناقض، بحيث أن المادة 18 ق. أ. ج. جعلت إبرام عقد الزواج أما الموثق أو ضابط الحالة المدنية امرا قانونيا لتمام العقد بوثيقة، لكنه تراجع في الفقرة الثانية من المادة 6 من ذات القانون ليفتح ثغرة تشريعية كبيرة يجيز من خلالها إبرام الزواج وفق الشكل العرفي<sup>315</sup> كما هو الشأن في القانون المصري الذي يعتبر هذا الزواج صحيحا شرعا مرتبا لكافة آثاره<sup>316</sup>. سواء كتبوه في عقد أم لم يكتبوه، حتى ولو لم تتوافر فيه الشروط القانونية المتمثلة في شرط السن للزوج أو الزوجة وشرط التوثيق<sup>317</sup>. وقد وضع المشرع هذه القيود والشروط القانونية لتحقيق غايات اجتماعية أساسية منها :

. حفظ حقوق الزوجين وحماية مصالحهما من العبث وتجاهد الأولاد ودفع المظنة عن الزوجين.

. منع ذوي النوايا السيئة من رفع دعاوى الزوجية أمام القضاء زورا وبهتانا.

أما الفرق القائم بين الزواج العرفي والزواج الرسمي، فإن هذا الأخير يشترط زيادة عن الأول شرطي السن القانونية والكتابة، أي الرسمية.

لذلك، فشرط السن يعد جوهريا في عقد الزواج، سوى أن القانون منح للقاضي إعفاء القاصر من هذا الشرط، لأجل هذا، فإن الزواج العرفي للقاصر رغم صحته يعتبر زواجا شرعيا في

<sup>315</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 281.

<sup>316</sup> عبد العزيز رمضان سمك، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي. دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 92.

<sup>317</sup> ناهد العجوز، جرائم التزوير المتعلقة بالزواج، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص 149.





لأجل النكاح والتشهير اعتمادا على سهولة هذا الإدعاء، ثم أن الزواج العرفي يفتح منافذ الظن السيء<sup>322</sup>.

لأجل ذلك أجاز القانون والفقهاء تثبيت الزواج العرفي بحكم قضائي وأيد القضاء ذلك متى توافرت الأركان الشرعية للزواج، ولا سيما شهادة الشهود باعتبارها الشرط الأساس. ويستثنى من ذلك شهادة النساء كما لا يقبل يمين الزوجة كوسيلة إثبات<sup>323</sup>، رغبة في الجمع بين الزوجين وتجنباً لفك الروابط الزوجية. لأجل ذلك وجب المسارعة إلى توثيق عقد الزواج العرفي. أما ما يترتب على عدم التوثيق، استحالة رفع دعوى الزوجية نظراً لإنتفاء الصفة لدى المدعي التي لا تثبت إلا بمستخرج من سجل الحالة المدنية<sup>324</sup>.

## 2. إخفاء الأهلية :

قد يسعى القاصر أو القاصرة، عند إبرام عقد الزواج إلى إخفاء أهليته بادعائه راشداً أو يتواطأ مع الموثق أو الكاتب العمومي في شأن ذلك. ففي الحالة الأولى تدعي القاصرة بلوغها سن الزواج وخاصة إذا كانت بنيتها الجسدية تؤيد ذلك، وأثبتت ذلك بعقد ميلاد مزور، فيجوز للولي، إن لم يكن على علم بذلك، طلب إبطال عقد الزواج طالما أن موليته لا زالت قاصرة، لأنه لم يتول زواجها كما جاء النص عليه في الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون الأسرة.

---

<sup>322</sup> فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص 29 و 30.

<sup>323</sup> قررت المحكمة العليا بأنه " من المقرر أنه يجوز إثبات عقد الزواج بشهاد شهود تفيد وجوده الشرعي، ومن ثم، فإن القضاء بإثبات عقد زواج اعتماداً على شهود لا تفيد انعقاده شرعاً يعد خرقاً لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية. " ملف رقم 34030 بتاريخ 15/11/1983، قرار آخر مفاده " من المقرر أن النساء لا تقبل شهادتهن في الزواج. " ملف رقم 52440، بتاريخ 02/01/1989. وورد أيضاً "إن القضاء بإثبات الزواج العرفي اعتماداً على يمين الزوجة، ودون توافر أركانه، هو مخالف للشرع والقانون. " ملف رقم 248683 بتاريخ 19/09/2000، عن بلحاج العربي، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 101 وما بعدها.

<sup>324</sup> نصت المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة أو مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه، كما يثير تلقائياً انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون. "

أما في الحالة الثانية فإن الموثق أو الموظف المؤهل ينزل عند رغبة القاصر ويتواطأ معه لتحريير عقد الزواج، الأمر الذي اعتبره المشرع مخالفة بحسب نص المادة 77 من قانون الحالة المدنية التي تحلينا الى قانون العقوبات. زيادة على الصورتين السابقتين فإن كل إخلال بأحكام الإذن بالزواج، سواء من طرف الزوجين أو ممثليهما أو الموظف الوؤهل، يرتب جزاءات إدارية أو جزائية.

## الفرع الثاني

### أثر الإخلال بحكم الترخيص بزواج القاصر

سعيًا وراء حماية القاصر في شأن الزواج، فإن المشرع قد رتب على الإخلال بقواعد زواجه جزاءات بحسب طبيعة المخالفة، تدور هذه الجزاءات بين بطلان عقد الزواج أو العقوبة الجزائية.

#### 1 . البطلان:

الملاحظ أن هذه الجزاءات ليست وليدة قانون 11. 84 أو تعديل 2005، بل هي مستقرة منذ قانون 2 ماي 1930 ثم الأمر 274.59 المؤرخ في 4 فبراير 1959 وقانون 63. 224 المؤرخ في 29 جوان 1963 بعد أن حدد قانون 323.30 لسنة 1930 سن الزواج بخمسة عشرة سنة لكلا الجنسين أجاز استثناء للحاكم العام منح إعفاء من شرط السن متى توافرت مبررات خطيرة كما سبق الإشارة إليه اعتبر كل زواج مخالف لأحكام منح الإعفاء زواجًا باطلاً بطلاناً مطلقاً، دون أن توضح المادة هذا قبل الدخول أم بعده أم في كلتا الحالتين.

أما أمر 274.59 ورغم تعديله لسن الزواج، إلا أنه لم يأت بجديد في شأن مخالفة قواعده، ليكون قد أبقى ضمناً على ما جاء به قانون 323.30.

بعد الإستقلال صدر قانون 224.63 كأول تشريع أسري في ظل السيادة الوطنية

إذ نصت المادة الأولى منه " لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ 18 سنة كاملة ولا المرأة قبل 16

سنة كاملة أن يعقد زواجا. " ولكن قد يقدم شخص على تزويج ابنه أو بنته قبل بلوغه هذا السن، كما أن المراهق أو المراهقة قد تحدثه نفسه بالزواج قبل بلوغ السن المطلوبة فحكم الزواج هنا هو البطلان المطلق، بحيث يحق لكل ذي مصلحة من الزوجين أو من غيرهما الطعن في هذا الزواج بالبطلان، كما يحق للنيابة العامة ذلك والدليل على ذلك، ما جاءت به المادة 3 من قانون 63.224 " كل عقد زواج أبرم بالمخالفة لأحكام المادة الأولى يكون باطلا إذا لم يلحقه دخول. ويجوز الطعن فيه من الزوجين شخصيا أو ممن له مصلحة فيه أو من النيابة العامة. "

هذا يعني أن الزواج في هذه الحالة مخالف للنظام العام، ومفهوم هذا الشرط هو عدم الدخول، انتفاء البطلان إذا حصل دخول، وليس هذا هو قصد المشرع، وإنما قصده إذا لم ينتج عن الدخول حمل، أو بلوغ الزوجين السن المطلوبة في الزواج<sup>325</sup>، وإلى هذا أشارت المادة الرابعة من نفس القانون "لا يجوز مع ذلك الطعن في عقد الزواج الذي يبرمه زوجان لم يبلغ كلاهما أو أحدهما السن المشترطة، وذلك:

أ . إذا بلغ الزوجان السن القانونية.

ب . إذا حملت الزوجة التي لم تبلغ السن بعد.

فالحكمة من الإستثناء الأول أن بلوغ الزوجين السن القانونية يكسبهما حق الزواج دون إذن قضائي، أما الإستثناء الثاني فالغاية منه حماية الحمل الناشئ عن الزواج، رغم عدم بلوغ الزوجة السن القانونية.

إن المواد 32، 33، 34 و 35 من قانون الأسرة 11.84رغم نصها على بطلان الزواج، إلا أنها لم تعبر عنه بصدد مخالفة شرط السن، بحيث اشارت إلى تخلف الصداق أو الشاهدين أو الولي عند وجوبه، وهذا طبيعي طالما أن الزواج الرسمي يستلزم السن أساسا فضلا عن ذلك فإن المادة 9 من ذات القانون حددت أركان الزواج في الرضا والولي والصداق والشاهدين، دون أن تشير إلى الأهلية.

<sup>325</sup> لكحل بن حواء، المرجع السابق، ص125.

وهذا ما صححه تعديل 2005 الذي أضاف الأهلية إلى شروط الزواج. غير أن الفقرة الأولى من المادة 33 تنص على أنه " . . . يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا." واختلال ركن الرضا مرده إلى عدة أسباب ؛ كالإكراه، أو إبرام عقد الزواج من طرف الولي دون علم المولى عليه، أو التدليس أو نقصان الأهلية.

رغم هذا، يمكن الرجوع إلى نص المادة 223 من نفس القانون التي تلغي جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون. لذلك، فإن المادة 7 من قانون الأسرة المحددة لسن الزواج قد عدلت المادتين الأولى والخامسة من قانون 1963، أما أحكام النصوص الباقية منه فيرى بعض الشراح أنها قابلة للعمل بها مادامت لم تخالف أحكام قانون 11.84. وبالتالي يمكن العمل بالمواد 2،3،4 من قانون 1963 التي سبق الإشارة إليها لأنه لا يوجد ما يقابلها في القانون الحالي أو ما يخالفها أو ما يعارضها، فهي إذاً، سارية المفعول<sup>326</sup>.

في حين يرى بعض الفقه أن المشرع لم يقرر أي جزاء عن مخالفة الحد الأدنى لسن الزواج ولا يترتب عن ذلك إبطال العقد أو فسخه<sup>327</sup>. وأن المشرع لم يضع حداً أدنى للسِّن في شأن الترخيص، بحيث يستطيع القاضي أن يمنح الرخصة لمن بلغ سن الخامسة عشرة من العمر مثلاً، ولا جزاء ضد من أبرم عقد زواجه خارج مكتب الموثق أو ضابط الحالة المدنية، على خلاف ما نصت عليه المادة الثانية من القانون 63.224 التي كانت تقرر العقوبة لذلك<sup>328</sup>.

يقول جانب آخر من الفقه أن المادة 7 من قانون الأسرة الحالي قد ألغت ضمناً نص المادة 1 من قانون 224.63<sup>329</sup>. ليعارضه اتجاه فقهي آخر بقوله على بطلان عقد الزواج الذي تم إبرامه من قبل شخص لم تتوافر فيه الأهلية المنصوص عليها في المادة 7

---

<sup>326</sup> عيسى حداد، المرجع السابق، ص102 و103.

<sup>327</sup> الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص31.

<sup>328</sup> عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2013، ص61. د

<sup>329</sup> بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها، المرجع السابق، ص197، عن عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، ص98 و99.

من قانون الأسرة، ولم يحصل مسبقاً على إذن قضائي<sup>330</sup>. وقد اعتبر بعض الشراح الإتجاه الأخير هذا اتجاهاً عقلياً، لأن تحديد سن الزواج في المادة 7 ق. أ. ج. الغرض منه حماية الصغار وكذا المحافظة على رضائية العقد. فالزواج يقوم على التراضي والإختيار الحر للمتعاقدين، وهي أمور لا تتحقق إلا مع توافر الأهلية الكاملة وقت إبرام العقد<sup>331</sup>. أخيراً، فإن نص المادة 7 ق. أ. ج. يعتبر ناسخاً للحكم الوارد في قانون 224.63، وذلك تغليبا لإرادة المشرع الحديثة<sup>332</sup>.

هذا ما تعلق بالبطلان كجزء لمخالفة شرط السن، فهل توقف المشرع عند هذه الحماية أم انصرف إلى غيرها؟

## 2. العقوبة الجزائية:

إذا تعدد الأولياء أو الزوجان أنفسهما أو أحدهما نهج أسلوب من أساليب التزوير في المحررات الرسمية كعقود الميلاد أو عقود الزواج، من أجل تزوير من لم يبلغ السن القانونية، أو لو تواطأ الموثق أو الكاتب العمومي مع الزوجين فأبرم عقد زواج مخالف لأحكام شرط السن، فإن المشرع لم يقتصر على إبطال العقد، بل تجاوزه إلى توقيع العقوبة. وهل ضمن القوانين المتلاحقة منذ الحقبة الإستعمارية إلى الآن.

أشارت الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون 2 ماي 1930 إلى ما يلي: " إن عدم التقيد بهذه الشكليات من طرف الزوجين أو ممثليهم، يترتب عنه بطلان الزواج، فضلا عن عقوبة حبس من 6 أيام إلى 3 أشهر وغرامة من 16 إلى 500 فرنك. أو بإحدى العقوبتين. " إن الشكليات المقصودة في هذه المادة هي تلك المتعلقة بشرط سن الزواج زيادة على الممثل أمام الموظف المؤهل إبرام عقد الزواج. أما أمر 1959 السابق الإشارة إليه فلم يتعرض لأي عقوبة في هذا الشأن.

<sup>330</sup> تشوار الجيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، 1999 العدد4، ص75.

<sup>331</sup> بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها، المرجع السابق، ص197 و198.

<sup>332</sup> بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها، المرجع نفسه، ص199.

فضلا عن تعرض قانون 63 . 224 لجزاء البطلان، فإن المادة الثانية منه نصت على أنه " يعاقب كل من ضابط الأحوال المدنية أو المأذون والزوجان وممثلوهما القانونيون ومن أسهم معهم لعدم مراعاتهم السن، بالحبس من خمسة عشرة يوما إلى ثلاثة اشهر وبغرامة من أربعة آلاف فرنك جديد<sup>333</sup>، أو بإحدى هاتين العقوبتين. "

تعرض الأمر 20.70 الصادر في 19 فبراير 1970 المعدل في 1971 و1976 المتعلق بالحالة المدنية<sup>334</sup> والمنظم لإختصاصات ضباط الحالة المدنية ومساعدتهم وكذا التعامل مع سجلات الحالة المدنية، خصوصا في فصله الثاني، تحت عنوان "عقود الزواج" إلى التزام ضابط الحالة المدنية أو القاضي بوثيقة الإعفاء من شرط السن، متى أبرم عقد زواج قاصر، وأن جزاء مخالفة هذا الإلزام تعرضت إليه المادة 77 بنصها التالي: " يعاقب الموثق أو ضابط الحالة المدنية الذي يحرر عقد الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد أحد الزوجين بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 441 المقطع الأول من قانون العقوبات . دون الإخلال بالمتابعات الجزائية يتعرض ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي لم يطبق الإجراءات المنصوص عليها في هذا الفصل . " يشير النص هذا إلى تعدد ضابط الحالة المدنية إبعاد الولي من إبداء رأيه في عقد الزواج لإبنة القاصر. أما الفقرة الثانية من ذات المادة فتنص على أنه " . . . . " ويعاقب ضابط الحالة المدنية أو القاضي الشرعي الذي لم يطبق الإجراءات المقررة في هذا الفصل بغرامة لا يمكن أن تتجاوز 200د. ج. بموجب حكم صادر من المحكمة الناظرة في المسائل المدنية. "

يتجلى واضحا أن قانون الحالة المدنية، بدوره، ضمن حماية لزواج القاصر سواء من تعسف الموظف المؤهل في حق ولي القاصر، أو في عدم احترام الموظف للقواعد المتعلقة بإبرام عقد الزواج. والملاحظ أنه شدد العقوبة في شأن إبرام عقد الزواج دون التحقق

<sup>333</sup> ورد التعبير بالفرنك الجديد لأن القانون صدر قبل إصدار العملة الوطنية " الدينار الجزائري

<sup>334</sup> الأمر 20.70 بتاريخ 19/02/1970 المتعلق بالحالة المدنية الصادر بالجريدة الرسمية عدد 21 المؤرخة في 27/02/1970، ص 274، والمعدل بموجب القانون 14-08 بتاريخ 09/08/2014. .

من موافقة ولي القاصر، ذلك بنص الفقرة الثانية من المادة 441 من قانون العقوبات التي تقرر العقوبة بالحبس من 10 أيام إلى شهرين غرامة من 100 إلى 1000 د. ج. أو بإحدى العقوبتين. أما قانون 84-11 فلم يتعرض تماما لأي جزاء ولم يحلنا حتى إلى قانون العقوبات عند الإقتضاء، كما أشارت إلى ذلك القوانين السابقة.

## الفصل الثاني

### آثار زواج القاصر

بعد إبرام عقد الزواج يحتل كل من الزوج والزوجة مركزا قانونيا يكتسب من خلاله حقوقا تجاه الطرف الآخر، كما تترتب عليه واجبات، تأخذ حكم آثار الزواج، أذكر منها :

- 1 . التزامات متبادلة بين الزوجين في حدود ما ورد بنص المادة 36 من قانون الأسرة التي ورد ليها تعديل بموجب الأمر 05 02، هذه الالتزامات، وإن كانت في نظر الشريعة الإسلامية لا تحصر بحد، إلا أن المشرع قد أجملها في المحافظة على الروابط الزوجية، وحسن المعاشرة، والتعاون، والتشاور في مصلحة الأسرة، وحسن المعاملة للأقارب.
- 2 . حقوق مترتبة للزوجة؛ كالصداق، سواء كان معجلا أو مؤجلا، والنفقة بكافة مشتملاتها، ومسكن الزوجية، فضلا عن حسن المعاملة وكل ما من شأنه يوطد العلاقة الزوجية، كالتراحم والتكفل المنصوص عليهما في المادة 4 من قانون الأسرة.
- 3 . حقوق للزوج، كالخدمة المشروعة وتربية الأولاد والإحتباس وحفظ العرض. أما طاعته من قبل زوجته باعتباره رئيس العائلة، فقد ألغاه قانون الأسرة بموجب أمر 02.05، وهذا تعارض صريح مع أحكام الشريعة الإسلامية.

لقد ألزم الشارع الحكيم الزوجة بطاعة زوجها لقوله تعالى ﴿أطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأَطِيعُوا أَزْوَاجَكُمْ﴾<sup>335</sup> ووجه الدلالة في هذه الآية أنها أثبتت القوامة للزوج على زوجته، ولا معنى للقوامة بدون الطاعة، كما أثبتت الآية للزوج الحق في تقويم زوجته عند النشوز، ولو

<sup>335</sup> سورة النساء، الآية 34.



بالضرب، ونفي السبيل عليهن عند الطاعة فدل على أن الطاعة واجب<sup>336</sup>. ومن صور الطاعة، أن تنفذ أوامره المشروعة، أن تحفظه في ماله وعرضها، سواء كامن حاضرا أم غائبا<sup>337</sup>.

4 . ثبوت النسب للأولاد الناتجين عن العلاقة الزوجية، وحق كل من الزوجين في الإقرار بالنسب أو إنكاره وفق القواعد القانونية والشرعية.

حق كل زوج في وضع حد لهذه العلاقة التعاقدية وفق ما حدده القانون من أساليب كالطلاق، التطليق والخلع، دون تعسف في استعمال هذا الحق. ( م53، 48 و 54 من قانون الأسرة. )

5 . وجوب الحماية القانونية لحقوق كل طرف، مما يخول له حق اللجوء إلى القضاء عند الضرورة. إذا، فاللجوء إلى القضاء، المصطلح عليه بحق التقاضي لا يتم إلا لصاحب حق وله أن يستوفي شروطا شكلية وأخرى موضوعية تمكنه المطالبة بما سلب منه أو رفع التعدي عنه. فهل ساوى المشرع هنا بين الزوج الراشد والزوج القاصر أم وضع استثناء؟

## المبحث الأول

### أهلية التقاضي وحق التصرف للزوج القاصر

طالما أن المشرع أجاز للقاصر حق الزواج متى تبينت له مصلحة في ذلك، وباعتبار الزواج تصرفا يمنح للزوجين مركزا قانونيا جديدا، يحظى بحماية القانون كما يترتب عنه مجموع من الالتزامات المتبادلة فيما بين الزوجين فضلا عن جملة من الآثار فإن هذه الالتزامات قد تكون محل إخلال مما يستدعي حق الطرف المتضرر أن يلجأ إلى القضاء. ومن بقية الآثار أيضا حق التصرف فيما نتج عن الزواج كالصداق والنفقة والأموال المشتركة.

## المطلب الأول

<sup>336</sup> حسن صلاح الصغير عبد الله، الجوانب الفقهية للقوامة الزوجية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2007، ص113.

<sup>337</sup> عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص181.

## أهلية التقاضي للزوج القاصر في آثار الزواج

يعد التقاضي حقا للفرد في حماية حقه، يمارسه من خلال رفعه لدعوى قضائية، هذه الدعوى التي يراها البعض مظهرا من مظاهر الحق، حيث يظل الحق ساكنا فإذا وقع عليه اعتداء تحرك للدفاع عن نفسه، ويسمى في هذه الحالة بالدعوى، لذلك فالحق والدعوى يوجدان معا، ويبقى أحدهما ببقاء الآخر<sup>338</sup>.

### الفرع الأول

#### أهلية التقاضي

رغم نص قانون الأسرة على أن القاصر المرشد للزواج يكتسب أهلية التقاضي فيما تعلق بآثار الزواج، فإن هذه الأهلية ليست شرطا لقيام الدعوى، كالصفة والمصلحة<sup>339</sup>. بل هي شرط لمباشرة الدعوى، الأمر الذي دعا المشرع إسقاطها من جملة الشروط ضمن التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية والإدارية. وهي تعرف نوعين:

#### 1. أهلية الإختصاص:

تحل محل أهلية الوجوب في المجال الإجرائي، أي أهلية الشخص لإكتساب المركز القانوني للخصم، مما يترتب عن ذلك من حقوق والتزامات وهي تدور وجودا وعدما مع الشخصية القانونية.<sup>340</sup>

#### 2. أهلية التقاضي :

هي بمثابة أهلية الأداء في المجال الإجرائي أيضا، أي صلاحية الفرد لمباشرة الإجراءات القضائية بنفسه<sup>341</sup>. فإذا كانت أهلية التقاضي لا تثبت عمليا إلا للراشد، بحسب

<sup>338</sup> عمر زوده. المرجع السابق. ص26.

<sup>339</sup> أحمد عمر بوزيقة. قانون المرافعات. ج1. جامعة قان يونس. بنغازي. ليبيا. 2003. ص 115.

<sup>340</sup> بوشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص84 وما يليها.

<sup>341</sup> بوشير محند أمقران، نفس المرجع. ص76.

نص المادة 40 من القانون المدني، فهل تثبت للقاصراستثناء؟ وما الحكمة من إلغاء نص المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية؟

كانت المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية قبل الإلغاء قد اعتبرت كلا من الصفة والمصلحة والأهلية شروطا لرفع الدعوى، ومتى تخلف شرط رتب عدم قبول الدعوى إطلاقا. أما المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد قضت ببطلان الإجراءات متى انعدمت الأهلية. قضاء أن الأهلية ما هي إلا شرط لصحة الخصومة لا من شروط المدعي<sup>342</sup> المطالبة القضائية، وذلك للأسباب التالية :

أ . لفاقد الأهلية وناقصها حق في الدعوى لحماية حقه أو مركزه القانوني، فلو سلمنا بثبوت الأهلية لجردنا القاصر من حقه في رفع الدعوى.

ب . الأهلية مرتبطة بالعمل الإجرائي، وليس بالدعوى، فصاحب الحق الموضوعي ينشأ له الحق في الحماية القضائية، بغض النظر عن أهليته.

ج . الجزاء المترتب على تخلف الأهلية هو بطلان الإجراء القضائي(م 64 ق. إ. م. إ. ) وليس عدم القبول، مثلما رتب القانون المدني على تخلف الأهلية بطلان التصرف.

د . إن تخلف الصفة أو المصلحة أثناء سير الخصومة يرتب عدم القبول، في حين، لا ينطبق هذا على الأهلية، إذ غيابها يؤدي إلى انقطاع الخصومة ريثما يسترجع الخصم أهليته ويتابع السير فيها.

استنادا إلى هذه الحجج وغيرها، فإن المشرع قد استعاض عن المادة 459 بالمادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>343</sup>، فاكتفى بالصفة والمصلحة كشرطين لرفع الدعوى وتتجلى الحكمة أيضا من إبعاد شرط الأهلية في رفع الدعوى، في أن الصفة تنشأ

<sup>342</sup> طاهري حسين، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية، دار ربحانة للنشر، الجزائر، 2002، ص29.

<sup>343</sup> بعد إلغاء نص المادة459 من قانون الإجراءات المدنية والإستعاضة عنه بالمادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أسقط المشرع شرط الأهلية من شروط رفع الدعوى. لأنها ليست شرطا لقبول الدعوى، وإنما هي شرط لصحة التقاضي، لأن الشخص قد يفقد أهليته أثناء سير الخصومة، أين يحل محله نائبه، وهذا خلاف للصفة والمصلحة اللتين لا يمكن ان يتسعيض عنهما فاقد الأهلية بشخص آخر. عادل بوضياف، المرجع السابق، ص.35.

للفرد منذ نشوء الحق لديه، فالدائن مثلا، لا يعتبر ذا صفة إلا إذا أثبت دينه لدى المدين والزوج لا يعتبر كذلك إلا إذا أثبت زوجيته قانونا. فمتى ثبتت الصفة العادية للفرد ثبتت الصفة الإجرائية تباعا، حتى تخول لصاحبها حق المباشرة القضائية متى كان متمتعا بأهلية الأداء. أما لو كان قاصرا فينصرف هذا الحق إلى نائبه. وهذا ما جعل المشرع يستغني عن أهلية التقاضي.

هذه هي القاعدة العامة، فهل من استثناء لها، أو بمعنى آخر هل منح المشرع للقاصر أهلية التقاضي في حالات معينة ؟

نصت الفقرة الأخيرة من المادة 7 من قانون الأسرة على أنه " يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما تعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات. "

### 3 . مفهوم نص الفقرة الأخيرة من المادة 7 ق. أ. ج.

عند استقراء النص يُستنتج ما يلي :

أ . اكسب المشرع الزوج القاصر الأهلية المدنية في حدود ضيقة والتي تهم كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات. وعلى اعتبار أن الزواج فيه تكاليف والتزامات ومسؤوليات، كالنفقة والأولاد والخصومات المتعلقة بالأحوال الشخصية، فإنه يجوز للزوجة القاصرة المطالبة بحقوقها ولها صفة المدعي<sup>344</sup>.

ب . أكسب المشرع للزوج القاصر أهلية التقاضي مساويا في ذلك بين الزوجة والزوج ومستعملا عبارة القاصر ليشمل ناقص الأهلية وفاقدها كالصبي غير المميز والمجنون والمعته. ففي دعوى الطلاق مثلا، نصت المادة 432 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته. يجب إثبات اختلال القدرات الذهنية من قبل طبيب مختص. " في حين تنص المادة 437 من ذات

<sup>344</sup> بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها، المرجع السابق، ص 204.

القانون " عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة." فالمشرع هنا بسط حماية واسعة على فاقد الأهلية، كونه منع رفع دعواه في الطلاق بالتراضي ما دام فاقد الأهلية.

ج . استند المشرع في هذه الرخصة إلى ثبوت المركز القانوني الذي احتله القاصر بواسطة الترخيص القضائي له بالزواج (م 9 مكرر ق. أ. ج. ).

د . ساوى المشرع بين القاصر والراشد في حق التقاضي فيما تعلق بآثار الزواج فقط دون بقية ما يلحق الزواج كالطلاق. لأن الطلاق تصرف مستقل عن آثار الزواج.

هـ . كان للمشرع أن يوضح آثار الزواج، فهي تلك الآثار التقليدية ( الصداق، النسب النفقة، حقوق وواجبات كلا الزوجين) أم انصرف إلى الزمة المالية المشتركة أو حق الإشتراط في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق مثلا (م 19 ق. أ. ج. ) ؟

إذا ما تقيدنا بظاهر النص فإن الفقرة الثانية من المادة 7 ق. أ. ج. نصت". يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما تعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات. " فإن آثار الزواج حصرتها المادتان 36 و 37 ق. أ. ج. في المعاشرة بالمعروف، التعاون، التشاور والنظام المالي للزوجين، والنسب، والنفقة<sup>345</sup>. مما يلاحظ أن الحقوق السالفة الذكر منها ما هو أخلاقي كالمعاشرة بالمعروف ومنها ما هو مالي كالنفقة والتوارث ومنها ما هو شخصي كالنسب.

و . اعتبر المشرع القاصر في مسائل الزواج كالقاصر المأذون له بالتجارة، قياسا حيث يشترك الترخيص بالزواج والإذن بالتجارة في كون كلا التصرفين محدودا، وتجاوز للقاصر المنازعة في شأن هذا التصرف.

---

<sup>345</sup> بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها، المرجع السابق، ص 513. سامح عبدالسلام، نظام الأسرة بين حضارتين، دارالنهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 115 وما بعدها. محمد الكشور، المرجع السابق، 298. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 97.

يبين ظاهر النص أن القاصر متى أذن له بالزواج وأبرم العقد، أصبح أهلاً لمباشرة إجراءات التقاضي فيما تعلق بآثار الزواج دون حاجة إلى وليه، هذا إذا كان القاصر قادراً على مواجهة الخصم. إلا أن المعمول به في المحاكم أثبت أن القاضي يرفض الدعوى شكلاً متى رفعت من طرف القاصر مباشرة افتراضاً أنه غير قادر على مواجهة خصمه. فهل لنص المادة تأويل ثان دون التأويل الظاهر، أم أن القاضي يتحوط في شأن حماية القاصر ويلزمه بإنابة وليه؟ ثم أن القاصر متى أذن له بالزواج مارس الحياة الزوجية وأدرك كافة جوانبها الإيجابية والسلبية، فكيف يناب عنه في نزاع هو أدري بمعطياته؟

بخلاف قانون الأسرة، فإن المشرع المصري مثلاً، في قانون تنظيم بعض حالات إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية لسنة 2000، بالمادة الثانية أثبت أهلية التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية لمن أتم 15 سنة، متمتعاً بقواه العقلية<sup>346</sup>.

أما مدونة الأسرة المغربية فقد أخذت بما جاء به قانون الأسرة من حيث أهلية التقاضي<sup>347</sup>. غير أن القانون السوري للأحوال الشخصية ساوى بين الراشد والقاصر المأذون له بالزواج في مسألة أهلية التقاضي<sup>348</sup>.

## الفرع الثاني

### الصفة والمصلحة

---

<sup>346</sup> نصت المادة الثانية من قانون تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري المعدل بالقانون 91 لسنة 2000 " تثبت أهلية التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية للولاية على النفس لمن أتم خمس عشرة سنة ميلادية كاملة، متمتعاً بقواه العقلية. وينوب عن ناقص الأهلية وعديمها ممثله القانوني، فإن لم يكن له من يمثله أو كان هناك وجه لمباشرة إجراءات التقاضي بالمخالفة لرأي ممثله أو في مواجهته، عينت المحكمة له وصي خصومة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو الغير. "

<sup>347</sup> نصت المادة 22 من مدونة السرة المغربية " يكتسب الزوجان طبقاً للمادة 20 أعلاها الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.

<sup>348</sup> نصت المادة 166 من قانون الأحوال الشخصية السوري "يعتبر القاصر المأذون له كامل الأهلية فيما أذن له به وفي التقاضي فيه. "

إن الحياة الزوجية، كما سبق بيانه، تقتضي ترتيب حقوق والتزامات لطرفي العقد ومتى أُخِل بالتزام أو اعتدي على حق وجب اللجوء إلى القضاء، ولا يستقيم هذا إلا بتوافر شروط. فبحسب نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا يتحقق حق رفع الدعوى إلا إذا توافر شرطان؛ حصرهما المشرع في كل من الصفة والمصلحة القائمة أو المحتملة. أما أهلية التقاضي فتعتبر لدى بعض الفقه شرطاً من شروط صحة الدعوى<sup>349</sup>. وبذلك أخذ المشرع الجزائري. فما المقصود بالصفة أولاً؟

## 1 . الصفة:

الصفة هي علاقة تربط أطراف الدعوى بموضوعها، فلا تقبل الدعوى إلا إذا كان المدعي يدعي حقاً أو مركزاً قانونياً لنفسه، أو بواسطة نائب، اتفاقي كان أم قانوني<sup>350</sup>. وانتفاء الصفة لا يعني انتفاء المصلحة، فقد توجد الثانية ولا توجد الأولى. كالأب الذي يطلب تطليق ابنته من زوجها دون حضورها للمرافعات، أو كالتاجر الذي يطلب إبطال عقد الشركة التي تتافسه، فهذا التاجر له مصلحة، ومع ذلك لا تقبل دعواه، لانعدام الصفة. وهي من حيث تصنيفها، نوعان :

أ . **الصفة العادية** : أو الصفة الموضوعية. هي تلك الوضعية القانونية التي تفيد ارتباط رافع الدعوى بالحق المعتدى عليه، أو المركز القانوني محل المنازعة. وهذه الحالة القانونية تتوافر في الشخص بصفة أصلية أو بمقتضى تمثيل قانوني. وهي أيضاً صلاحية الشخص للإدعاء بالحق المعتدى عليه.<sup>351</sup> وتعتبر الصفة الموضوعية تلك العلاقة التي تربط أطراف الدعوى بموضوعها، كصفة الزوج في دعوى الطلاق مثلاً. فلا يجوز للولي مثلاً أن يرفع دعوى طلاق موليته من زوجها<sup>352</sup>.

<sup>349</sup> عمر زوده. المرجع السابق. ص43.

<sup>350</sup> بويشير محند أمقران، المرجع السابق، ص67

<sup>351</sup> سليمان بارش. شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري. دار الهدى. الجزائر. 2006. ص10.

<sup>352</sup> قرار عن المحكمة العليا نصه "ترفع دعوى الطلاق أو التطليق قبل البناء من طرف الزوجة وليس من طرف الولي." ملف رقم 369494 بتاريخ 2006/10/11، الإجتهد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، ص1413.

## ب . الصفة الإجرائية:

هي صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات القضائية بنفسه متى كان راشدا وقادرا على ذلك، أما لو كان في حال استحالة مادية أو استحالة قانونية فليغيره مباشرة الإجراءات نيابة عنه. تتجلى الإستحالة المادية في كون صاحب الحق أهلا لمباشرة الإجراءات القضائية، سوى أن وضعه الفعلي يحول دون ذلك؛ مثل الغائب (م 110 ق. أ. ج. ) أو الشخص المعنوي الذي يتعذر عليه الأمر كذلك (م 50 ق. م. ج. ). أما الإستحالة القانونية فلها علاقة مع الأهلية، كعدم الأهلية، وناقص الأهلية غير المسموح له بالتقاضي. فهما صاحبا حق وعاجزان عن مباشرة الإجراءات القضائية لتحال إلى النائب، ولما كان أم وصيا أم مقدما. بمعنى أن هنالك من يملك الحق في الدعوى ولا يملك الحق في استعمالها أمام القضاء<sup>353</sup>.

يترتب عن الإختلاف القائم بين الصفة العادية والصفة الإجرائية، ما يلي :

عند تخلف الصفة العادية في الدعوى، تقضي المحكمة بعدم قبول الدعوى. وعند تخلف الصفة الإجرائية، تحكم ببطلان إجراء المطالبة القضائية. وزوال الصفة العادية يؤدي إلى انقضاء الدعوى، أما زوال الصفة الإجرائية فيؤدي إلى انقطاع الخصومة.

فقد تتوافر الصفة لدى الشخص لكن الدعوى التي يرفعها لا يرتجي من ورائها مصلحة، ففي هذه الحالة تكون دعواه غير مجدية. لأجل ذلك، اشترط المشرع المصلحة بجانب الصفة لرفع الدعوى حتى تتحقق جدية المدعي من هزله.

## 2 . المصلحة :

هي المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية، من التجائه إلى القضاء. وهي الدافع لرفع الدعوى، " فلا دعوى بدون مصلحة. " فهي الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى

<sup>353</sup> عمر زوده، المرجع السابق. ص 66 .



من الحكم له. ومتى لا تعود بفائدة، فإن الدعوى لا تقبل.<sup>354</sup> وهي أيضا السبب الذي من أجله يرفع المتقاضى دعواه، فرفع الدعوى بما يطلبه المدعى يحقق له مصلحة بصيانة حق قانوني أو مركز قانوني يخصه.<sup>355</sup>

ومن خصائص المصلحة أن تكون قانونية تركز إلى حق أو مركز قانوني جدير بالحماية القانونية، فلا فرق بين أن تكون مادية أو معنوية، جدية أم تافهة. وأن تكون شخصية كأصل عام واستثناء من هذا الأصل، أجاز المشرع لأشخاص رفع دعاوى رغم عدم توافر مصلحة شخصية. مثل الولي الذي يقاضي لمصلحة موليه عديم أو ناقص الأهلية أو نقابة عمال لصالح بعض عمالها، أو النيابة العامة لصالح الغير، وقد أكد المشرع الأسري هذا في اعتباره للنيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق قانون الأسرة (م3 مكرر ق. أ. ج.).

أما من حيث قيامها، فإن القانون قد ساوى بين المصلحة الحالة القائمة والمصلحة المحتملة، نظرا لتطور المعاملات التي تحتمل اضرارا مستقبلية للأفراد، ويصبح الغرض من الدعوى، الإحتياط لدفع ضرر محقق أو الإستيثاق لحق يخشى زوال دليل عن النزاع فيه<sup>356</sup>. ثم أن كثيرا من التشريعات أدخلت كثيرا من الإستثناءات التي تسمح بالدعاوى الوقائية أو الحمائية للمطالبة بإجراءات تحقيق، مقبولة قانونا، قصد الإنتفاع بها في دعوى مستقبلية. كدعوى وقف الأشغال أو دعوى مضاهاة الخطوط. كما أن الإجتهد أصبح يقبل أكثر فأكثر هذا النوع من الدعاوى. والمشرع الجزائري اعتبر المصلحة المحتملة كافية لتأسيس الدعوى، على أن يحدد الإجتهد هذا المفهوم<sup>357</sup>. ومصلحة الزوج القاصر تظل قائمة طالما يحتل مركز الزوجية ويتمتع بما يترتب عن العلاقة الزوجية من حقوق والتزامات.

---

<sup>354</sup> عبد الحكيم فوده، الدفع بانتفاء الصفة والمصلحة في المنازعات المدنية. منشأة المعارف، الإسكندرية. 1997، ص48 و49.

<sup>355</sup> حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص75.

<sup>356</sup> عبد الحكيم فوده، المرجع السابق. ص51.

<sup>357</sup> عبد السلام نيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة. موفم للنشر، الجزائر، 2000، ص62.

أخيراً، إذا كان المشرع قد منح للزوج القاصر أهلية التقاضي في آثار الزواج فهل منحه حق التصرف أيضاً في حقوق متعلقة بالزواج، أو بمعنى آخر، هل ينجر عن منح أهلية التقاضي حق التصرف تلقائياً؟

## المطلب الثاني

### حق القاصري التصرف

إذا كان المشرع الأسري الجزائري قد أجاز تزويج الصغار اقتداءً بالفقه الإسلامي لمصلحة أو ضرورة يقدرها القاضي، تعود نفعاً على القاصر، فإن هذا الزواج يعتبر بعد الإذن صحيحاً مرتباً لكافة آثاره المالية وغير المالية. وتتنحصر آثاره المالية في كل من الصداق من حيث قيمته، قبضه والتصرف فيه، فضلاً عن النفقة من حيث تمكينها والتصرف فيها، ثم الأموال المشتركة بين الزوجين، متى وجدت.

## الفرع الأول

### التصرف في الصداق

عرفت المادة 14 من قانون الأسرة الصداق أنه " ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء. " نظراً لعمومية مدلول هذه المادة وبع استقرائها وجب طرح التساؤلات التالية إذا تزوج زوج قاصر امرأة راشدة، ودفع صداقاً مبالغاً في قيمته أو زاد عن الحد المتعارف عليه، أيسح هذا أم يخضع لإجازة الولي؟ إذا كان الصداق كما أشارت المادة حقاً للزوجة تتصرف فيه كما تشاء وكانت الزوجة قاصرة فهل لها حق القبض أولاً، ثم هل لها مطلق التصرف في صداقها ثانياً، أم يتولى ذلك وليها؟

إذا ثار نزاع في شأن قبض الصداق من عدمه، أيؤخذ بقول الزوجة القاصرة أو الزوج القاصر، وهل إقرار كل منهما صحيح قانوناً، أم يؤول ذلك إلى الولي، أو بمعنى آخر، أيعتبر خطاب المادة 17 ق. أ. ج. موجهاً للزوجين حصراً أم للأولياء أيضاً؟

إن التساؤلات السابقة تشترك في موضوع واحد ؛ هو تصرف القاصر في الصداق سواء أكان الزوج أم الزوجة. فما مفهوم التصرف إذاً؟

التصرف هو ما يصدر من الشخص المميز بإرادته، قولاً أو فعلاً، تترتب عنه نتيجة وهو يشمل الإلتزام والعقد معاً. وقد يكون في التصرف التزم بإنشاء حق كبيع أو هبة وكذا بإسقاط حق ؛ كإبراء ذمة، كما قد يكون خالياً من كل ذلك ؛ كاليمين أو الإقرار بحق سابق. ولا فرق في التصرف بين الأقوال والأفعال<sup>358</sup>. والتصرف أيضاً أعم من العقد حيث يتناول ما كان بإرادتين، أو بإرادة منفردة، وإن كل عقد تصرف، وليس كل تصرف عقداً<sup>359</sup>.

ينحصر التصرف في أعمال الإرادة بإبرام العقود وتقبل الهبات، والقيام بالتبرعات ولا شك أن هذه التصرفات تؤثر إيجاباً أو سلباً على الذمة المالية للشخص. فحماية لأموال القصر أحاط المشرع تصرفاتهم بضوابط قانونية تحكم تصرفاتهم وفق تدرج أهلية الأداء.

#### أولاً : تصرفات عديم الأهلية :

يعتبر غير المميز أو من في حكمه؛ كالمجنون والمعتوه غير أهل للتصرفات ولو كانت نافعة لهم، وتقع كل العقود التي يبرمونها تحت طائلة البطلان المطلق ولا تصحها الإجازة. بدليل أنه لا يمكنهم قبول الهبة إلا بواسطة أوليائهم، وهذا ما أخذت به المواد 81 و 82 و 83 من قانون الأسرة، المستندتين إلى المادة 42 من القانون المدني<sup>360</sup>. سوى أن الشارع الحكيم لم يوصد باب المنفعة في وجه عديم الأهلية، بل أقام بجانبه شخصاً راشداً

358 أحمد فراج حسين، المدخل للفقهاء الإسلاميين. منشورات الحلبي، بيروت، 2002، ص 393.

359 عبد الله السامرائي، المرجع السابق، ص 205.

360 بسط المشرع حمايته على فاقد الأهلية في شأن تصرفاته، ليعتبرها باطلة ولو كانت نافعة له، ما لم ينب عنه ولي أو مقدم. وفاقد الأهلية في نظر المادة 82 هو الصغير غير المميز (أي دون الثالثة عشرة من العمر) كما يدخل في حكمه كل من المجنون والمعتوه، متى تصرف وقت الجنون أو العته. أما السفه المنصوص عليه مع المجنون والمعتوه، فهو موضوع تناقض لدى المشرع، حيث اعتبره في نص المادة 85 من قانون الأسرة فاقداً للتمييز بالنص التالي "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون والعته والسفه". يستنتج مما سبق أن تصرفات السفه غير نافذة، في حين أن القانون المدني، وفي نص المادة 43 منه اعتبر السفه ناقص الأهلية وليس عديماً لها، وهذا هو الصواب لأن الفقه الإسلامي لم يدرج السفه ضمن عديمي الأهلية، بحيث أجاز له أن يبرم عقد زواجه بنفسه، بخلاف المجنون والمعتوه.



باعتبار العمل حقا لكل شخص، فإن من شروط الأجير أن يتمتع بأهلية التعاقد ما دام العمل يرتب التزامات على الأجير وعلى المستخدم في نفس الوقت، لذلك نصت المادة 15 من القانون 90 11 المتعلق بعلاقات العمل<sup>365</sup>، على أنه "لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يقل العمر الأدنى للتوظيف عن ست عشرة (16) سنة إلا في الحالات التي تدخل في إطار عقود التمهين، التي تعد وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

ولا يجوز توظيف القاصر إلا بناء على رخصة من وليه الشرعي، كما لا يجوز استخدام العامل القاصر في الأشغال الخطيرة أو التي تتعدم فيها النظافة أو تضر صحته أو تمس بأخلاقياته". فالمشرع بسط حماية على القاصر في شأن علاقات العمل وقيد تعاقدته برخصة وليه الشرعي. كما رتب نفس القانون جزاءات عقابية على من خالف أحكام المادة 15 السالفة الذكر<sup>366</sup>.

### 3 . حالة الإذن بزواج القاصر:

مادام الزواج حقا لكل شخص طبيعي، وباعتباره من التصرفات المترددة بين النفع والضرر، مع كونه فطرة بشرية جبل الناس عليها، فإن الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية قد وضعت للزواج أحكاما، من بينها أهلية الزواج، ووضعت استثناء يرخص بمقتضاه لناقص

---

<sup>365</sup> قانون رقم 90 . 11 المؤرخ في 1990/4/21 المعدل والمتمم، المتعلق بعلاقات العمل، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 17، بتاريخ 1990/4/25، ص 562.

<sup>366</sup> نصت المادة 141 من قانون العمل "يعاقب بغرامة مالية تتراوح من 1000 إلى 2000 د. ج. على كل توظيف عامل قاصر لم يبلغ السن المقررة إلا في حالة عقد التمهين المحرر طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما. وفي حالة العود يمكن إصدار عقوبة حبس تتراوح من 15 يوما إلى شهرين، دون المساس بالغرامة التي يمكن أن ترفع إلى ضعف الغرامة المنصوص عليها في الفقرة السابقة. " كما نصت المادة 142 من نفس القانون " يعاقب كل من ارتكب مخالفة لأحكام هذا القانون المتعلقة بظروف استخدام الشبان والنسوة بغرامة مالية تتراوح من 2000 إلى 4000 د. ج. وتطبق كلما تكررت المخالفة المعايينة. "

الأهلية بالزواج، متى كان نافعا له. والغاية من الإذن حماية القاصر بالدرجة الأولى. وهذا مانصت عليه المادة 7 من قانون الأسرة<sup>367</sup>.

#### 4 . الأموال المخصصة لأغراض النفقة :

حيث أجازت بعض التشريعات للقاصر حق التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه من أجل النفقة، ويصبح التزامه بالتعلق بالنفقة في حدود هذا المال<sup>368</sup>.

ثالثا . تصرفات كامل الأهلية : تعتبر كلها صحيحة.

إذا كان الصداق التزاما على الزوج وحقا للزوجة، فهل من استثناء للزوج القاصر؟

#### رابعا . تصرفات الزوج القاصر في الصداق.

باعتبار الصداق شرطا من شروط صحة الزواج (م 9 مكرر ق. أ. ج.) والزوج ملزم بدفعه حال العقد أو بعد الدخول، ثم أن المشرع لم يضع حدا أدنى للصداق ولا حدا أقصى له ليبقى الزوج حرا في تقدير الصداق بحسب كفايته. ونظرا لتطور الحياة الاجتماعية وترقية المستوى المعيشي، فضلا عن التسابق في المغالاة في المهور، فإن الصداق أصبح ذا أهمية مما يستدعي النظر إلى الزوج القاصر حال دفع الصداق، أهو حر في ذلك أم يخضع لولاية وليه المالية؟

#### 1 . دفع الزوج القاصر للصداق:

نصت المادة 15 من قانون الأسرة على أن الصداق يحدد في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا، فالمشرع لم يشترط أي شرط في التعجيل والتأجيل ، ولم يفرق بينهما من حيث الآثار إلا أنه استلزم التعيين عند العقد. ويشترط للتأجيل أن يكون الأجل معلوما وألا

<sup>367</sup> نصت المادة 7 ق. أ. ج. " تكتمل أهلية الرجل والمرأة للزواج بتمام (19) سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج. "

<sup>368</sup> مصطفى الجمال ونبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون. منشورات الحلبي، بيروت، 2002، ص 564.

يكون الأجل بعيداً والخمسين سنة فأكثر، لأنه مظنة إسقاط الصداق، والدخول على إسقاط الصداق مفسد للعقد<sup>369</sup>.

طالما أن المشرع أجاز للذكر القاصر أن يتزوج بترخيص قضائي، فإنه ملزم بدفع الصداق لزوجته (م14ق. أ. ج. ) من ماله إن كان له مال أو من مال أبيه إن كان تحت رعايته، ولا مال له. في الحالة الأولى، أله مطلق الحرية في تقدير الصداق بنفسه؟ ألا يتوقع أن يقع تحت استغلال مخطوبته، بسبب قصور إدراكه ورعونته؟

إن دفع الصداق من أعمال المعاوضة، أي التصرفات المالية المترددة بين النفع والضرر. والقاعدة العامة أن تصرفات القاصر من هذا النمط لا تنفذ إلا بإجازة ولي له أن ينقص من الصداق ما تجاوز صداق المثل. ولا يجوز للزوج القاصر أن يزيد على الصداق المحدد من طرف وليه في مجلس العقد، ما دام هذا الزوج غير أهل لهذا الصنف من التصرفات.

## 2. قبض الصداق والتصرف فيه :

أما لو سلم الصداق للزوجة، كله أو بعضه، فلا يعدو أن يتردد حال الزوجة بين الراشدة أو القاصرة، فإن كانت راشدة كان التسليم والقبض صحيحين، أما لو كانت قاصرة بسبب السن أو بعارض من عوارض الأهلية، لا تتمتع بأهلية الولاية على المال فلا يحق للزوج أن يقبضها صداقها، بل يسلمه لصاحب الولاية على مالها وهو الأب فوصيه فالجد من الأب، فوصيه، فالقاضي، فوصيه<sup>370</sup> كذلك لو عينت لها وكيلاً في الزواج وقبض المهر فإنه يملك قبضه بصفتها وكيلاً في القبض لا في الزواج<sup>371</sup>. ولا ولاية لأعمامها أو إخوانها أو أمها أو أخوالها. ولا شك أن التسليم يفضي بدهاة إلى التملك الذي يعطي للمالك حق الإستئثار، أي التصرف المطلق بما لا يخالف النظام العام والآداب.

<sup>369</sup> عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، المرجع السابق، ص135.

<sup>370</sup> محمود محمد الشيخ. المهر في الإسلام بين الماضي والحاضر. المكتبة العصرية. بيروت. 2000. ص89.

<sup>371</sup> عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، المرجع السابق، ص136.





لممارسة التبرع يشترط أن تكون الزوجة أهلا لذلك ، بحسب نص المادة 203 مكن قانون الأسرة وألا تكون الزوجة مريضة مرض الموت. حيث لا ينفذ تبرعها إلا في قدر الثلث. ويأخذ التبرع صورتين:

**الصورة الأولى :** هي الهبة، حيث يصح للزوجة أن تهب كل صداقها او بعضه متى كانت أهلا للتبرع، ويشترط قبول الزوج، أما لو كانت قاصرة فلا يصح لها هذا التصرف، هذا رغم صريح المادة 14 من قانون الأسرة التي تنص على أن الزوجة " . . . تتصرف فيه كما تشاء. " ذلك، لأن المادة 83 من ذات القانون تقيد تصرف القاصر بما نصه " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت بين النفع والضرر. وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء. " لأن المشرع الأسري لما رخص للقاصر بالزواج منحه حق التقاضي، ولم يمنحه حق التصرف فيما يجنيه من الحياة الزوجية.

**الصورة الثانية :** الإبراء، هذا إذا كان الصداق ديناً في ذمة الزوج، جاز للزوجة أن تبرئ ذمته منه، ولا حاجة لقبول الزوج ما دام ذلك ديناً في ذمته. غير أن هذا التصرف ينصرف إلى الولي متى كانت الزوجة قاصرة، وذلك لعدم وجود نص صريح في قانون الأسرة، من جهة، ولوجود نص المادة 83 سالف الذكر من جهة ثانية.

أما التصرف بعوض مثل الإجارة أو الرهن أو البيع أو الشراء، كلها تصرفات تدور بين النفع والضرر. فمتى كانت الزوجة قاصرة، وعملاً بنص المادة 83 ق. أ. ج. تتوقف هذه التصرفات على إجازة الولي. ليبقى في الأخير حق التصرف في الصداق الوارد النص عليه في المادة 14 من قانون الأسرة نصاً يخاطب الراشدة فقط.

ختاماً، فإن الصداق المؤجل يفضي أحياناً إلى تماطل الزوج في أدائه كلا أو بعضاً، ليثور الخلاف حوله فيرفع إلى القضاء، وعملاً بنص المادة 17 من قانون الأسرة التي تقضي عند انعدام البينة بأن يسمع القاضي إلى الزوج مع اليمين، هذا إذا تم الدخول، لأن

الدخول قرينة على قبض الصداق. أما لو لم يتم الدخول، فالقول قول الزوجة مع اليمين هذا إن كانت الزوجة راشدة يعتد بقولها ويميناها.

رغم أن المشرع لم يوضح ما إذا تتساوى الزوجة الراشدة والقاصرة في القول، أم بينهما اختلاف، أم أن وليها هو من يتولى القول، طالما أنه هو من قبض الصداق نيابة عن موليته؟ الأصل، أن النزاع حول الصداق يدخل ضمن آثار الزواج، والمشرع قد منح للزوج القاصر أهلية التقاضي في آثار الزواج، فللقاصرة إذاً، أن تخاصم بنفسها. أما لو توفيت، فإن ورثتها لا يحلفون على عدم القبض، بل على عدم علمهم بالقبض، عملاً بالقاعدة العامة أن من وجهت له يمين في واقعة غير شخصية يحلف بعدم العلم، (م 344 ق. م. ج.).

هذا ما أخذت به التشريعات المغاربية، كونها لم تميز بين الراشدة والقاصرة في شأن التصرف في الصداق، لأنها تحتكم إلى القواعد العامة للتصرف والأهلية وتأخذ ببطلان التسليم للقاصر<sup>374</sup>، سوى أن القانون السوري للأحوال الشخصية لم يعتد بقبض القاصرة لصداقها<sup>375</sup>. كما أشار في مادته 211 إلى أهمية اعتبار الأهلية في التبرعات<sup>376</sup>، ثم في المادة 116 أعطى لما زيد على صداق المثل من الزوج المريض مرض الموت، حكم الوصية معتداً في ذلك بالإرادة، ويقاس هذا على الزوج القاصر. سوى أن القانون المصري للأحوال الشخصية قد تفرد في هذه المسألة حيث نص في مادته 60 منه على أنه " إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال كان ذلك إذناً له في التصرف في المهر والنفقة، ما

---

<sup>374</sup> ينص الفصل 16 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه " كل ما كان مباحاً ومقوماً بمال تصلح تسميته مهراً، وهو ملك للمرأة وقد عزز هذا النص بما ورد في الفصل 24 من ذات المجلة "لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصة بها " والمهر بطبيعة الحال يدخل في حكم هذه الأموال. كما نصت المادة 29 من مدونة الأسرة المغربية على أن "الصداق ملك للمرأة تتصرف فيه كما شأنت، ولا حق للزوج أن يطالبها بأثاث أو غيره مقابل الصداق الذي أصدقها إياه. " كما نصت الفقرة الرابعة من المادة 6 من قانون الأحوال الشخصية الليبي "يكتسب كل من تزوج وفق الفقرتين السابقتين أهلية التقاضي في كل ما له علاقة بالزواج وآثاره"

<sup>375</sup> نصت المادة 111 من القانون السوري للأحوال الشخصية على أن " المهر حق للزوجة، ولا تبرأ ذمة الزوج منه إلا يدفعه إليها بالذات، إن كانت كاملة الأهلية ما لم توكل في وثيقة العقد وكيلاً خاصاً بقبضه. "

<sup>376</sup> نصت المادة 211 من قانون الأحوال الشخصية السوري " يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً. على أنه إذا كان محجوراً عليه لسفه أو غفلة جازت وصيته بإذن القاضي. "





فقها بالتمكين. وقد أضاف المالكية إلى هذين الشرطين أن يكون الزوج بالغاً وموسراً، قادراً على الكسب. والعقد الفاسد لا يوجب النفقة، ومن أنفق قضاء بسبب عقد فاسد فله أن يرجع على زوجته بما أنفق. أما لو كانت النفقة رضاء فلا رجوع.<sup>386</sup> وقد أثار الفقه الإسلامي مسألة وجوب النفقة على الزوج الصغير لزوجته البالغة كانت أم صغيرة. فالحنفية يرون أن للزوجة النفقة ولو كان الزوج صغيراً وذلك لوجود التسليم من الزوجة وثبت العجز من طرفه فصار كالمحبوب والعين<sup>387</sup>. وأخذ الشافعية بذلك أيضاً في قول الشافعي "إذا كانت هي البالغة وهو الصغير، فعليه النفقة، لأن الحبس جاء من قبلها، ومثلها يستمتع به." وقيل "إذا علمته صغيراً ونكحته، فلا نفقة لها؛ لأن معلوماً أن مثله لا يستمتع بامرأته<sup>388</sup>. والحنابلة أيضاً<sup>389</sup>. أما المالكية، فقالوا بعدم استحقاقها للنفقة وذلك لقول الإمام مالك "وكذلك الصبي إذا تزوج المرأة بالغاً فدعته إلى أن يدخل بها فلا نفقة لها عليه"<sup>390</sup>.

تأخذ النفقة من حيث وقت أدائها صورتين؛ نفقة آنية ملازمة للعشرة؛ أي استمرار النفقة يوماً عن يوم أو شهراً عن شهر. كما تأخذ صورة النفقة المعجلة، وذلك بأن يعجل الزوج لزوجته نفقة سنة مسبقة، مثلاً، أو شهر، وخاصة إذا كانت ظروف عمله تستلزم غيابه عن البيت لمدة معينة. أما من حيث أدائها فتأخذ أيضاً صورتين؛ النفقة بطريق التمكين والنفقة بطريق التملك. فالتمكين يتحقق متى كانت العلاقة الزوجية قائمة على ود في بيت الزوجية، حيث يضع الزوج باستمرار أو دورياً ما يكفي لنفقة أسرته تأخذ الزوجة منه الكفاية، وهذا هو الأسلوب الغالب في الأسر المستقرة.

---

العربي، المرجع نفسه، ص 83. والنفقة تجب أيضاً متى دعت الزوجة زوجها للدخول بها، بشرط أن تثبت ادعاءها ببينة، سواء دعت بواسطة محضر قضائي، أو بواسطة شهود، أو مراسلة كتابية تم التأكد من علم الزوج بها .

386 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق. ص 231 و 232. علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص 27.

387 علاء الدين الكاساني، المرجع السابق. ص 912.

388 محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق. ج 4، ص 91.

389 ابن قدامة، المرجع السابق. ج 5، ص 128.

390 عارف البصري، نفقات الزوجة في التشريع الإسلامي. الدراسات الإسلامية. بيروت. 1992. ص 103.

أما التمليك فيلجأ إليه حال خلاف الزوجين حول النفقة؛ إما من حيث قدرها أو من حيث انتظامها؛ فهنا يتفق الزوجان أو يحكم القاضي بتمليك النفقة للزوجة بصورة دورية تتكفل بنفسها بالإنفاق على نفسها وأولادها إن وجدوا. ولا فرق بين الزوجة القاصرة والراشدة طالما أن المشرع لم يوضح ذلك. وكما أشرت سابقاً<sup>391</sup>، فإن المشرع المصري قد أجاز صراحة للزوجة القاصرة أن تتولى الإنفاق على نفسها مما مُلكت إياه. هذا، يجزني إلى طرح التساولين التاليين:

أ. هل تجب النفقة لكل أنواع الزوجات؟

ب. هل الزوجة الصغيرة ممن يستحق النفقة؟ وإن كان الأمر كذلك، فهل لها أن تتمكن من نفقتها بحرية؟

لم يتعرض المشرع إلى الزوجة التي تسقط في حقها النفقة، إلا ما أشارت إليها المادة 61 من قانون الأسرة<sup>392</sup>، في شأن المطلقة المعتدة المرتكبة للفاحشة التي تحرم من السكن دون النفقة، أو ما أشار إليه الفقه بحصره لزوجات لا نفقة لهن: **أولاً: نساء لا نفقة لهن :**

1. المعقود عليها بعقد فاسد أو باطل، بحسب نصوص المواد من 32 إلى 35 من قانون الأسرة. فمتى كان العقد فاسداً، فلا حق في الاحتباس، لأن المعقود عليها تعتبر أجنبية عن الزوج لسبب فساد العقد. غير أن الحنفية يعارضون هذا الحكم، فيلزمون الزوج بالنفقة ولو كان العقد فاسداً، بشرط أن تقر الزوجة بوجود نكاح<sup>393</sup>.

<sup>391</sup> أنظر في هذا الشأن، صفحة 162 وما بعدها مما سبق..

<sup>392</sup> نصت المادة 61 ق. أ. ج. " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة

طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق. "

<sup>393</sup> علاء الدين الكاساني، ج4. المرجع السابق. ص 32.

2 . المريضة قبل الدخول بها، مرضاً يمنعها من الدخول الإنتقال إلى بيت الزوجية وتتصرف هذه الحالة إلى الزوج متى كان مريضاً مرض الموت، فلا نفقة عليه لزوجته ما لم يدخل بها، لأنه يأخذ حكم الميت. وهذا قول الظاهرية.<sup>394</sup>

3 . الناشز التي تترك بيت الزوجية دون مسوغ شرعي أو التي امتنعت عن الإنتقال إلى الزوج، أو التي انتقلت إليه وامتنعت عن تسليم نفسها له، أو عن خدمته دون سبب مشروع كعدم قبض الصداق مثلاً أو عدم توفير مسكن شرعي. ويستثنى من الناشز، المرأة الحامل فلها النفقة لأنها موجهة للجنين. سوى أن قانون الأسرة لم يشر إلى هذا. حيث نصت المادة 37 من قانون 11.84 على أنه " تجب على الزوج نحو زوجته. . . . . النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها. " ثم أن تعديل 2005 ألغى بالجملة نص هذه المادة ليبين أن نية المشرع تكون قد انصرفت إلى إحدى الحالات التالية :

**الحالة الأولى:** قرر للناشز النفقة رغم نشوزها عملاً بقول ابن رشد " والناشز لا نفقة لها. وقد شذ قوم فقالوا : تجب لها النفقة. وسبب الخلاف معارضة العموم للمفهوم. ذلك أن العموم، قوله صلى الله عليه وسلم " **ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف** " فيقتضي أن الناشز وغير الناشز في ذلك سواء<sup>395</sup>

**الحالة الثانية :** قرر لها النفقة اعتباراً للخلافات التي تثور بين الأزواج فيتعذر على الزوجة البقاء في البيت، إما لسوء تفاهم مع زوجها، أو باقي أفراد الأسرة إن وجدوا. لتلجأ إلى بيت والديها ريثما تهدأ عاصفة الخلاف أو يتدخل أهل الصلح فيغتنم بعض الأزواج هذه الفرصة ليدعي بنشوز زوجته، رغبة في التحلل من النفقة، ولاسيما إذا كانت مدة المكوث خارج بيت الزوجية طويلة

**الحالة الثالثة :** قرر لها النفقة عملاً بالمذهب الظاهري الذي يعلق النفقة بعقد الزواج. ونص عن ذلك بالقول : " وينفق الرجل على امرأته من حين يعقد نكاحها، دعي إلى البناء أم

<sup>394</sup> ابن حزم الظاهري، المحلى، ج9. المرجع السابق، ص88.

<sup>395</sup> ابن رشد، المرجع السابق. ص 65 .

لم يدعوا أنها في المهدي، ناشزا كانت أم غير ناشز، غنية كانت أو فقيرة، ذات أب كانت أو يتيمة، بكرًا أو ثيبًا<sup>396</sup>. والحكمة من هذا الحكم هي دفع الزوج، عند نشوز زوجته إلى المسارعة بإرجاعها أو وجود بديل لذلك، حتى لا تبقى الزوجة كالمعلقة، ما هي بالمتزوجة وما هي بالمطلقة، وحتى لا تضيع حقوق الأبناء إن وجدوا.

**الحالة الرابعة:** قرر لها النفقة مفترضا فيها عدم النشوز وعلى الزوج المدعي نشوزها إثبات ذلك بكافة وسائل الإثبات. فإن ثبت النشوز انتفى شرط التسليم والخدمة الموجبين للنفقة. ومتى كان ذلك سقطت النفقة (م 747ق.أ. ج.) أما القانون السوري فقد أسقط النفقة عن الناشز صراحة بنص المادة 74 ق.أ. ش. س.

### ثانيا : موجبات النفقة:

توضيحا لما سبق ذكره من حيث موجبات النفقة تنحصر فيما يلي :

1. الزوجية : حيث الزوج غير ملزم بالنفقة على غير زوجته من النساء. وهذا ما أكدته نص المادة 74 ق.أ. ج. (تجب نفقة الزوجة على زوجها. . . .) ولا تتحقق الزوجية إلا بعقد زواج صحيح قانونا (م4 و م 22 ق.أ. ج.)<sup>397</sup>

2. صلاحية الزوجة لتحقيق أغراض الزوجية وواجباتها، بكونها بالغة تطبق الوطاء من

جهة، وممارسة خدمات البيت من جهة ثانية. فضلا عن الرشد أو الزواج برخصة.<sup>398</sup>

3. أن يتم الدخول بالزوجة رضاء، فهل يقصد المشرع الدخول الحقيقي أم الدخول الحكمي أيضا، أي ما يصطلح عليه فقها بالخلوة الصحيحة أو خلوة الإهتداء ؟

<sup>396</sup> ابن حزم الظاهري، المحلى، ج 10. المرجع السابق. ص 88.

<sup>397</sup> عرفت المادة الرابعة من قانون الأسرة أن الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي. أي وفق أحكام الشريعة الإسلامية والقانون. أما المادة 22 من نفس القانون فقد نصت على أن الزواج لا يمكن اعتباره كذلك ما يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي. الأهم هنا أن يستوفي الزواج ركن الرضا فضلا عن الشروط الخمسة الواردة بنص المادة 9 مكرر.

<sup>398</sup> عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 172.



استعمل المشرع عبارة " الدخول " في نصوص المادتين 16 و74، وورد في نص المادة 17 في شأن النزاع حول متاع البيت ذكر الدخول ثم ذكر البناء، ليبين المشرع أن الدخول عنده هو البناء نفسه، ويؤكد ذلك ما جاء بالمادة 51 حول شرط حلية المطلقة ثلاثاً لزوجها، وهو الزواج بالغير ثم الطلاق منه بعد البناء.

إذاً، فالدخول المقصود عند المشرع هو الدخول الحقيقي<sup>399</sup>، سواء تمت المخالطة الجنسية أم لم تتم<sup>400</sup>. غير أن اجتهادات المحكمة العليا في العديد من القرارات اعتبرت الخلوة دخولا توجب ما يوجبه الدخول من صداق وبقية توابع العصمة الزوجية المستحقة للزوجة المدخول بها حقيقة<sup>401</sup>.

كما يأخذ حكم الدخول الموجب للنفقة لو دعت الزوجة زوجها للدخول بها وعززت دعواها ببينة، كتابية كانت أم بشهود أم بشهادة محضر قضائي إذا اقتضى الحال (م74 ق. أ. ج. ). رغم توافر الشرط الموجب للنفقة، فإن طائفة من النساء لا نفقة لهن، إما لعيب فيهن أم أو لسبب وارد منهن.

### ثالثا : انفاق الزوج القاصر على زوجته :

---

399 زكية تشوار، النقص التشريعي في تنظيم ركنية الصداق. مجلة العلوم القانونية والإدارية، الصادرة عن جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد2، 2004، 39.

400 بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها، المرجع السابق، ص581.

401 قرار صدر على المبدأ التالي " الخلوة الصحيحة بعد توافر أركان الزواج تجعل الدخول قد تم شرعا. " ملف رقم289545 بتاريخ2002/5/8.

كما صدر قرار نصه " من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا أبرم عقد زواج صحيح وتأكدت الخلوة الزوجين أصبح للزوجة الحق في جميع توابع العصمة وكامل صداقها، حتى ولو لم يقع احتفال بالدخول. ومن ثم، فإن النعي على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد. " ملف رقم74375 بتاريخ1991/6/18. وصدر أيضا قرار مفاده "من المقرر فقها وشرعا ان الزوجة تستحق الصداق كاملا بمجرد الدخول واختلاء الزوج بها. ومن ثم، فإن القضاء بما هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة. " ملف رقم49283 بتاريخ591988/9.

يرى الفقه إجماعاً أن الزوج الصغير إذا دخل بزوجته البالغة، فعليه نفقتها سواء وطئها أم لم يطأها<sup>402</sup>. سواء أكان العجز من صغر أو عاهة؛ كالجَب والعُنة والخصاء. أو كان محبوساً أو مريضاً لا يقوى على الجماع أو كان خارجاً للحج.<sup>403</sup> هذا، من الناحية العضوية أما لو كان الزوج سليماً من كل عيب وهو قاصر، فهو أهل قانوناً للإِنفاق على زوجته أم العكس؟

## 1. الأهلية الخاصة :

يتدرج إدراك الإنسان تمييزاً بتقدمه في السن، لتتطور معه التصرفات تباعاً، مترددة بين النافع والضار. إذاً، فالأهليات تتعدد بتعدد التصرفات، وأن ظروفها معينة، يقدرها المشرع، تحمله على أن ينص في بعض الأحيان على أهلية الشخص اللازمة لمباشرة تصرف معين، فيصبح هذا الشخص متمتعاً بأهلية أداء كاملة بالنسبة إلى ذلك التصرف. . . ومن هنا يتجلى الفرق بين كامل الأهلية بناء على ما يتمتع به من أهلية خاصة، وبين ما يطلق عليه كامل الأهلية ببلوغه سن الرشد. إذ أن الأول كامل الأهلية بالنسبة لتصرف معين فقط، وناقصها في باقي التصرفات. في حين، أن الثاني كامل الأهليات.<sup>404</sup>

الحكمة من منح الأهلية الخاصة هي الإستجابة لإعتبارات قوية تبرر النص على هذه الأهلية. ولئن اختلفت الإعتبارات إلا أنها تصب في مصب واحد هو ترشيد الصبي وإعداده ومرانه.<sup>405</sup> وقد ورد هذا في قوله تعالى ﴿يَبْطِءُ بِهِ﴾ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □<sup>406</sup> والإبتلاء هنا هو الإختبار الذي يفضي إلى الدراية والمعرفة. وتشكل هذه

402 ابن رشد. المرجع السابق ص 512. محمد بن ادريس الشافعي. المرجع السابق. ص131. ابن حزم الظاهري . المرجع السابق. ص88.

403 علاء الدين الكاساني. المرجع السابق. ص28.

404 ليت الصباغ، النظام القانوني للصبي المأذون له في التجارة. منشورات الحلبي. بيروت. 2005، ص30 و 31.

405 ليت الصباغ، المرجع السابق. ص42.

406 سورة. النساء، الآية6.

الأهليات من جهة ثانية نظاما قانونيا لحماية الصبي. ومن هذه الأهليات ؛ أهلية الصبي المأذون له في التجارة أو الإدارة وأهلية الصبي المأذون له في الزواج.

## 2. أهلية الصبي المأذون له في الزواج وأهلية التجارة:

هي الأهلية الممنوحة قضاء لقاصر لأن يحتل المركز القانوني للزوج وما يترتب عن هذا المركز من آثار. وتختلف هذه الأهلية عن الأهليتين السابقتين اختلافا مطلقا، ولو أن مصدرهما واحد، هو القضاء. وينحصر الفرق فيما يلي:

أ : أهلية الصبي المأذون في التجارة أهلية خاصة تقيد تصرفاته في الأعمال التجارية<sup>407</sup>، في حين أن أهلية المأذون له في الزواج ليست كذلك.

ب : الغاية من الإذن في التجارة هي الإبتلاء، عملا بقوله تعالى ﴿يَبْذُرُهُمْ فِي الْأَرْضِ لِيَأْكُلُوا مِنْ ثَمَرِهِمْ وَمَا عَنِتُّوا وَإِنَّ أَكْثَرَهُمْ لَكَاذِبُونَ﴾<sup>408</sup> أما الإذن في الزواج فيهدف إلى إجابة فطرة بشرية أو تحقيق مصلحة أو استجابة إلى ضرورة ملحة. وهذا ما أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة 7 ق. أ. ج. . ولا يمكن بالتالي إعتبار هذا الإذن نظاما للإبتلاء والإختبار.

ج : يمكن سحب أو إبطال الإذن في التجارة، في حين، لا يمكن ذلك في الإذن في الزواج.

د : الذمة المالية للزوج القاصر لا تتجزأ، بخلاف المأذون له في التجارة.

هـ : يجب تحديد موطن خاص للمأذون له في التجارة، ولا يجب ذلك لمن إذن له في الزواج الذي له موطن عام.

أخيرا، يمكن الإنتقال إلى التساؤل التالي: إذا تمت الفرقة الزوجية بطلاق أو وفاة لأحد الزوجين، فهل يحتفظ الزوج القاصر المطلق أو الباقي على قيد الحياة، بالأهلية التي اكتسبها من زواجه ترخيصا ليطلب قضائيا بحقوقه كنفقة المحضون أو نفقة العدة أو مؤخر الصداق، أم تنتفي بانتفاء الزواج؟

## 3. أثر انحلال الزواج على الأهلية الخاصة:

<sup>407</sup> أنظر المادتين 5 و6 من القانون التجاري .

<sup>408</sup> سورة النساء، الآية 6.

إذا ما انحلت الرابطة الزوجية بسبب الطلاق أو الوفاة قبل تمام سن الرشد فإن الزوج القاصر بحسب نصوص قانون الأسرة لا يفقد أهلية التقاضي في القضايا المتعلقة بآثار الزواج، كون المشرع لم ينص على خلاف هذا. والأصل في الأشياء الإباحة ما لم يرد نص بالمنع. غير أن الفقه تعرض لقولين في هذا الموضوع:

أولهما يرى أن هذه الأهلية حق مكتسب لا يزول بزوال الرابطة الزوجية، لأنها أصبحت حقا مكتسبا. ومثل هذا الحق لا يزول بزوال الرابطة الزوجية، ومادام المشرع اعتبره كامل الأهلية بمجرد زواجه، فلا يمكن أن تحد هذه الأهلية إلا بنص صريح<sup>409</sup>.

أما الرأي الثاني يرى أن انتهاء الرابطة الزوجية يعيد الطرفين إلى أهليتهما قبل الزواج. ذلك أن أهلية المأذون له في الزواج هي أهلية مقررة بنص استثنائي. وأن تفسير النصوص الإستثنائية يكون على وجه التضييق. وأن ثمة قاعدة كلية تنص على أن "ما جاز لعذر بطل لزواله." وقاعدة "المسبب يزول بزوال السبب" فإن أهلية المأذون له في الزواج تزول بزوال صفة الزوجية<sup>410</sup>.

مقارنة بين الموقفين، فإن ترجيح الموقف الأول هو الأصوب، وأن أهلية الزواج لا تزول بزوال الرابطة الزوجية. باعتبارها حقا مكتسبا من جهة، وتبقى متعلقة بجملتها من الآثار، لاتفصل عنها، ومن بينها :

**أولا:** المرأة القاصرة المطلقة الحامل مثلا، تعدد إلى غاية وضعها للحمل بصرف النظر عن سنها، ولها حق النفقة ما لم تضع. وعملا بنص المادة 64 ق. أ. ج. التي منحت حق الحضانة للأم، فإن المشرع في شأن إسناد الحضانة لم يستثن من ذلك الأم التي لم تبلغ بعد سن الرشد.

409 ليت الصباغ، المرجع السابق، ص 45 و46، عن مصطفى الزلمي، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء الفقه الإسلامي. مطبعة أسعد، بغداد، 1983، ص 125.

410 ليت الصباغ، المرجع السابق. ص 47. عن عدنان العزاوي، مفهوم التاجر في ظل قانون التجارة العراقي مجلة القانون المقارن، تصدرها جمعية المقارن العراقية 1989، العدد 21، ص 340.

**ثانياً :** إذا طلقت القاصرة، أو خالعت نفسها من زوجها، أو توفي عنها زوجها ولم تكن قد قبضت مؤخر صداقها، فلها حق رفع دعوى قضائية للمطالبة، حالها حال الراشدة وينصرف هذا إلى كافة الدعاوى المتعلقة بآثار الزواج. ( 3/7 ق. أ. ج. )

**ثالثاً :** بمقتضى المادة 87 ق. أ. ج. فإن للأب أن تتولى ولاية أولادها القصر متى توفي الأب، كما لها أن تحل محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد متى غاب الزوج أو حصل له مانع ( م79 ق. أ. ج. ). ولا يستقيم هذا مع من لا أهلية له. ثم أن المشرع لم يميز في نص المادة بين الأم القاصرة والأم الراشدة أيضاً.

يترتب عما سبق أن المأذون له في الزواج يتمتع بأهلية التقاضي والحضانة أما أهلية التصرفات المالية فتخضع لأحكام المادة 83 ق. أ. ج.، بخلاف ما ورد في قانون رعاية القصر العراقي<sup>411</sup>، وما نص عليه قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان بالمادة 148 " يعتبر المأذون له كامل الأهلية فيما أذن له فيه. " وقد عمم المشرع الإذن. وكذا القانون المدني العراقي<sup>412</sup>، ثم أن القانون المدني الفرنسي اعتبر الزواج رافعا للولاية عن القاصر، أو محرره من سلطة الولاية<sup>413</sup>. ومن حيث المبدأ، فإنه لا يمكن الفصل بين المركز القانوني للزوج القاصر باعتباره زوجا وبين حقه في التصرف المتعلق بهذا المركز، وإلا كنا قد غلطنا يده عن التصرف وأوكلناه إلى الغير، وهذا لا يستقيم والمنطق.

استنادا إلى النصوص والإستنتاجات السابقة، فإن للزوج القاصر حق الإنفاق من ماله على زوجته، راشدة كانت أم قاصرة دون وضعه تحت وصاية أو ولاية الغير على هذا المال، طالما أنه أي المال موجه لتنفيذ إلزام نتج عن زواج قانوني، مقابل حق الإحتباس، إلا إذا

---

<sup>411</sup> تنص المادة الثالثة من قانون رعاية القصر العراقي على أنه: "يسري هذا القانون على الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد وهو تمام الثامنة عشرة من العمر، ويعتبر من أكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن المحكمة كامل الأهلية. " المشرع هنا اشترط سن الخامسة عشرة من العمر مكملا لإذن المحكمة حتى يكتسب القاصر أهلية الأداء.

<sup>412</sup> تنص المادة 48 من القانون المدني العراقي على أنه " كل شخص أكمل الخامسة عشرة من العمر متمتعا بقواه العقلية وتزوج بإذن المحكمة يعتبر كامل الأهلية. " عززت هذه المادة نص المادة السابقة وأضافت شرط السلامة العقلية.

<sup>413</sup> Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage (art413. loi 74-631 du 5juillet 1974). code civil français. édition DALLOZ110ème édition2011.

ثبت سفهه باستغلال الزوجة له مع توافر طيش بين أو هوى جامع<sup>414</sup>. وقد أشار قانون الأسرة إلى وجوب نفقة الزوجة على زوجها بنص المادة 74 " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو بدعوتها اليه ببينة. . . . " وعبارة " على زوجها " تشمل الزوجين الراشد والقاصر على حد سواء. ودليل ذلك أيضا أن الزوج القاصر لو أحل بالتزام النفقة رفعت الزوجة دعوى ضده بصرف النظر عن كونه قاصرا، طالما أن الفقرة الثانية من المادة السابعة منحت للزوج القاصر أهلية التقاضي مدعيا كان أم مدعى عليه.

هذا ما تعلق بحكم تصرف الزوج القاصر في النفقة على زوجته. فما حكم الزوجة

القاصرة لو ملكها زوجها مالا لأجل النفقة ؟

#### 4 . نفقة الزوجة القاصر :

الزوجة القاصر في القانون تلك التي لم تبلغ التاسعة عشرة من عمرها وتزوجت بترخيص قضائي. فمن حيث نفقتها فإن القانون أوجب لها تلك، باعتبارها زوجة، بصرف النظر عن صغر سنها (م74ق. أ. ج. ) طالما أن شرطي الزوجية والدخول قد توافرا، هذا بخلاف الفقه الإسلامي الذي صنفها إلى ثلاث حالات<sup>415</sup>.

**الحالة الأولى :** صغيرة لا يمكن الإنتفاع بها لا في الخدمة ولا في الإستئناس، فلا نفقة لها. هذا لدى الحنفية الذين يعلقون النفقة بالإحتباس، أما الشافعية فيربطونها بالعقد، بمعنى أن الزوجة تستحق النفقة بمجرد العقد عليها، كما رأى ذلك الظاهرية أيضا<sup>416</sup>.

ولتحقيق الأغراض الزوجية فإن هذا الزوع من الزوجات لا تجب لها النفقة، وإن كان

زواجها صحيحا، لفوات الإنتفاع بثمرات الزواج<sup>417</sup>.

---

<sup>414</sup> نصت المادة 90 من القانون المدني " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد. "

<sup>415</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 233 و 234.

<sup>416</sup> محمد بن ادريس الشافعي، المرجع السابق، ص 131، ابن حزم الظاهري، المرجع السابق، ص 88.

**الحالة الثانية :** صغيرة يمكن الدخول بها، تأخذ حكم الكبيرة، فلها النفقة، لأن أحكام الزواج يمكن استيفاؤها منها.

**الحالة الثالثة :** صغيرة يمكن الإنتفاع بها والإستئناس بها، ولا يمكن الدخول بها تستحق النفقة لدى الأحناف<sup>418</sup>، ولا تستحق النفقة عند غالبية الفقه؛ لأن المقصود من العقد لا يمكن استيفاؤه منها رغم احتباسها، هذا بخلاف الرجل إن لم ينتفع من زوجته لصغر أو مرض فإن النفقة تكون واجبة عليه، طالما أن الزوجة قامت بكل أحكام الزواج.

وبما أن القانون قرر للزوجة القاصرة النفقة، فهل لها أن تتصرف فيها كما تشاء ؟

### **1. تصرف الزوجة القاصرة في النفقة :**

إذا كان الزوج ملزماً بالإنفاق على زوجته، فإنه مطالب باستيفائها للزوجة تأكيداً حتى تبرأ ذمته. ونظراً لإختلاف الأزواج من حيث استقرارهم وتقلهم وفق طبيعة أعمالهم وطريقة كسب مداخيلهم، فإن تأديتهم للنفقة تختلف باختلاف أحوالهم. إذ الأجير الثابت الدخل الشهري ليس كذي الدخل الأسبوعي مثلاً، والمقيم مستقراً مع زوجته ليس كالمغترب والغائب أحياناً. لأجل ذلك وضع الفقه والقانون أسلوبين لتأدية النفقة، هما أسلوب التمكين وأسلوب التملك.

#### **أ . أسلوب التمكين :**

هو الأصل في الإنفاق، وهو المنفق مع مقتضى الحياة الزوجية المستقرة ؛ بحيث يتولى الزوج بنفسه الإنفاق ؛ بأن يهيء للزوجة المسكن الشرعي ويوفر لها ما تحتاج إليه من غذاء ولبس وضروريات الحياة بحسب العرف. (م 78 ق. أ. ج. )<sup>419</sup> وليس للزوجة في هذه الحالة أن تطالب بمقدار مالي للنفقة إلا إذا كان الزوج مقترراً في الإنفاق(شحيحاً)، أو

<sup>417</sup> بلحاج العربي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص345.

<sup>418</sup> محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية. دار ابن حزم، بيروت، 2007، 69. علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص 27 و 28.

<sup>419</sup> نصت المادة 78 من قانون الأسرة على أن مشتملات النفقة هي : الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

تغيرت ظروف العيش، فتطالب الزوجة حينئذ بالزيادة راشدة كانت أم قاصرة، اقتداء بما روي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها، أن هنداً زوجة أبي سفيان جاءت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: "يا رسول الله! إن أبا سفيان رجل شحيح، وإنه لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه سرا وهو لا يعلم. فهل علي في ذلك من شيء؟" قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "خذي ما يكفيك وولداك بالمعروف"<sup>420</sup>.

ثم أن قانون الأسرة اخذ بهذا المبدأ وأجاز للزوجة المطالبة بمراجعة مقدار النفقة متى ارتفعت القدرة الشرائية، أو ازدادت متطلبات الحياة اليومية، بشرط مراعاة ظروف الزوج المالية، وللقاصرة أن تباشر إجراءات التقاضي بنفسها، مادامت النفقة من آثار الزوج. وتقدير القاضي للنفقة لا يخضع إلى رقابة المحكمة العليا متى كان تقديره مستندا إلى أدلة. (م79 ق. أ. ج.)<sup>421</sup>.

كما أن القضاء أيد هذا الإتجاه التشريعي في عدة قرارات<sup>422</sup>.

## ب. أسلوب التملك :

يعتبر استثناء من الأصل، وهو عبارة عن فرض نفقة للزوجة على زوجها قضاء أو رضاء<sup>423</sup>. حيث يسلم القدر المالي المفروض للزوجة لمدة أسبوع، أو شهر، أو سنة

<sup>420</sup> صحيح البخاري ج5، . دار موفم للنشر مع دار الهدى. الجزائر. 1992. ص2052

<sup>421</sup> نصت المادة79 من قانون الأسرة "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم."

<sup>422</sup> " من المقرر قانونا أن عدم الإطلاع على الوضعية المادية والاجتماعية للزوج وعلى مرتبه الشهري وإغفال ذكر السندات التي اعتمد عليها في تقدير مبلغ النفقة، كل ذلك يجعل القرا يستوجب النقض. " ملف رقم21823 بتاريخ 1980/12/15. وصدر أيضا قرار نصه " حيث أن فيما يرجع لما قضى به القرار المنتقد من النفقات والتعويضات، فذلك يدخل في باب التقدير المخول للقضاء، ولا يسوغ للمحكمة العليا ممارسة رقابتها في شأن ذلك، وحيث أن هذا الوجه مؤسس فيما يرجع إلى التناقض الموجود في القرار المطعون فيه. " ملف رقم41703 بتاريخ 1986/5/5. وصدر أيضا " من المقرر فقها وقضاء أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا وعسرا، ثم حال مستوى المعيشة. ومن ثم، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية. " ملف رقم 44630 بتاريخ 1987/2/9. بلحاج العربي، قانون أسرة، المرجع السابق، ص434 و435.

<sup>423</sup> حسن صلاح عبد الله، الجوانب الفقهية للقوامة الزوجية. دار الجامعة الجديدة، القاهرة. 2007. ص38 .



للمستقبل. ويحق للزوجة طلب المراجعة للمقدار متى ارتفعت القدرة الشرائية أو تحسن دخل الزوج. ففي حالة التملك هذه مسألتان ؛ مسألة تصرف الزوجة في النفقة على نفسها وأولادها إن وجدوا. مسألة رفع الدعوى القضائية للمطالبة بمراجعة مقدار النفقة، كما أشارت إليه المادتان 79 و 80 من قانون الأسرة. هذا شأن الزوجة الراشدة المتمتعة بالأهلية الكاملة. فهل ينصرف هذا إلى الزوجة القاصر؟

لم يتعرض قانون الأسرة تفصيلا لهاتين المسألتين إلا ما ورد بالمادتين 43 و 44 من القانون المدني اللتين تحيلاننا إلى المادتين 83 و 84 من قانون الأسرة ؛ إذ تنظم الأولى أحكام التصرفات من حيث النفع والضرر، أما الثانية فتجيز للقاصر التصرف جزئيا في أمواله بإذن من القضاء. ويقصد المشرع هنا، تحديدا، القاصر المأذون له في التجارة أو إدارة أمواله. أما المأذون له في الزواج فلم يرد بشأنه نص يجيز له التصرف فيما لديه من أموال سواء أكان الزوج أم الزوجة. ولا سيما ما تعلق بمال المهر. إلا ما نصت عليه المادة 14 ق. أ.ج. على أن الصداق ملك للزوجة تتصرف فيه كما تشاء. ثم النفقة، والأموال المشتركة بين الزوجين، اقتداء بما جاء به القانون المصري المتعلق بالولاية في المادة 60 بما نصه " إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال كان ذلك إذنا له في التصرف في المهر والنفقة، ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو في قرار لاحق. " وورد في المادة 62 من ذات القانون: " للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم إليه أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط. " كما ورد في الفقرة الثانية من المادة 165 من قانون الأحوال الشخصية السوري " لا يجوز للقاصر استهلاك شيء من صافي دخله إلا بالقدر اللازم لنفقته ونفقه من تلزمه نفقتهم قانونا. " ويقصد النص هنا الزوجة أو الأولاد أو الأصول.

تحليلا لهذه النصوص، أستنتج ما يلي :

يعتبر إذن المحكمة بزواج القاصر، لدى المشرع المصري، تلقائيا إذنا له بالتصرف في كل مال متعلق بالزواج ؛ كالمهر والنفقة، ليكون قد رشد الزوج القاصر بمنحه أهلية

خاصة. والنص يخاطب الزوجين معا ؛ إذ يجوز للزوج القاصر أن يمنح لزوجته ما شاء في صداقها ولا يعتد تصرفه من قبيل تصرف السفيه. كما يجوز للزوجة القاصرة أن تتصرف فيما أوتيت من صداق تصرف التبرع أو المعاوضة، ولا ولاية عليها في ذلك. واحتاط النص بتقريره لسحب الإذن عند الضرورة.

منحت المادة 62 من ذات القانون للزوجة القاصرة حق التصرف فيما ملكت من مال لأجل النفقة، تأييدا للفقهاء الإسلامي، وهذا قياسا على الصغير المأذون له في إدارة أمواله.

أكد القانون السوري تعميما أن القاصر ذكرا كان أم أنثى، متزوجا كان أم غير متزوج، وله مال، فله أن يتصرف في ماله هذا بمطلق الحرية. وقد أشرت إلى هذا في موقف القانون الفرنسي والقانون العماني.

وعليه، فكان لقانون الأسرة الجزائري أن يجاري القوانين المذكورة ليخرج من مجال تعارض النصوص أو شحها، إن صحت العبارة. وذلك بوضع استثناءات، أعتقد أن تصاغ على الشكل الموالي :

تعديل الفقرة الثانية من المادة 7 ق. أ. ج. كما يلي " يكتسب الزوج القاصر أهلية التصرف في أمواله المتعلقة بالزواج وآثاره، ولا سيما الصداق والنفقة. وأهلية التقاضي في نفس الآثار. " أو يفرد لذلك مادة على الشكل الموالي : " يكتسب الزوج القاصر المأذون له بالزواج أهلية التصرف في الصداق والنفقة والأموال المشتركة الناشئة بينه وبين زوجته. تستمر هذه الأهلية ولو انحل عقد الزواج بفرقة زوجية أو بوفاة. عملا بأحكام المادة 47 ق. أ. ج. "

تشير المادة 76 من قانون الأسرة إلى أن الزوج متى عجز عن الإنفاق عجزا ماديا كانعدام الدخل أو الإفلاس أو العطل عن العمل أو العجز الجسدي أو العقلي عن العمل وكانت الزوجة موسرة أجاز لها المشرع الإنفاق على زوجها من مالها، بمطلق اختيارها.

والزوجة القاصرة مخاطبة بذات المادة، وباعتبار هذا التصرف مفقرا لصاحبه أيجوز لها الإنفاق على زوجها وأولادها، أم تخضع لحكم المادة 83 ق. أ. ج. ؟

لا شك وأن المشرع يراعي مصلحة الطرف الضعيف في كافة التصرفات، ومتى كان الزوج معسرا والأولاد عاجزين عن الكسب مع يسر الزوجة، فالإنفاق عليهم لا يعتبر مفقرا بقدر ما يعتبر عملا أسريا تضامنيا إنسانيا. والزوجة القاصرة مخاطبة بذات المادة، وباعتبار هذا التصرف مفقرا لصاحبه، أيجوز لها الإنفاق على زوجها وأولادها أم تخضع لحكم المادة 83 ق. أ. ج. ؟

لاشك وأن المشرع يراعي مصلحة الطرف الضعيف في كافة التصرفات، ومتى كان الزوج معسرا والأولاد عاجزين عن الكسب مع يسر الزوجة فالإنفاق عليهم لا يعتبر مفقرا بقدر ما يعتبر التزاما أسريا تضامنيا إنسانيا. وبالتالي يمكن للزوجة القاصرة أن تفق على أبنائها وزوجها دون التقيد بإجازة الغير.

فإذا كان النسب والصداق والنفقة من آثار الزواج، فإن الأموال المشتركة بين الزوجين تدخل ضمن هذه الآثار أيضا، طالما أن المشرع نظم أحكامها بالمادة 37 من قانون الأسرة. إذاً، فما حكم الزوج القاصر تجاه هذه الأموال؟

### الفرع الثالث

#### النظام المالي للزوج القاصر

يقصد بالنظام المالي للزوجين تلك العلاقة التي تربط كل زوج بأمواله وبأموال الزوج الآخر، وعلاقتهما بالأموال المشتركة بينهما، وكذلك علاقة كل زوج بالديون المترتبة بذمته والديون المترتبة بذمة الزوج الآخر، وعلاقتهما معا بالديون المشتركة المستحقة عليهما، وتحديد التزام أحد الزوجين بالإنفاق الزوجي لوحدده أو التزام أحدهما بالإنفاق ومساهمة الآخر في ذلك أو التزامهما معا في الإنفاق<sup>424</sup>. وعرف- هذا النظام عدة أشكال

<sup>424</sup> رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين. دار الثقافة. عمان، الأردن. 2010. ص 11.

أهمها نظام انفصال الأموال بين الزوجين وظام الإشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين. كمال عرف تطورا وفق تطور الزمن وتغير المجتمعات.

تحقيقا لمبدأ الحق في التملك المنصوص عليه شرعا وقانونا، فإن لكل من الزوجين الحق في إنشاء ذمة مالية لنفسه استقلالا أو اشتراكا مع زوجه، بصرف النظر إن راشدا أم قاصرا.

## 1 . تطور النظام المالي للزوجين في القانون :

إذا كان ظهور الأموال المشتركة للزوجين في القوانين القديمة، فما طبيعة هذه الأموال، وكيف يتم التصرف فيها ؟ هل يخاطب نص المادة 37 ق. أ. ج. كافة الأزواج أم الراشدين منهم فقط ؟

### أ. في التشريعات القديمة :

ليس بجديد موضوع الأموال المشتركة للزوجين في التشريعات المعاصرة وإنما يعود تاريخها إلى التشريعات القديمة مثل قانون أورنمو الذي سبق شريعة حمورابي بحوالي ثلاثة قرون، وقانون لبت عشتار الذي سبقه أيضا بحوالي قرن من الزمن، ثم قانون أشنوتا وأخيرا، شريعة حمورابي التي نظمت العلاقة المالية فيما بين الزوجين، ولا سيما الأموال المشتركة بينهما. إذ نظمت المادة 151 من هذه الشريعة الديون المترتبة على الزوجين قبل الزواج. ثم نظمت المادة 152 مسألة الديون المترتبة عليهما بعد الزواج، وأشارت إلى تضامن الزوجين في تسديد ما على أحدهما من ديون<sup>425</sup>. كما عرفت الحضارة الفرعونية هذا النظام في قوانينها<sup>426</sup> وكذلك، روما القديمة<sup>427</sup>.

<sup>425</sup> رعد مقداد الحمداني. المرجع السابق. ص 20 21. عن شعيب الحمداني قانون حمورابي، المطبعة الإعدادية، بغداد 1988 ص 107.

<sup>426</sup> رعد مقداد الحمداني، المرجع نفسه، ص 26. عن محمود سلام زناتي، موجز تاريخ القانون المصري في العصور الفرعوني، والبطلمي والروماني والإسلامي. جامعة أسيوط، 1986، ص 173 وما بعدها.

<sup>427</sup> رعد مقداد الحمداني، المرجع نفسه، ص 30. عن إدوار غالي الذهبي، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ط 1، دار غريب للطباعة، بنغازي، 1976، ص 230.

## ب . النظام المالي للزوجين في قانون الأسرة :

لم يعرف قانون الأسرة هذا النظام إلا عند التعديل الأخير لسنة 2005 حيث نصت المادة 37 منه على أنه " لكل واحد الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما." ويمكن بالتالي استخلاص الأحكام التالية من هذا النص :

منح المشرع لكل زوج حق التمتع بذمة مالية مستقلة عن الزوج الآخر، ليبين أن ليس للزوج خصوصا حق التسلط على أموال زوجته دون رضاه كما كان معتمدا لدى بعض المجتمعات وهذا ما حرص الفقه الإسلامي على تقريره، ليساوي بين الجنسين في حق الملكية، وأخذ به القانون استجابة لنداءات من شرائح اجتماعية كالجمعيات النسوية أو غيرها من الجمعيات الخاصة.

ساوى النص بين الزوج الراشد والزوج القاصر من خلال ظاهر النص، مما يثير تناقضا بين هذا النص العام ونص المادة 83 ق. أ. ج. المقيد لتصرفات القاصر الأمر الذي يجزني إلى التساؤل حول ما إذا اكتسب الزوج القاصر أموالا أثناء حياته الزوجية ذكرا كان أم أنثى، فهل يتصرف فيها بمقتضى المادة 37 أم يتقيد بالأحكام العامة للتصرفات؟

اشترط المشرع في هذه الأموال أن تكتسب أثناء الحياة الزوجية، فقط، كما أشار إليه القانون المدني الفرنسي<sup>428</sup>، والقانون المصري للأحوال الشخصية. كما قرر أن يتفق على إدارة هذه الأموال المشتركة في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، فمهما كان مبلغ هذه الأموال يجب إخضاعه للرسمية وفق نص المادة 324 من القانون المدني. هذا، ويتضمن العقد النسبة التي تؤول إلى كل زوج. فما هو أساس تحديد النسب ؟

<sup>428</sup> La communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres. (art. 1401 code civil français)  
)modifié par loi 85-1372 du 23 /12/81985

إن تحديد النسبة لكل طرف يعود إلى قدر مساهمته في وجود هذا المال أو في انمائه، وقد تكون المساهمة إما مالية، أو مادية كعمل يدر بدخل مالي، قد يكون هذا العمل بأجر، أو بحرفة حرة كالحياكة أو النسيج أو عمل زراعي يمارس غالباً في العالم الريفي. ولا فرق هنا بين زوجة أو زوج بلغ سن الرشد أو كان قاصراً، فتكفي القدرة الجسدية أو الدراية المهنية لممارسة النشاط. هذا النظام تعرفه أغلب المجتمعات لأنه يعبر عن التكافل الإجتماعي كما نظمه الفقه الإسلامي من قبل، وتمارسه النساء أحياناً.

فالزوجة الريفية غالباً ما تضيف إلى أشغال بيتها أعمالاً أخرى ذات منفعة تبغي من ورائها تحسين الوضع الإقتصادي للأسرة، وسمي الحق المترتب عن هذا العمل بحق " الكد والسعاية " عند بعض المجتمعات<sup>429</sup>. ففي هذه الحالة يكون نصيب الزوجة من الدخل بقدر مساهمتها أو مردودها. إذ يقول عبد القادر الفاسي في هذا :

### وخدمة النساء في البوادي للزرع بالدراس والحصاد

### قال ابن عرضون لهن قسمة على التساوي بحسب الخدمة

ذلك، أن خدمة النساء في المجال الزراعي توجب تحديد نصيب من نتاج الزراعة لهن، بحسب عرف البلد<sup>430</sup>. أما القضاء فقد تعرض في اجتهاده لهذا الموضوع ومن بينه القضاء المغربي. حيث قضى المجلس الأعلى المغربي بإصدار عدة قرارات منها<sup>431</sup>:

\* الإستفادة التي تحصل للزوجين إذا ثبت أن ما استفاداه ناتج عن عملهما المشترك، تجعل حق الكد والسعاية ثابتين للزوجين، وتستحق بذلك الزوجة نسبة من الثروة المنشأة خلال فترة الحياة الزوجية.

\* الزوجة تشارك زوجها على قدر سعائتها ولا يستبد الزوج بما عقد لنفسه من الأثرية ( أي ؛ الإقتناءات أو الشراءات ).

429 محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة المغربية، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، 2008. ص181.

430 الملكي الحسين. نظام الكد والسعاية. دار السلام. الرباط. 1999. ص27.

431 محمد الأزهر، المرجع السابق. ص182 و183.

\*إثبات المطلقة، كونها تعمل، يخولها حق السعاية في الاستفادة خلال فترة الزواج بقدر عملها ولها الحق فيما اشترى الزوج ولو باسمه الخاص وحده.

أما القضاء الوطني فلم أف له على اجتهاد في هذا المجال، طالما أن هذا النظام مستحدث في قانون الأسرة. غير أن هذا يعود بي من جديد إلى نص المادة 73 ق. أ. ج. التي تنظم النزاع حول متاع البيت. فقد يكون متاع مشتري باسم الزوج لكنه من مال مشترك، كسيارة، مثلا، فهنا كان للمشرع أن يقيم ربطا بين المادة 73 والمادة 37 من ذات القانون موضوع هذا التحليل. هذا، استنادا إلى القانون المدني الفرنسي الذي نظم مسألة الأموال المشتركة بين الزوجين تنظيمًا دقيقًا، حيث حصرت المادة 1401 منه عناصر الأموال المشتركة في كل من الإيرادات الشخصية؛ كالرواتب والتعويضات، وإيرادات الممتلكات العقارية؛ بناءات أو أراضي زراعية، فضلا عن الهبات الممنوحة لأحد الزوجين أو كليهما<sup>432</sup>. واستثنى من الأموال المشتركة ملابس كل زوج ووسائل عمله ما لم تكن مخصصة لخدمة مال مشترك، زيادة على التعويضات المترتبة عن الأضرار المادية أو المعنوية اللاحقة لهذا الزوج. (م 1404 ق. م. ف.)<sup>433</sup>.

## 2. أهلية الزوجة القاصرة في التصرف في المال المشترك :

---

<sup>432</sup> Pascale Guiomard, Code civil. 110 édition. DALLOZ. 2011:p1816

La communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres. (art. 1401 code civil français modifié par loi 85-1372 du 23 /12/81985.

<sup>433</sup> Forment des propres par leur nature, quand même ils auraient été acquis pendant le mariage, les vêtements et linges à l'usage personnel de l'un des époux, les actions en réparation d'un dommage corporel ou moral, les créances et pensions incessibles, et, plus généralement, tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne.

Forment aussi des propres par leur nature, mais sauf récompense s'il y a lieu, les instruments de travail nécessaires à la profession de l'un des époux, à moins qu'ils ne soient l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation faisant partie de la communauté. (art .1404.code civil français)

من المقرر شرعا أن للمرأة المتزوجة، كبيرة كانت أم صغيرة، ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية لزوجها، ولا يحق للزوج التصرف في هذا المال إلا بإذنها. كما لها أن تنشيء مالا مشتركا معه. ودليل حق الزوجة في ذلك، قوله تعالى **﴿ وَرَبِّهَا مَا كَسَبَتْ وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ أُسْرَتَهُمْ بِمَا كَسَبُوا لَا يَرْجُونَ حِسَابًا ﴾** 434 وما ذكر في الصداق ينصرف قياسا إلى كل أموالها. إما عن طريق الإرث أو الهبة 435. وقد أخذ بهذا الحكم قانون الأسرة في المادة 14 بما نصه " الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء." وكذا القانون المغربي (م29) 436.

يرى المالكية أن تصرفات الزوجة في مالها بدون عوض لا ينفذ إلا في حدود الثلث، أما ما زاد على ذلك، فيتوقف على إجازة الزوج. أما يقبية المذاهب فترى أن للمرأة إذا بلغت رشيدة يدفع إليها مالها وتتصرف فيه بيعا أو شراء أو تبرعا؛ كالهبة والوصية ونحوهما 437. سواء أكانت بكرًا ذات أب أو بدونه، ذات زوج أو بدونه، فتصرفها نافذ واستدلوا بقوله تعالى **﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّبِعُوا هَيْهَاتَ هُنَا وَمَا لَكُم مِّنْ شَأْنٍ ﴾** 438 فوجه الدلالة هنا، هو فك الحجر عن الذكور والإناث على حد السواء إذا رشدوا.

أما في السنة، فقد ورد عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أنه قال: " قام النبي صلى الله عليه وسلم يوم الفطر فصلى ثم خطب، فلما فرغ، فأتى النساء فذكرهن وهو يتوكأ على يد بلال وبلال باسط ثوبه يلقي فيه النساء الصدقة" 439. وهذا دليل أحقية المرأة في التصرف في مالها ما دامت رشيدة.

434 سورة النساء، الآية 4.

435 حسن صلاح عبد الله. المرجع السابق. ص160.

436 نصت المادة 29 من مدونة الأسرة أن " الصداق ملك للمرأة تتصرف فيه كما شاعت، ولا حق للزوج في أن يطالبها بأثاث أو غيره مقابل الصداق الذي أصدقها إياه. "

437 خديجة بناني، حق تصرف الزوجة في مالها، حق شرعي وقيود تشريعية، دار تينمل للطباعة والنشر، مراكش، 1995، ص14.

438 سورة النساء، الآية 6.

439 صحيح البخاري، المرجع السابق، الحديث رقم 935. ص332





فلا يعقل أن ينجز الفرد عملا ثم يحرم من التصرف في نتاج عمله. وكان على  
المشرع بالأحرى أيضا أن يجاري قواعد قانون العمل وأن يقيس هذه الحالة على القاصر  
العامل وحقه في التصرف في راتبه كلا أو جزءا. أو يجاري ما جاء به القانون السوري  
أو التونسي<sup>444</sup>. أو كان على الأقل يعدل نص الفقرة الأولى من المادة 37 على النحو  
الموالي "لكل واحد من الزوجين راشدا كان أم قاصرا ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر."  
هذا ما تعلق بزواج القاصر والآثار المترتبة عن ذلك، فما حكم تصرفات هذا الزوج  
في إيقاع فك الرابطة الزوجية. . . ؟

---

444 نصت المادة 165 من قانون الأحوال الشخصية السوري "للقاصر المأذون مباشرة أعمال الإدارة قوما يتفرع عنها كبيع  
الحاصلات وشراء الأدوات.

لا يجوز له بغير موافقة القاضي مزاولة التجارة ولا عقد الإجارة لمدة تزيد عن سنة ولا أن يبستوفي حقا أو يوفي ديناً لا  
يتعلق بأعمال الإدارة.

لا يجوز له استهلاك شيء من صافي دخله إلا القدر اللازم لنفقته ونفقة من تلزمه نفقتهم قانونا. "  
كما نصت مجلة الأحوال الشخصية التونسية في فصلها 153 "يعتبر محجورا للصغر من لم يبلغ سن الرشد وهي عشرون  
سنة كاملة. وزواج القاصر يرشده إذا تجاوز السابعة عشرة من عمره فيما يتعلق بحالته الشخصية ومعاملاته المدنية. "

الباب الثاني

المركز القانوني للقاصر

في فك

الرابطة الزوجية

الباب الثاني

المركز القانوني للقاصر في فك الرابطة الزوجية

إذا كان عقد الزواج يتفق مع بقية العقود المدنية في عدة خصائص كالأطراف الأهلية، المحل، الرضا والسبب، فإنه يختلف معها في مجموعة أخرى من الخصائص من أهمها الإتفاق على تأقيت العقد أو وتأبيده.

فعقد الزواج عقد مؤبد لا يمكن تأقيته لئلا يكون بمثابة زواج المتعة. لكن لم يترك على إطلاقه أبديا، فقد يعرف الفشل ويعجز عن الهدف المتوخى منه، أو يكون أحد الزوجين بعيدا عن الكفاءة التي تؤهله لمواصلة الحياة الزوجية<sup>445</sup>.

ثم أن واقع البشر أكد أن الحياة الزوجية المؤبدة قد تصبح أحيانا مستحيلة التواصل بسبب ما ينشأ من الخلافات المفضية إلى التفريق بين الزوجين.

لذلك، فقد أفرد قانون الأسرة لإنحلال الزواج الباب الثاني منه، متعرضا إلى صورك الرابطة الزوجية وأحكامها وما يترتب عنها من الآثار. ويدور البحث هنا حول طلاق الزوج القاصر، فهل يتم من حيث الإجراءات كطلاق الزوج الراشد؟ ثم، هل تتمتع المطلقة القاصرة بكافة الحقوق أم العكس؟ استجابة لهاتين الإشكاليتين فإن العرض الموالي سيحتوي على فصلين، يتعلق الأول منهما بصور فك الرابطة الزوجية والإجراءات المتبعة في ذلك وفق أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية. أما الفصل الثاني فيضم كل ما تعلق بآثار الطلاق الشخصية والمالية منها.

---

445 باديس نياي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2007،

## الفصل الأول

### صور وأحكام الفرقة الزوجية للزوج القاصر

الإسلام دين واقعي مثالي في آن واحد، لا يجعل الواقع أساس تشريعه ولا يهمل المثل العليا لضرورات الواقع. لكنه يهدف إلى تحقيق المثل العليا مع معالجة الواقع بروح تتسم باليسر وتحقيق المصالح<sup>446</sup>.

رغم حرص الإسلام على تأبيد عقد الزواج وعدم الإتفاق على تحديده بمدة فإن الواقع البشري أثبت أن الحياة الزوجية المؤبدة قد تصبح أحيانا مستحيلة التحقق بسبب ما ينشأ من الخلافات بين الزوجين التي تقضي إلى فك الرابطة الزوجية، هذه الظاهرة التي اختلفت الأديان في تقريرها.

فاليهودية، مثلا، تقضي بحل عقد الزواج حلا أبديا لا يمكن للزوجين الرجوع إلى بعضهما بعضا. أما الديانة المسيحية فتمنع حل عقد الزواج إلا لأسباب خطيرة غير أنها تراجعت عن هذا المبدأ، بدليل ما ورد عن " بنتام " في كتابه " أصول الشرائع "<sup>447</sup> ما نصه " إن الزواج الأبدي هو الأليق بالإنسان والملائم لحاجته والأوفق لأحوال الأسرة، والأولى بالأخذ، لحفظ النوع الإنساني. ولكن، إذا اشترطت المرأة على الرجل ألا تتفصل عنه وحلت في قلوبهما الكراهة بدل الحب، لكان ذلك أمرا منكرا لا يصدقه أحد من الناس. على أن هذا موجود دون أن تطلبه المرأة. إذ القانون يحكم به. . . . ويقول لهما " انتما تقتربان لتكونا سعداء فلتعلما أنكما تدخلان سجنا سيحكم غلق بابيه. . . . ولن أسمح بخروجكما ولو تقاتلتما بسلاح العداوة. وأن أقبح الأمور وأفظعها عدم انحلال ذلك الإتفاق."

<sup>446</sup> مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، دار الوراق، دمشق، د، س، ن، ص 213.

<sup>447</sup> محمد أبو زهرة، المرجع السابق. ص 281. جيرمي بنتام فيلسوف بريطاني من مواليد 1748/2/15، توفي في 1832/6/6، الف كتاب " أصول الشرائع " تعرض فيه لعدة مواضيع، من بينها موضوع الزواج والطلاق، ترجمه له أحمد فتحي زغلول، نشر الهيئة المصرية العامة للكتاب. د، س، ن.

هذا، بخلاف الشريعة الإسلامية التي تنظر إلى الطلاق كتصرف إنساني يسعى إلى رفع الحرج ودرء الضرر، ولا يوقع إلا لضرورة. ولأنه تصرف خطير يجب أن يستعمل بحذر وللضرورة القصوى، مما يستوجب مبادئه العامة المعتبرة عند بعض الشراح معايير جوهريّة، هي<sup>448</sup>:

1. إذا استحك الخلاف بين الزوجين، فليحاول كل منهما تحمل عيوب الآخر، وأن يتعاشرا بالحسنى ما استطاعا. عملا بقوله تعالى ﴿وَيُؤَيِّدُ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ أَهْلِهِمَا﴾<sup>449</sup>.
2. إذا اشتد الخصام مع عدم تحمل أحدهما لزوجته، دعا الإسلام إلى تشكيل محكمة عائلية تسعى إلى الصلح، وأعني بذلك الحكمين اللذين نص عليهما قوله تعالى ﴿يَجْعَلُ بَيْنَهُمَا رِجْماً﴾<sup>450</sup> وقد أخذ بذلك قانون الأسرة في المادة 56 والقانون المغربي (م82) والسوري (112)<sup>451</sup>.
3. إذا لم يجد التحكيم نفعا يقع الطلاق لمرة واحدة تعدد فيها الزوجة بالأشهر أو بالقروء. ويحق للزوج مراجعة زوجته خلال العدة دون مهر أو عقد جديدين رضيت الزوجة أم لم ترض.
4. إذا انتهت مدة العدة دون مراجعة أصبحت الزوجة طالقة بائنة بينونة صغرى يمكن للزوج أن يراجع طليقته برضاها وبعقد ومهر جديدين. يمكن أن تتكرر الطلاقات إلى حدود الثلاث. لتحرم عليه مراجعتها حتى تتكح زوجها غيره ويطلقا أو يتوفى عنها.

<sup>448</sup> عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة مدعما بأحدث الإجتهاادات القضائية والتشريعية، المرجع السابق، ص202.

<sup>449</sup> سورة النساء، الآية 19.

<sup>450</sup> سورة النساء، الآية 35.

<sup>451</sup> نصت المادة 56 من قانون الأسرة " إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرروجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما يعين القاضي حكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين. "كما نصت المادة 82 من مدونة الأسرة المغربية " للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين.

أما الفقرة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية السوري فقد ورد فيها " إذا لم يثبت الضرر يؤجل القاضي المحاكمة لا تقل عن شهر أملا بالمصالحة فإن أصر المدعي على الشكوى ولم يتم الصلح عين القاضي حكمين من أهل الزوجين وإلا ممن يرى فيه القاضي قدرة على الإصلاح بينهما. . . "

وللطلاق أحكام وقيود يتفق الفقه في بعضها ويختلف في البعض الآخر. فما هو الطلاق إذاً في نظر الفقه والقانون؟ ومن له حق توقيعه، وكيف يمارس؟ وهل من حماية بسطها المشرع على القاصر في توقيع الطلاق؟

## المبحث الأول

### صور الفرقة الزوجية للزوج القاصر

الطلاق لغة، هو حل القيد مطلقاً، سواء كان حسياً أو معنوياً<sup>452</sup>، وهو أيضاً حل قيد النكاح باللفظ، والأصل فيه الكتاب والسنة وإجماع الأمة<sup>453</sup>، ويعرفه الإمام أبو زهره أنه "رفع لقيد النكاح في الحال أو في المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق، أو في معناها.<sup>454</sup> فما يرفع منه في الحال هو الطلاق البائن. إذ، بمجرد صدوره، يرفع النكاح في الحال. ولا تحل المطلقة لمطلقها إلا بمهر وعقد جديدين ورضا متبادل. أما ما يرفع منه في المآل، فهو الطلاق الرجعي الذي لا يرفع القيد بمجرد صدوره، بل بإنهاء عدة المطلقة.

قد يكون الطلاق واجباً كفقدان الزوج للطاقة الجنسية ولا أمل في علاجها هذا القصور. كما يكون مندوباً ككون الزوجة سليطة اللسان أو مفرطة في حقوق الله. وأحياناً يكون مباحاً متى أدب الزوج زوجته ولم تمتثل، فإن امتثلت كان الطلاق ظلماً<sup>455</sup> إن الطلاق تشريع استثنائي لا يباح إلا عند الضرورة، حتى قال فيه البعض أنه شبيه بمشروط الجراحة، إن استخدم في المكان الملائم به، أتى بأطيب الثمرات، وإن أسيء استعماله أتى بأسوأ النتائج. وليس العيب في المشروط، وإنما العيب في طريقة استعماله فإن كان البعض يقدمون على فك الرابطة الزوجية لأتفه الأمور كغضبة حمقاء أو شهوة طائشة أو تحقيقاً لمصلحة من وراء زواج جديد، فالعيب فيهم وليس في الإسلام.

<sup>452</sup> عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص223.

<sup>453</sup> أبو العباس الرملي، المرجع السابق، ص423.

<sup>454</sup> محمد أبو زهره. الأحوال الشخصية، المرجع السابق. ص279.

<sup>455</sup> طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص82 و83.

الطلاق جاء به الإسلام عندما تغيب كل وسائل التقارب بين الزوجين وتستفحل  
النفرة والضقاق، ليكون حفظاً للزوجين من المفساد. ويؤكد ذلك قوله تعالى: **چ ژ ژ ک**  
**کد کک گ گ گ گ چ**.<sup>456</sup>

أما بحسب مشروعيته، فالطلاق سني وبدعي. السني هو ما يقع وفق السنة بأن  
يطلق الزوج زوجته تطليقة واحدة بلفظ واحد، في طهر لم يمسه فيها ثم يتركها حتى تحل  
عدتها. والطلاق السني يكون بهذا الشكل مقيدا بقيد زمني؛ وهو الطهر بالنسبة للمدخول  
بها. أما غير المدخول بها، فإنه يطلق في الحيض والطهر على حد سواء. كما هو مقيد بقيد  
عددي ووصفي.<sup>457</sup>

لذلك حدد الفقه للطلاق شروطا هي:<sup>458</sup>

1. أن تكون الزوجة طاهرة غير حائضة ولا نفساء.
2. أن تكون في طهر لم يمسه فيها.
3. أن يتم بطلقة واحدة لفظا.
4. أن لا يتبعها بطلقة واحدة في نفس العدة.

ويستثنى من شرط الحيض كل من الصغيرة واليائس والحامل.

غير أن هذه الأحكام لم تعد محل اهتمام القضاء في قضايا الطلاق إلا ما تعلق  
بالشروط الإجرائية فقط أو المطالبة بإثبات الزوجة لوجود الحمل من عدمه، هذا ما استقر  
القضاء لدى المحاكم. ، إذ ورد في حيثيات بعض أحكام محكمة بشار أنه "وحيث أن

---

<sup>456</sup> سورة النساء الآية 130.

<sup>457</sup> محمد أبو زهرة، المرجع السابق. ص 286.

<sup>458</sup> ابن رشد، المرجع السابق 522، محمد أبو زهرة المرجع السابق ص 286، عبد القادر داودي، أحكام الأسرة،  
المرجع السابق.

ص 265.



المطلقة قدمت شهادة طبية تثبت أنها حامل محرر بتاريخ 2013/4/27 مما تعين معه الإشهاد بذلك" ولم يظهر في الحكم ما يشير إلى وجود الحيض من عدمه<sup>459</sup>.

فلا عبرة بالحيض، وخاصة إذا تعارض مع وجود الحمل<sup>460</sup>. وقد يغفل القضاء أحيانا حتى عن التأكد من وجود الحمل من عدمه، مما يستوجب الإستئناف في حكم الطلاق. فقد صدر أيضا عن مجلس قضاء بشار قرار يؤيد حكم المحكمة بصحة الطلاق، وبضيف إلى ذلك إشهاده للمطلقة بأنها حامل، هذا الإشهاد الذي غفلت عنه محكمة الدرجة الأولى<sup>461</sup>.

أما من حيث أثر الطلاق، فإن القضاء قد أقره نوعين وفق ما جاءت به الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة ؛ طلاق رجعي وطلاق بائن<sup>462</sup>.

أخيرا، فإن للطلاق أركاناً أربعة ؛ هي ؛ الأهل، أي من يقع منه الطلاق، القصد المحل وهي المطلقة، ثم اللفظ.<sup>463</sup> وسأقتصر على من يقع منه الطلاق.

## المطلب الأول

### الطلاق بإرادة الزوج القاصر

---

<sup>459</sup> حكم بطلاق بإرادة منفردة ، صادر عن محكمة بشار ، قسم شؤون الأسرة بين (م، س و ش، ع.) ، بتاريخ 2013/5/26 ، فهرس رقم 13/01077 ، جدول رقم 13/00748.

<sup>460</sup> صدر عن المحكمة قرار قائم على مبدأ "يستوجب النقض القرار الذي قضى بإبطال إثبات نسب المولود، غذا ما اعتمد على أن المدعية كانت في حالة حيض أثناء طلاقها، ذلك أن هذا التبرير ليس شرعياً على عدم الحمل. " ملف رقم 35992 بتاريخ 1985/3/11 / ق. 1989 العدد 1، ص 86.

<sup>461</sup> قرار صادر عن مجلس قضاء بشار ، فهرس رقم 13/00193 ، جدول رقم 13/00075.

<sup>462</sup> قرار عن المحكمة العليا، نصه " من المتفق عليه فقها وقضاء في أحكام الشريعة أن الطلاق الذي يحكم به من الزوج هو الطلاق الرجعي، وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته، لأنه إنما نزل على طلب الطلاق.

أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه. وكذلك الطلاق الذي يحكم به القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها. ملف رقم 39463 بتاريخ 201986/10. بلحاج العربي، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 242. كما نصت المادة 94 من قانون الأحوال الشخصية السوري " كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل وما نص على كونه بائناً في هذا القانون. "

<sup>463</sup> عبد القادر داودي. أحكام الأسرة، المرجع السابق. ص 237.

لا تخلو الحياة الزوجية من تفاقم وتنافر بين الزوجين بحكم تعارض المصالح والأفكار، فيصل الزوجان إلى درجة تستحيل فيها العشرة، ليصبح الطلاق ضرورة ملحة. أمام هذا الموقف يمكن أن نطرح تساؤلات: من يملك الطلاق في الأصل؟ أهو القاضي باعتباره جهة حيادية، أم هما الزوجان مجتمعين، أم هي الزوجة، أم هو الزوج باعتباره من صدر منه إيجاب عقد الزواج والقائم على شؤون الأسرة؟

## الفرع الأول

### الحكمة من تملك الطلاق للزوج

من المنطقي أن الزوجين إذا ارتضيا الفراق واتفقا على توقيعه، يجب تقريره من طرف القاضي، تحقيقاً لإرادتهما، طالما أن كل عقد يتفق طرفاه على إنهائه، يجب أن ينتهي. سوى أن هذه الحالة نادرة الحدوث، إذ الغالب، أن يتمسك أحد الزوجين بالطلاق في حين يعارض الآخر. يرى البعض أن الطريقة المثلى لهذه الحالة هي تملك الطلاق للقاضي، لأنه ناظر غير منحاز، من جهة ولأن العقد الذي يبرمه طرفاه لا ينحل بإرادة منفردة. ولو جعل بإرادة منفردة لأنفصمت العقود بمجرد غضبة عارضة<sup>464</sup>. غير أن الفقه الإسلامي ليس بالمثالي كما أسلفت وليس بالواقعي الصرف، لذلك جعل الطلاق بيد الزوج ثم جعله استثناء بيد الزوجة تحت رقابة القضاء.

هذا ما أخذ به قانون الأسرة (م 48، 53 و 54 ق. أ. ج.)<sup>465</sup> على غرار القانون

المغربي (م 71 م. أ. م)<sup>466</sup> السوري (م 85 ق. أ. س.)<sup>467</sup>.

<sup>464</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق. ص 281 و 282.

<sup>465</sup> نصت المادة 48 من قانون الأسرة " مع مراعاة أحكام المادة 49 أنه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون، ثم تلي المادة 53 بنصها " يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية. . . . " أما المادة 54 فقد نصت " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. . . . " " في حين أن القانون السوري نص في الفقرة الثانية من المادة 85 " يجوز للقاضي أن يأذن بالتطبيق أو يجيز للطلاق. . . "

<sup>466</sup> يقابل مجموع النصوص السابقة نص المادة 71 من مدونة الأسرة المغربية " ينحل عقد الزواج بالوفاة أو الفسخ أو الطلاق أو بالتطبيق أو الخلع. "



هناك أيضا ومن الأسباب الموضوعية مايجعل الطلاق بيدالزوج دون تقييده  
بالقضاء، إلا استثناء، ومنها :

1 . قد يرد الزوج طلاق زوجته لسبب لا يخضع لرقابة القضاء، كالبغض، مثلا، فلو أنه  
صرح به لألزمه القاضي بالإثبات، والبغض أمر نفسي يصعب إثباته.

2 . قد يقدم الزوج على الطلاق لسبب يستحسن ستره عن العامة ؛ كسوء خلق في الزوجة،  
مثلا، وليس من صالح هذه الأخيرة أن يشيع سلوكها.

3 . قد يتلفظ الزوج بالطلاق قبل المثل أمام القضاء. ويتدخل هذا الأخير لا يقع الطلاق  
فيتكرر هذا ليتجاوز الطلاقات الثلاث، ليجد بعض الزواج أنفسهم في زواج حرام يترتب عنه  
ابناء زنى.

إذاً، مادام الطلاق تقرر للزوج توقيعه، وللزوجة أيضا تحت رقابة القضاء، فهل من  
شروط يجب توافرها في الزوج المطلق أو الزوجة الطالبة للتطبيق؟ وهل يجوز ذلك للقاصر؟

## الفرع الثاني

### طلاق القاصر ومن في حكمه

أجمع الفقه الإسلامي على أن جملة من الشروط يجب توافرها فيمن يوقع الطلاق  
نظرا لخطورة هذا التصرف، وهي البلوغ، العقل والحرية<sup>474</sup>. ثم أن القانون أضاف السن  
القانونية.

أشرت فيما سبق إلى تعريف القاصر<sup>475</sup>، وأن معيار القصور عند المشرع بعد العقل  
والحرية، هو الرشد الذي يحدده سن قانوني يختلف من قانون لآخر. فقد نصت المادة 83  
من قانون الأسرة على أن من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد يعتبر قاصرا. ولا تعتبر

---

يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما ؟ إنما الطلاق لمن أخذ بالساق. " سنن ابن ماجة الحديث رقم 2081. كتاب  
الطلاق، باب طلاق العبد.

474 ابن رشد، المرجع السابق، ص 537.

475 انظر صفحة 118 وما يليها.

تصرفاته صحيحة ما لم يأذن بها القضاء (م 84 ق. أ. ج. )<sup>476</sup>. كما أن نفس القانون اعتبر المجنون والمعتوه والسفيه في حكم القصر، كونه أبطل تصرفاتهم حال الجنون أو العته أو السفه (م 85 ق. أ. ج. )<sup>477</sup>. هذا، اقتداء بالفقه الإسلامي الذي أخذ بالتمييز، فضلا عن البلوغ. غير أن المشرع الجزائري تعارض مع ذاته حين اعتبر تصرفات السفيه باطلة ليعتبره فاقد الأهلية، في حين اعتبره ناقص الأهلية في نص المادة 43 من القانون المدني بصريح النص وناقص الأهلية يختلف عن فاقدها من حيث التصرف<sup>478</sup>. إذاً، فناقص الأهلية ( الصبي المميز) وفاقدها (المجنون والسكران والمدهوش، والصبي غير المميز)، وغير الحر (المكره) لا يجيز الشرع طلاقهم جميعا، ويخضعون لأحكام خاصة، باعتبارهم قسرا<sup>479</sup>.

## 1. طلاق الصبي :

نصت المادة 48 ق. أ. ج. على أن الطلاق يتم بإرادة الزوج المنفردة ، دون أن يبين شروط المطلق، ورغم سكوت المشرع عن هذه الشروط إلا أن نص المادة 85 ق. أ. ج. تنظم تصرفات ناقص الأهلية أو فاقدها<sup>480</sup>، مما يوجب الأخذ بالفقه الإسلامي في هذه المسألة . الصبي في نظر الفقه هو غير البالغ، مميزا كان أم غير مميز. في حين يعرف القانون الصبي بالصغير الذي لم يبلغ بعد سن التمييز وهي ثلاثة عشرة سنة ( م 43 ق. م. ج. ). فإذا كان الزوج صبيا غير بالغ ولو مميزا، وطلق، لا يقع طلاقه؛ لأن فوات شرط

---

<sup>476</sup> نصت المادة 84 من قانون الأسرة أنه " للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئياً أو كلياً في أمواله بناء على طلب من له مصلحة وله الرجوع في الإنذار إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك. "

<sup>477</sup> تنص المادة 85 من قانون الأسرة على أنه " تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه. "

<sup>478</sup> تنص المادة 43 من القانون المدني " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفياً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون. "

<sup>479</sup> الحافظ بن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص 344. ابن رشد، المرجع السابق، ص 538.

<sup>480</sup> عبد الفتاح تقيه، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، لطلبة قسم الكفاءة المهنية، تالة للنشر، 2000، ص 53.

البلوغ يترتب عليه بطلان الطلاق عملاً بالسنة النبوية<sup>481</sup>، فضلاً عن هذا، فإن الطلاق لا يخلو من ضرر يلحق أحداً لزوجين أو كليهما. فلا يجوز بالتالي تمليك الطلاق للصبى الذي لا يدرك معناه وعواقبه.

هذا ما أجمع عليه الفقه إلا الحنابلة الذين يوقعون طلاق الصبى رغم ما فيه من ضرر، بشرط أن يدرك الصبى معنى الطلاق، ولو لم يأذن له وليه فيه. وذكر في قول عن مالك أن طلاق الصبى جائز متى ناهز الإحتلام<sup>482</sup>.

أما قانون الأسرة فلم يشر إلى ذلك صراحة، إلا ما ورد في نص المادتين 81 و 82 ق.أ.ج.، وكون الصغير منعدم الإرادة عندما يكون غير مميز، وناقصها إن كان مميزاً أي أن إرادته في كلتا الحالتين يشوبها العيب، فلا يقع طلاقه<sup>483</sup>. إلا ما ورد بالمادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أن الزوج القاصر لا يرفع دعوى الطلاق إلا بواسطة وليه وهو إقرار ضمني من طرف المشرع بجواز طلاق القاصر إلا في حالة الطلاق بالتراضي، أين وضعت المادة 432 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية استثناء<sup>484</sup>، وهذا خلاف

---

481 "روي عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن المبتلى حتى يبرأ وعن الصبى حتى يكبر"، سنن الدرامي، المجلد الثاني، كتاب الحدود، باب رفع القلم عن ثلاثة، الحديث رقم 226، د. س. ن.، ص 225.

482 ابن رشد، المرجع السابق ن 538. علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، 145.

483 العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، كنوز الحكمة، 2013، ص 58.

484 نصت المادة 432 ق. إ. م. إ. " لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو إذا ظهر عليه الإختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته. يجب إثبات اختلال القدرات الذهنية من قبل طبيب مختص". والحكمة من نص هذه المادة هي حماية القاصر، لأن الطلاق بالتراضي تعبير عن إرادتي الزوجين معاً، وما دامت إرادة الزوج الموضوع تحت التقديم مشوبة بعيب ن فلا يعتد بالتعبير عنها قانوناً. كما يتبين من خلال النص أن المشرع تعرض إلى الطلاق بالتراضي فقط، أما التطبيق فيجوز تقديمه طالما أن القرار ينعقد إلى القاضي في توقيعه. لأن الضرر ثابت. أما الخلع المؤسس على إرادة الزوجة فلا يقبل طلبه متى اعترى الزوجة اختلال ذهني أو كانت تحت وضع التقديم، هذا قياساً على الطلاق بالتراضي، لأن العامل المشترك بين النوعين من الطلاق هو التمييز وإدراك المصلحة.

للقانون السوري الذي كان صريحا بالفقرة الثانية من المادة 85(ق.أ.ش.س.) إذ منع طلاق القاصر إلا إذا كان بالغاً، ولم يحدد سناً معينة لذلك<sup>485</sup>

## 2. طلاق المجنون والمعتوه :

حالهما حال الصبي غير المميز من حيث انتفاء التمييز، فالجنون مرض يسبب اضطراب العقل أو زواله، والعته نقص خلقي أو مرضي طارئ أو لكبر سنيعتري الإدراك. وقد يصل إلى حد إعدام الإرادة فيجعل المعتوه في حكم الصبي غير المميز، شأنه شأن المجنون، وقد لا يصل إلى حد إعدام الإرادة كلية فيجعله في حكم الصبي المميز<sup>486</sup>. ولا فرق بين المجنون والمعتوه، إلا في كون الأول يصاب بهيجان يدفع به إلى الضرب، أو الإضرار بالغير، وكون الثاني هادئ المزاج، لكنه يخلط كلام العقلاء بكلام المجانين<sup>487</sup>. إذاً، فالمجنون لا يعتد بطلاقه حال جنونه إلا إذا أفاق من ذلك والمعتوه أيضاً، لقوله صلى الله عليه وسلم "ليس لمجنون ولا لسكران طلاق"<sup>488</sup>

لم يتعرض قانون الأسرة إلى طلاق المجنون والمعتوه. وله ذلك، لأن المجنون فاقد التمييز، فينوب عنه وليه متى رأى الطلاق يرفع عنه الضرر، سواء أكان هذا المجنون زوجاً أو زوجة. غير أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ميز الطلاق بالتراضي عن بقية صور

---

<sup>485</sup> نصت الفقرة الثانية من المادة 85 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه "يجوز للقاضي أن يأذن بالتطليق أو يجيز الطلاق الواقع من البالغ المتزوج قبل الثامنة عشرة إذا وجدت المصلحة في ذلك." ذلك أن المشرع السوري يعتبر الثامنة عشرة سناً قانونية للزواج، فمن كان متزوجاً برخصة قضائية قبل هذا السن ثم قرر الطلاق أو القاصرة طلبت التطليق، فإن ذلك يتحقق لهذا الزوج القاصر بإذن أو إجازة من القاضي متى تبينت له مصلحة لطالب الطلاق أو التطليق.

<sup>486</sup> محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص 65. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، دار الوراق، دمشق، د. س. ن. ص 119.

<sup>487</sup> مصطفى السباعي، عبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية والتركات، المطبعة الجديدة، دمشق، 1978، ص 258.

<sup>488</sup> رواه عثمان بن عفان، الحافظ بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، مؤسسة الرسالة، الجزائر، 2000، ص 348.

فك الرابطة الزوجية من حيث الإجراءات، أين منع تقديم طلب الطلاق بالتراضي من فاقد الأهلية بسبب التمييز أو الوجود تحت وضع التقديم.

### 3 . طلاق الغضبان:

الغضب حالة نفسية تعتري الإنسان من جراء مؤثرات خارجية فينفع، ويفقد السيطرة على نفسه لغياب إدراكه أحيانا. فلا يعي ما يقول أو يفعل ولا يتذكر ذلك حتى ولو ذهب عنه الغضب. وقد صنف ابن القيم الغضب إلى ثلاث حالات:

أ . غضب يزيل العقل، فلا يدري صاحبه ما يقول، فتصرفاته غير نافذة، إذ لا فرق بينه وبين المجنون.

ب . بأن يحصل الغضب للإنسان بداية، بحيث لا يتغير عقله، ويعلم ما يقول ويريد وهذا طلاقه واقع.

ج . من توسط بين المرتبتين، بحيث يستحكم به الغضب ويشتد، ولا يزيل العقل بالكلية ولكنه يحول دون الإنسان ونيته، بحيث يندم على ما فعل أو قال إذا زال غضبه. وقد رجح ابن القيم طلاقه. ثم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لا طلاق ولا إعتاق في إغلاق"<sup>489</sup>. فيقصد بهذا الحديث أن الغضب يغلق على الشخص باب الإرادة والقصد، ويسد عليه طريق الوعي والإدراك<sup>490</sup>. ومتى كان الغضبان كذلك، لا يقع طلاقه لأنه بلغ به الغضب مبلغا غاب فيه التمييز، فحاله حال الصبي والمجنون والسكران. . .

إذا كان قانون الأسرة لم يتعرض إلى حكم طلاق الغضبان، قصدا منه بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي (م222ق. أ. ج. ) من جهة، ولكونه لا يعتبر الطلاق نافذا إلا بحكم قضائي بعد مرحلة الصلح، من جهة ثانية، فإن مدونة الأسرة المغربية في المادة 90 منها قد نصت على أنه " لا يقبل طلب الإذن بطلاق السكران الطافح والمكروه وكذا الغضبان إذا كان

489 حديث مروى عن السيدة عائشة رضي الله عنها، ابن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص346.

490 محمد لزهري، المرجع السابق. ص254. عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السابق، ص321 و322.

نقلا عن ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج 4، دارالجيل، بيروت 1973، ص43



مطبعا. " إذ اشترطت هذه المادة لعدم وقوع طلاق الغضبان أن يكون الغضب مطبقا، أي مغلقا لتمييز صاحبه، يوافق الصنف الأول في تصنيف ابن القيم السابق. ثم أن القانون السوري أخذ بذات الحكم واختلف معه في التسمية فقط، فنص في المادة 89 ق.أ. ش. س. على أنه " لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره، المدهوش هو الذي فقد تمييزه من غضب أو غيره، فلا يدري ما يقول".

أضاف القانون السوري إلى سابقه المغربي، عبارة " أو غيره " ليعني أن المدهوش قد يفقد تمييزه بغضب، كما قد يفقده بفرح أو نباٍ مفزع نزل عليه فجأة، لم يقو عقله على حمله. ويحدث مثل هذا في الحياة اليومية للناس.

بما أن قانون الأسرة لا يعتبر الطلاق نافذا إلا إذا صدر الحكم به لتدخل الزوجة في عدتها ( م. 58 ق. أ. ج. )<sup>491</sup>، وبما أن مرحلة الصلح تمتد إلى غاية ثلاثة أشهر، فإن الزوج قد يتراجع عن قراره بعد زوال الغضب ليراجع زوجته من جديد. ومتى تم هذا في مرحلة الصلح الممتدة إلى غاية ثلاثة أشهر، فلا حاجة إلى عقد ومهرجديدين ( م 50 ق. أ. ج. )<sup>492</sup> إذ الطلاق قانونا لا يثبت إلا بحكم قضائي (م 49 ق. أ. ج. )<sup>493</sup>. وهنا يبدو تعارضا مع الفقه الإسلامي الذي يعتبر الطلاق نافذا من وقت التلفظ به. فكان للمشرع، من

---

<sup>491</sup> نصت المادة 58 ق. أ. ج. "تعدت المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق. " ويقصد المشرع بالتصريح، تصريح القاضي، لا الزوج، هذا عملا بالفقرة الأولى من المادة 49 ق. أ. ج.

<sup>492</sup> نصت المادة 50 ق. أ. ج. " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد. " فالمشرع هنا لا يعتد باللفظ لتوقيع الطلاق، وإنما يعتد بالحكم. وطالما أن الحكم لا يصدر إلا وفق إجراءات تستغرق زمنا معينا، فإن الغضب والسكر لا مجال للإعتداد بهما في الطلاق، نظرا لزوالهما في ظرف زمني وجيز، إلا إذا أصر الزوج على الطلاق بعد عودته إلى رشده وعقله.

<sup>493</sup> نصت المادة 49 ق. أ. ج. " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى. "

أجل مسايرة الفقه الإسلامي، وبعض القوانين<sup>494</sup> أن يعدل محتوى المادة 50 ق. أ. ج. بالنحو التالي (من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح والعدة الشرعية لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد انتهاء العدة الشرعية. وصدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد.)، وقد تعرض القضاء لذلك<sup>495</sup> أو للمشرع أن يقلص مدة الصلح إلى شهر واحد كما أشارت إليه المادة 88 من قانون الأحوال الشخصية السوري، لأن مدة الشهر غير كافية لإتمام العدة<sup>496</sup>. فلو تلفظ الغضبان بالطلاق ثم تراجع بعد سكوت الغضب عنه، لا يعتبر طلاقه طلاقاً ولا حاجة لأن يراجع زوجته، بل يكفي أن يقر بعدم إدراكه لما قاله.

#### 4. طلاق السكران:

السكر أثر لما يتناوله الإنسان من مشروب أو محقون أو مشوم أو نحو ذلك، يصيب الدماغ فيعطل معه العقل المميز بين النافع والضار. فالسكر بالخمراً ما يشبهها، إماعن طريق مباح؛ كالشرب للتداوي أو الشرب تحت وطأة الإكراه، وإما عن طريق غير مباح كالتلذذ أو الإنبساط.

فإن كان تناول الخمر على الوجه المباح وطلق صاحبه، لا يقع الطلاق لأنه يكون أشبه بالنائم؛ لا إدراك له، وعدم وقوع طلاق السكران أولى من عدم وقوع طلاق النائم لأن

---

494 نصت المادة 87 ق. أ. ش. س. "يقع الطلاق باللفظ أو بالكتابة، ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة. وقد أكد ذلك بنص المادة 125 من ذات القانون" تبدأ العدة من تاريخ الطلاق أو الوفاة أو الفسخ أو التفريق القضائي أو المفارقة في النكاح الفاسد. " فالمشرع هنا لم يذكر الحكم بالطلاق، بل اعتد بتلفظ الزوج بالطلاق.

495 قرار نصه "لا يمكن للزوج أن يتراجع على طلاق قبله أمام القاضي وبعد مضي مدة العدة. ملف رقم 41100 بتاريخ 1986/4/21. يلاحظ أن مبدأ القرار اعتمد على نفاذ العدة في مسألة الرجعة ولم يعتد بحكم الطلاق الصادر من القاضي.

496 نصت الفقرة الأولى من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه "إذا قدمت للمحكمة معاملة طلاق أو معاملة مخالفة أجلها القاضي شهراً أملاً بالصلح. "قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لسنة 1953، المعدل والمتمم في 2009.

هذا الأخير ينتبه بالتنبيه، والسكران لا ينتبه إلا بعد إفاقته<sup>497</sup>. أما من تناولها للتلذذ والإنبساط أو تناول مخدرا من غير ضرورة طبية أو علاجية تفتضيها، ففي حكم طلاقه رأيان:

### الرأي الأول:

يقول بوقوع طلاق السكران، مستدلا في ذلك بعموم قوله صلى الله عليه وسلم: "كل الطلاق جائز، إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله". تناول هذا الحديث وقوع كل طلاق وهذا بعمومه يتناول طلاق السكران، ولم يستثن من المطلقين إلا طلاق المعتوهين والمغلوبين على عقولهم؛ وهم المجانين أو الغاضبين غضبا مطبقا، أو السكارى المكرهين<sup>498</sup>. والحجة أن السكران مكلف ومأخوذ بما ينطق به. والمحرم لا يسقط المسؤولية<sup>499</sup>.

### الرأي الثاني:

يرى أصحابه بعدم وقوع طلاق السكران المتعمد لسكره هذا استنادا إلى قول سيدنا عثمان رضي الله عنه: "ليس لمجنون ولا لسكران طلاق". "لأن صحة التصرفات تقوم على القصد والإرادة السليمة. فالسكران في هذه الحالة مفقود القصد مسلوب الإرادة لغلبة السكر على عقله. وهذا قول آخر للشافعي ومالك وأحمد والظاهرية<sup>500</sup>.

هذا الرأي يستبعد الحالة التي تناول فيها الشخص المادة المسكرة طواعية أو اضطرارا، ويعتد فقط بالحالة القائمة وقت السكر. فإن كان لا يعي ما يقول، فلا طلاق له. هذا الرأي أخذ المشرع المغربي في المادة 90 من مدونة الأسرة المغربية بقوله: "لا يقبل الإذن بطلاق السكران الطافح والمكره، وكذا الغضبان إذا كان مطبقا. " فلم يفرق النص بين السكران لضرورة والسكران لغيرها، طالما أن النتيجة واحدة؛ وهي فقدان التمييز، غير أن

---

497 علاء الدين الكاساني، المرجع السابق. ص 144 145. عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص 232.  
498 محمد الأزهر، المرجع السابق. ص 251. أبو العباس الرملي، المرجع السابق، ص 448؛ محمد بن إدريس الشافعي المرجع السابق. ص 364. علاء الدين الكاساني، المرجع السابق. ص 145.  
499 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 290.  
500 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع نفسه. ص 290؛ ابن حزم الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق ص 208.

الفقرة الأخيرة من نص المادة 217 من ذات القانون نصت " . . . . . الفقدان الإرادي للعقل لا يعفي من المسؤولية. "

بمعنى أن الشخص لو تناول مسكرا بمطلق إرادته ووقع الطلاق كان طلاقه واقعا. إلا أن النص اشترط أن يكون السكر طافحا؛ أي بالغا من صاحبه مبلغ فقدان الوعي، عملا بقوله تعالى : ﴿ ذُرِّيَّتَهُ لَهُ وَالزَّوْجُ عَلَيْهِ هَٰذَا مَا لَيْسَ فِيهِ رِغْبَةٌ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَىٰ بِهِ ۚ لِيَتَّبِعَنِي أَعْبَادِي وَرِغْبَتِي هِيَ الْإِسْلَامُ أَلَمْ تَعْلَمْ ۗ ﴾<sup>501</sup> فعدم العلم بما يقال دليل على إفراط في السكر. كما أخذ بذلك نص المادة 89 من قانون الأحوال الشخصية السوري<sup>502</sup>.

## 5. طلاق المكره :

إذا كان الإختيار من الشروط الواجب توافرها في المطلق، فإن الزوج راشدا كان أم قاصرا وأكره إكراها ماديا أو معنويا على الطلاق وطلق، لا يقع طلاقه. فالمكره هو الشخص الذي تلقمن جهة أجنبية عليه تهديدا ، يلحق به ضررا في ماله ، أو في نفسه فيقع تحت ضغط يحمله على قول أو فعل ما ليس فيه رغبة، فيكون قوله أو فعله صادرين على إرادة معينة<sup>503</sup>. ذلك أن الزوج المكره وهو يتلفظ بالطلاق لا يقصد به الطلاق ذاته، وإنما يقصد به دفع الأذى الذي يلحقه من الشخص المكره. فلا يكون إختياره كاملا، فينتفي بهذا وقوع الطلاق منه، نظرا لغياب القصد، عملا بقوله صلى الله عليه وسلم : "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه."، هذا قول الجمهور، باستثناء الحنفية رغم هذا، فإن القانون المصري للأحوال الشخصية اعتبر طلاق المكره لغوا لا يعتد به<sup>504</sup> ، والذين يقولون بوقوع طلاق المكره كونه لما تلفظ بالطلاق كان له القصد والإختيار في التلفظ به، فيحاسب عليه،<sup>505</sup>.

---

501 سورة النساء، الآية 43.

502 نصت الفقرة الأولى من المادة 89 ق. أ. ش. س. " لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره. "

503 عبد الفتاح نقيه ،قانون الأسرة مدعما بأحدث الإجتهاادات القضائية والتشريعية، المرجع السابق، ص 206.

504 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق. ص 290؛ علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص 146؛ ابن رشد، المرجع السابق، ص 538.

505 عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص 234 و 235.

أما شروط المكره فهي :

1. أن يكون المكره قادرا على تحقيق ما هدد من أجله.
  2. أن يكون المكره عاجزا عن الدفع، بفرار أو مقاومة أو استعانة بالغير.
  3. أن يغلب على ظنه نزول الوعيد إن لم ينفذ ما طلب منه.
  4. أن يكون الأمر الذي هدد به بما يلحق ضررا كبيرا ؛ كالقتل أو التعذيب الشديد.
- وقد أخذ بعدم طلاق المكره كل من القانون المغربي (م 90 م. أ. م.)<sup>506</sup> السوري (م 1/89 ق. أ. ش. س.)<sup>507</sup> المصري (م 1 ق. أ. ش. م.)<sup>508</sup>.
- أما قانون الأسرة فقد كان صريحا في نص المادة 48 التي نصت على أن الطلاق يقع بإرادة الزوج، فمن إرادته ناقصة أو معدومة فلا يقع طلاقه<sup>509</sup>..

## 6. طلاق السفية:

أجمع الفقه على أن طلاق السفية يصح، لأن الطلاق من التصرفات التي لا يصح فيها الفسخ ولا يؤثر فيها الهزل<sup>510</sup>، ولأن السفية يملك النكاح فيملك إنهاءه، ولأن موضع الحجر هو التصرفات المالية، والنكاح وآثاره وكل ما يتعلق به ليس موضع حجر، فصح أن يقع منه الطلاق، ولو منع من الطلاق لوجب أن يمنع من الزواج<sup>511</sup>. وقد خالف هذا ابن أبي ليلى الذي قال بعدم صحة طلاق السفية، لأن البضع يجري مجرى المال، بدليل أنه يملكه بالمال ويصح أن يزول عنه فلم يملك التصرف فيه كالمال. أما خلع السفية والسفيهة فهو صحيح

---

<sup>506</sup> نصت المادة 90 من مدونة الأسرة المغربية " لا يقبل طلب الإذن بطلاق السكران الطافح والمكره وكذا الغضبان إذا كان مطبقا. " فالمشرع هنا اعتمد الوعي مناط التصرف، فمتى اختل أو تخلف التمييز والإدراك لا يقع الطلاق.

<sup>507</sup> نصت الفقرة الأولى من المادة 89 من قانون الأحوال الشخصية السوري " لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره "

<sup>508</sup> نصت المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية المصري " لا يقع طلاق المكره والسكران. "

<sup>509</sup> عبد الفتاح تقيية. ، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، المرجع السابق، ص 206

<sup>510</sup> عبد الفتاح تقيية. عوارض الطلاق بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 222.

<sup>511</sup> محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، المرجع السابق، ص 292.

لأن عبارتهما معتبرة شرعا. إلا أنه لا يجوز للزوج السفية أن يقبض البذل المالي للخلع كما لا يصح للزوجة أن تدفع هذا البذل لأنه تبرع، وهي ليست أهلا للتبرع.

قانون الأسرة لا يأخذ بطلاق السفية، طالما أن المادة 85 منه أدرجت السفية ضمن عديمي الأهلية. فإن طلق رجل سفية وكان محجورا عليه، فإن طلاقه لا يقع، لكون تصرفاته غير نافذة، إذا استظهرت زوجته الحكم القضائي بالحجر عليه. والمفيد أن السفية لا يعتبر عديم الأهلية باعتبار أن له كامل القوة العقلية، ولا يمكن أن يلحق بالمجنون والمعتوه. وكل ما يعيبه أنه مبذر وينفق ماله في غير مقتضى العقل والشرع<sup>512</sup>.

وإذا كان هؤلاء يعوزهم التمييز كأساس لصحة التصرفات إلا المكره منهم الذي ينتفي لديه الإختيار، فإن القاصر الذي لم يبلغ بعد سن الزواج بحسب المادة 7 ق. أ. ج. بفقرتيه، يتوافر لديه التمييز والحرية. سوى أنه لم يبلغ سن الرشد. هل يعتد بطلاقه أم يشترط بلوغه السن القانونية؟

إذا أوجب الفقه تولى الولي زواج موليه الصبي الذي لم يحتلم بعد ولو كان مميزا<sup>513</sup> فإنه كما سلف رفض طلاقه اعتبارا لغياب البلوغ أو التمييز فيه، إلا بواسطة وليه. سوى أن القاصر في نظر القانون ليس هو الصبي المعلوم فقها، وإنما ذلك الشخص المميز أولا والبالغ ثانيا، ولم يبلغ بعد سن الرشد، وقد ورد تعريف القاصر استنباطا من حكم التصرفات الوارد في نص المادة 83 ق. أ. ج..

حسم الفقه الإسلامي مسألة طلاق القاصر، إذ اشترط توافر البلوغ والتمييز والحرية لصحة توقيع طلاقه، أما قانون الأسرة فلم يتعرض صراحة لطلاق القاصر من حيث الموضوع، غير أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبنص المادة 437 قضت بما

---

<sup>512</sup> عبد الفتاح تقيه. عوارض الطلاق بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية. المجلة الجزائرية. جامعة الجزائر العدد 2 سنة 2009. ص 223 و 224.

<sup>513</sup> محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص 33؛ مالك بن أنس، المرجع السابق، ص 270؛ علاء الدين الكاساني المرجع السابق ص 361؛ محمد الأستروشنى، أحكام الصغار، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص 35؛ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 108.

يلي: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة."

تحليلاً لهذه المادة، يمكن استنباط الأحكام التالية :

1. أجازت المادة ضمناً لناقص الأهلية توقيع الطلاق احتراماً لإرادته التي انصرفت إليه. وهذا حكم توافقت مع الفقه الإسلامي طالما أن هذا القاصر بالغ ومميز وحر.

2 . تتصرف دعوى الطلاق المشار إليها في هذا النص إلى كل من الطلاق بإرادة الزوج المنفردة أو بالإرادتين أو التطليق أو الخلع، هذا إذا رجعنا إلى نص المادة 47 ق. أ. ج. " تتحل الرابطة الزوجية بالوفاة أو بالطلاق. "

3 . منح النص لولي القاصر رفع الدعوى باسم موليه ليضعنا أمام التساؤل الموالي : هل هذه النيابة تنصب في موضوع الطلاق أم في شكله ؟ فإذا كانت نيابة في الموضوع فإن إرادة الولي تشترك مع إرادة القاصر في توقيع الطلاق، ويكون للولي متكلم في ذلك قد ينتهي بالهيمنة على إرادة موليه ذكراً كان أم أنثى ولا سيما أن الولي لا تربطه علاقة شرعية ولا قانونية مع زوج موليه، من جهة. ولا دراية له بطبيعة العلاقة بين الزوجين من جهة أخرى. مما يمنعه من تقرير مصير هذين الزوجين. ويرى الحنفية أن ليس لولي الزوج القاصر أن يطلق زوجة موليه<sup>514</sup>.

والحكمة من جعل الطلاق بيد الزوج هو أن الرجل له المقدرة الطبيعية على إعمال عقله ووزن الأمور وزناً دقيقاً، لا سيما في الأمور الهامة كأمر الطلاق ويقدر المسؤوليات على ذلك، أما المرأة فغالبا ما تخضع لعواطفها وانفعالاتها، فضلا عن قلة تجاربها في الحياة، قياساً بالرجل<sup>515</sup> .

أما الفقرة الثانية من المادة 7 ق. أ. ج. التي اكسبت للقاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق والتزامات تبقى محصورة في آثار الزواج، من صداق ونفقة

<sup>514</sup> محمد قذري باشا، المرجع السابق، ص 83.

<sup>515</sup> عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السابق، ص 301.

ونسب ومناخ البيت وأموال مشتركة بين الزوجين وإشتراط إن وجد. أما الطلاق فهو تصرف مستقل عن الزواج وليس من آثاره إطلاقاً، طالما أنه منظم بأحكام وشروط خاصة وتترتب عنه بدوره آثار خاصة كالعدة والنفقة والتعويض والحضانة.

إذا فأهلية التقاضي الواردة في نص المادة 7 ق. أ. ج. لا تتصرف إلى الطلاق المنظم بنص المادة 43 ق. إ. م. إ.

باستثناء هذه المادة الإجرائية لم يرد في الموضوع، أي في قانون الأسرة ما يجيز للقاصر توقيع الطلاق أو يمنعه من ذلك. وكان لذلك أن يكون كما ورد في قانون الأحوال الشخصية السوري بنص المادة 85: "يكون الرجل متمتعاً بالأهلية الكاملة للطلاق في تمام الثامنة عشرة من عمره. يجوز للقاضي أن يأذن بالتطليق أو يجيز الطلاق الواقع من البالغ المتزوج قبل الثامنة عشرة إذا وجدت المصلحة في ذلك." ويستخلص من هذا النص ما يلي:

1. إن سن الثامنة عشرة التي أشار إليها النص هي سن الزواج، بحسب المادة 16 ق. أ. ش. س. غير أن للقاضي أن يمنح الإذن بالتطليق بالنسبة للزوجة القاصرة، ويجيز الطلاق للزوج القاصر، مع وجوب التقيد بتحقق مصلحة القاصر في كل من الإذن أو الإجازة.

2. أزلت هذه المادة الغموض القائم في شأن طلاق القاصر من حيث الموضوع بخلاف قانون الأسرة الوطني.

إذا اتفق الزوجان رضاً على فك الرابطة الزوجية بينهما، عملاً بنص المادة 48 ق. أ. ج. فيجب التمييز بين حالتين :

الأولى : إذا كان الزوجان راشدين فإن إجراءات طلب الطلاق لا تستدعي أي شرط، يبقى للقاضي أن يستجيب للطلب (م3/431ق. إ. م. إ.)<sup>516</sup>.

---

<sup>516</sup> نصت الفقرة الأخيرة من نص المادة 431 ق. إ. م. إ. " . . . يثبت القاضي إرادة الزوجين بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الإتفاق النهائي ويصرح بالطلاق. "



الثانية: إن كان أحد الزوجين ناقص الأهلية بحكم وجوده تحت وضع التقديم أو مصاب باختلال ذهني يفقده سلامة التمييز فإنه لا سبيل إلى تقديم طلب الطلاق حتى يزول السبب المانع. (م 432 ق. إ. م. إ.)<sup>517</sup>.

هذا ما تعلق بالطلاق بإرادة الزوج القاصر المنفردة أو من في حكمه أو الطلاق بالإرادة المشتركة. غير أن المشرع لم يوصد باب رفع الحرج في وجه الزوجة متى رغبت في التحلل من عقد الزواج بإرادتها، بل منحها هذا الحق بنصي المادتين 53 و54 ق. أ.ج. فما حكم الزوجة القاصرة في طلب التطليق أو طلب الخلع؟

## المطلب الثاني

### التطليق

يقصد بالتطليق فقها فك الرابطة الزوجية عن طريق القاضي، متى طلبه الزوج أو الزوجة. أما القانون فيرى ذلك متى طلبته الزوجة فقط، لأنه لم يتعرض إلى بقية صور الفرقة الزوجية. يتم التطليق قضاء بطلب من الزوج حال اللعان والإيلاء والظهار. ويتم بطلب من الزوجة حال التطليق لسبب أو الخلع. وقد يتم فسخ عقد الزواج إن كان فاسدا (م 32، 33 و34 ق. أ. ج. ). أما قانون الأسرة فقد ضم كل هذه الصور في مصطلح "الطلاق"<sup>518</sup>. إذاً، فالتطليق والخلع حقان خالصان للزوجة تمارسهما متى توافرت الأسباب والشروط. فإن كانت الزوجة راشدة، مارست هذا الحق بحرية، وإن كانت قاصرة تخضع لأحكام خاصة فقها وقانونا.

## الفرع الأول

### تطليق الزوجة القاصرة

---

<sup>517</sup> نصت الفقرة الأولى من المادة 432 ق. إ. م. إ. " لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو إذا ظهر عليه إختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته " اشترط المشرع أن يمنع الإختلال العقلي التعبير السليم عن الإرادة.

<sup>518</sup> نصت المادة 48 من قانون الأسرة " تتحلل الرابطة الزوجية بالطلاق أو بوفاة أحد الزوجين. "

إذا كانت حكمة الشريعة الإسلامية قد قضت أن يكون الطلاق بيد الزوج، فقد اقتضت عدالتها أن تمنح الزوجة أيضا حق المطالبة بالتفريق، وأوجبت على القاضي أن يجيبها لطلبها متى تحقق السبب الداعي لذلك. وقد أكدت ذلك المادتان 53 و54 من قانون الأسرة في كل من التطلق والخلع. سوى أن الفقه اتفق في أسباب طلب التطلق واختلف في بعضها.

اقتصر الحنفية لأسباب التطلق على العيوب التناسلية في الزوج<sup>519</sup>؛ كالجب، العنة والخصاء<sup>520</sup>، وأضاف محمد من الحنفية كلا من البرص والجذام والجنون. أما غير الحنفية فقد وسعوا في أسباب التطلق وأضافوا كلا من عدم الإنفاق، العيوب المستحكمة من غير تقييد بعدد أو نوع معينين، الضرر المعتبر شرعا، الغيبة لمدة تزيد عن السنة والحبس<sup>521</sup>. فأخذ القانون المصري بخمسة أسباب<sup>522</sup>، اقتداء بالحنفية. أما القانون السوري، فقد اقتصر على العلل والغيبة وعدم الإنفاق، والشقاق<sup>523</sup>. ثم يأتي المشرع المغربي ليحصرها في خمس أيضا. هذا، بخلاف قانون الأسرة الجزائري الذي احتاط، متوسعا في الأسباب التي بلغت الإحدى عشر سببا، يكفي أحدها لطلب التطلق<sup>524</sup>.

---

519 أبو العباس الرملي، المرجع السابق، ص314؛ عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السابق، ص368.

520 الجب بفتح الجيم هو استئصال العضو التناسلي في الزوج، ويسمى محبوبا، أما العنة بضم العين وتشديد النون فهو عجز الرجل عن المباشرة الجنسية، أما الخصاء، بكسر الخاء فهو شل الخصيتين أو استئصالهما.

521 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق. ص348.

522 نص القانون 25 لسنة 1920 للأحوال الشخصية المصري على سببين للتفريق، هما التفريق لعدم الإنفاق والتفريق للعيوب (م4، م9)، ثم يضيف نفس القانون المعدل لسنة 1929 ثلاثة أسباب، هي التفريق للضرر وسوء العشرة، التفريق لغيبة الزوج دون عذر، والتفريق لحبسه (م12، م14، . . .)؛ عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق. ص319.

523 قانون الأحوال الشخصية السوري، المواد من 105 إلى 115.

524 نصت المادة 53 من قانون الأسرة "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية:

- . عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج. . . .
- . العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.. الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
- . الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
- . الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة. مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.. الشقاق المستمر بين الزوجين. . .
- . ارتكاب فاحشة مبينة. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج. . كل ضرر معتبر شرعا.

لا فرق بين الزوجة الراشدة والقاصرة من حيث الحق في طلب للتطليق باعتباره رفعا لمظلومة. فلها أن ترفع دعوى قضائية بواسطة وليها بمقتضى المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي ادرجت كافة صور الفرقة الزوجية تحت اسم الطلاق، إلا الطلاق بالتراضي. والولي المقصود هو الولي المؤهل للولاية وقت رفع الدعوى القضائية وليس من تولى تزويجها بالضرورة، كما قضت الفقرة الثانية من المادة 11 ق. أ. ج. لأن القاصرة لو زوجها وليها في تاريخ معين ثم اعتراه عارض من عوارض الأهلية أو توفي. أعتبر الزوجة القاصرة هنا بدون ولي، أم تنتقل الولاية للأقرب ؟

الصواب أن يتولى رفع الدعوى الولي الموالي قانونا، عصبه كان أم من ذوي الأرحام. أما وضعية الأم في هذه الحالة فإن المادة 87 ق. أ. ج. في فقرتها الأولى أحلت الأم محل الأب المتوفى من حيث الولاية، وطالما أنه لا يوجد من النصوص ما يمنع الأم من ممارسة الولاية، فلها أن تباشر طلب التطليق لموليتها. أما لو انعدم الأولياء، بما فيهم الأم فهل قاعدة " القاضي ولي من لا ولي له " تسري على هذه الحالة ؟

لا يستقيم ذلك مع المنطق، كون القاضي لا يمكنه أن يكون وليا لقاصر وحكما في منازعة تعني هذا القاصر. لأجل ذلك، وعند غياب الولي يبحث القاضي إن كان للقاصرة وصي وإن تعذر وجوده، عين لها القاضي مقدما يرفع الدعوى، وهذا ما أكدته المادة 437 ق. أ. م. إ. بما نصه " عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة. " أما الأسباب التي حددها المشرع سندا لطلب الزوجة التطليق بحسب نص المادة 53 فكانت في قانون 84. 11 محصورة في سبعة أسباب اقتداء بالآراء الفقهية.

غير أن تعديل 2005 أضاف شرطين، الشقاق المستمر بين الزوجين، ومخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج. أما سبب الضرر المعتبر شرعا فليس بمضاف بل هو منفصل عن السبب المتعلق بمخالفة الأحكام الواردة في نص المادة 8.

### 1 . عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج :

يعود أساس هذا السبب إلى ما ذهب إليه الإمام مالك والشافعي بجواز التطلاق لعدم الإنفاق بحكم القاضي، إن كان للزوج مال ظاهر. فإن لم يكن له مال ظاهر وامتنع عن الإنفاق وهو حاضر ولم يثبت إعساره استجاب القاضي لطلب الزوجة<sup>525</sup>. في حين أن الحنفية لا يجيزون التفريق لعدم الإنفاق، سواء أكان سبب الإمتناع هو مجرد الإمتناع أم الإعسار<sup>526</sup>. واشترط المشرع لتحقيق هذا السبب شرطين؛ وجود حكم قضائي يلزم الزوج بالنفقة، وألا تكون عالمة بإعسار الزوج وقت الزواج.

فالشرط الأول يقتضي أن تستصدر الزوجة حكما قضائيا يلزم الزوج بدفع النفقة وهذا إعمالا لنص الفقرة الثانية من المادة 7 ق. أ. ج. التي تمنح للزوج القاصر أهلية التقاضي فيما تعلق بآثار الزواج، والنفقة من آثاره. أما الشرط الثاني، فمفاده عدم علم الزوجة بإعسار زوجها يوم إبرام عقد الزواج، وعليها أعلى وليها عبء الإثبات، طالما أنه تولى زواجها وهي قاصرة؛ كأن يكون قد غرر بها أو دلسها ولا سيما فيما يتعلق بمصدر كسبه أو مقدار دخله. وقد تعرض القضاء للتطبيق بسبب عدم الإنفاق<sup>527</sup>.

<sup>525</sup> محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص153؛ ابن رشد، المرجع السابق، ص511.

<sup>526</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق. ص348 و349.

<sup>527</sup> قرار عن المحكمة العليا متى كان من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطلاق عن زوجها وذلك لما نص عليه الفقيه ابن عاصم، بقوله الزوج إن عجز عن إنفاق لأجل شهرين ذو استحقاق بعدهما الطلاق لا من فعله وعاجز عن كسوة كمثلته، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية.

إذا كان من الثابت أن المطعون ضدهما دين جزائيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي وحكم عليه غيابيا بسنة حبسا منفذة، فإن قضاة الإستئناف برفضهم طلب الطاعة المتعلقة بالتطلاق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي، ومتى كان كذلك

## 2 . العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج :

المقصود بالعيوب نقصان بدني أو عقلي أو نفسي في أحد الزوجين يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة فيما بين الزوجين. واختلف الفقه من حيث وجوب التفريق من عدمه ومن حيث أنواع العيوب.

فمن جانب وجوب التفريق للعيوب، أجمع الفقه على حق الزوجة في طلب التطلق متى اعترى الزوج عيب يحول دون تحقيق الغاية من الزواج، بشرط تأجيل الزوج سنة على أملا العلاج أو الشفاء، إلا الظاهرية، فإنهم لا يجيزون التفريق للعيوب أيا كان نوعه. دليلهم في ذلك، عدم وجود نص من الكتاب أو من السنة يقضي بهذا. وكل ما في هذا الصدد هو من أقوال الصحابة فقط<sup>528</sup>. والعيوب الموجبة للتفريق ثلاث أنواع :

أ . عيوب تناسلية خاصة بالرجال يستحيل معها الإنجاب<sup>529</sup>، إلا إذا ثبت نجاح التلقيح الإصطناعي بإرادة الزوجين.

ب . عيوب تناسلية خاصة بالنساء؛ منها القرن، والرتق، والبخر، والعفل، وغيرهم سوى أن الطب الحديث وجد لها علاجات.

ج . عيوب مشتركة بين الرجال والنساء؛ كالجنون المطبق أو المنقطع، والبرص والجذام وهو مرض يتقطع به لحم الإنسان ويتساقط.

أما عبء إثبات العيب أو السبب الداعي لطلب التطلق فيقع على الزوجة التي تدعي ذلك، وللمحكمة أن تتحقق من السبب والأخذ به إن كان مؤسسا. وقد أيدت المحكمة العليا في اجتهاد لها حق الزوجة في طلب التطلاق متى تبين لها عيب في زوجها يحول دون

---

استوجب نقض القرار المطعون فيه، تاسيسا على الوجه المثار من الطاعنة في هذا الشأن. " ملف رقم 34791 بتاريخ 1984/11/19.

<sup>528</sup> عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق. ص 325. محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص 64؛ ابن حزم الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص 109؛ علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص 476 و 477. محمد أبوزهرة، المرجع السابق، ص 348؛ ابن رشد ألمرجع السابق، ص 509 ؛ شهاب الدين القرافي، الذخيرة، ط 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994، ص 420.

<sup>529</sup> الرجوع إلى الصفحة 112 وما بعدها مما سبق.

تحقيق الغاية من الزواج، واعتبرت هذا مسببا لضرر معتبر شرعا<sup>530</sup>، فقد صدر القرار الآتي " من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلق لكل ضرر معتبر شرعا، وقد تبين في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين، وان الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة الطويلة، مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطلق لتضررها لعدم الإنجاب وعليه، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطبيق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليما.

حيث اعتبر القضاء الإنجاب من الغايات المبتغاة من الزواج وفق المادة 4 من قانون الأسرة، وأن تخلف هذا الهدف يترتب ضررا للزوجة، ولا سيما إذا كان العيب في الزوج مما يمنحها حق طلب التطلق، سوى أن هذا الإجتهد لم يشر إلى إمهال الزوج مدة سنة من أجل العلاج بحيث اقتصر في حيثياته على عبارة " أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة " دون تحديد المدة. وقد استدركت المحكمة العليا هذا من خلال قرار آخر تقييدت فيه بمهلة السنة أملا في العلاج أو الشفاء<sup>531</sup>.

### 3 . الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر :

يعتبر الهجر في المضجع مما يلحق الضرر بالزوجة إن كانت تطيق الوطء ويرى الفقهاء أن الزوج ملزم بوطء زوجته ولو مرة في كل طهر، اقتداء بقوله تعالى **چے كے كے كے**

---

1 قرار من المحكمة العليا صادر بتاريخ 16 فبراير 1999 ملخص في أنه " ملف رقم 213571 بتاريخ 16 فبراير 1999، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ، عدد خاص عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، 2001، ص 119. 531 "من المقرر فقها وقضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الإجتهد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلاها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطلق، فإن القضاء بما يخالف هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية. " قرار رقم 34784 بتاريخ 1984/11/19.

كُؤ وُؤ وُؤ وُؤ وُؤ وُؤ وُؤ<sup>532</sup> وقد أخذ المشرع بذلك. غير أن إثبات الهجر أمر عسير التحقق، إلا إذا قامت قرينة تثبت الهجر، كغيبة الزوج عن زوجته لمدة تجاوزت الأربعة أشهر دون مسوغ شرعي ولا فرق بين الزوجة الراشدة والقاصرة، إلا في الجانب الإجرائي لرفع الدعوى.

#### 4. التفريق للغيبة :

تعتبر غيبة الزوج عن زوجته خلافا للأصل الذي يستوجب العشرة والمكوث فيما بين الزوجين. غير أن الغيبة متى كانت ضرورية؛ إما لعمل أو لدراسة أو تجارة، فلا تعتبر مما يحدث الضرر. أما لو كانت غير ذلك، ولازمها عدم الإنفاق كان الضرر ثابتاً. والتفريق للغيبة يختلف عن التفريق للفقد، إذ يعتبر الأول طلاقاً بائناً تترتب عليه آثار

الطلاق، أما الثاني فهو إنهاء لعقد الزواج لأن الحكم بالفقد هو الحكم بالوفاة<sup>533</sup>.

من حيث جواز طلب التطليق للغيبة فإن الحنفية والشافعية فلم يجيزوا التفريق بين الغائب وزوجته حتى وإن طال<sup>534</sup>، أما المالكية فيجيزون التفريق لغيبة بلغت سنة كاملة بشرط أن تنتضرر الزوجة من هذه الغيبة، وألا يوجد عذر يبيح ذلك<sup>535</sup>، وأن تكون الغيبة في بلد غير الذي تقيم فيه<sup>536</sup>.

نص قانون الأسرة في الفقرة الخامسة من المادة 53 على حق الزوجة في طلب التطليق متى غاب عنها زوجها لمدة سنة أو أكثر دون عذر وبدون نفقة، ليكون النص العربي

---

532 سورة البقرة الآية 222.

533 عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السابق، ص 396. كما نصت المادة 5/53 أن للزوجة حق طلب التطليق متى غاب عنها زوجها مدة سنة دون عذر ولا نفقة. كما عرفت المادة 110 من قانون الأسرة الغائب أنه " من منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود. " وكذلك = = المادة 112 ق. أ. ج. أجازت لزوجة الغائب طلب الطلاق " لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون. "

534 العربي بختي، المرجع السابق، ص 133؛ ابن رشد، المرجع السابق ص 511.

535 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 366.

536 باديس نيايي، المرجع السابق، ص 46.

قد جمع بين سببي الغيبة وانعدام النفقة، بخلاف النص الفرنسي الذي اكتفى بأحد السببين لطلب التطلق، مستعملا في ذلك أداة التخيير " ou " <sup>537</sup>. مما يقيم تعارضا بين النصين، ليثور التساؤل حول ما يصح الأخذ به من بين النصين أهو النص العربي، أم النص الفرنسي ؟ يبدو أن الأصوب هو النص الفرنسي الذي يخير بين السببين، لأن أغلبية التشريعات العربية لم تجمع بينهما<sup>538</sup>.

## 5 . مخالفة الشروط الواردة في المادة 8 :

المقصود بنص المادة 8 من قانون الأسرة أن الزوج، عند رغبته في تعدد الزوجات مقيد بجملة من الشروط الشكلية والموضوعية الممثلة في جواز التعدد إلى غاية الأربع زوجات، وفق الشريعة الإسلامية متى توافر المبرر الشرعي، كعدم كفاية الزوجة أو وجود مانع طبيعي يحول دون تحقيق أهداف الزواج. فضلا عن توافر شروط ونية العدل مع وجوب إخبار الزوجتين السابقتين واللاحقة، لينتهي باستصدار ترخيص من قاضي شؤون الأسرة. إذاً، فهي إجراءات ليست من النظام العام، طالما أن المشرع لم يوقع عقوبة جزائية أو مدنية على مخالفتها.

سوى أن المشرع اقتصر على إجازة فسخ العقد متى أخل الزوج بأحكام المادة 8 ق. أ. ج. وكان ذلك قبل الدخول (م8 مكرر 1 ق. أ. ج. ) كما منح احدي الزوجتين أو كليهما حق المطالبة بالتطلق، متى تم الدخول (م6/53 ق. أ. ج. ) ولا أرى هذا جزاء

<sup>537</sup> نصت الفقرة الخامسة من المادة53، . أ. ج. باللغة الفرنسية

" pour absence de plus d'un(1) an sans excuse ou sans pension d'entretien " .

<sup>538</sup> نصت المادة 12 من قانون 1929 المصري على أنه " إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول، جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنا، إذا تضررت من بعده عنها، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه. " فالمادة هذه أعطت معتبرة للغيبة ولو كان الزوج قد ترك لزوجته مالا تنفق منه، لأن ضرر الغيبة لا يعوض من طرف الغير أما ضرر الإنفاق، فيجوز لأي قريب للزوجة أو الزوج أن ينفق عليها ويرجع على الزوج إن عاد لزوجته. أما مدونة الأسرة المغربية فقد نصت في المادة 104 " إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تزيد عن سنة أمكن للزوجة طلب التطلق. " في حين أن قانون الأحوال الشخصية السوري نص في المادة 109 "إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم عليه بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات، جاز لزوجته بعد سنة من الغياب او السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق. "



مناسبا، لأن التظليق مضر بالزوجة أحيانا اكثر مما يضر بها التعدد، ولاسيما إن كانت أما لأولاد، أو منعدمة لأهل والأقارب ممن تأوي إليهم بعد التظليق. ويبدو أن المشرع لا يرى ضررا في خرق أحكام المادة 8 ق. أ. ج.

هذا، بخلاف مدونة الأسرة المغربية التي تعتبر الإذن بتعدد الزوجات من النظام العام ومخالفته تعتبر جريمة بمقتضى نص الفصل 366 من القانون الجنائي المغربي الذي يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وغرامة مالية من مائتين إلى ألف درهم أو بإحدى العقوبتين. وتتوقف المتابعة على طلب من المتضرر أو من النيابة العامة<sup>539</sup>. كما يمكن للمتضرر في إطار المسؤولية التقصيرية المطالبة بالتعويض في إطار الدعوى المدنية بالتبعية أو أمام القضاء المدني. هذا، مع العلم أن القانون المغربي لم يمنح للزوجة طلب التظليق، لعلمه أنه ليس بجزء مجد.

أما القانون السوري فلا يعتبر قواعد التعدد من النظام العام، طالما أن المادة 17 من قانون الأحوال الشخصية تقضي بجواز التعدد بشرط توافر المسوغ الشرعي والقدرة على النفقة،<sup>540</sup> دون أن يلحق المادة بجزء محدد.

إن حق طلب التظليق في هذه الحالة حق ممنوح للزوجتين، السابقة واللاحقة فقد تكون السابقة راشدة واللاحقة قاصرة أو العكس، أو تكونا قاصرتين في آن واحد أو يكون الزوج لوحده قاصرا. والسؤال المطروح هنا هو: إذا كانت الزوجة السابقة قاصرة وطلب القاضي رأيها في التعدد الذي سيقدم عليه زوجها، فهل تنفرد بالرأي لكونها مرشدة بالزواج، أم تدعو وليها لإشراكها في الأمر ما دامت قاصرة ولا تدرك عواقب التعدد؟ وهل لوليها حق الاعتراض متى تبين له أن ابنته وافقت على التعدد مستغلة من طرف زوجها؟

لم يوضح المشرع هذه المسألة إلا ما أشار إليه في حق التقاضي، ونحن هنا لسنا بصدد تقاض، بل بصدد عمل ولائي قائم على إرادة سليمة. وإذا أخذنا بما نص عليه المشرع

539 محمد الكشور، المرجع السابق، ص263.

540 قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق.



أم قاصرة. والفاحشة لا تنحصر في مدلولها الشرعي في الزنا، وإنما تتعداها إلى الجرائم المعاقب عنها المسماة "الحدود" وهي: القذف، السرقة، السكر، المحاربة، الردة والبغي<sup>544</sup>.

إذا كان الزنا فاحشة يترتب عنه قانوناً حبس الزوج، فإن المشرع أحدث تكراراً بيّناً لما جاء في الفقرة الرابعة ضمن الفقرة السابعة من ذات المادة التي تنص على الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة تستحيل معها الحياة الزوجية. والفاحشة الواردة في الفقرة السابعة تعتبر جريمة وتترتب عنها عقوبة، طالما أنها مخالفة للشرع والقانون، سوى أن الجريمة المذكورة في الفقرة الرابعة تقتضي عقوبة، أم الفاحشة الواردة في نص الفقرة السابعة، فيكفي قيامها دون وجود العقوبة لتكون سبباً لطلب التظليق.

للزوجة في الحالتين أن تطلب التظليق متى توافر أحد السببين المتشابهين، ولو أن وجه الإختلاف بينهما من جهة أخرى يكمن في وسيلة الإثبات، حيث يصعب إثبات الفاحشة، في حين يسهل إثبات الحبس عن ارتكاب جريمة. والزوجة هنا، قاصرة كانت أم راشدة، لها أن تطلب التظليق من عدمه، ما دامت مخيرة في ذلك. أملاً في استقامة زوجها وعودته إلى الصواب.

إن مصطلح الفاحشة التي جاءت بصيغة النكرة في الفقرة السابعة، لا بد من إحالتها على الشريعة الإسلامية، ولا فرق بينها وبين الجريمة الماسة بشرف الأسرة.

## 7. الشقاق المستمر :

لقد أعطت الشريعة الإسلامية للزوج حق تأديب زوجته إذا أساءت العشرة وظهرت النشوز بمقتضى حق الولاية والقوامة لقوله تعالى ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّا جَعَلْنَا لَكَ فِي نَفْسِكَ حَقًّا** ﴾<sup>545</sup> وقد يكون سوء العشرة من الزوج الواجب عليه<sup>546</sup>. فيثور شقا بين الزوجين.

<sup>544</sup> باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 48.

<sup>545</sup> سورة النساء، الآية 34.

<sup>546</sup> عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السابق، ص 375.



المشرع أشار إلى إجراءات فض الخصام بواسطة الحكّمين، دون التعرض إلى إثارة حالة فشل الحكّمين في الصلح، فهل يؤول الأمر إلى القاضي من جديد أم إلى الزوجين؟ تعرض قانون الإجراءات المدنية والإدارية بدوره إلى هذه المسألة من خلال المواد 446 إلى 449.<sup>552</sup>

يعود مصدر هذه الفقرة، كما أشار إليه بعض الشراح<sup>553</sup> إلى إجتهد قضائي نص على أنه " من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لإستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا. ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج المسؤول عن الضرر، لأنه لم يمتثل للقضاء في توفير سكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض، وعليه، فإن قضاة الموضوع لما قضا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظلم الزوج وتعويض الزوجة، طبقوا صحيح القانون<sup>554</sup>. " فرغم تمسك المحكمة العليا بمصطلح الخصام إلا أنها تقصد الشقاق الوارد بالفقرة الثامنة من المادة 53 ق. أ. ج.

أخيرا يبدو أنه كان للمشرع أن يشير في الفقرة 8 من المادة 53 التي نصت على الشقاق إلى نص المادة 56 التي نصت على الخصام، لبيّن العلاقة القائمة بين النصين. كما سبق وأن نص على ذلك في الفقرات 1،6 و 9 من المادة 53 نفسها. لتكون الصياغة

---

<sup>552</sup> نصت المادة 446 ق. إ. م. إ. " إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكّمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة. " ونصت المادة 447 أيضا " يطلع الحكّمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة. " ونصت المادة 448 " إذا تم الصلح من طرف الحكّمين يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل للطعن. " أخيرا وردت المادة 449 بنصها " يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكّمين تلقائيا، إذا تبينت له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة. " لقد وضحت المواد هذه الغموض الذي اعترى نص المادة 56 من قانون الأسرة، من حيث مهام الحكّمين وعلاقتها مع القضاء.

<sup>553</sup> باديس ذيابي، المرجع السابق. ص 50.

<sup>554</sup> القرار الصادر في 15 جوان 1999 عن غرفة الأحوال الشخصية، قسم الوثائق للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص 129.

كما يلي " الشقاق المستمر بين الزوجين متى فشل الحكمان في مساعهما طبقا للمادة 56 من هذا القانون. "

ومن حسنات المشرع المغربي أنه اعتمد الدقة والتوسع في هذا الموضوع ؛ إذ افرد للشقاق ثلاث مواد متتالية (95، 96 و 97 م، أم )، لتقضي المادة 95 على أن الحكمين مطالبان باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين بكل حرص. فإن توصلوا إلى الإصلاح رفعا تقريراً ثلاثي النسخ إلى المحكمة لتبليغ الزوجين به، فيكون بمثابة صلح. أما المادة 96 فتشير إلى اختلاف الحكمين في مضمون التقرير المحرر أو في تجاوزهما المدة المحددة قانوناً، لينتهي الأمر إلى المحكمة التي تجري بحثاً إضافياً.

أما المادة 97 فتعالج مسألة تعذر الإصلاح، فإذا فشل الحكمان في مهمتهما رفعا تقريراً بذلك للمحكمة مقرين فيه بالفشل وموضحين أسباب الشقاق ومصدر الإساءة والنزاع، لتحكم المحكمة بالتطبيق لإستحالة استمرار الحياة الزوجية<sup>555</sup>.

أما موقف الشريعة الإسلامية فإنها تقضي في مسألة الشقاق بين الزوجين بأحكام مختلفة وفق كل مذهب. نصت الآية السابقة في شأن الشقاق على بعث حكيم يحاولان التقريب بين الزوجين المتشاقين فإذا أخفق الحكمان في الصلح، هل للزوجة طلب التطلاق؟ اتفق الفقهاء على بعث الحكيم كما اتفقوا على أن يكون الحكمان من أهل الزوجين. واختلفوا في تفريق الحكيم للزوجين<sup>556</sup>، واختلفوا كذلك في أحقية الزوجة طلب التطلاق متى استفحل الشقاق<sup>557</sup>. فإذا اتفق الحكمان على اليأس من الإصلاح وقررا التفريق بين الزوجين جاز لهما ذلك دون إذن من الزوج أو من الزوجين، هذا قول الإمام مالك

<sup>555</sup> محمد الأزهر، المرجع السابق. ص 266.

<sup>556</sup> ابن رشد، المرجع السابق. ص 552.

<sup>557</sup> عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق. ص 330.

وأصحابه. وحجتهم أن عليا بن أبي طالب قال في الحكمين "إليهما التفرقة بين الزوجين والجمع."<sup>558</sup>، ثم أن القرآن لم يمنع ذلك.

أما الحنفية والشافعية فيرون عدم التفريق لأنه حق أصيل للزوج وحده، من جهة وأن الآية الكريمة قصرت عمل الحكمين على محاولة الإصلاح بين الزوجين ولم تجعل لهما حق التفريق، فيبقى هذا على الأصل للزوج وحده، إلا إذا وكلهما بذلك، حيث لا كتاب ولا سنة ولا أثر يدل على ثبوت هذا الحق لغيره<sup>559</sup>، كما لا يحق للقاضي أن يجبر الزوجين على التحكيم<sup>560</sup>. وإذا استر الشقا بين الزوجين جاز للزوجة طلب التطلق لما لحقها من ضرر جراء هذا الشقاق وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري (م8/53) والقانون المصري (م6 من القانون 25 لسنة 1925)<sup>561</sup>.

## 8 . الضرر المعتبر شرعا :

قد يتجاوز الزوج حسن المعاشرة إلى الإضرار بالزوجة فيؤذيها ضربا أو إهانة أو يعرض عنها من غير مسوغ شرعي. مما يدفعها على التطلق للتحلل من الضرر. تعرض المشرع الجزائري والقانون المصري للأحوال الشخصية ومدونة الأسرة المغربية، وغيرهم للتفريق للضرر. فلا فرق بين زوجة قاصرة وأخرى راشدة.

غيرأن الزوجة إذا كان قصورها مما لايجعلها تدرك مصلحتها أو تخشى من الزوج في الدفاع عن نفسها، فلوليها أن يتدخل ويرفع دعوى طلب التطلق باسمها، لاسيما إن كان

---

<sup>558</sup> ابن رشد، المرجع السابق. ص552. الإمام مالك، المرجع السابق، ص301.

<sup>559</sup> عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق؛ ص330. ابن رشد، المرجع السابق، ص553؛ محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص169.

<sup>560</sup> محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص169.

<sup>561</sup> نصت الفقرة الثامنة من المادة 53 ق. أ. ج. " يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب التالية. . . . . الشقاق المستمر بين الزوجين. " كما نصت المادة6 من قانون الأحوال الشخصية السوري " إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق، وحينئذ يطلقها القاضي طلقا بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن افضلاح بينهما، فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين. "

الزوج مجنوناً. وللولي أن يطلب ذلك أيضاً من النيابة العامة<sup>562</sup>. فإذا عجزت عن إثبات الضرر عين القاضي حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهلها، كونهما أدري بواطن الأمور. ليفرق القاضي متى أخفقا في التوفيق بين الزوجين. وتبقى في الأخير عبارة "الضرر المعتبر شرعاً" مطلقة ومرهونة بتقدير القاضي للضرر<sup>563</sup>، لأن معيار تقدير الضرر شخصي وليس مادياً، وتقديره بما يجعل استحالة دوام العشرة أمر موضوعي متروك لقاضي الموضوع ويختلف باختلاف حال الزوجين، من حيث البيئة، ودرجة ثقافتها ووسطها الاجتماعي<sup>564</sup>.

ومما أشار إليه بعض الشراح أن الضرر المعتبر شرعاً المشار إليه في الفقرة 10 من المادة 53، لا يستدعي طلب التفريق، لأن الضرر كما يكون من الزوج قد يكون من الزوجة. ولا يكفي القول أن الزوجيمك الطلاق بالإرادة المنفردة، فلا يخول له طلب التفريق للضرر بل العكس، يجب أن تدفع الزوجة ثمن مشاقتها متى أضرت بالزوج، وهذا عن طريق التعويض الذي يقرره القاضي في التفريق للضرر<sup>565</sup>.

## الفرع الثاني

### خلع الزوجة القاصرة ومن في حكمها

---

<sup>562</sup> محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية. ط2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء المغرب. 2009. ص34 و 35.

<sup>563</sup> تعرضت المحكمة العليا في العديد من قراراتها إلى التفريق للضرر بكافة أشكاله مع كيفية تقديره، ومن أمثلة ذلك: "إن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعاً التي تستوجب التطلاق دون اشتراط صدور حكم جزائي. ملف رقم 258555 بتاريخ 2001/1/23، م. ق. 2002، عدد2، ص417، عن بلحاج العربي، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص285.

"== من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعاً، كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع. ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة متضررة من عدم الإنفاق والضرب الذي تعرضت له من طرف الزوج، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطلاق الزوجة لثبوت تضررها فإن تقديرهم كان سليماً وطبقوا صحيح القانون. ملف رقم 222134 بتاريخ 1999/5/18، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص282.

<sup>564</sup> عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السابق، ص378.

<sup>565</sup> عبد الفتاح نقيه، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، المرجع السابق، ص216.



إذا كان الفقه والقانون قد قيّدا طلب الزوجة للتطليق بتقدير القاضي لسبب طلب التطليق، فإن الخلع كصورة أخرى لفك الرابطة الزوجية يختلف عن التطليق من حيث اعتباره حقا أصيلا للزوجة تمارسه متى تشاء، ومن حيث يقابله عوض مالي، دون تقيد بإرادة القاضي، ولا سيما عند المشرع الجزائري<sup>566</sup>.

إذاً، ما هو أساس الخلع؟ ما شروطه؟ متى يتم؟ ما حكم بدل الخلع؟ ما حكم الزوج القاصر في شأن الخلع، ذكرًا كان أم أنثى؟

### أولاً . تعريف الخلع :

الخلع معناه الإزالة والنزع، فيقال : خلع فلان ثوبه، خلع الزوج زوجته إذا أزال زوجيتها. لكن العرف يستعمل الخلع بفتح الخاء لإزالة غير الزوجية وبضمها لإزالتها.<sup>567</sup> والخلع مادي كقوله تعالى ﴿ خ خ خ ﴾<sup>568</sup> أي، أنزع نعليك. كما يكون معنويًا ؛ مثل خلع الزوج زوجته إذا افتدت منه بمال<sup>569</sup>.

عرف الفقهاء الخلع بضم الخاء شرعا أنه إزالة ملك النكاح ببذل، بلفظ الخلع أو ما في معناه، وهو إنهاء العلاقة الزوجية نظير مال تدفعه الزوجة لزوجها لتخليص نفسها مما هي فيه بلفظ الخلع<sup>570</sup>. أما وجه تسمية الخلع نزعا، فإنه لما كانت الزوجة لباسا للزوج وهو لباس لها، عملا بقوله تعالى ﴿ پ پ پ پ پ ث ث ﴾<sup>571</sup> فالزوجة هنا لباس لزوجها في الستر، فإذا طلبت الخلع، كأنما نزع الزوج لباسه<sup>572</sup>.

<sup>566</sup> بحسب ما ورد في نص المادة 54 من قانون الأسرة أن الخلع حق أصيل للزوجة تمارسه متى شاءت، وليست ملزمة بتبرير طلبها، شريطة أن تدفع بدلا لهذا الخلع، وما على القاضي إلا الإستجابة لطلبها دون أخذ موافقة الزوج، ليعتبر حكمه هنا حكما كاشفا، وللزوج . أن يفاوض في البذل المالي فقط.

<sup>567</sup> عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق. ص 285.

<sup>568</sup> سورة طه، الآية 12.

<sup>569</sup> رمضان علي السيد الشرنباصي. المرجع السابق. ص 288.

<sup>570</sup> رمضان علي السيد الشرنباصي، نفس المرجع. ص 288.

<sup>571</sup> سورة البقرة، الآية 187.

<sup>572</sup> عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السابق. ص 415.





آثمة<sup>582</sup>، لقوله صلى الله عليه وسلم " أيما امرأة سألت زوجها طلاقها من غير بأس فالجنة عليها حرام. <sup>583</sup>"

2 . ألا يترتب على الخلع ضرر بالغير ؛ كأن يبادر به الزوج إضرارا بزوجته، مثل خلع الأجنبي، وهو اتفاق شخص مع الزوج على أن يخلع هذا الأخير زوجته ليتعهد الأجنبي بدفع بدل الخلع للزوج. وقد أجاز فقهاء المالكية هذا النوع من الخلع على أن يقصد به تحقيق مصلحة أو درء مفسدة، ولا يصح إن كان الغرض منه الإضرار بالزوجة، ثم أن الزوجة المريضة مرض الموت يترتب خلعها إضرارا بورثتها، أو خلع المحجور عليها للإفلاس<sup>584</sup>.

للإشارة ن فإن هذه القيود تبقى قيودا أخلاقية دينية، لم يأخذ بها المشرع في نص المادة 54 ق. أ. ج. وخاصة لما وردت عبارة " دون موافقة الزوج " من جهة، ولم يقرر للزوج تعويضا مضافا إلى بدل الخلع، كما اشار إليه في الطلاق التعسفي وفي التطلاق<sup>585</sup>.

#### رابعا . التكيف الفقهي للخلع :

إذا اتفق الزوج مع زوجته على أن تدفع له مبلغا من المال مقابل طلاقها فقبلت، وتم ذلك بايجاب وقبول، سمي مخالعة، فالخلع في حقيقته هو عقد ثنائي الطرف،

---

582 سامح سيد محمد. الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة والقانون المصري. دار أبو المجد. القاهرة 2005. ص89.  
583 المقصود بعبارة " من غير بأس " تعني من غير حالة شدة تدعوها وتلجئها إلى المفارقة، كأن تخاف ألا تقيم حدود الله فيما يجب عليها من حسن الصحبة وجميل العشرة لكرهتها له، أو أن يضار بها لتختلع منه. أبوداود، ج3، المرجع السابق، ص543.

584 سامح سيد محمد، المرجع السابق، ص92 و93. علي لبن، المرجع السابق، 38.  
585 نصت المادة 52 من قانون الأسرة "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها. " كما نصت المادة 53 مكرر من نفس القانون " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلاق أن يحكم للمطلة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها. " ونصت المادة عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر. "

من خلال النصوص السابقة ومقارنتها بنص المادة 54 فإن المشرع اعتبر البديل الذي تدفعه الزوجة مقابل الخلع تعويضا كافيا، ليس لأن الزوج لم يتضرر من الخلع، وإنما بدل الخلع يقوم مقام التعويض، مما منح به المشرع للزوج حق التفاوض في شأنه.

لا يتم إلا بالإيجاب والقبول ويشترط فيه ما يشترط في إنشاء الطلاق بالنسبة للزوج، وما يشترط في عقود المعاوضة بالنسبة لكليهما<sup>586</sup>. والخلع ليس إلا طلاقاً رضائياً مقابل ما تدفعه الزوجة من مال<sup>587</sup>، أو هو طلاق بدون نزاع ولا مخاصمة<sup>588</sup>.

<sup>586</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة (2) ج1، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص263. غير أن قانون الأسرة المعدل بأمر 02.05 قد عدل نص المادة 54، بإضافة عبارة "دون موافقة الزوج" ليق الإيجاب والقبول المشار إليهما سابقاً متوقفين على الجانب المالي دون الجانب الموضوعي. لأن الشارح في هذا المرجع اعتمد على نص المادة 54 قبل تعديلها. مع العلم أن الفقه المالكي يأخذ برأي الزوج في شأن توقيع الخلع، وهذا ما كان يتبناه الإجتهدان القضائي قبل تعديل 2005. قرار من المقرر شرعاً وقانوناً بأن الخلع هو طلاق بإرادة الزوج المنفردة مقابل مال تدفعه له الزوجة يتم الإتفاق عليه، ومن ثم فإنه لا يجوز للقاضي الحكم به دون رضا الزوج. ملف رقم 19 بتاريخ 19/2/1969. قرار من المقرر شرعاً وقانوناً أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج، لا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الخلع مخطأً في تطبيق القانون. ملف رقم 73885 بتاريخ 23/4/1991، م. ق. 1993، عدد2، ص55، بلحاج العربي، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص289.

<sup>587</sup> "من المقرر شرعاً أن الخلع يعتبر عقداً رضائياً، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكاً لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع. إذا كان من الثابت من الحكم المستأنف ومن القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع وبتحديد مبلغه دون وقوع أي اتفاق عن ذلك بين الزوجين، وكان الزوج غير راض بمبلغ الخلع المحكوم به، وأن الزوجة طلبت على مستوى المجلس إلغاء ذلك، فإن هؤلاء القضاة بقضائهم بالخلع تلقائياً انتهكوا قواعد الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيساً على مخالفة هذا المبدأ الشرعي." قرار رقم 33652، بتاريخ 11/6/1984. م. ق. 1989، عدد3، ص38، بلحاج العربي، قانون الأسرة، المرجع نفسه، ص287 و288. ثم صدرت قرارات مخالفة للقرار الأسبق، منها: القرار الآتي "من المقرر قانوناً وشرعاً أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الإقتضاء وليس عقداً رضائياً" ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا، في قضية الحال، بفك الرابطة الزوجية خلعاً، وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة. قرار رقم 141262 بتاريخ 30/7/1996، م. ق. 1998، عدد1، ص121. بلحاج العربي، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص291.

== ثم القرار الموالي: "لكن، وحيث أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية السمحاء للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الإقتضاء، وليس عقداً رضائياً كما يزعم الطاعن في عريضة طعنه، وإن قاضي الحكم المطعون فيه عندما استجاب لطلب الزوجة المطعون ضدها في الطلاق خلعاً، إنما طبق في ذلك مبادئ الشريعة الإسلامية وما تنص عليه المادة 54 من قانون الأسرة." قرار بتاريخ 30/7/1996، م. ق. العدد1، لسنة 1998 نص120، لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، دار هومة ص424. أخيراً، وأكد القرار الموالي حق الزوجة في طلب الخلع دون موافقة الزوج "حيث أن المادة 54 من قانون الأسرة لا تشترط قبول الزوج لمبدأ الخلع ولا للمبلغ الذي يطلبه منعا للإبتزاز والإستغلال." قرار صادر في 21/11/2000 م. ق. 2001، العدد1، ص293. وهذا الموقف هو الصائب والمطابق لأحكام الشرع والقانون. لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص425.

بخلاف ما يعتقد في الغالب أن الزوجة هي التي تبادر بالخلع دون الزوج، فإن لهذا الأخير الحق أيضا في طلب الخلع من الزوجة مقابل مال يطلبه منها، ولها أن تقبل أو ترفض؛ كأن يقول لها " هل أخالعك على مبلغ كذا؟ " أو تطلب من الزوج بعرضاً لبدل مالي عليه. هنا، ميز الفقهاء بين أن توجب الزوجة في الخلع ويقبل الزوج، وبين أن يوجب الزوج وتقبل الزوجة، فلكل حكمه.

إذا صدر الخلع من طرف الزوج كان يمينا منه؛ واليمين لا يمكن الرجوع فيها باعتبارها عملاً دينياً ومدنياً في آن واحد<sup>589</sup> ولأن الزوج علق طلاق زوجته على قبولها لمال تدفعه له، أما لو صدر من الزوجة فيعتبر معاوضة من جانبها لأنها التزمت ببذل الخلع مقابل تخليص نفسها من رابطة الزوجية. ويتفرع عن ذلك الأحكام الآتية:

### 1 . صدور الخلع من الزوج

يجوز للزوج أن يوجب بالخلع، ومتى كان، رتب الآثار التالية<sup>590</sup>:

- أ . لا يجوز للزوج أن يرجع في إيجابه قبل قبول الزوجة، لأنه تعليق، والتعليق لا يجوز الرجوع فيه، لأنه مرهون بقبول الطرف الآخر، كما لا يجوز له أن يمنع زوجته عن القبول.
- ب . لو صدر الإيجاب من الزوج ثم قام من المجلس قبل قبول الزوجة لا يبطل الخلع بقيامه من المجلس، فلو قبلت الزوجة الخلع بعد مغادرة الزوج المجلس، صح الخلع.
- ج . يجوز للزوج تعليق إيجابه على شرط؛ كأن يقول لزوجته " إذا جاء والدك إلى البيت خالعتك على كذا. "

---

<sup>588</sup> بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة (2) ج1، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، المرجع السابق، ص264.

<sup>589</sup> بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1988، ص304.

<sup>590</sup> عبد المجيد محمود مطلوب. المرجع السابق. ص292. محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص330 و331. علي لبن، المرجع السابق، ص37.

د . لا يصح للزوج أن يشترط لنفسه الخيار في مدة معلومة؛ لأن الزوج لا يملك الرجوع والخيار بطبيعته يعطي الحق في الرجوع. فلو قال الزوج " أخالعك على أن لي ثلاثة ايام خيار ربما أعدل فيها " وكانت الزوجة قد قبلت الخلع، بطل الخيار وصح الخلع.

## 2 . صدور الخلع من الزوجة

أما لو ابتدأت الزوجة بالخلع، وهو الغالب أصلاً، فتصرفها مالي متوقف على بدل الخلع ويدخل في حكم المعاوضات الشبيهة بالتبرعات، لأن بدل الخلع لا يوجد ما يقابله مادياً وإنما هو افتداء<sup>591</sup>؛ لأن ما يقبضه الزوج لا يقابل في الحقيقة تلك الحرية التي تتشدها الزوجة؛ حيث الحرية منفعة معنوية لا تقاس بمعيار، ويترتب على ذلك ما يلي<sup>592</sup>:

أ . يجوز للزوجة الرجوع عن إيجابها ما لم يقبل الزوج، لأن الإيجاب في المعاوضات يجوز الرجوع فيه قبل صدور القبول من الطرف الآخر.

ب . إذا كانت الزوجة حاضرة في المجلس وقامت بعد سماعها لكلمة المخالعة، بطل الإيجاب.

ج . يجوز للزوجة أن تشترط لنفسها الخيار في مدة معلومة. فلو قالت لزوجها " خالعتك على 50000 على أن لي الخيار أسبوعاً، وقبل الزوج ذلك، صح هذا الشرط<sup>593</sup>.

د . لا يصح للزوجة أن تعلق الخلع على شرط ولا أن تضيفه إلى زمن مستقبل، لأن الخلع من جانبها معاوضة وتمليك، والتمليكات لا تقبل التعليق ولا الإضافة.

أما قانون الأسرة فقد تعرض للخلع في مرحلتين تشريعتين وبحالتين متباينتين:

**الأولى :** تلك التي شملها قانون 11.84 أين كان موقف المشرع غامضاً من حيث التكييف الفقهي للخلع، هل هو عقد معاوضة بين الزوجين يتم فيه الإيجاب والقبول أم تصرف بإرادة

<sup>591</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع نفسه، ص330؛ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة ج1، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004 المرجع السابق، ص264. علاء الدين الكاساني ج3، ص220.

<sup>592</sup> علي الخفيف، محاضرات في فرق الزواج، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، 1985، ص150؛

سامح سيد محمد، المرجع السابق، ص105 و106

<sup>593</sup> محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص301.

منفردة من طرف الزوجة تمارسه بكل حرية. فاكتفى بالنص على أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صدق المثل وقت الحكم ( م54 ق. أ. ج. ). مما جعل بعض الشراح يعتبرون الخلع عقدا يتم فيه الإيجاب والقبول، مادام النص مجملا غير مفصل. ومن ذلك ما ذكره الأستاذ عبد العزيز سعد بقوله " الخلع عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة، غايته، إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناء على عرض أحد الزوجين وقبول الآخر، مقابل مال مقوم شرعا تدفعه الزوجة، فيتفان على نوعه ومقداره في جلسة حكم، أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز صدق المثل.<sup>594</sup> وعلى القاضي أن يصرح به في منطوق حكم الخلع دون حفظ باعتباره عنصرا أساسا من عناصر الخلع<sup>595</sup>.

**الثانية :** هي مرحلة تعديل المادة 54 بموجب أمر 02.05، أين خرج المشرع من دائرة الغموض والشمولية محددًا موقفه، ليعتبر الخلع حقا أصيلا للزوجة تمارسه بإرادتها المنفردة دون تسبب ملزم، كما هو الحال في الطلاق بإرادة الزوج، مؤكدا ذلك بعدم النص على وجوب التعويض للزوج متى تبين تعسف الزوجة في ممارسة حق الخلع، كما ورد ذلك بالمادة 52 ق. أ. ج في شأن الطلاق.

وقد ورد التعديل كالتالي " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. " ويبدو أن هذا النص قد استند إلى الأدلة التالية:

---

594 عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، والتوزيع، الجزائر ص248. عن باديسي ذيابي، المرجع السابق. ص60.

595 صدر عن المحكمة العليا " لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع، والقاضي ملزم بالحكم به عند النطق بالطلاق خلعًا، سواء اتفق الطرفان عليه أم اختلفا. وحيث أن القرار المنتقد لما قضى بالخلع بناء على طلب احتياطي من المطعون ضدها، ودون أن تعرض على زوجها بدل الخلع قد أساء تطبيق القانون، بل وخالفه، لأن الخلع في الأصل لا يطالب به بصفة احتياطية، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإن كل امرأة تطالب بالخلع عليها وجوبا عرض مبلغ مالي مقابله. =====  
==وتبعًا لذلك، لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع، لأن القاضي ملزم بالقضاء به يوم النطق بالطلاق خلعًا. " ملف رقم 365244 بتاريخ 2006/10/11، مجلة المحكمة العليا، 2007، العدد1، ص467. جمال سايسي، المرجع السابق، ص1385.







د . أن يكون بدل الخلع مما يصح الإلتزام به ؛ كالنقود أو ما يقوم مقامها من كل مباح .  
استثنت المدونة من بدل الخلع كل ما تعلق بحقوق الأولاد أو نفقتهم إن كانت أهمهم  
معسرة. أما لو ادعت الزوجة اليسر رغبة منها في إيقاع الخلع، ثم تبين أنها معسرة فعلى  
الأب في هذه الحال أن ينفق على أبنائه ليعود على مطلقته حال يسرها<sup>606</sup>.  
يأتي قانون الأحوال الشخصية السوري<sup>607</sup> بنفس ما ورد في المدونة، إلا ما تعلق  
بالإكراه، فإنه لم يتعرض إليه، سوى انه اضاف نصا يقضي باعتبار الخلع طلاقا رجعيا إذا  
تخلف فيه بدل الخلع<sup>608</sup>، أعني أنه إذا تحقق بدل الخلع كان طلاقا بائنا، لا يمكن للزوج  
مراجعة مطلقته إلا بعقد وصادق جديدين، وبرضاها، أما لو انعدم البديل ككون الزوجة  
قاصرة، مثلا، فإن الطلاق يكون رجعيا، جاز هنالك للزوج مراجعة زوجته دون صدق وعقد  
جديدين، وبغير رضاها. عملا بالمذهب الحنفي، نصت المادة 20 من القانون المصري  
لأحوال الشخصية لسنة 2000، على أن الخلع يتم أولا برضا الزوجين، فإن لم يتراضيا  
وتمسكت الزوجة به، حكم به القاضي به، شريطة المرور بمرحلة الصلح<sup>609</sup>.

### خامسا . شروط الخلع :

<sup>606</sup> محمد الأزهر، المرجع السابق. ص 318.

<sup>607</sup> قانون الأحوال الشخصية السوري. (المواد من 95 إلى 100).

<sup>608</sup> نصت المادة 100 قأ. ش. س. " إذا صرح المتخالعان بنفي البديل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقع به  
طلقة رجعية. "

<sup>609</sup> نصت المادة 20 من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 1 لسنة 2000 على ما يلي : " للزوجين أن يتراضيا فيما  
بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع  
حقوقها == المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي دفعه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه. ولا تحكم المحكمة بالخلع  
إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين ونديها لحكمين لموالة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر وعلى  
الوجه المبين بالفقرة 18 والفقرتين الأولى والثانية من المادة 19 من هذا القانون. وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض  
الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، ويقع بالخلع في جميع الأحوال طلاق بائن، ويكون  
الحكم في جميع الأحوال غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن. " لقد استوفى المشرع المصري جميع أحكام  
الخلع في هذه المادة، إذ أشار إلى الخلع الإتفاقي ثم بإرادة الزوجة المنفردة، واشترط في ذلك التحقق من بغض الزوجة  
لزوجها، فضلا عن وجوب المرور بمساعي الصلح. ثم أن النص لم يشر إلى بدل الخلع الذي استعاض عنه بالتنازل عن  
جميع الحقوق المالية مع رد الصداق للزوج. وقضي فيه أخيرا بعدم الطعن في الحكم الصادر في شأنه.

اشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلاً، فيقع الطلاق بالعقل والبلوغ وأهلية التصرف في المال، وأن تكون الزوجة محلاً للطلاق أهلاً للتبرع<sup>610</sup>، وبدل الخلع فضلا عن ثبوت الدخول.

## 1 . شرط الدخول :

يعتبر الدخول شرطا أساسا لرفع دعوى الخلع، رغم أن القانون لم ينص على ذلك إلا ما أشار إليه في جواز طلب التطليق قبل الدخول وبعده وفق نص المادة 53ق. أ. ج. وليس لها طلب الخلع، لأن عدم الدخول لا يرتب أي نفور بين الزوجين مما يستحيل على الزوجة طلب الخلع. سوى أن المحكمة العليا أوردت في قرار لها مفاده أن "طلب الخلع حق للزوجة بعد الدخول وليس قبل الدخول. حيث أن الحكم محل الطعن قد خالف القانون وأساء تطبيقه، وذلك لأن طلب الخلع لا يمكن للزوجة أن تطالب به قبل الدخول، بل يمكن لها المطالبة به فقط بعد الدخول، وعند بلوغ حياتها الزوجية مع زوجها حالة من الكراهية والنفور يتعذر معه مواصلة العشرة الزوجية، الأمر الذي يجعل الحكم، محل الطعن، عرضة للنقض والإبطال<sup>611</sup>.

## 2 . شروط متعلقة بالزوجين:

الشرط الوحيد الواجب توافره في الزوجين هو شرط الرضا ولا يتحقق إلا بتحقق الأهلية.

أ . الرضا : الأصل أن يتم الخلع بالتراضي فيما بين الزوجين، إذ لا تسقط حقوق الزوج قبل زواجه إلا برضاه، ولا تلتزم الزوجة بالعض إلا برضاها، وفي هذا الشرط يقول الحنفية "إذا كان الخلع في نظير عوض، فإن ركنه هو الإيجاب والقبول. " ويقول ابن القيم أيضا " إن

<sup>610</sup> مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، دار الوراق، دمشق، د. س. ن. ص 225. علي الخفيف، المرجع السابق، ص 151.

<sup>611</sup> ملف رقم 258613 بتاريخ 2006/6/14، مجلة المحكمة العليا، 2006، العدد 2، ص 281، جمال سايس، المرجع السابق، ج 3، ص 1349 و 1350

في تسميته صلى الله عليه وسلم الخلع فدية دليل على أن فيه معنى المعاوضات، ولهذا اعتبر فيه رضا الزوجين<sup>612</sup>. "

كما شبه الشافعية النكاح بالشراء والخلع بالبيع، لقولهم " لما جاز أن يملك الزوج الإنتفاع بالبضع بعوض، جاز أن يزيل ذلك الملك بعوض، كالشراء والبيع. " ويقول الشافعي أيضا " الخلع تطليقة لا يملك فيها الرجعة لأنها بيع من البيوع<sup>613</sup>. أما إن لم يرض الزوج بالخلع ألزمه القاضي به، لأن النبي صلى الله عليه وسلم ألزم ثابتا بطلاق زوجته بعد أن ردت عليه حديثه<sup>614</sup>.

## ب . الأهلية :

من المستقر عليه فقها وقانونا أن الرضا المعتد به في إبرام العقود هو ما صدر من ذي أهلية. لأنها أساس إنشاء الخلع. فيشترط في الزوج أن يكون أهلا لإيقاع الطلاق من بلوغ ورشد، كما يشترط في الزوجة أن تكون أهلا للتصرفات المالية<sup>615</sup>.

فهل يصح للصغيرة أو السفهية أو المجنونة أن تخلع زوجها بمال. وهل يصح أيضاً للزوج الصغير أو المجنون أن يوقع الطلاق؟

## سادسا . خلع الصغيرة والصغير ومن في حكمهما .

قد تكون الصغيرة مميزة أو غير مميزة، أو يكون محجورا عليها أو العكس، فما حكم خلعها؟ يقول الشافعي في شأن أهلية الزوجة " جماع معرفة من يجوز خلعها من النساء أن ينظر إلى كل من جاز أمره في ماله، فنجز خلعها. ومن لم يجز أمره في ماله، فنرد خلعها.

<sup>612</sup> ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، دار الريان للتراث. بيروت. د. س. ن. ص 50.

<sup>613</sup> محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق. ص 291.

<sup>614</sup> سامح سيد محمد، المرجع السابق، ص 129.

<sup>615</sup> محمد قدرى باشا. الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية. الطبعة الأولى. دار ابن حزم. بيروت. 2007

فإن كانت المرأة صبية لم تبلغ بعد، أو بالغاً ليست برشيد، أو محجوراً عليها، أو مغلوبة على عقلها، فاختلفت من زوجها بشيء قلّ أو كثر فكل ما أخذ منها مردود عليها<sup>616</sup>. أما الحنفية فيعتبرون كذلك بدل الخلع عوضاً من طرف الزوجة، ولما كان كذلك، فلا بد أن تكون أهلاً للتبرع حتى يصح التزامها بالمال رغم هذا ولو كانت الزوجة صغيرة مميزة تفهم أن النكاح جالب (نافع)، والخلع سالب (ضار) وخالعه زوجها على مقدار من المال وقبلت ذلك، وقع الطلاق عليها ولا يلزمها المال، وإنما وقع الطلاق بائناً؛ لأن الزوج علقه على قبول الزوجة، فقبلت. وقبولها صحيح لأنها مميزة<sup>617</sup>.

كذلك لو كانت المرأة كبيرة وحجر عليها لسفه وخالعه زوجها على مال وقبلت صح الخلع ووقع الطلاق ولا يلزمها مال. هونفس الحكم عند المالكية، إذ لا يجيزون مخالعة الصغيرة، فلو خالعه زوجها على مال دون إذن وليها وقع عليه طلاق بائن ولا حق له في العوض، وإذا قبضه وجب عليه رده، ومثلها السلفية إذا كان لها ولي لم يأذنها<sup>618</sup>. ويقصد بإذن الولي موافقته على العوض من ماله الخاص. أخيراً، فإن ناقصة الأهلية لو خالعه زوجها على مال وقبلت لا يلزمها المال ويقع الاطلاق بائناً. انتهى بالسؤال الموالي: هل يجوز للولي أن يختلع ابنته الصغيرة دون إذنها؟

يقول الإمام مالك في هذا: "يخالع الأب على ابنته الصغيرة كما ينكحها وكذلك على ابنه الصغير، لأنه عنده، يطلق عليه. " وقد خالفه الشافعية والحنفية في شأن الصغير لأنه لا يطلق عليه عندهم، فلا يصح خلع الب على ابنه الصغير<sup>619</sup>، وليس له أن يجيز خلعاً أوقعه ابنه القاصر<sup>620</sup>. فعند المالكية يحق للأب أو وصيه بعد موته أن يخالع عن له عليها ولاية الجبر، وهي البكر المطلقة قبل الدخول أو الثيب الصغيرة، لأن العبرة

<sup>616</sup> محمد بن إدريس الشافعي. المرجع السابق. ص 292.

<sup>617</sup> محمد قذري باشا، المرجع السابق. ص 100، سامح سيد محمد، المرجع السابق. ص 130.

<sup>618</sup> سامح سيد محمد، المرجع نفسه. ص 131.

<sup>619</sup> ابن رشد، المرجع السابق. ص 526.

<sup>620</sup> محمد قذري باشا. المرجع السابق. ص 100

بولاية الجبر. فإن كان لها مال فله أن يخالع من مالها ولو بدون إذنها. بخلاف الوصي الذي يخالع عنها بإذنها. أما السفيةة المعتبرة قاصرة في التصرفات المالية فإنه يصح مخالعتها بدون إذنها، كما يجوز بإذنها.

الأحناف يقولون بصحة الخلع وعدم إلزام الصغيرة بمال، أما لو اختلعا ابوها على مال لها وهي صغيرة ثم كبرت وأجازت، صح ذلك، ولزمه المال<sup>621</sup>. أما الشافعية فلا يصح عندهم الخلع في هذه الحالة إذ ليس للولي صرف مال ابنته القاصرة دون عوض مالي، أما لو خشي على ابنته من زوجها جاز له ذلك دفعا للضرر<sup>622</sup>. ويأتي رأي الظاهرية الذين لا يجيزون للأب مخالعة موليته من زوجها بقولهم " ولا يجوز أن يخالع عن المجنونة ولا عن الصغيرة أب ولا غيره، لقوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخَالَعُوا بَيْنَ الَّذِينَ تَوَدَّوْنَ أَيُّهُنَّ سَفِيهَةٌ أَوْ كَافِرَةٌ تَجْعَلُ مَالَهُنَّ غَابِرًا تَلَوًا عَلَيْهِمْ وَإِنَّهُنَّ لَأَكْثَرُهُنَّ فَاسِقِينَ ﴾ " .<sup>623</sup>

أما لو كان الزوج سفيةا فالطلاق واقع منه، إلا أن المخالعة لا يجوز لها أن تدفع بدل الخلع للزوج، إنما يلزمها دفعه لمن له الولاية على السفيةة<sup>624</sup>.

أثارالفقه المصري مسألة من بلغت الثامنة عشرة من عمرها ولم تبلغ السن القانونية للزواج، فهل يعتبر خلعا صحيحا أم يدخل في حكم خلع المحجورعليها لسفه ؟ يرى الإمام أبو زهرة أن هذه الزوجة تعامل في خلعا معاملة السفيةة، وذلك للأسباب التالية :<sup>625</sup>

1. إنها محجور عليها بالفعل، فتصرفاتها المالية لا تسري إلا بإذن وليها أو المحكمة المختصة، وبديل الخلع من التبرعات.
2. إنها لا تعد رشيدة بحكم القانون، لأن سن الرشد محدد قانونا. ومن يلزمها ببديل الخلع إنما يناهض القانون العام.

<sup>621</sup> سامح سيد محمد، المرجع السابق. ص132.

<sup>622</sup> علي لبن. الخلع شرعا وقانونا ومدى تطبيقه على المسيحيين. د. د. ن. 2004. ص51.

<sup>623</sup> ابن حزم الظاهري، ج9، المرجع السابق. ص244.

<sup>624</sup> عبد الفتاح تقية. عوارض الطلاق بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، المرجع السابق، ص223.

<sup>625</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق. ص337 و 338.

3. قرر الشرع أن المال لا يدفع إلا لمن آنس الرشد، لقوله تعالى ﴿يُؤْتِيهِمْ مِنْ دُونِ الْمَالِ مَا لَا حِسَابَ لَهُمْ فِيهِ﴾<sup>626</sup>. " □ □ □ □

أما الأهلية المعتبرة في الزوج لصحة الخلع فهي الرشد، إذ لا يصح خلع الصغير أو المجنون أو المعنوه، بخلاف السفیه الذي يقع طلاقه لأنه محجور عليه في التصرف المالي فقط، دون التصرف الشخصي. فيما تعلق بالزوج القاصر، فإنه لو بادر بالخلع ووافقت الزوجة عليه، أو بادرت به بداءة وفقاً للمادة 54 ق. أ. ج. فإن خلعه يتم صحيحاً طالما أن التصرف شخصي غير مالي، على أن ترفع الدعوى من طرف وليه، عملاً بقواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية. أما بدل الخلع فله أن يقبضه لأنه تصرف نافع، هذا إذا ما اعتبرنا البديل من قبيل التبرعات.

فيما تعلق بالزوجة القاصرة، فلها أن ترفع دعوى الخلع باسمها بواسطة وليها ولها ذلك. أما ما تعلق ببديل الخلع، فإن قانون الأسرة لم يشر إليه كسائر القوانين العربية السالفة الذكر، مما يثير تساؤلنا: أنعمت المادة 222 من قانون الأسرة أم نحتكم إلى نص المادة 83 من ذات القانون؟ إن الفقه الإسلامي أجاز خلع القاصرة موضوعاً، أما بدل الخلع فليست أهلاً للتصرف فيه، أما المادة 83 من قانون الأسرة فتستند على نفس المبدأ، إذ تعتبر تصرفات القاصر الضارة باطلّة ولو أجازها الولي. لذلك كان للمشرع أن يشير إلى هذه المسألة لرفع اللبس.

تنص المادة 222 ق. أ. ج. على أنه " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى الشريعة الإسلامية." والشريعة الإسلامية تعني كافة المذاهب، فأمام الاختلاف الجزئي بين المذاهب هل يجمع القضاء الوطني على اعتماد مذهب واحد أم العكس؟ هذا من جهة. ومن جهة ثانية فإنه لا يمكن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية في هذه المسألة طالما أن نص المادة 83 ق. أ. ج. ينظم تصرفات ناقص الأهلية بالنص الموالي "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 42 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كلنت نافعة



له، وباطلة إذا كانت ضرة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت بين النفه والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء. "

عملا بأحكام هذه المادة فإن الزوجة القاصرة متى تصرفت في مالها تصرفا مضرا بها بطل هذا التصرف، وهذ حماية لها من طرف القانون. ونحن هنا أمام تصرف ضار ضررا محضا، لأن الزوجة ستدفع مالا لزوجها من قبيل التبرع، عند بعض الفقه، ولو أن المشرع سماه بدلا، والبدل لا يكون إلا في المعاوضات. لأن أغلب المذاهب اعتبرت بدل الخلع من المعاوضات. أما لو تخلف البدل نكون أمام طلاق بدون مقابل، وليس للزوج أن يلزم الزوجة القاصرة على دفع البدل.

المشرع المغربي ميز بين الراشدة والقاصرة في موضوع بدل الخلع، فنص في متن المادة 116 بما يلي: " تخالع الراشدة عن نفسها، والتي هي دون سن الرشد القانوني، إذا خولعت وقع الطلاق، ولا تلزم ببديل الخلع إلا إذا وافق نائبها الشرعي." يستشف من هذه المادة أن المشرع أخذ برأي الجمهور من الفقهاء في شأن التعامل مع القاصر في المسائل المالية.

### 1. خلع الزوجة المريضة :

المريض مرض الموت أهل للتصرفات الشرعية، لأن المرض لا يوجب الحجر إلا إذا كان المرض سببا في ضعف العقل، فيحجر على المريض، لا لذات المرض، بل لضعف العقل، لتصبح تصرفات الزوجة في هذه الحالة تأخذ حكم الوصية نظرا لتعلق حق الورثة والدائنين بالتركة من وقت حلول الوفاة. إذ الأمور تسند لأسبابها.<sup>627</sup>

كما يقصد ببديل الخلع محاباة الزوجة لزوجها بأكثر من حقه في الميراث لذلك قرر الحنفية أن خلع المريضة مرض الموت يتم صحيحا، على ألا يتجاوز البدل ثلث التركة ولا

<sup>627</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق. ص338.

نصيب الزوج في الميراث إن ماتت في العدة. فإذا كان بدل الخلع 60000 ونصيبه في الميراث 80000 وثالث التركة 90000، استحق الزوج 60000 فقط، لأنه الأقل والعكس.

## 2. خلع الزوجة المحجور عليها :

إذا كانت محجورا عليها فاقدة الأهلية، كالمجنونة أو ثبت أنها كانت مجنونة وقت المخالعة وتولت هي صيغة الخلع فلا طلاق ولا مال، لأن عبارة فاقد الأهلية ملغاة لا توجب شيئاً. أما لو كانت ناقصة الأهلية أو سفیهة وتولت الصيغة بنفسها صح الخلع ولا يلزم المال<sup>628</sup>.

## سابعاً . اللفظ في الخلع :

لا بد للخلع من صيغة تستعمل فيه، كان يقول الزوج : اختلعي على كذا، او تقول الزوجة: اخلعني على كذا، فيتم الإيجاب والقبول بالقول أو الإشارة أو الكتابة للعاجز. أما الفعل لوحده فلا يتم به الخلع وإن نوى به الطلاق.<sup>629</sup> والمالكية يشترطون اللفظ والقبول في المجلس، مع الإتفاق على بدل الخلع. ويضيف الحنفية لهذه الشروط أن تكون الزوجة عالمة بمعنى الخلع وما يترتب عنه<sup>630</sup>.

## ثامناً . شروط بدل الخلع :

أعني بهذا شرطين ؛ الأول ما يجوز أن يكون بدلا للخلع، والثاني مقدار البدل.

## 1 . طبيعة بدل الخلع:

<sup>628</sup> محمد أبو زهرة. الأحوال الشخصية، المرجع السابق. ص337. سامح سيد محمد. المرجع السابق. ص134.

<sup>629</sup> سامح سيد محمد، المرجع السابق، ص147.

<sup>630</sup> محمد قدري باشا، المرجع السابق. : ص 100.



إذا كان النفور من الزوجين معا وبادرت الزوجة بطلب الخلع صح ذلك ويحق للزوج أخذ بدل هذا الخلع<sup>638</sup>.

## 2 . مقدار البديل:

لم يحدد الفقه الإسلامي مقدارا معيناً لبديل الخلع ، بل تركه لكطلق الزوجين عليه، غير أنهما لو اختلفا فيه حكم لهما القاضي بما يساوي صداق المثل عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم " طلقها ولك الحديقة."

هذا ما تعلق بأحكام الخلع في الفقه الإسلامي، فما موقف القوانين الوضعية منه؟

## تاسعا: الخلع في قانون الأسرة :

اكتفى المشرع بنص مادة واحدة في شأن الخلع، إذ قضت المادة 54 ق.أ.ج. على أنه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج، أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم".

من خلال هذا النص يمكن استنباط أركان الخلع، وهي الزوج والزوجة المذكوران صراحة، ثم بدل الخلع الذي لم يحدد المشرع طبيعته وأخيراً صيغة الخلع. غير أن التساؤل القائم هو : هل يجبر الزوج على قبول الخلع أم يؤخذ برأيه؟

سبق وأن اشترت أن الفقه الإسلامي اختلف في مسألة مدى موافقة الزوج على الخلع

من عدمه .

الظاهر أن المشرع الجزائري أعتمد الرأي القائل بحق الزوجة في مخالعة زوجها دون موافقته. وهو التوجه الذي سبق وأن اقرته المحكمة العليا في ظل قانون 11.84 قبل تعديله في جملة من القرارات، منها قرار نصه "إن الخلع أجازته الشريعة الإسلامية وكرسه قانون الأسرة سواء رضي الزوج أم لم يرض، يكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك الرابطة الزوجية دون دفع

الحاجة إلى موافقة الزوج.<sup>639</sup> ومنها القرار الذي نصه " من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الارتباط الزوجية عند الإقتضاء وليس عقدا رضائيا  
640

لقد حسم المشرع هذا الجدل الفقهي حول طبيعة الخلع واعتبره حقا خالصا للزوجة لإعتبارات، منها أن إعطاء الزوجة حق افتداء نفسها بمال يتفق والحكمة من الخلع. ولو علقه على موافقة الزوج لأنتفت هذه الحكمة. ثمأن ما قاله العلماء من أنه على الرجل مفارقتها استحبابا لا تحتيا يستقيم والضمان الحية، وكذلك لا يوجد من الأدلة ما يعارض أحقية الزوجة في ممارسة هذا الحق<sup>641</sup>.

استند المشرع إلى مسألة بدل الخلع نوعا وتقديرا إلى نص الحديث الشريف الذي قضى للزوج أن يسترد حديقته التي أصدق زوجته إياها. دون أن يطلب رأي الزوج فيما إذا وافق على الخلع أم لا .

أما الأهلية القانونية لإيقاع الخلع فلم يتعرض إليها المشرع، لكن يجب الخضوع لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

خلاصة القول أن فك الرابطة الزوجية بطلاق أو تطليق أو خلع يحتاج إلى أهلية لإيقاعه، فالزوج القاصر المتزوج بترخيص قضائي يتمتع بحق الطلاق موضوعا، أما من الناحية الشكلية، فإن وليه يرفع الدعوى باسمه دون التدخل في إرادته، كما سيعرض لاحقا. أما الشق المالي في هذا الموضوع، وأعني بذلك بدل الخلع فإنه من التصرفات المالية ويخضع بالتالي إلى القواعد العامة لتصرفات القاصر المالية الواردة في نص المادة 83 من

---

<sup>639</sup> ملف رقم 115118 بتاريخ 19/4/1994 ن.ق. 1997، عدد 52، ص 106، عن بلحاج العربي قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 291.

<sup>640</sup> ملف رقم 216239 بتاريخ 30/7/1996، م.ق. 1998، عدد 1، ص 121، عن بلحاج العربي، قانون الأسرة، المرجع نفسه، ص 291.

<sup>641</sup> عبد السلام عبد القادر، جديد الخلع في الأمر 02.05، مجلة الحجة الصادرة عن منظمة المحامين لناحية تلمسان لسنة 2011، العدد 1، ص 60.

قانون الأسرة. ثم لابد من التعرض إلى إجراءات فك الرابطة الزوجية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لأنتهي في الأخير بآثار الطلاق.

## المبحث الثاني

### إجراءات فك الرابطة الزوجية

كان الإنسان في المجتمعات البدائية يقتص لنفسه بنفسه، وبالإجراءات التي يراها كفيلة برد حقه. ومع تطور المجتمعات تطورت أيضا كيفية حماية الحقوق، فكان الأمر موكولا لمجلس العائلة ثم مجلس العشيرة. بظهور الدولة بمفهومها الحديث أصبحت حماية الحقوق معقودة للدولة، فاستحدث بذلك جهاز القضاء. يلتزم القضاء بحماية حريات الأفراد وحقوقهم الأساسية بمقتضى الدستور<sup>642</sup>، واللجوء إلى القضاء يقتضي اتباع جملة من الإجراءات ورد النص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية مجموعة من الأحكام المشتركة بين مختلف الجهات القضائية، وأحكام أخرى خاصة بكل جهة. ولما كان قسم شؤون الأسرة من بين أقسام المحكمة فقد أوكل إليه اختصاص البت في النزاعات المتعلقة بالأسرة. والمشرع في هذا الصدد، ميز بين إجراءات رفع دعوى الطلاق بالتراضي أو من جهة الزوج أو التطلق أو الخلع، سواء كان طرفا النزاع راشدين أو قاصرين أو أحدهما قاصرا. وقد يشترك الصنفان في كثير من الأحكام، ويختلفان في البعض.

## المطلب الأول

### رفع دعوى الطلاق من القاصر

الحق ميزة يمنحها القانون لشخص معين، ويحميها حماية لا تقتصر على تحديد السلطات الممنوحة للشخص في كيفية التمتع بحقه، والواجب الذي يقع على الآخرين بعدم التعرض له، بل تمتد إلى ما بعد وقوع الإعتداء أو احتمال وقوعه على المصالح المحمية

---

<sup>642</sup> نصت المادة 139 من الدستور : " تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية. "

قانونا. من بين المفاهيم التي يتضمنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مفهوم نظرية الدعوى التي تتعرض إلى كيفية حماية الحق. فالدعوى إذاً، هي الوسيلة القانونية التي تمكن الشخص من اللجوء إلى القضاء من أجل بسط الحماية على الحق المعتدى عليه، وذلك بواسطة القانون<sup>643</sup>. ويشتمل رفع الدعوى بصفة عامة، ودعوى الطلاق بصفة خاصة تحديد الجهة القضائية التي يتعين أن يرفع أمامها النزاع الأسري، وكذا الشروط الواجب توافرها في أطراف النزاع.

## الفرع الأول

### الجهة المختصة في دعوى الطلاق

تعتبر المحكمة الابتدائية قاعدة هرم التنظيم القضائي العادي، تتولى النظر في جميع القضايا، من بينها قضايا الأسرة. وفي سبيل تنظيم عمل المحكمة، قسمها المشرع إلى مجموعة من الأقسام، حدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>644</sup> صلاحيات كل قسم منها.

#### أولاً . صلاحية النظر في دعوى الطلاق.

ينظم القانون الموضوعي الحق من حيث نشوؤه وبقاؤه وانقضاؤه، بينما يتكفل قانون الإجراءات المدنية والإدارية بتحديد الإجراءات التي يتعين اتباعها قصد الحصول على حماية قضائية لهذا الحق.

يؤول الإختصاص في النظر في دعوى الطلاق إلى قسم شؤون الأسرة على اعتبار

أن النزاع المتعلق بهذه الدعوى ينظمه قانون الأسرة. رجوعاً إلى المادة 423ق. إ. م. إ.<sup>645</sup>.

فإنها قد حددت صلاحيات قسم شؤون الأسرة، ومن بين النزاعات التي ينظر فيها دعاوى

---

<sup>643</sup> محمد إبراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص.19.  
<sup>644</sup> م32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09 08 بتاريخ 2008/02/25. الصادر بالجريدة الرسمية عدد 21 بتاريخ 23 أفريل 2008، ص.3.

<sup>645</sup> تنص المادة 432 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته. يجب إثبات اختلال القدرات الذهنية من قبل طبيب مختص."

المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها، حسب الشروط والحالات المذكورة في قانون الأسرة ( المواد من 48 إلى 54 ق. أ. ج. ).

إن إسناد كل ما تعلق بفك الرابطة الزوجية لقاض فرد، ولقسم متميز، أمر إيجابي على اعتبار أنه يتعلق بعقد له خصوصيات تميزه عن سائر العقود، لاسيما المدنية منها. كما أن الأمر يتعلق بنواة المجتمع، مما يقتضي إحاطة النزاعات التي محلها فك الرابطة الزوجية لمتابعة جدية عن طريق قاض مختص وكفاء<sup>646</sup>.

مما تجب الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يميز بين القاصر والراشد من حيث الجهة المختصة بالنظر في دعوى فك الرابطة الزوجية، على خلاف القضايا الجنائية أين يوجد قسم جزائي خاص بالأحداث ينظر في الأفعال التي يرتكبونها سواء وصفت كجنحة أو كمخالفة.

أما الإستئناف المرفوع ضد أحكام المحاكم الابتدائية المتعلقة بالطلاق في توابعه فإنه يرفع أمام غرفة شؤون الأسرة على مستوى المجالس القضائية(م57 ق. أ. ج. )<sup>647</sup>. التي تعد الدرجة الثانية في التقاضي حسب المادة 34 ق. إ. م. إ.<sup>648</sup>

## ثانيا . المحكمة المختصة إقليميا في النظر في دعوى الطلاق.

يتحدد الإختصاص الإقليمي للمحكمة كأصل عام بموطن المدعى عليه، فيتعين على المدعي أن يسعى إلى رفع دعواه إلى أقرب جهة قضائية يقع في إختصاصها موطن

<sup>646</sup> محمد ابراهيمي، المرجع السابق، ص108.

<sup>647</sup> تنص المادة 57 من قانون الأسرة على أنه " تكون الأحكام الصادرة في دعوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية " ليبين المشرع أن أحكام الطلاق تعتبر ابتدائية ونهاية أمام المحكمة الابتدائية، غير أن الجانب المالي من الطلاق، كالتعويض والنفقة فيجوز الإستئناف فيها، وهذا أمر طبيعي، طالما أن تقدير أي تعويض يعود في الأخير إلى القاضي.

<sup>648</sup> تنص المادة 34 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه " يختص المجلس القضائي بالنظر في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم في الدرجة الأولى وفي جميع المواد، حتى ولو كان وصفها خاطئا. " ويشمل الإستئناف كل الجوانب المالية لفك الرابطة الزوجية، فضلا عن دعاوى النفقة، النسب، الصداق ومتاع البيت والسكن الشرعي.



المدعى عليه<sup>649</sup>، وهذا ما أشارت إليه صراحة المادة 37 ق. إ. م. إ. التي تعد القاعدة العامة في تحديد الاختصاص الإقليمي للمحكمة<sup>650</sup>، على أساس أن الدين مطلوب وليس محمولاً، وعلى الدائن المبادرة لطلب دينه من المدين، وينجر عن ذلك أن تكون المحكمة التي يقطن المدعى عليه بدائرة اختصاصها مختصة بنظر الدعوى، كذلك الأصل براءة الذمة المالية ويقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف ذلك، ولا يلزم من كانت ذمته بريئة أن ينتقل إلى المكان الذي يختاره المدعى لإثبات براءة الذمة<sup>651</sup>، إضافة إلى إقامة التوازن بين حق المدعي وحق المدعى عليه<sup>652</sup>. لكن، ونظراً لخصوصية بعض النزاعات نجد أن القانون قد حدد الاختصاص الإقليمي استناداً إلى اعتبارات أخرى، أولى بالاهتمام من قاعدة " موطن المدعى عليه "، منها قضايا شؤون الأسرة، ولا سيما دعوى الطلاق.

### 1. النظر في دعوى الطلاق بإرادة منفردة :

يقع الطلاق بإرادة منفردة، سواء من قبل الزوج في الطلاق بمفهومه الضيق أو من قبل الزوجة في التطليق والخلع. وفي هذه المسائل ينعقد الاختصاص إلى الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية (م 426 ق. إ. م. إ.)<sup>653</sup>، غير أنه رجوعاً إلى المادة 40 من ذات القانون المتعلقة بالاختصاص الإقليمي الوجوبي فقد نصت على

---

649 أحمد عمر بوزقية. قانون المرافعات، ج1. جامعة قان يونس، بنغازي. ليبيا. 2003. ص76.

650 تنص المادة 38 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه. . . . " ويرد على هذه القاعدة استثناء، من بينه، دعوى النفقة والتعويض عن الضرر اللاحق من الطلاق أو العدول عن الخطبة. . "

651 بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كليك للنشر، الجزائر، 2011، ص80.

652 محمد ابراهيمي، المرجع السابق، ص168.

653 تنص المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن المحكمة تكون مختصة إقليمياً في مسائل الخطبة إثبات الزواج، الطلاق، الحضانة، النفقة الغذائية، متاع البيت، المنازعة حول الصداق وموضوع الولاية، ليكون النص قد شمل كل ما تعلق بنزاعات الأسرة.

تحديد الإختصاص في الطلاق بالإرادة المنفردة بمسكن الزوجية، ليصير هذا الإختصاص من قبيل النظام العام، وبالتالي لا يجوز مخالفته ولو اتفق الزوجان على ذلك<sup>654</sup>.

ويتحدد مسكن الزوجية بمكان إقامة الزوجين معا، غير أنه في حالة الإختلاف بينهما في تحديد ذلك، مع تخلف الدليل، فإن مسكن الزوجية يعتبر واقعا في مكان إبرام عقد الزواج. وفي حالة ما إذا حدث وأن رفع أحد الزوجين دعوى طلاق أمام جهة لا يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية، يترتب عن ذلك الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي المثار من قبل المدعى عليه أو القاضي من تلقاء نفسه، في أي مرحلة من مراحل الدعوى<sup>655</sup>.

## 2 . النظر في دعوى الطلاق بالتراضي :

عرفت المادة 427 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الطلاق بالتراضي أنه "إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة". فالأصل أن تعريف الطلاق بالتراضي يعتبر من مشتقات قانون الأسرة أو القوانين الموضوعية وليس القوانين الإجرائية، فكان للمشرع أن يتدارك هذا الأمر بإيراد تعريف ضمن قانون الأسرة والإستغناء عنه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>656</sup>.

لقد منع القانون المدني الفرنسي إنهاء العلاقة الزوجية بإرادة منفردة ما لم يخل أحد الزوجين بالتزاماته، لذلك أجاز للزوجين إنهاء الرابطة الزوجية بإرادتهما المشتركة ، وهو ما يسمى بالطلاق اللطيف، وبذلك تأثر المشرع الجزائري حين وضع هذه الصورة من صور الطلاق<sup>657</sup>.

نظرا لخصوصية دعوى الطلاق بالتراضي، وعلى اعتبار أنها قائمة على توافق إرادة الزوجين على إيقاعه، فإن المشرع قد ترك الأمر على الخيار في تحديد المحكمة التي يقدم

654 انظر الفقرة الثانية من المادة 40 ق. إ. م. إ.

655 مع العلم أن الأصل في قواعد الإختصاص الإقليمي أنها ليست من النظام العام، وبالتالي، ففي حالة المخالفة لا يجوز أن يتمسك بالدفع الناشئ ذلك إلا المدعى عليه، وليكون دفعه مؤسسا قانونا، يتعين عليه أن يثبته قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول. أنظر المادتين 47 و 51 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

656 بوضياف عادل، المرجع السابق، ص433.

أمامها الطلب، وتكون المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها موطن أحد الزوجين مختصة حسب اختيارهما<sup>658</sup>، وبذلك يكون المشرع قد خفف على المتقاضين عبء التنقل للتقاضي أمام الجهة التي يقع في دائرتها مسكن الزوجية، لما من شأنه يثقل كاهل أحدهما وهو ما لا فائدة منه، طالما أن هذه الدعوى نابعة من الإرادة المشتركة.

## الفرع الثاني

### شروط قبول دعوى الطلاق

كغيرها من الدعاوى، فإن دعوى الطلاق لا تكون مقبولة ما لم يتوافر الشرطان المنصوص عليهما في المادة 13 ق.إ.م.إ. المتمثلان في الصفة والمصلحة.

#### 1. الصفة.

تعتبر الصفة شرطا جوهريا من شروط قبول الدعوى وهي مظهر خاص للمصلحة<sup>659</sup>. الصفة نوعان، صفة موضوعية وهي المتعلقة بالمركز القانوني، وتعد شرطا لقبول الدعوى سواء بالنسبة لصاحب الحق المعتدى عليه، أو من المعتدي. وصفة إجرائية تتعلق بمباشرة إجراءات التقاضي<sup>660</sup>.

الصفة باعتبارها شرطا من شروط قبول الدعوى تعرف بانها صلاحية أو قدرة الشخص على الإدعاء أمام القضاء، وتستمد الصفة في الدعوى من المركز القانوني الناشئ

---

<sup>658</sup> انظر المادة 426 فقرة 3 ق.إ.م.إ.

<sup>659</sup> محمد ابراهيمي، المرجع السابق، 26.

<sup>660</sup> انظر في هذا الشأن صفحة 249 مما سبق.

• الوصي في القانون المصري هو من يعينه الأب أو الجد أو الذي تعينه المحكمة لإدارة شؤون القاصر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد 1، مصادر الإلتزام بوجه عام. ط3، منشورات الحلبي بيروت، 2000، ص292.

عن العلاقة القانونية. إن الزواج باعتباره علاقة قانونية بين الزوجين يؤدي إلى نشوء مركز قانوني لكل واحد منهما يثبت به شرط الصفة في حالة قيام دعوى الطلاق بينهما، إذاً فالدعوى هنا ترفع من أحد الزوجين ضد الآخر فحسب.

وتعرف أيضا أنها قيام صاحب الحق شخصا باستعمال حقه في اللجوء إلى القضاء عن طريق الدعوى من أجل حماية الحق المعتدى عليه، ويتحقق القاضي من توافر هذا الشرط بكون صاحب الحق هو المدعي الذي ينبغي أن يكون في الأصل<sup>661</sup>.

تحقيقا للمبدأ القضائي الناص على أن الدعوى ترفع من ذي صفة على ذي صفة فإن دعوى الطلاق تعتبر من الدعاوى الشخصية، لا تقبل متى رفعت من غير الزوجين أو على غير الزوجين بل ترفع من المتضرر ضد المعتدي على الحق<sup>662</sup>، ليتضح أن شرط الصفة من النظام العام ويحق بالتالي، لأي طرف أن يثير الدفع بانعدامه في أي مرحلة من مراحل الدعوى وللقاضي ذلك أيضا (م2/13 ق. إ. م. إ.)<sup>663</sup>.

## 2. المصلحة :

باعتبار المصلحة مناط الدعوى<sup>664</sup> فلا دعوى بدون مصلحة، والطلب الذي لا يحقق أي مصلحة للمدعي يكون مرفوضا بصرف النظر ما إذا كان له أساس قانوني أم لا، وهذا حتى نسد الطريق أمام النزاعات غير الجدية.

المصلحة هي الفائدة التي يسعى الشخص إلى تحقيقها من خلال لجوئه إلى القضاء وهي في ذات الوقت، الضابط لضمان جدية الدعوى وعدم خروجها عن الغاية

<sup>661</sup> بوضياف عادل، المرجع السابق، ص32.

<sup>662</sup> سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري. دار الهدى، عين مليلة. الجزائر. 2006. ص9.

<sup>663</sup> تنص الفقرة الثانية من المادة 13 ق. إ. م. إ. : ". يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه. "

<sup>664</sup> محمد ابراهيمي، المرجع السابق، ص22.

المنشودة التي رسمها لها القانون<sup>665</sup>. ولا ينحصر شرط المصلحة في قبول الدعوى فحسب وإنما يمتد أيضا إلى قبول أي طلب أو دفع أو طعن في حكم<sup>666</sup>.

من هنا، فالمصلحة شرط مستقل عن شرط الصفة في قبول الدعوى، تتجلى في دعوى الطلاق، بمختلف صورته في وضع حد للرابطة الزوجية ودفع الضرر المترتب عن هذه الرابطة، نظراً لإستحالة استمرار العشرة.

ولما كان الطلاق لا يثبت إلا بحكم، فمن هنا تتجلى أهمية المصلحة في رفع دعوى الطلاق، هذا بموجب نص المادة 49 من قانون الأسرة<sup>667</sup>. بمعنى أن الزوج أو الزوجة ما لم يحصل على حكم قضائي لا يعتبر مطلقاً، ويبقى زوجاً كما تبقى هي زوجة لكل منهما حقوق وعليه التزامات الحياة الزوجية المنصوص عليها قانوناً، ويترتب عن ذلك ثبوت النسب أيضاً. ومتى كان كذلك، فإن مصلحته التي ابتغاها الزوج أو الزوجة أو كلاهما من وراء الدعوى لم تتحقق بعد، لأنها في هذه الحالة قائمة على أساس إثبات الطلاق وليس على أساس وقوعه.

ومما يجب الإشارة إليه أن شرط المصلحة ليس من النظام العام فليس للقاضي إثارة انعدامه من تلقاء نفسه ما لم يتمسك به الشخص الذي قرر الدفع في هذه الحالة لمصلحته<sup>668</sup>، كأن يرفع أبو الزوج دعوى طلاق زوجة ابنه، فللزوجة هنا أن تدفع بانتفاء المصلحة.

<sup>665</sup> أحمد هندي، . اصول قانون المرافعات المدنية والتجارية. دارالجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية. 2002، ص 292.

<sup>666</sup> بويشير محند أمقران المرجع السابق. ص 36.

<sup>667</sup> نصت المادة 49ق.أ.ج. على أنه " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعدعدة محاولات صلح يجريها القاضيدون أن تتجاوز

مدة ثلاثة (3) اشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.

تسجيل أحكام الطلاق وجوباً في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة."

<sup>668</sup> نصت المادة 13ق.إ.م.إ. "لا يجوز لأي شخص التقاضي مالم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون . يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه. كما يثير تلقائياً انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون ". بمفهوم المخالفة فإن انتفاء المصلحة لا يثيره القاضي تلقائياً ما لم يثره من له مصلحة في ذلك، لأن المادة أشارت إلى إثارة القاضي التلقائية للصفة والإذن فقط .

## الفرع الثالث

### انعقاد الخصومة الناشئة عن دعوى الطلاق

لا يمكن للدعوى أن تعتبر كذلك ما لم تنشئ خصومة تعرض على القضاء للبت فيها، لهذا، فإن الدعوى لا تقوم حتى ترفع في شكل عريضة مستوفية لجملة من الشروط. ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة موقعة ومؤرخة من قبل أحد الخصوم أو كليهما أو محاميهم بعدد من النسخ مساو لعدد الأطراف. فضلا عن نسخة للنيابة العامة كونها طرفا أصليا في النزاع، وليست طرفا منضما<sup>669</sup>.

تسمى الصحيفة بالعريضة الإفتتاحية، كون القاضي لا يتصل بالدعوى من تلقاء نفسه، وإنما بناء على طلب يقدمه صاحب المصلحة، يعبر عنه بالمطالبة القضائية<sup>670</sup>. رجوعا إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نلاحظ أن المشرع قد حدد بعض البيانات الواجب توافرها في الصحيفة والجزاء المترتب على تخلفها.

#### أولا . العريضة الإفتتاحية:

العريضة الإفتتاحية هي وثيقة غير قضائية يتقدم بها المدعي لأول مرة أمام المحكمة قصد الحصول على حماية قضائية لحقه المعتدى عليه. لا توجد عريضة افتتاحية نموذجية، غير أن المشرع قد رصد مجموعة من البيانات الواجب توافرها في هذه الوثيقة سواء كانت بيانات عامة تتعلق بجميع الدعاوى أو بيانات خاصة تتعلق بدعوى بعينها.

#### 1. مشتملات عريضة دعوى الطلاق:

<sup>669</sup> تنص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة أنه " تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون. "

<sup>670</sup> أحمد هندي، المرجع السابق، ص 523.

أشارت المادة 436ق.إ.م.إ. 671 أن دعوى الطلاق تقتضي تقديم عريضة وفقا للأشكال المقررة في رفع الدعوى، ورصدت المادة 429 ق.إ.م.إ. 672 بيانات تتعلق بالعريضة الوحيدة المقامة بمناسبة دعوى الطلاق بالتراضي.

#### أ. مشتملات عريضة الطلاق بإرادة أحد الزوجين :

وهي البيانات المشار إليها في المادة 15 ق.إ.م.إ. المتمثلة فيما يلي:

#### \*الجهة المرفوع أمامها النزاع:

يكون تحديد الجهة المرفوع أمامها النزاع بتحديد قسم شؤون الأسرة للمحكمة المختصة إقليميا، أي التي يقع في دائرتها مسكن الزوجية. ويفيد هذا البيان في تحديد الجهة القضائية التي يتعين على المدعى عليه الحضور أمامها، كما أنه يفيد في معرفة مدى الإختصاص الإقليمي في النظر في النزاع، خصوصا مع أن هذه الحالة تدخل ضمن الإختصاص الإقليمي الوجوبي<sup>673</sup>.

#### \*بيانات متعلقة بالخصوم:

---

671 نصت المادة 436 ق.إ.م.إ. "ترفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة، بتقديم عريضة وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى ."

672 نصت المادة 429 ق.إ.م.إ. " يجب أن تتضمن العريضة الوحيدة ما يأتي :

. بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب . يعني بذلك قسم شؤون الأسرة، فلو رفعت لغير هذا لقسم، جاز الدفع بتخلف هذا الشرط وللقاضي منح فرصة لتصحيح الخطأ وإلا ترتب عن ذلك رفض الدعوى .

. اسم ولقب وجنسية كلا الزوجين وموطن وتاريخ ومكان ميلادهما . فضلا عن بيان اللقب والإسم لكل زوج وجب ذكر الجنسية أيضا لأن تمتع أحد الزوجين بالجنسية الأجنبية يحيلنا حتما إلى قواعد الإسناد التي التي يحكمها القانون الدولي الخاص، أما الموطن فلا فرق بين موطن الزوج أو الزوجة أو موطن بيت الزوجية .

. تاريخ ومكان زواجهما، وعند الإقتضاء، عدد الأولاد القصر .

. عرض موجز يتضمن جميع شروط الإتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق . وللقاضي أن يحكم بكل ما اتفق عليه إلا ما خالف النظام العام أو مساس بمصالح الأولاد القصر .

يجب أن ترفع مع العريضة، شهادة عائلية ومستخرج من عقد زواج المعنيين. هذا ليتمكن القاضي من معرفة عدد الأولاد وتحديد القصر منهم من أجل إسناد الحضانة، ثم يتأكد من خلال عقد الزواج من توافر صفة التقاضي .

673 أنظر في هذا الشأن، نص المادة 40 ق.إ.م.إ.

طالما أن النزاع يتعلق بفك الرابطة الزوجية فإن الدعوى ترفع من أحد الزوجين باعتباره مدعياً، ضد الزوج الآخر كونه مدعى عليه مع ذكر اسم ولقب وموطن كل خصم إلا إذا كان أحد الخصوم قاصراً.

في هذه الحالة يباشر الإجراءات من ينوب عنه. حيث ترفع الدعوى وجوباً باسم القاصر ولقبه، مع أن يباشر الخصام نائبه<sup>674</sup> ذاكراً موطنه بالعريضة دون موطن القاصر عملاً بنص المادة 38 من القانون المدني<sup>675</sup>. ويتم عدم قبول الدعوى متى رفعها النائب باسمه.

### \* عرض موجز عن الوقائع والإجراءات والتأسيس لها :

قصد إحاطة القاضي علماً بالنزاع وتمكينه من تكوين صورة واضحة عن الدعوى، واستناداً إلى مبدأ الجاهية، يتعين على المدعي أن يبين في عريضته الإفتتاحية بشكل وجيز الوقائع والإجراءات التي تمت قبل رفع الدعوى، كأن يشار إلى تاريخ العقد، وما إذا أثمر الزواج عن أبناء ...

وحتى يضمن المدعي قبول دعواه وصدور الحكم لصالحه يجب عليه أن يؤسس لذلك عن طريق الإشارة إلى الوثائق التي تؤيد الدعوى، ولا سيما، عقد الزواج، أو حكم تثبيت

---

<sup>674</sup> تنص المادة 437 ق. إ. م. إ. "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه، من قبل وليه، أو مقدمه، حسب الحالة". مفهوم المادة أن القاصر المرخص له بالزواج يكتسب حسب المادة 7 من قانون الأسرة أهلية التقاضي في آثار الزواج، وإنما لا يمكنه يرفع دعوى الطلاق باسمه، لكون الطلاق ليس من آثار الزواج أولاً، ولكونه من التصرفات الضارة في غالب الأحيان. ثم أن رفع دعوى الطلاق تستلزم سن الرشد القانوني، وعليه، فينوب عنه وليه أو مقدمه حسب مقتضيات قانون الأسرة، ونقصان الأهلية غير مرتبط بصغر السن فحسب، وإنما لجنون أو عته .

<sup>675</sup> تنص المادة 38 ق.م.ج. " موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً. غير أنه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها ."

إن الفقرة الأولى من المادة هذه تقضي باعتبار موطن النائب موطناً للقاصر، وهو الواجب ذكره بالعريضة، أما الفقرة الثانية فتستثني من ذلك الأعمال التي يكون القاصر مرشداً فيها، إذ يعتد بموطنه. إذا كان قانون الأسرة في مادته 11 قد منح للزوج القاصر أهلية التقاضي في دعاوى آثار الزواج، وله أن يذكر موطنه بالعريضة، فإن الطلاق ليس من آثار الزواج، مما يقتضي العمل بالفقرة الأولى من نص المادة 38 ق.م.ج. التي توجب ذكر موطن النائب في عريضة الطلاق.



الزواج العرفي، لإثبات صفة الزوجية، فلا طلاق بدون زواج<sup>676</sup>، وكذا بطاقة الحالة العائلية لإثبات أو نفي وجود أولاد.

## ب . مشتملات عريضة الطلاق بالتراضي:

أما لو اتفق الزوجان على الطلاق بالتراضي، فإن العريضة الوحيدة الموقعة من الطرفين تكفي كطلب للطلاق، وفي خلو التوقيع على العريضة من أحد الزوجين أو من ينوب عنهما فللقاضي تقدير المسألة من ضرورة قيام علم الطرفين، وليس مجرد ادعاء أحد الأطراف علم الطرف الآخر وقبوله بالطلاق بالتراضي، وإلا تعين إرجاء القضية لجلسة أخرى من أجل توقيع الخصم الآخر، وفي حالة عدم توقيع الطرف الآخر اعتبر الطلاق من طرف واحد، ينبغي اتباع الإجراءات القانونية المتعلقة بهذا النوع من الطلاق<sup>677</sup> (م 428 ق. إ. م. إ. .).

ومن مشتملات هذه العريضة الوحيدة أيضا، فإن المادة 429 ق. إ. م. إ. قد حصرتها في هوية الزوجين مع عرض متضمن لما تم الإتفاق عليه بين الزوجين حول توابع الطلاق، فضلا عن إرفاق العريضة بشهادة عائلية ومستخرج من عقد زواج المعنيين لإثبات الصفة لقيام الزوجية.

ف طالما أن هذه العريضة قائمة على الإتفاق بين الزوجين على وضع حد لاستمرار الحياة الزوجية، فيجب ذكر عرض يتضمن جميع شروط الإتفاق الحاصل بينهما حول توابع فك الرابطة الزوجية، كنفقة العدة، مؤخر الصداق، أو ما تعلق بحقوق الأولاد من حيث إسناد الحضانة، النفقة، المسكن. . . . .

## 2 . جزء تخلف البيانات:

نصت المادة 14 ق. إ. م. إ. على أن الدعوى ترفع بعريضة مكتوبة، مؤرخة وموقعة تودع لدى كتابة الضبط من قبل المدعي. والمشرع لم يورد هذه المادة على سبيل الوجوب

<sup>676</sup> بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 435.

<sup>677</sup> بوضياف عادل، المرجع نفسه، ص 434.

لذلك فإن الجزاء المترتب عن تخلف شروط هذه المادة يستلزم فقط منح فرصة للأطراف من أجل تصحيح العريضة، وفي حالة امتناع أي طرف عن التصحيح فإن القاضي يحكم بعدم قبول الدعوى شكلا لعدم استيفائها الشكل المطلوب.

أما المادة 15 ق.إ.م.إ.<sup>678</sup> فقد كانت صريحة بنصها على عدم قبول الدعوى شكلا متى تخلف أحد البيانات المنصوص عليها<sup>679</sup>.

## ثانيا . تقديم الطلب:

أول إجراء يتطلبه القانون للحصول على حكم قضائي بفك الرابطة الزوجية هو تقديم عريضة كتابية لدى كتابة الضبط بالمحكمة التي يوجد مسكن الزوجية ضمن دائرة اختصاصها، طبقا للمواد 40 و 426 ق.إ.م.إ.<sup>680</sup> وفقا للأوضاع والأشكال المقررة قانونا (م15، 14 و 439 ق.إ.م.إ.).<sup>681</sup>

## 1. الصفة الإجرائية.

الصفة الإجرائية هي صفة التقاضي، إذ هي صلاحية الشخص لمباشرة إجراءات التقاضي في الدعوى باسمه أو باسم غيره، في حالة وجود استحالة على صاحب الصفة في

---

<sup>678</sup> نصت المادة 15 ق.إ.م.إ. " يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا البيانات الآتية :

. الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى .

. اسم ولقب المدعي وموطنه.

. اسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم، فأخر موطن له .

. الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الإجتماعي وصفة ممثله القانوني او الإتفاقي.

. رضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.

. الإشارة عند الإقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى.

<sup>679</sup> عادل بوضياف، المرجع السابق، ص 41.

<sup>680</sup> تنص المادة 37 ق.إ.م.إ. على الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، كقاعدة عامة . أما المادة 426 من نفس القانون فتقضي بالإختصاص الإقليمي للمحاكم في مواد الأحوال الشخصية عموما

<sup>681</sup> تنص المادتان 14 و 15 ق.إ.م.إ. على البيانات الواجب توافرها بالعريضة الإفتتاحية، أم المادة 439 ق.إ.م.إ. فتتص على البيانات الواجب توافرها في العريضة الوحيدة التي يقدمها الزوجان للمحكمة في حالة رفع دعوى الطلاق بالتراضي .

الدعوى تمنعه من مباشرة دعواه أمام القضاء، كما هو الحال في تمثيل الولي أو الوصي أو القيم للقاص<sup>682</sup>.

تسري على أهلية التقاضي أحكام الأهلية المدنية، فلا يمكن للشخص أن يباشر إجراءات التقاضي ما لم يبلغ 19 سنة كاملة وغير محجور عليه بسبب إصابته بعارض من عوارض الأهلية. فلو باشر الشخص دعواه بنفسه مع عدم تمتعه بأهلية التقاضي، فإن الجزاء هو رفض الطلب رغم صحة تأسيسه<sup>683</sup>.

على هذا الأساس، إذا كان أحد طرفي العلاقة الزوجية قاصرا، فإن دعوى الطلاق ترفع وجوبا باسمه ومن طرف من ينوب عنه. لأنه يفتقد للصفة الإجرائية بسبب قصوره. رغم اعتبار الصفة من النظام العام، فإن محكمة بشار، قبلت طلب الطلاق، وقضت بفك الرابطة الزوجية بين زوج وزوجة، وهي المدعى عليها، حيث كانت تبلغ من العمر أثناء صدور الحكم بالطلاق، 17 سنة<sup>684</sup>.

وتسري أحكام الأهلية الإجرائية على كل شخص طبيعي، سواء كان زوجا أو غير ذلك، بحيث أن محكمة بشار أيضا، عرض أمامها طلب لتعديل مقدار نفقة من طرف حاضنة ولصالح محضونها التي بلغت سن الرشد، ولا زالت متمدرسة بالجامعة. فقضت المحكمة بعدم قبول الطلب، بحجة أن المحضونة قد بلغت سن الرشد طبقا لنص المادة 40 من القانون المدني. وبالتالي، فلها الأهلية الكاملة والصفة القانونية لرفع الدعوى بنفسها ولم تعد في حاجة إلى نيابة قانونية<sup>685</sup>.

## 2- سلطة النائب في تقديم الطلب نيابة عن القاصر:

<sup>682</sup> أحمد هندي. المرجع السابق، ص 316.

<sup>683</sup> تنص المادة 65 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يثير القاضي تلقائيا انعدام الأهلية ويجوز له أن يثير تلقائيا انعدام التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي."

<sup>684</sup> حكم صادر عن محكمة بشار الابتدائية، قسم شؤون الأسرة بين ( د.م و س.ل) بتاريخ 2013/12/25، رقم الفهرس 13/02354، رقم الجدول 13/01963.

<sup>685</sup> حكم صادر عن محكمة بشار، قسم شؤون الأسرة، بين (ص، م و ب، ج) بتاريخ 2013/12/4، رقم الفهرس 13/2226، رقم الجدول 13/1988.

إذا كان الزوجان راشدين فإن الطلب يقدم من قبلهما، أما لو كانا قاصرين أو أحدهما قاصرا، فإن الطلب يقدم من طرف وليه أو مقدمه (م437 ق.إ.م.إ.). أما من حيث تقديم طلب الطلاق بالتراضي فإن المشرع لم يتركه على إطلاقه، وإنما احتاط لمصلحة ناقص الأهلية وفاقدها هذا بموجب المادة432 ق.إ.م.إ.<sup>686</sup>، إذ منع تقديم طلب الطلاق بالتراضي متى كان أحد الزوجين تحت نظام التقديم أو اعتراه إختلال في قدراته الذهنية. فيما تعلق بالمختل ذهنيا لا يمكن قبول طلبه للطلاق بالتراضي، أما من كان تحت نظام التقديم، فالموضوع مختلف.

رجوعا إلى المواد 87، 92، 95، 99، و100 من قانون الأسرة المتعلقة بالولاية الوصاية والتقديم، والمادة 469 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن المشرع لم يفرق بين الولي والوصي والمقدم من حيث السلطات المخولة لكل منهم فيما تعلق بشؤون القاصر<sup>687</sup>، بخلاف المشرع المصري الذي يرى بأن ولاية الوصي\* أضيق من سلطات الولي فيما يتعلق بالشؤون المالية للقاصر<sup>688</sup>.

رغم أن المشرع الجزائري اعترف لكل من الولي، الوصي والمقدم بإمكانية تقديم طلب الطلاق بصفة عامة إلا أنه وضع استثنائين على ذلك يتعلقان بدعوى الطلاق بالتراضي:<sup>689</sup>

#### أ . استثناء متعلق بصفة النائب :

من خلال المادة432ق.إ.م.إ. يتضح جليا أن المشرع قد ميز بين الولي والوصي من جهة، والمقدم من جهة أخرى. لما نص عليه صراحة من عدم جواز تقديم

---

<sup>686</sup> نصت المادة432 ق.إ.م.إ. " لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته. يجب إثبات اختلال القدرات الذهنية من قبل طبيب مختص. "

<sup>687</sup> أنظر المادتين 95 و100 ق.أ.ج.

<sup>688</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص292.

<sup>689</sup> أنظر المادة 432 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الطلاق بالتراضي من قبل المقدم. وبمفهوم المخالفة، اعترف للولي والوصي بإمكانية تقديم ذلك.

#### ب . إستثناء متعلق بحالة القاصر :

إذا كان الشرط الأول من نص المادة 432 ق. إ. م. إ. قد منع المقدم من تقديم طلب الطلاق بالتراضي نيابة عن القاصر، فإن الشرط الثاني من المادة منع حتى الولي والوصي من تقديم الطلب متى كان القاصر يعاني اختلالات ذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته. كما أن حكم الطلاق بالتراضي اعتبره القضاء صلحا بين الزوجين وإشهادا من المحكمة على رغبة الطرفين، ولا تخلع عليه صبغة الحكم الإبتدائي ولا النهائي<sup>690</sup>.

#### ثالثا . تقييد وتسجيل العريضة:

يتعين على المدعي تقديم العريضة إلى أمين الضبط للمحكمة المختصة إقليميا (قسم شؤون الأسرة)، الذي يسجل تاريخ ورودها مع جميع المعلومات المتعلقة بالخصوم زيادة عن تاريخ أول جلسة الذي يحدد بإحترام 20 يوما على الأقل من تاريخ تسليم التكليف بالحضور إن كان المكلف بذلك مقيما بالجزائر. أما لو كان مقيما بالخارج، فالأجل يمتد إلى ثلاثة أشهر<sup>691</sup>. وعلى أمين الضبط أن يقوم بإخطار الطرفين في الحال بتاريخ حضورهما أمام قاضي شؤون الأسرة، ويسلم لهما استدعاء بهذا لخصوص<sup>692</sup>.

---

690 " من المقرر قانونا أن الطلاق بالتراضي هو مجرد إسهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق، ولا يوصف بالإبتدائية أو النهائية، ولا يحق لأي من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق التزوير. " قرار رقم 243943، بتاريخ 2000/5/23، اجتهاد قضائي عدد خاص، 2001 ص112. " إن اتفاق الزوجين على الطلاق يعد بمثابة صلح لا تستطيع المحكمة إلا الإسهادعليه. " قرار رقم 259475 بتاريخ 2002/6/3، نشرة القضاء، 2006، العدد58، ص191 جمال سايس، المرجع السابق، ص1316. يتفق القراران السابقان على كون الطلاق بالتراضي تصرفا صادرا بالإرادة المشتركة للزوجين، ويتزمت عن ذلك عدم الطعن في الحكم إلا إذا ثبت تزوير، كأن يوقع شخص آخر مكان الزوجة أو الزوج. كما ليس للقاضي رفض الطلب متقيدا في ذلك بإجراء الصلح فقط لينتهي بإسهاد منه على ما اتفق عليه الزوجان.

691 انظر المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

692 انظر المادة 430 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

## رابعاً. تبليغ العريضة الإفتتاحية:

نصت المادة 438 على وجوب تبليغ الخصم في دعاوى الطلاق بإرادة أحد الزوجين تبليغاً رسمياً<sup>693</sup>. ويكون التبليغ رسمياً متى تم بواسطة المحضر القضائي بواسطة وثيقتين الأولى هي التكليف بالحضور (م 18 ق.إ.م.إ) والثانية هي محضر تسليم التكليف بالحضور (م 19 ق.إ.م.إ). فلا يعني تقديم العريضة انعقاد الخصومة ما لم يبلغ الزوج المرفوعة ضده الدعوى عن طريق المحضر القضائي.

كما أن القانون يشترط احترام مهلة عشرين يوماً بين تاريخ التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة<sup>694</sup>، والحكمة من ذلك تمكين الزوج المرفوعة ضده الدعوى من تهيئة دفاعه. أما في الطلاق بالتراضي، فإن المهلة ليس لها أهمية لأن الزوجين قد أودعا العريضة بواسطتهما معا أو بواسطة من ينوب عنهما، وعلما بتاريخ أول جلسة مباشرة بعد الإيداع.

على اعتبار أن النيابة العامة تعد طرفاً أصلياً في قضايا شؤون الأسرة عامة وقضايا فك الرابطة الزوجية خاصة، فيتعين تبليغها، والتبليغ في هذه الحالة يتم عن طريق المحضر القضائي أو بواسطة أمين الضبط<sup>695</sup>.

---

<sup>693</sup> تنص المادة 438 ق.إ.م.إ. "يجب على المدعي في دعوى الطلاق أن يبلغ رسمياً المدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة المشار إليها في المادة 436 أعلاه .

ويجوز له أيضاً تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط.

<sup>694</sup> أنظر المادة 16 السالفة الذكر .

<sup>695</sup> أنظر المادة 438 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

## المطلب الثاني

### سير دعوى الطلاق والبت فيها

استنادا إلى نص المادة 49 من قانون الأسرة التي لا تعتبر الطلاق قائما ما لم يثبت بحكم قضائي، فإن الزوجان ملزمين باللجوء إلى القضاء لطلب فك الرابطة الزوجية. ومن هنا فإن الحكم به لا يصدر إلا بعد تقديم الطلب وفق الأشكال المحددة قانونا، والدخول في مرحلة الصلح، ثم المثول لجلسة علنية.

لكن، هل ساوى المشرع من حيث الإجراءات بين الزوج الراشد والزوج القاصر أم وضع استثناءات لحماية ناقصي الأهلية وعاديتها في مسألة الطلاق ؟ لذلك، فإن هذا المطلب سيحتوي على فرعين، الأول متعلق بإجراءات سير الدعوى إلى غاية تهيئة الملف للفصل فيه، والثاني متعلق بالفصل في دعوى الطلاق وما يلحق حكمها من الآثار.

### الفرع الأول

#### السير في دعوى الطلاق والحضانة

يعتبر السير في دعوى الطلاق مرحلة من المراحل التي تمر بها الخصومة، إلا أن هذه الدعوى تتميز بمرورها على مرحلة الصلح الوجوبية بغرفة المشورة.

#### أولا . الجلسات :

بعد تقديم الزوج أو الزوجة أو الزوجين معا طلب فك الرابطة الزوجية أمام كتابة الضبط لقسم شؤون الأسرة في شكل عريضة مستوفية لكافة بياناتها، يبلغ المدعي أو كلاهما بتاريخ أول جلسة .

## 1 . الجلسات العلنية :

نصت المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن "الجلسات علنية، ما لم تمس العلنية بالنظام العام أو الآداب العامة أو حرمة الأسرة"<sup>696</sup> مما يجسد مبدأ المحاكمة العادلة نتيجة إشراك المجتمع المدني فيها أين يواجه المدعي خصمه علانية ويطلب هذا الأخير بتقديم مذكرة جوابية إلى أن يكتفي أحدهما، أو يتجاوز الرد الجلسات المحددة. ولا يعد حضور الزوجين في الجلسات العلنية إلزاميا.

غيرأنه إذا كان أحد الطرفين قاصرا فلا يستطيع الحضور بنفسه، بل لا بد من حضور نائبه القانوني أو القضائي، حسب الأحوال.

## 2 . جلسات الصلح وأحد الزوجين قاصر :

نظرا لما يجره فك الرابطة الزوجية من آثار سلبية على الأسرة والمجتمع فإن القانون قد ألزم القاضي بإقامة الصلح بين الزوجين، على أمل تجنب الطلاق. فبعد أن أوردت المادة 49ق.أ.ج<sup>697</sup> نصا مبدئيا يتعلق بأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي، وأن اي طلاق عرفي يقع شفويا ضمن قواعد الفقه الإسلامي لا يعتد به قانونا، ولا يحتج به تجاه الغير. فلا يجوز للمحكمة أن تقرره إلا بعد قيام القاضي بعدة إجراءات للصلح يحاول خلالها ثني أحد الطرفين<sup>698</sup>، وقد تعرضت المحكمة العليا إلى الصلح في عدة قرارات<sup>699</sup>، غير أنها كانت تعتبر الصلح اجراء غير جوهري، ثم اعتبرته بمقتضى نص المادة 49 من قانون

<sup>696</sup> أنظر المادة 7 من ق.إ.م.إ.

<sup>697</sup> أنظر المادة 49 من ق.أ.ج.

<sup>698</sup> عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، ط2، دار هومة للنشر، الجزائر، 2013، ص119.

<sup>699</sup> قرار نصه " من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون. " قرار رقم 570 بتاريخ 1989/6/6. قرار موال " من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون. " قرار رقم 57812 بتاريخ 1989/12/25 م. ق. 1991 عدد3، ص71، بلحاج العربي، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص233.



الأسرة إجراء ضروريا يعتبر تخلفه مخالفة للقانون، مما يستوجب الطعن في حكمه. سواء تعلق الأمر بالطلاق بالتراضي<sup>700</sup>، أم بطلب مقدم من أحد الزوجين<sup>701</sup>.

نصت المادة 49 من قانون الأسرة "لايثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوزمدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى. يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين. تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة. "

كما نصت المادة 439 ق. إ. م. إ. "محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية." فالمشرع هنا اعتبر مرحلة الصلح مرحلة وجوبية نظرا لما تحققه من غايات إيجابية في فض النزاعات الزوجية، وحضور الزوجين في جلسات الصلح إلزامي، يستمع القاضي لكل طرف على انفراد من أجل تمكين كل طرف من قول ما لايستطيع البوح به أمام الطرف الثاني أو ربما قد يتردد في قول حقيقة المشكل القائم.

وبذلك يتمكن القاضي من وضع يده على صلب المشكل<sup>702</sup>، ثم مجتمعين<sup>703</sup>. وإن كان أحد الزوجين قاصرا وجب حضور نائبه بجانبه. لأن الصلح عملية لتقريب وجهات النظر والتنازل عن بعض المواقف، ولا يمكن أن يباشر القاصر الصلح بنفسه نظرا لقصور رأيته وتدبيره. فإذا تم الصلح حرر أمين الضبط محضرا لذلك. أما إذا لم يتحقق الصلح يشرع القاضي في مناقشة موضوع الدعوى<sup>704</sup>.

---

<sup>700</sup> أنظر المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>701</sup> أنظر المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>702</sup> بوضياف عادل، المرجع السابق، ص445.

<sup>703</sup> نصت المادة 440 ق. إ. م. إ. "في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا. ويمكن بناء على طلب أحد الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح. "

<sup>704</sup> أنظر المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما التعارض القائم بين المدة التي حددها الشرع للصلح بثلاثة أشهر ومدة انتهاء العدة، وعدم اعتبار الطلاق نافذا ما لم يصدر في شأنه حكم قضائي، فسأعرض له لاحقاً

705

## الفرع الثاني

### البت في دعوى الطلاق والحضانة

يتم الفصل في دعوى الطلاق بحكم قضائي يقضي بفك الرابطة الزوجية، مع الفصل في التوابع المترتبة عن ذلك. لا سيما فيما يتعلق بإسناد الحضانة ونفقة الأولاد ونفقة العدة، والتعويض في حالة وجوبه.

### أولاً: صدور الحكم:

الحكم القضائي هو القرار الصالدر من جهة ذات ولاية قضائية، للفصل في المنازعات وفقاً لإجراءات وضمانات معينة، وله عنصران، عنصر موضوعي يتضمن صدور القرار في منازعة بين شخصين أو أكثر. وعنصر شكلي متمثل في أن القرار يصدر من جهة قضائية وفقاً لأشكال معينة<sup>706</sup>.

فإذا استحال على القاضي الوصول إلى الصلح، دعا الزوجين أو من يمثلهما للمثول أمامه في جلسة علنية، ليقر بالطلاق بعد تأكده من إرادة الزوج أو إرادتهما معا<sup>707</sup>. وتتألف تشكيلة الحكم من قاض فرد يلتزم بمعاينة الوقائع وتكييفها، ولا سيما في طلب التطليق أين يتعين على الزوجة راشدة كانت أم قاصرة أن تؤسس طلبها ليكون محل قبول<sup>708</sup>.

### ثانياً . الطعن في الحكم :

705 انظر صفحة 281 وما بعدها.

706 أحمد عمر بوزقية، المرجع السابق، ص 220 وما يليها .

707 أنظر المادة 450 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

708 أنظر المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يتضمن الحكم القاضي بالطلاق شقين، شق متعلق بفك الرابطة الزوجية، وشق متعلق بتوابع فك الرابطة الزوجية. بالنسبة للشق الأول، تصدر فيه المحكمة حكمها ابتدائياً ونهائياً<sup>709</sup>. أما بالنسبة للشق الثاني فتصدر فيه حكمها ابتدائياً، باعتبارها درجة أولى في التقاضي. مما يترتب عنه عدم جواز الطعن بالإستئناف في الشق الأول وجوازه في الشق الثاني أمام المجلس القضائي<sup>710</sup>. أما بالنسبة لدعوى الطلاق بالتراضي فإن المحكمة تحكم فيها ابتدائياً ونهائياً في الشقين الأول والثاني.

وعلى هذا الأساس، فإن الطعن بالإستئناف أو الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا لا يوقف تنفيذ الحكم بالطلاق. فيعتبر الزوجان منفصلين بمجرد صدور الحكم. أما الحكم المتعلق بالحضانة فيمكن الإستئناف فيه برمته، وفق الفقرة الثانية من المادة 57 ق.أ.ج. ويتم الإستئناف أمام المجلس طبقاً لأحكام المادة 537 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>711</sup>. كما يمكن للزوجة رفع دعوى استعجالية في شأن الحضانة عملاً بنص المادة 57 ق.أ.ج.

## 1. الطعن بالإستئناف :

الإستئناف من الطعون العادية في أحكام المحكمة درجة أولى، يرفع إلى محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم<sup>712</sup>، عملاً بمبدأ النقاضي على درجتين<sup>713</sup>. وقد

---

709 تنص المادة 57 من قانون الأسرة " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية. تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للإستئناف.

710 أنظر المادة 34 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

711 عبد الفتاح تقي، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الإجتهاادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 249.

712 انظر المادة 313 ق.إ.م.إ.

713 نصت المادة 6 ق.إ.م.إ "المبدأ أن التقاضي يقوم على درجتين، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ."

أورده المشرع حرصا منه على الوصول إلى الحقيقة الواقعية وليس الحقيقة القضائية المفترضة في الأحكام<sup>714</sup>.

لقد تقرر لكل شخص أن يتقاضى أمام محكمة درجة أولى، وإن لم يقتنع بالحكم جاز له الإستئناف على مستوى المجلس، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. وأحكام الطلاق لها خصوصية، على اعتبار أنها إذا وقعت بالارادة المنفردة لأحد الزوجين لا تقبل الاستئناف إلا فيما يتعلق بتوابع فك الرابطة الزوجية<sup>715</sup>، أما إذا كان الطلاق بالتراضي فإن الحكم برمته لا يقبل الطعن بالاستئناف<sup>716</sup>.

**أ . مباشرة الإستئناف :**

يتم الإستئناف بواسطة عريضة ترفع بأمانة ضبط المجلس (م539ق.إ.م.إ.) وفقا للبيانات الإلزامية الواجب توافرها في كل عريضة (م540 و 541ق.إ.م.إ.)، ويبلغ المستأنف المستأنف عليه، كما تبلغ كتابة الضبط النيابة العامة في كل النزاعات المتعلقة بشؤون الأسرة.

**ب . ميعاد الإستئناف :** يسري ميعاد الإستئناف بشهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إذا تم التبليغ بصورة شخصية، ويمدد الأجل إلى شهرين متى تم التبليغ في الموطن الحقيقي أو المختار(م336ق.إ.م.إ.)<sup>717</sup>. اعتبر المشرع التبليغ الذي يتم للشخص محل الولاية أو الوصاية أو التقديم دون أثر ولا يعتد به، إذ القانون في هذه الحالة يشترط تبليغ الشخص الذي ينوب عنه.والعبرة بالتبليغ الذي يوجه لنائب القاصر، لأن هذا الأخير لا يملك أهلية مباشرة التصرفات القانونية، ولا يمكنه القيام بالطعن بنفسه<sup>718</sup>.

**ج . استئناف الزوج القاصر:**

---

714 طاهري حسين، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية، دار ربحانة، الجزائر، 2002، ص.61.

715 أنظر المادة 57 ق.أ.ج.

716 أنظر المادة 433 ق.إ.م.إ.

717 أنظر المادة 336 ق.إ.م.إ.

718 عادل بوضياف، المرجع السابق، 339 و340.

قد ترفع دعوى طلاق من طرف زوج قاصر بواسطة نائبه فيصدر حكم قضائي في الموضوع . بعد صدور الحكم يبلغ القاصر سن الرشد، وله في هذه الحلة أن يستأنف في الحكم بنفسه مستغنيا عن النائب، ويسري هذا على كل من زال عنه سبب نقص الأهلية<sup>719</sup>.

## 2 . الطعن بالنقض :

النقض إجراء يقوم حين يشوب الحكم الصادر خطأ في القانون، ولا يستهدف إعادة النظر في القضية التي سبق الفصل فيها، وإنما يرمي إلى النظر فيما إذا كانت الجهات القضائية المختلفة قد طبقت النصوص والمبادئ القانونية بصفة سليمة في الأحكام الصادرة عنها، سواء تعلقت بالمخالفة بالموضوع أو بالإجراءات<sup>720</sup>.

### أ . مباشرة الطعن بالنقض :

يباشر الطعن بالنقض في مسائل شؤون الأسرة بواسطة محام وجوبا عن طريق التصريح بعريضة تودع أمام أمانة ضبط المحكمة العليا أو أمانة ضبط المجلس القضائي الذي صدر عنه القرار موضوع الطعن<sup>721</sup>.

يبلغ الطاعن المطعون ضده تبليغا رسميا خلال شهر واحد من تاريخ التصريح بالطعن بالنقض، بأن يسلمه نسخة من محضر التصريح، على أن ينبهه لتأسيس نفسه بواسطة محام خلال شهرين من تاريخ التبليغ<sup>722</sup>.

---

719 تنص الفقرة الثانية من المادة 335 ق.إ.م.إ. ".... كما يحق للأشخاص الذين تم تمثيلهم على مستوى الدرجة الأولى بسبب نقص الأهلية ممارسة الإستئناف إذا زال سبب ذلك...."

720 بوشير محند أمقران، المرجع السابق، ص326.

721 أنظر المادتين 559 و560 ق.إ.م.إ.

## ب . شروط الطعن بالنقض :

حتى يعتبر التصريح بالطعن بالنقض مقبولاً، وجب توافر الشرطين التاليين :  
. أن يكون الحكم محل الطعن صادراً في الدرجة الأخيرة، سواء كانت المحكمة كما هو في موضوع الطلاق أو التطليق أو الخلع أو الطلاق بالتراضي، أو كان المجلس كما هو في توابع الطلاق المادية، كنفقة العدة أو التعويض أو الحضانة في كافة جوانبها.  
. توافر إحدى الحالات المذكورة في نص المادة 358ق.إ.م.إ.<sup>723</sup>

## ج . أجل الطعن بالنقض :

بعد صدور الحكم من المحكمة أو من المجلس بصورة نهائية، جاز لأي طرف أن يطعن بالنقض في الحكم الصادر خلال شهرين من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم. ويمدد إلى ثلاثة أشهر متى تم التبليغ في الموطن الحقيقي أو المختار للشخص<sup>724</sup>.

## الفصل الثاني

### آثار فك الرابطة الزوجية

إذا فكت الرابطة الزوجية بين زوجين راشدين أو قاصرين كانا، بطلاق، أو تطليق أو خلع، أو فسخ لنكاح فاسد، أو نكاح شبهة، ترتبت عن ذلك آثار، شخصية كالرجعة والعدة بأنواعها، والحضانة في شقها الشخصي كالإلتزام بالتربية والرعاية، ومالية كالنفقة على المعتدة والمحضونين، والتعويض، والمتعة. ولكل من هذه الآثار أحكامه الشرعية والقانونية. وهناك من صنف هذه الآثار بحسب من تعود عليه، فمنها آثار تعود على الزوجين، وهي العدة والنفقة، وآثار تعود على الأولاد، وهي النسب والحضانة<sup>725</sup>.

<sup>722</sup> أنظر المادة 563ق.إ.م.إ.

<sup>723</sup> أنظر المادة 358 ق.إ.م.إ.

<sup>724</sup> أنظر المادة 354 ق.إ.م.إ.

<sup>725</sup> بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 221.



## الفرع الأول

### العدة

سبق الإشارة إلى الطلاق الرجعي، أنه يرتب أثرا أساسا، هو حق الزوج في مراجعة زوجته دون صداق وعقد جديدين ودون رضاها، كونها زوجة له. يمارس الزوج هذا الحق في نطاق زمني محدود شرعا وقانونا، هو زمن العدة<sup>730</sup>. فمتى انقضت انقضى حق الزوج في الرجعة، فيصبح أجنبيا عن زوجته. إذاً؟ ما العدة؟ وما أسباب وجوبها؟ ما أنواعها؟ هل للزوجة البالغة وللزوجة الصغيرة نفس العدة؟

#### 1. تعريف العدة :

العدة في اللغة مأخوذة من العد والحساب، وجمعها، عدد، بكسر العين. وسميت كذلك، لإشتمالها على عدد من الأقراء أو من الأشهر. أما في الإصطلاح، فهي اسم لمدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها، أو للتعبد، أو لتفجعها على زوجها<sup>731</sup>. والعدة أيضا، هي أجل ضرب لإنقضاء ما بقي من آثار النكاح<sup>732</sup>. يتضح من خلال هذين التعريفين أن عقد الزواج لو انتهى بأي سبب من الأسباب، وهو الطلاق، أو الفسخ أو الوفاة، فلا يحل للزوجة أن تتزوج بغير زوجها الأول حتى تنتهي المدة المحددة، نظرا للغاية الإجتماعية المرجوة منها كحفظ الأنساب. وقد اعتبرها

---

730 " من المقرر شرعا بأن الرجعة لا تعتبر شرعية إلا أثناء قيام العدة، وأن مراجعة الزوج لزوجته بعد انتهاء فترة العدة لا يشفع له شرعا في عدم احتساب الطلاق الذي تلفظ به. " ملف رقم 35322 بتاريخ 1984/12/17، م. ق. 1989 عدد4 ص91. بلحاج العربي، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص328. كما استقرت المحكمة العليا على مبدأ نصه " مراجعة الزوج لزوجته خلال فترة العدة جائز شرعا وقانونا، ما دامت العصمة بيده. " ملف رقم 395557 بتاريخ 2007/5/9 مجلة المحكمة العليا، 2008، عدد2، ص299. جمال سايس، المرجع السابق ج3 نص1456.

731 رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق. ص245.

732 علاء الدين الكاساني، المرجع السابق. ج3، ص277.





أما في السنة، فقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في حق عبد الله بن عمر رضي الله عنهما : مُره، فليراجعها، ثم يمسكها، ثم تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس. فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء<sup>739</sup>. ولا تجب العدة إلا بتوافر جملة من الأسباب.

### 3 . أسباب وجوب العدة:

أ . الزواج الصحيح الذي تتبعه وفاة أو طلاق بعد الدخول<sup>740</sup>، أو الخلوة على رأي الحنفية والحنابلة<sup>741</sup>، أما لو حصلت الفرقة قبل الدخول فلا عدة على الزوجة<sup>742</sup>، إلا الفرقة بوفاة، لقوله تعالى **چ چ د ي د ت ث ث ڈ ڈ ژ ژ ژ ك ك ك گ گ گ گ گ گ گ**  
**چ**<sup>743</sup>. أما الزواج الفاسد أو زواج الشبهة فلا يوجبان العدة، بل الإستبراء من أجل براءة الرحم، لأن العبرة بالدخول، لا بالعقد. والوطء حال الدخول يقتضي براءة الرحم<sup>744</sup>.

ب . وفاة الزوج في زواج صحيح، سواء أكانت وفاة حقيقية أو وفاة حكمية، ولا فرق هنا بين المدخول بها وغير المدخول بها ؛ لقوله تعالى **چ ا ب ب ب ب پ پ پ پ پ پ پ پ**<sup>745</sup> " .

### 4 . الحكمة من مشروعية العدة :

شرعت العدة لما تجمع من المصالح التي تعود بالفائدة على الزوجين أولاً، ثم على الأسرة كافة ؛ ومنها ما يلي :

<sup>739</sup> البخاري. المرجع السابق ص2011بق ص2011. حديث رواه عبد الله بن عمر رقم4953. كتاب الطلاق.

<sup>740</sup> العربي بختي، المرجع السابق ص172.

<sup>741</sup> عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق. ص343.

<sup>742</sup> " من المقرر شرعاً أنه تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها، ولا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها. " ولما كان ثابتاً. في قضية الحال . أن المطعون ضدها طلقت من زوجها الأول قبل الدخول وأعدت الزواج ثانية في الأسبوع الأول من طلاقها، فإن القضاة برفضهم لطلب الطاعن بفسخ الزواج لعدم إتمام العدة من الزوج الأول والحكم بصحة الزواج ورجوع الزوجة إلى البيت الزوجي، طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن. " ملف

رقم 137571 بتاريخ 18/6/1996م. ق. 1997، عدد2، ص93. جمال سايسي، المرجع السابق ج1، ص880

<sup>743</sup> سورة الأحزاب، الآية 49.

<sup>744</sup> محمد قدرى باشا، المرجع السابق. ص104.

<sup>745</sup> سورة البقرة، الآية 234.

أ . صيانة الأنساب وحفظها من الإختلاط، ذلك، أن مدة العدة كافية لبراءة الرحم وخلوه من الحمل. فإذا تزوجت المطلقة زوجاً آخر، يكون ذلك بعد الإستيثاق من فراغ الرحم.<sup>746</sup>

ب . إعطاء الزوج فرصة يراجع فيها نفسه بعد زوال غضبه ورجوعه إلى صوابه لمراجعة زوجته وإصلاح ما أحدثه.

ج . إعلام الناس بعظم شأن الزواج واختلافه عن باقي العقود، كونه ينعقد صحيحاً بشهادة الناس، ولا ينحل إلا بنفس الشهادة بعد مضي مدة معلومة.

د . رعاية حق الزوج المتوفى وإظهار التأثر عليه، وذلك بامتناع زوجته عن الزواج بغيره لمدة معينة، رعاية له بعد مماته، كما كانت تراعيه حال حياته.

#### 5 . أنواع العدد.

يبقى أن أستعرض أنواع العدد، إذ، من الفقه من يصنفها على أساس كيفية الإعتدادومنها من يصنفها على اعتبار حالة المرأة وقت الفرقة. وفي هذا الشأن يقول ابن رشد " وكل زوجة، فهي: إما حرة، وإما أمة، وأن تكون مدخولاً بها أو غير مدخول بها. فأما غير المدخول بها، فلا عدة لها؛ لقله **چ ژ ک ک ک گ گ گ گ گ گ گ گ**<sup>747</sup> وأما المدخول بها: فلا يخلو أن تكون من ذوات الحيض، أو من غير ذوات الحيض، وغير ذوات الحيض، إما صغار، وإما يائسات من المحيض. وذوات الحيض إما حوامل، أو جاريات على عاداتهن في الحيض، وإما مرتفعات في الحيض وإمامستحاضات<sup>748</sup>.

#### أ . العدة بالقروء :

من حيث الكيفية ؛ فإن العدة تتم بالقروء في حالات، وبالأشهر في حالات أخرى.

فما هو القروء، إذاً ؟

<sup>746</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق. ص 371.

<sup>747</sup> سورة الأحزاب، الآية 49.

<sup>748</sup> ابن رشد، المرجع السابق. ص 544.

عرف القرء لدى الفقه اختلافا ؛ حيث يرى الحنفية والحنابلة أن القرء هو الحيض .  
أما المالكية والشافعية فيفسرونه بالطهر<sup>749</sup> . وسبب الإختلاف بينهم، أن القرء من الألفاظ  
المشتركة، تطلق لغة على الحيض والطهر . فمن قال أن القرء هو الحيض رأى أنه أقرب  
لمعنى العدة ودلالاتها على براءة الرحم، عملا بقوله صلى الله عليه وسلم " دعي الصلاة أيام  
أقراك". والحيض أمر حسي يمكن أن يُجعل علامة على انقضاء الأجل أو بعضه<sup>750</sup> . ومن  
قال أن القرء هو الطهر، لأنه أقرب إلى الإشتقاق وإلى تأنيث الثلاثة<sup>751</sup> أعني بذلك، قولنا :  
ثلاثة أطهار، كما نقول : ثلاثة أقرءاء . فكل من القرء والطهر مذكر الجنس، يؤنث عدده ما  
دون الحادي عشر . أما الأشهر المعتبرة فقها لحساب العدة، فهي القمرية .

#### ب . العدة بالأشهر :

إذا كانت التي تحيض بصورة طبيعية تعند بالقروء، فإن غيرها التي لا تحيض  
تعند بالأشهر، وكذا المتوفى عنها زوجها، سواء كانت تحيض أم لا تحيض .

#### 6 . أنواع المعتدات :

المعتدات، فقها وقانونا، أصناف ثلاث : بالغة تحيض بانتظام، ويأئسة من المحيض  
وصغيرة لم تحض بعد .

#### أ . البالغة :

---

<sup>749</sup> ابن رشد، المرجع السابق . ص 544 و 545 . البخاري، المرجع السابق . ص 2011، الإمام مالك، المرجع السابق  
ص 297 . ورد في موطأ الإمام مالك أن عائشة رضي الله عنها قالت : تدرن ما الأقرء ؟ إنما الأقرء الأطهار .  
<sup>750</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق ص 374 / عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق .  
ص 346 .

<sup>751</sup> أحمد فراج حسين، المدخل للفقه الإسلامي، المرجع السابق . ص 213 .



الصغيرة في لغة الفقه أو القاصرة في مصطلح القانون هي التي لم تبلغ بعد  
وعلامات البلوغ عند النساء: الحيض والإحتلام والحبل، وأدنى مدته تسع سنين<sup>757</sup>. فإذا ما  
طلقت الزوجة وهي غير بالغة بعد، تعتد بالأشهر؛ لقوله تعالى **چب بید چ**<sup>758</sup> فالحكمة من  
تحديد هذه المدة، أن الحمل يظهر جليا في بداية الشهر الخامس، وهي نفس عدة اليأس.  
فماذا لو بلغت الصغيرة وهي في أثناء عدتها؟

كل امرأة بلغت سن البلوغ تشهد لأول مرة دما ينزل منها، يسمى حيضا. فما  
المقصود بالحيض؟

الحيض شرعا هو الدم الذي يخرج بعد بلوغ المرأة من أقصى رحمها، وفي أوقات  
معلومة من غير ولادة ولا مرض، ويكون أسود محتدما حارا كأنه محترق مؤلما، كريحه الرائحة  
<sup>759</sup>. وهو غسالة الجسد وفضالة التغذية التي لا تصلح للبقاء<sup>760</sup>.

أما الطب فيعرف الحيض أنه إفراز دوري لدم يمتزج بالمخاط وخلايا بالية تتساقط  
من الغشاء المخاطي المبطن للرحم. وهو دم لا يتجمد ولا يتجلط.<sup>761</sup> وأقل سنه تسع سنوات،  
ولا حد لأقصاه. يمتد من ثلاثة إلى عشرة أيام. فقد تنزوج المرأة وهي لم تبلغ بعد، فتطلق  
وهي على تلك الحالة، تلزم حتما بالإعتداد مدة ثلاثة الأشهر. وهي في عدتها هذه بنزل  
عليها الدم لأول مرة، فما حكم عدتها؟

في هذه الحالة، تستأنف العدة من جديد، وتعتد بالحيض، ولو كانت قد قضت أكثر  
العدة بالأشهر ولم يبق إلا القليل؛ لأن العدة بالأشهر كانت بدلا عن الحيض، فإذا وجد

---

<sup>757</sup> الأستروشنني، المرجع السابق. ص 119.

<sup>758</sup> سورة الطلاق، الآية 4.

<sup>759</sup> اسماعيل إبراهيم أبو سريعة، الحيض بين الفقه والطب. مجلة البحوث الفقهية المعاصرة. الرياض. العدد 4. د. س. ن.  
د. دون رقم الصفحة.

<sup>760</sup> القرافي. الذخيرة. ج 1. دارالكتب العلمية، بيروت. د. س. ن. ص 361.

<sup>761</sup> اسماعيل إبراهيم أبو سريعة. المرجع السابق. د. ص.

البدل زال اعتبار البدل<sup>762</sup>. وكذلك الحال لمن تبلغ بالسن، أي؛ أنها. بلغت سن الخامسة عشر أو أكثر وأقل سنه تسع سنوات، ولا حد لأقصاه لكنها لم تحض بعد<sup>763</sup>.

#### د . عدة الصغيرة المتوفى عنها زوجها :

إذا كانت الزوجة صغيرة وتوفى عنها زوجها، سواء دخل بها أم لم يدخل فإنها تعدد كالبالغة بأربعة أشهر وعشرة أيام. دليل ذلك، قوله تعالى **﴿إِذَا بَلَغَتِ النِّسَاءَ مِنْ نِكَاحِ أَيَّتْ فَتَى مُؤْتَمِرَةٍ بَاتَ بِهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَحَا بَيْنَهُمَا فِي غَيْبِهَا عَلَيْهِمَا الذَّمُّ وَالْعِتَابُ أَكْبَرُ ۗ وَإِذَا نَكَحَتِ الْمَرْءُ الْمَرْءَ الْفَرِحِيَّةَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَحَا بَيْنَهُمَا فِي غَيْبِهَا عَلَيْهِمَا الذَّمُّ وَالْعِتَابُ أَكْبَرُ ۗ وَإِذَا بَلَغَتِ النِّسَاءَ مِنْ نِكَاحِ أَيَّتْ فَتَى مُؤْتَمِرَةٍ بَاتَ بِهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَحَا بَيْنَهُمَا فِي غَيْبِهَا عَلَيْهِمَا الذَّمُّ وَالْعِتَابُ أَكْبَرُ ۗ وَإِذَا نَكَحَتِ الْمَرْءُ الْمَرْءَ الْفَرِحِيَّةَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَحَا بَيْنَهُمَا فِي غَيْبِهَا عَلَيْهِمَا الذَّمُّ وَالْعِتَابُ أَكْبَرُ ۗ** 764 وتبدأ عدتها من يوم علمها يقينا بوفاة زوجها، سواء أكانت الوفاة حقيقية، أو بحكم القاضي، في شأن المفقود. وإذا انقضت عدتها قبل أن تعلم بوفاة زوجها، فإن عدتها قد انقضت ؛ لأن العبرة بتاريخ الوفاة، وليس بتاريخ العلم<sup>765</sup>.

#### 7 . تداخل العدد:

الأصل أن العدة تنتهي وفق ما سبق، إلا أن طارئاً قد يقع خلال فترة العدة يؤدي إلى انتقالها من نوع إلى آخر، وقانون الأسرة لم يتعرض إلى هذا، بخلاف القوانين العربية التي عالجت هذه المسألة كونها كثيرة الحدوث، ولما يترتب عنها من آثار. فالمعتدة من طلاق رجعي بالقروء قد تنتقل إلى الإعتداد بالأشهر متى ذهب عنها الدم خلال العدة ذهاباً طبيعياً، والعكس، كذلك المعتدة من طلاق رجعي، لو اعتدت بالقروء أو الأشهر فيتوفى عنها زوجها خلال العدة، فإنها تتوقف عن العدة الأولى لتبدأ عدة الوفاة بأربعة أشهر وعشرة أيام. كذلك الزوجة الحامل التي يتوفى عنها زوجها تعتد عدة الوفاة، فلو وضعت الحمل بعد الوفاة ولو بزمن قليل انتهت عدتها بوضع الحمل، شريطة أن يولد كامل الخلق<sup>766</sup>.

<sup>762</sup> عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق ص347. الأستروشنى، المرجع السابق. ص118. محمد قدرى باشا. المرجع السابق ص105. محمد بن إدريس الشافعي. المرجع السابق. ص310. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص377.

<sup>763</sup> أحمد فراج حسين، المدخل للفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص215.

<sup>764</sup> سورة البقرة، الآية 234.

<sup>765</sup> عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السابق. ص460.

<sup>766</sup> نصت المادة 137 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: إذا توفي زوج المطلقة طلاقاً رجعياً وهي في العدة، انتقلت من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة. " نفس النص للمادة 126 من قانون الأحوال الشخصية السوري.

## 8 . العدة في القانون :

كسائر القوانين الوضعية، فإن قانون الأسرة قد نظم أحكام العدة ضمن المواد 58 إلى 61 منه. وقد شمل نص المادة 58 أنواع العدد بما يلي: "تعدت المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق". إن عبارة القراء، عبارة عامة، استعملها المشرع في نص المادة 58 ق. أ. ج. دون تعريفه للقراء، ذلك، أن الفقه اختلف في تعريف القراء بين من اعتبره الطهر ومن اعتبره الحيضة. فكان للمشرع أن يوضح المعنى حتى لا يتعارض القضاء في فض النزاعات المتعلقة بحساب القروء، كما نصت المدونة المغربية في الفقرة الأولى من المادة 136 على أنه "تعدت غير الحامل بما يلي: ثلاثة أطهار كاملة لذات الحيض" يبدو أن المدونة استندت إلى الفقه المالكي في تعريف القراء: أما القانون السوري المعتقد للمذهب الحنفي فقد نص في المادة 121 منه، أن عدة المرأة غير الحامل للطلاق والفسخ كما يلي: ثلاث حيضات كاملات لمن تحيض. فبوضوح معنى القراء لا يتعرض القضاء لأي تناقض في أحكامه.

## 9 . عدة الصغيرة قانونا:

لم يتعرض قانون الأسرة إلى الصغيرة التي لم تحض بعد، اعتبارا منه أن القاصرة المرخص لها بالزواج لا بد وأن تكون بالغة تحيض، وهذا ما لم تشر إليه الفقرة الثانية من المادة السابعة المتعلقة بالترخيص بالزواج، التي اكتفت بعبارة "قبل ذلك" وقد سبق التعرض إلى هذا. بل اقتصر على اليائس من المحيض، والقاصرة المتزوجة التي لم تعرف الحيض بعد لا تدخل في حكم اليائس من المحيض، كما أن هنالك من النساء من تظهر عليها علامات البلوغ أو تتجاوز سن البلوغ لكنها لم تحض بعد، إما لطبيعة أو لمرض. فليس من الضروري أن كل بالغة تحيض حين البلوغ مباشرة، وسميت لدى البعض "ممتدة الطهر". وقد نصت مدونة الأسرة المغربية على هذا، بموجب الفقرة الثانية من المادة 136، أنه "تعدت غير الحامل. . . . بثلاثة أشهر لمن لم تحض أصلا. . . ." ثم الفقرة الثانية من المادة 121 من قانون الأحوال الشخصية السوري نصت على أن "عدة المرأة غير الحامل



للطلاق أو الفسخ، كما يلي : . . ، سنة كاملة لممتدة الطهر التي لم يجئها الحيض، أو جاءها ثم انقطع عنها ولم تبلغ سن اليأس، ثلاثة أشهر لليائسة " هذا تفصيل مستحسن، فكان لقانون الأسرة أن يأخذ بهذا النص مضيفاً إلى نص المادة 58، عبارة " والتي لم تعرف الحيض بعد". ثم أن بعض قرارات المحكمة العليا قضى بأن مدة العدة ثلاثة أشهر لغير الحامل دون توضيح كما جاءت به المادة 58 أعلاه<sup>767</sup>. إذًا، فالمعتدة الصغيرة التي تعدت بالأشهر قد يجئها الدم خلال العدة فتلزم بتحويل العدة. فمتى تبدأ العدة؟ وكيف يتم تحولها؟

#### أ. بداية العدة :

يعتبر تاريخ بداية العدة وتاريخ نهايتها من المواضيع التي يثور الخلاف حولها بين المطلقين؛ كونها متعلقة بحق الزوج من جهة، ويحفظ الأنساب من جهة أخرى. لذلك أشار القانون إلى بداية العدة بكيفية تختلف عن بقية القوانين، موضوع المقارنة، إذ اعتبر تاريخ بداية حسابها هو تاريخ تصريح القاضي بالطلاق.<sup>768</sup> بمعنى، أن الزوج لو تلفظ بالطلاق أو أوقعه بإشارة مفهومة أو بكتابة، وبقي مصراً عليه، رغم مروره بمرحلة الصلح التي تنتهي بالطلاق غالباً، بمقتضى حكم قضائي، فإن عدة الزوجة تبدأ حسب النص من تاريخ تصريح القاضي بالطلاق، وليس من تاريخ إيقاع الزوج له. وهذا يعتبر معارضا لأحكام الشريعة الإسلامية. كما أنه لم يرد في أي مذهب فقهي شبيه لهذا الحكم. لأن طول المدة بين إيقاع الطلاق والتصريح به قضاء يعود بالضرر على الزوجة. هذا، بخلاف أغلب القوانين، وفق التفصيل الموالي:

نصت المادة 129 من مدونة الأسرة على أنه : تبتدئ العدة من تاريخ الطلاق أو التخليق أو الفسخ أو الوفاة." ويقصد المشرع بالطلاق، الإشهاد عليه، فالعدة تبدأ من تاريخ

<sup>767</sup> " من المقرر شرعاً أن أمد العدة ثلاثة أشهر عند الطلاق، إلا إذا كانت الزوجة حاملاً. " قرار مؤرخ في 1968/11/6، عن بلحاج العربي، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 327.

<sup>768</sup> نصت المادة 58 ق. أ. ج. على ما يلي : تعدت المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق.

الإشهاد على الطلاق من طرف العدلين، ولو كان الطلاق رجعياً. والأمر نفسه بالنسبة للخلع والفسخ.

أما بالنسبة إلى التطلق فيبدأ احتساب مدة العدة من تاريخ صدور الحكم بالتطلق<sup>769</sup>، لأن الدعوى المرفوعة طلباً للتطلق ليست بدعوى طلاق، أين أعمل الزوج إرادته، وقرر فك الرابطة الزوجية، وإنما هي دعوى نزاع رفعت من طرف الزوجة تدعي فيها بوجود سبب جدي يحول دون استمرار الحياة الزوجية. وللقاضي أن يقرر فيما إذا كان السبب المقدم جدياً ومؤسساً، أم العكس، لينتهي في الأخير بقبوله والحكم بالتطلق، أو برفضه. وعلى هذا الأساس، فإن الإشارة إلى تاريخ إشهاد العدلين على الطلاق، والإشارة إلى تاريخ صدور الحكم بالتطلق يعتبر ضرورياً من أجل احتساب المدة تبعا لنوع العدة.

نص القانون السوري للأحوال الشخصية بالمادة 125 على أن العدة تبتدئ من تاريخ الطلاق أو الوفاة أو الفسخ أو التفريق القضائي أو المفارقة في النكاح الفاسد. وتاريخ الطلاق المقصود هنا، هو تاريخ إيقاعه من طرف الزوج؛ لأن المادة 87 من ذات القانون أكدت بنصها " يقع الطلاق باللفظ، أو بالكتابة، ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة". فيتضح من ظاهر النص أن الزوج بمجرد تلفظه بالطلاق، فإنه يقع، وعمل القاضي في هذه الحالة عمل كاشف فقط؛ ذلك، أن الفقرة الثالثة من المادة 88 تقضي بما يلي " وإن لم تفلح مساعي الصلح، سمح القاضي بتسجيل الطلاق أو المخالعة، واعتبر الطلاق نافذاً من تاريخ إيقاعه". إذاً، فتسجيل القاضي للطلاق يتم بأثر رجعي، وهو تاريخ إيقاعه من طرف الزوج. وهو الحكم الموافق للشريعة الإسلامية.

يأتي الفقه المصري مدققاً مسألة بداية العدة، حيث ورد عنه " وتبدأ العدة عقب الطلاق، إن كانت الفرقة طلاقاً، فإن لم تعلم بالطلاق حتى انقضت عدتها، فقد انقضت العدة؛ لأن سبب وجود العدة هو الطلاق، فتبدأ من وقت وجود السبب<sup>770</sup>. وقد أخذ بذلك

769 محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 341.

770 عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السابق، ص 460.

القانون رقم 100 لسنة 1985 في فقرته الأولى من المادة 5 مكرر بما نصه " على المطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوماً من إيقاع الطلاق. " وتنص الفقرة الثالثة من نفس المادة على أن " تترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه، إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة. " لهذا، فالعدة تبدأ وفق هذا القانون من تاريخ إيقاع الطلاق من طرف الزوج.

## 6. تحول العدة :

لم ينظم القانون أيضاً موضوع تحول العدة من نوع إلى نوع ؛ أي، من القروء إلى الأشهر. وهذا أمر ضروري، طالما أنه يطرأ على بعض النساء. بخلاف القانون المغربي الذي أشار إليه بما نصه " . . . فإن حاضت قبل انقضاء العدة، استأنفتها من جديد بثلاثة أطهار فيتبين أن هذا التحول يسبب في طول مدة العدة، وتترتب آثارا خاصة بها.<sup>771</sup> بناء على ما سبق عرضه، فإنه من المستحسن أن يراجع المشرع الجزائري نص المادة 58 في شأن بداية العدة. أما باقي المواد المتعلقة بفترة المتوفى عنها زوجها وزوجة المفقود، والحامل، ومدة الحمل الدنيا والقصوى، فضلا عن حق الزوجة في المكوث ببيت الزوجية في أثناء العدة، فهي متفقة مع أحكام الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة.

## الفرع الثاني

### الرجعة

الرجعة رخصة منحها الشارع الحكيم للزوج، يستعملها لإصلاح الطلاق الذي أوقعه بإرادته، وسميت بذلك إصلاحاً.<sup>772</sup> دليل ذلك قوله **چى ك كك كك كك كك كك**<sup>773</sup>.

## 1. تعريف الرجعة :

<sup>771</sup> أقصد بالآثار، تلك التي تترتب عن التي تشهد تحولا في عدتها لتصبح طويلة المدى أن الزوج ملزم بدفع نفقة العدة مادامت الزوجة بصدها أن كذلك التوارث بين الزوجين، فضلا عن حق الزوج في الرجعة متى كان الطلاق رجعيا.

<sup>772</sup> محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص 352.

<sup>773</sup> سورة البقرة، الآية 228.

يعرّف الحنفية الرجعة أنها استدامة النكاح في أثناء عدة الطلاق<sup>774</sup>. بمعنى؛ أن النكاح لا ينتهي بمجرد توقيع الطلاق الرجعي، وإنما يستمر طيلة عدة الزوجة، لعل الزوج يتراجع عن قراره فيراجع زوجته جبراً لما أوقعه. أما الشافعية فيرون أنها إعادة لأحكام الزواج في أثناء العدة بعد الطلاق،<sup>775</sup> لأنهم يعتبرون النكاح قد زال بالطلاق والرجعة أعادته طيلة العدة. فما شروط الرجعة؟ وهل تتم بالقول أم بالفعل، أم بهما معا؟ ثم هل يتم الإشهاد عليها؟

## 2. شروط الرجعة:

- أ. أن يكون الطلاق رجعياً، فإن كان بائناً، فلا رجعة<sup>776</sup>. بأن تتم الرجعة أثناء العدة. لأن انتهاء العدة إعلان عن الدخول في الطلاق البائن، أين تصبح الزوجة أجنبية عن زوجها.
- ب. أن تكون الرجعة منجزة؛ كقوله " راجعتك " لأنها استدامة للزواج، والزواج كما أشرت إليه في الباب الأول يحتاج إلى تنجيز. فلا يجوز إضافة الرجعة إلى زمن مستقبل أو تعليقها على حصول أمر في المستقبل.
- ج. الإشهاد على الرجعة عند بعض الفقه.
- د. الأهلية لممارسة الرجعة؛ فلو طلقها وهو راشد، ثم اعتراه عارض من عوارض الأهلية حال دون حقه في الرجعة، فلا تجوز له الرجعة. أما لو طلقها وهو قاصر ثم بلغ الرشد أثناء العدة جاز مراجعة زوجته دون إذن من وليه.

## 3. صيغة الرجعة :

اختلف الفقه في شأن التعبير عن الرجعة، فالحنفية أجازوا أن تتم الرجعة بالقول أو بالفعل. فإن قال الزوج: راجعتك. تمت الرجعة، وأولو دخل بها أو بدرت منه مقدمات

<sup>774</sup> محمد أبو زهرة. الأحوال الشخصية، المرجع السابق. ص313.

<sup>775</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع نفسه. ص313.

<sup>776</sup> " مراجعة الزوج زوجته خلال فترة العدة جائز شرعاً وقانوناً ما دامت العصمة بيد الزوج. " قرار رقم 395557 بتاريخ

2007/5/9 جمال سايسي، المرجع السابق، ص1456.

الدخول، اعتبر ذلك رجعة<sup>777</sup>. أما المالكية فيجيزونها بالفعل المقرون بالنية، والشافعية يكتفون بالقول فقط<sup>778</sup>. فيما تعلق بالإشهاد على الرجعة، فإن الفقه أجمع على أنه مستحب كالإشهاد على عقد الزواج.

#### 4 . الرضا في الرجعة :

أجمع الفقه على أن رضا الزوجة في الرجعة لا يشترط إطلاقاً. والسبب في ذلك قوله تعالى **﴿ كَذَلِكَ يَجْزِيكَ اللَّهُ بِمَا كُنْتَ تَعْمَلِينَ ﴾**<sup>779</sup> وما سمي بعلاً إلا لأنه لا زال زوجاً شرعياً لزوجته رغم قيام الطلاق الرجعي. ولا يعتد بالرضا في الرجعة، لأن الرضا شرط لإبتداء العقد، وليس لبقائه. ونحن في الرجعة أمام بقاء العقد هذا ما تعلق بأحكام الرجعة في الفقه الإسلامي، فماذا عنها في القانون؟

#### 5 . الرجعة في قانون الأسرة :

نصت المادة 50 من قانون الأسرة على أنه " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد. ". لقد جاءت هذه المادة فريدة ومجملّة رغم تعدد أحكام الرجعة، كما أنها تحمل تعارضاً بين أحقية الزوج في الرجعة وبين المدة التي يمكنه ممارسة هذا الحق، قياساً على الفقه الإسلامي. واستقرأ لنص المادة نستنتج أنه يحمل حكيمين:

الأول يجيز للزوج مراجعة زوجته في مرحلة الصلح والثاني يمنعه من ذلك بعد صدور الحكم بالطلاق. ففيما تعلق بالحكم الأول، يمنح المشرع للزوج حق مراجعة زوجته خلال مرحلة الصلح الممتدة على مدار ثلاثة أشهر، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن نتحدث عن الرجعة إلا بعد طلاق رجعي، فالنص هنا يعترف ضمناً للزوج أنه طلق زوجته

---

<sup>777</sup> محمد ابو زهرة. الأحوال الشخصية، المرجع السابق. ص 314.

<sup>778</sup> ابن رشد. المرجع السابق. ص 541.

<sup>779</sup> سورة البقرة. الآية 227.

وبالتالي، فالزوجة تعتد مباشرة بعد التلفظ بالطلاق<sup>780</sup>. ويجوز له بطبيعة الحال حق الرجعة، باعتبار الطلاق الرجعي شرطا أساسا للرجعة. غير أن مدة العدة ولاسيما إن كانت بالقروء لا يمكن أن تتجاوز ستين (60) يوما من تاريخ توقيع الطلاق. في حين أن مدة الصلح تمتد إلى تسعين (90) يوما. فهل تعتبر الرجعة صحيحة لو قام بها الزوج في اليوم الثمانين مثلا، هذا، إذا أخذ بنص المادة ؟

لنفترض أنه في 2012/2/1 قال زوج لزوجته " أنت طالق " ورفع مباشرة دعوى الطلاق في ذات اليوم، لتستمر محاولة الصلح إلى غاية 2012/5/25، فيفشل القاضي في مساعيه ليصرح بالطلاق في جلسة 2012/6/1. إذا ما اعتمدنا لفظ الزوج إعلانا عن الطلاق، فإن تاريخ العدة يسري ابتداء من 2012/2/1، لتنتهي، كحد أقصى في 2012/4/1 أين لا زالت مرحلة الصلح متواصلة، فكيف يمكنه مراجعتها بعد 2012/4/1 عندما أصبح الطلاق بائنا. . . ؟

الثاني نص على أنه "ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد." هذا أمر واضح، فبعد صدور الحكم يصبح كل زوج أجنبيا عن الآخر بحكم المركز القانوني الجديد الذي اكتسبه بالطلاق، ولا مجال هنا لذكر الرجعة إطلاقا، لأن الزوج في هذه الحالة يصبح كالغير، وعليه أن يتزوجها بعقد وصادق جديدين، وبرضاها أيضا. إذاً فهذه الفقرة يبدو أنها ليست لازمة، ولا جدوى لوجودها في نص المادة 50 لأنها وردت من باب التزيد فحسب.

---

<sup>780</sup> صدر عن المحكمة قرار يقضي بأن التلفظ بالطلاق ملزم للزوج ويرتب كافة آثاره " من المقرر شرعا، وعلى ما جرى به قضاة المجلس الأعلى إن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه ومن المقرر أيضا أن الرجعة لا تعتبر شرعا إلا أثناء قيام العدة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية." قرار رقم 35322 بتاريخ 17/12/1984، م. ق. 1989 عدد 4 نص 91، جمال سايسي، المرجع السابق ج1، ص314. وإن هذا القرار يتعارض بالكلية مع نص المادة ==58 ق. أ. ج. التي تقضي بسريان العدة ابتداء من تاريخ التصريح بالطلاق، والتصريح هنا موجه للقاضي، فلو كان يقصد الزوج لأستعمل عبارة " التلفظ " كما أشار إليها القرار أعلاه.

تعديلا لهذه المادة، أقتراح صياغتها على الشكل التالي " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح، وخلال العدة الشرعية، لايحتاج إلى عقد جديد. وإذا تجاوزت مرحلة الصلح مدة العدة الشرعية لا يراجعها إلا بعقد شرعي جديد. . "، أو اقتراح بديلا آخر هو " ألا تتجاوز مرحلة الصلح 30 يوما "، كما ورد في مدونة الأسرة المغربية<sup>781</sup>، هذا إذا كان للزوجين أطفال. وقد أصاب المشرع المغربي، إذ أن المدة المحددة للصلح تبقى دائما أقل من مدة العدة. كما أن قانون الأحوال الشخصية السوري أشار إلى أن شهرا واحدا كاف لإجراء الصلح<sup>782</sup>. ثم أن إطالة مدة الصلح تسبب في ضياع بعض الحقوق وتراكم المشاكل وغالبا ما يكون الأطفال ضحية هذه الإطالة. ولا بأس من مقارنة قانون الأسرة بالقانون السوري في شأن الرجعة.

تنص المادة 87 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه "يقع الطلاق باللفظ أو بالكتابة، ويقع من العاجز عنهما بالإشارة المعلومة " يتضح أن المادة تحصر توقيع الطلاق في لفظ الزوج وليس في تصريح القاضي. رغم قيام هذا الأخير بمحاولات الصلح فإن أفجح فيه راجع الزوج زوجته في غضون الشهر المحدد، وتكون الزوجة دائما في النطاق الزمني للعدة الشرعية. أم لو فشل القاضي في الصلح فإن الفقرة الثالثة من المادة 88 من ذات القانون تنص "وإذا لم تفلح هذه المساعي سمح القاضي بتسجيل الطلاق أو المخالعة واعتبر طلاقا نافذا من تاريخ إيقاعه".

إذاً، فالمشرع اعتبر صراحة تاريخ الطلاق بأثر رجعي، وهو تاريخ إيقاعه من الزوج، كما ورد في المادة 87. وهذا هو الأصوب، لأنه يحقق غايتين:

---

781 مدونة الأسرة المغربية، المادة 82 منها تنص على أنه " وفي حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل

== بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما "

782 نصت المادة 88 ق. أ. ش. س. علل أنه " إذا قدمت للمحكمة معاملة طلاق أو معاملة مخالعة أجلها القاضي شهرا، أملا في الصلح.

**الأولى** . احترام إرادة الزوج واعتبار تاريخ تلفظه بالطلاق هو تاريخ نفاذه، رغم طول مدة الإجراءات، وما دور القاضي إلا كاشفا. ثم أن الفقه الإسلامي اعتد باللفظ ولو كان صاحبه هازلا، حتى لا يستهان بالرابطة الزوجية.

**الثانية** . ممارسة الزوجة لعدتها الشرعية داخل الأجل المحددة شرعا.

## 6 . مناقشة حكم الرجعة في قانون الأسرة :

أعود إلى نصوص المواد 48، 49 و50 من قانون الأسرة للمقارنة. فالمادة 48 تقضي بأحقية الزوج في توقيع الطلاق بإرادته المنفردة دون قيد أو شرط ودون تعسف بين، لكن الطلاق هذا لا يعتبر نافذا إلا بتصريح القاضي، أي بصدور حكم في هذا الموضوع، (م58). أما المادة 49 فتتص على مسألة الإثبات فقط، والإثبات هنا لايعني بداية نفاذ الطلاق. فلو قال الزوج لزوجته " أنت طالق "، فزوجته طالق فعلا من الناحية الشرعية، لا يتخلف هنا سوى إضفاء الشرعية القانونية على هذا التصرف بإصدار وسيلة إثبات، وهي الحكم القضائي. فتخلف الحكم القضائي لا يعني انتفاء الطلاق. والحال هنا حال الزواج العرفي الذي يبرم وفق أحكام الفقه الإسلامي من حيث أركانه وشروطه، يعتبر صحيحا، نافذا، مرتبا لكافة آثاره. إلا أنه تعوزه الكتابة الرسمية، لا كركن للعقد كما هو الحال في التصرفات الواردة على العقارات مثلا، وإنما كوسيلة للإثبات تحفظ حقوق الأطراف والأبناء معا. هذا ما يسعى إلى تحقيقه ضمنا نص المادة 22 ق. أ. ج. على أن الزواج غير المسجل يثبت بحكم قضائي، وبأثر رجعي.

تلك هي الآثار الزوجية الشخصية للطلاق. بقي أن أشير إلى حالة ما إذا نتج عن الزوج أبناء، فإن المطلقة يترتب لها حق جديد والتزام في ذات الوقت، هو حق الحضانة. فما الحضانة ؟ ما أحكامها ؟ وهل للزوجة القاصرة حق الحضانة ما دامت الأهلية شرطا لذلك؟



## المطلب الثاني

### الحضانة

ورد عن الإمام أبي زهرة: "الطفل تثبت عليه، منذ ولادته ثلاث ولايات؛ ولاية التربية، وولاية على النفس، وولاية على المال. "فولاية التربية معقودة للنساء، وهي ما يسمى بالحضانة". فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لهن الحق في تربيته شرعا<sup>783</sup>. وهي أيضا اكتساب السلطة الأبوية على الأطفال، بحيث يكون الوالد الحاضن مسؤولا عن تصرفات محضونه القاصر تجاه الغير، كما يكون مسؤولا عن تربيته وتعليمه وحراسته<sup>784</sup>.

أما قانون الأسرة فيعرفها بالمادة 62 ق. أ. ج. ،على أنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. لتعرفها مدونة الأسرة المغربية أنها حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه. (م 163 م. أ. م.).

فقانون الأسرة كان مستوفيا لتعريف الحضانة، إذ راعى جانب الرعاية للصحة والتربية للخلق والدين؛ لأن الفرق بين الرعاية والتربية صريح. وأحكام الحضانة مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة بحيث يكفل للطفل التربية الصحيحة والخلفية السليمة<sup>785</sup>.

الأصل في الحضانة أنها من استحقاق الوالدين ما دامت الزوجية قائمة بينهما، وما دام الولد في أمس الحاجة إلى الرعاية والعناية، وقد نصت مدونة الأسرة المغربية على ذلك بأن " الحضانة من واجبات الأبوين ما دامت علاقة الزوجية قائمة. " (م 164 م. أ. م.).

<sup>783</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المكرج السابق، ص 404

<sup>784</sup> عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة مدعما بأحدث الإجتهدات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، المرجع

السابق، ص 246.

<sup>785</sup> مصطفى السباعي، المرجع السابق. ص 268.

## الفرع الأول

### التزامات الحاضن

أطراف الحضانة هما الحاضن الراشد الذي يتولى قانونا رعاية صغير سمي محضونا، وهو الطفل الذي لا يستقل بأموره بنفسه وإصلاح شأنه، وتوقي ما يضره فالحاضن ملتزم بإداء عمل والمحضون مستفيد، غير أن جدلا فقهما يثور في هذا الشأن مفاده، هل الحضانة حق خالص للحاضن أم هو للمحضون، أم مشترك بينهما ؟

#### 1. حق الحضانة:

اختلف الفقه في هذا الموضوع؛ إذ هناك من يرى أن الحضانة حق خالص للحاضنة وهي الأم ومن يليها، وما دام هذا الحق ثابتا لها، فلها أن تمارسه، كما لها ألا تمارسه. وعليه، فالأم لو امتنعت عن الحضانة لم تجبر عليها، ذلك أن شفقتها على ولدها زائدة وتدعوها إلى الحضانة، فيحتمل أن يكون امتناعها عن الحضانة بسبب عجز منها. وهذا قول الشافعي<sup>786</sup>. كما يرى البعض أنها حق للمحضون؛ لأنه محتاج إليها ويتعرض للأذى والهلاك بدونها، كونه عاجزا عن خدمة نفسه وحمايتها. وفي هذه الحالة لو امتنعت الأم عن الحضانة أجبرت عليها، حرصا على عدم ضياع الصغير، وهذا قول مالك<sup>787</sup>.

ثم يرى فريق ثالث وهو الراجح، ومنهم الحنفية، أنها حق مشترك بين الحاضنة والمحضون، وحق المحضون هو الغالب. هذا ما اعتنقه قانون الأسرة في أكثر من موطن بصريح العبارة " مع مراعاة مصلحة المحضون " في نصوص المواد 64، 66، 65، و69 ق. أ. ج فضلا عن الأحكام القضائية. ويترتب عن كون الحضانة حقا مشتركا بين الحاضن والمحضون ما يلي:

أ. لو خالعت الزوجة زوجها على أن تترك حضانة ولدها للزوج، كان الخلع صحيحا ولا يسقط حقها في الحضانة. لأنه ليس حقا خالصا لها، بل هو للطفل أيضا.

<sup>786</sup> عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق. ص 401.

<sup>787</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق. ص 411.

ب . لو صالحت الزوجة زوجها على أن تترك حقها في الحضانة، وجعل ذلك أساسا في الصلح، فإنه يكون باطلا لأنه يكون صلحا على ما لا تملك، وهو حق غيرها.  
ج . للقاضي أن يجبر الحاضنة على الحضانة إن لم يوجد غيرها.  
د . لا يجوز للأب أخذ الطفل من صاحبة الحق في الحضانة ويعطيه لغيرها، إلا بمسوغ شرعي. عملا بقوله صلى الله عليه وسلم لإمرأة " أنت أحق به ما لم تنكحي"<sup>788</sup>.  
هـ . إذا كانت المرضعة للولد غير الحاضنة فعلى هذه الأخيرة إرضاعه حتى لا تفوت حقها في الحضانة.

وفي هذه الحالات كلها يراعى تقديم حق الصغير على حق الحاضن، وتقدير ذلك متروك للقاضي<sup>789</sup>. ولكون الحضانة حقا مشتركا بين الحاضن والمحضون فإن هذا يمنح للمحضون الحق في رقابة افعال الحاضنة بواسطة وليه. واما الحاضنة فيبقى لها حق الأولوية على غيرها لممارسة الحضانة، ويعتبر هذا الحق امتيازاً طبيعياً<sup>790</sup>.

## 2 . شروط الحاضن:

تعتبر الحضانة من التصرفات القانونية التي أشار إليها قانون الأسرة من جهة وهي محل حكم القضاء عند الضرورة، تقتضي التزاما من طرف الحاضن لفائدة المحضون وعليه فيجب أن تتوفر في الحاضن جملة من الشروط تؤهله لممارسة هذا العمل، لأنه يصبح مسؤولاً عن الإخلال بالتزاماته تجاه المحضون.

### أ . شروط الحاضن فقها.

<sup>788</sup> عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السابق. ص 517.

<sup>789</sup> عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق. ص 402.

<sup>790</sup> حميدو زكية ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 460

أما الشروط الواجب توافرها لأهلية الحضانة، فقد أجمع الفقه عليها بين الرجال والنساء كما يلي:

. العقل، فلا حضانة لمجنون، أو لمجنونة، لأنهما في حاجة إلى من يرضى شؤونهما.  
. البلوغ، لأنه قرينة على الرشد النسبي والقدرة الجسدية على ممارسة الحضانة ثم أنه دليل على التكليف الشرعي، فلا حضانة لصغير مميز، لأنه عاجز عن رعاية نفسه.  
. القدرة، وهي الإستطاعة على رعاية الصغير، وليس لعدم القدرة مظهر معين، بل قد يكون سبب ذلك عجزا جسديا معيناً أو كبر سن، أو ذهاب بصر أو سمع، كما قد يكون مرضاً مزمناً، أو انشغال الحاضن عن المحضون بعمل، كالمرأة العاملة في إدارة أو نحو ذلك رغم أن المشرع قد عارض هذه الفكرة، إذ اعتبر عمل المرأة غير مسقط لحق الحضانة (م 2/67 ق. أ. ج. 791).

. الأمانة، فلا يعطى الصغير لغير الأمين على التربية وتقويم الأخلاق، فلو كانت الحاضنة أو الحاضن معروفاً بالفسق سقطت عنه الحضانة. وقد ورد في اجتهاد قضائي للمحكمة العليا في هذا الموضوع، ولا سيما إن كان المحضون يدرك الحسنة من القبيح في السلوك<sup>792</sup>.  
هذه شروط مشتركة، أما ما تختص به المرأة، فهي ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو الصغيرة بقريب غير محرم منه، فلا تكون مصلحته مضمونة في هذه الحالة وأن تكون ذات محرم من الصغير؛ كأمه، أو أخته، أو خالته. ثم أن تقيم في بيت ليس فيه من يبغض الصغير.

هذا موقف الفقه في الشروط، فهل وافقت القوانين الوضعية ذلك؟ ثم، ما موقفها من الحاضن القاصر؟

---

<sup>791</sup> ورد في نص الفقرة الأخيرة من المادة 67 " ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة ".  
<sup>792</sup> ورد في اجتهاد قضائي ما نصه " . . . . . حيث أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة شرعاً وقانوناً، إلا بالنسبة للولد الصغير الذي لا يستطيع الإستغناء عن أمه. " الملف رقم 171684 بتاريخ 1997/09/30، عدد خاص عن المحكمة العليا، ص 169.

## ب . شروط الحاضن قانونا .

كما ذكرت ذلك، أن الصغير المميز لا يمكنه ممارسة الحضانة إلا بعد البلوغ سوى أن المالكية يرون أن الصغير العاقل غير المضيع للمال يستحق الحضانة.<sup>793</sup> لم يحدد قانون الأسرة شروطا لممارسة الحضانة، ولم يميز بين الحاضنة الراشدة والحاضنة القاصرة، إلا ماورد بنص المادة 62ق. أ. ج. .... "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك". فالأهلية المقصودة من طرف المشرع تبدو غامضة لتحمل أكثر من مدلول، أو يختلف الشراح في تحديد عناصر هذه الأهلية، وقد تتعارض أحكام القضاء أيضا. فلو ادعى زوج أن طليقته ليست أهلا للحضانة ليطالب إسقاطها عنها وتحويلها إليه، يبقى تقدير انعدام الأهلية لسطة القاضي استنادا إلى نص المادة 67 ق. أ. ج. فهل تعتبر قناعة القاضي كافية باعتماده على عبارة " أهلا " المذكورة سابقا، أم يلجأ إلى نص المادة 222 ق. أ. ج التي تحيله إلى الفقه الإسلامي؟

إن اللجوء إلى الفقه الإسلامي لا يتم إلا عند غياب النص، لكننا في هذه الحالة أمام نص موجود وغامض في ذات الوقت. اعتقد أن الأهلية المقصودة قانونا لا تعدو أن تخرج عناصرها عن العقل والبلوغ والقدرة والإستقامة واتحاد الدين<sup>794</sup>. ثم إن عبارة "أهلا" هل تعني أهلية الأداء أم الأهلية السلوكية المذكورة سابقا ؟ لذا، كان للمشرع أن يوضح شروط الحاضن ولا يقتصر على عبارة " أهلا " .

بعد أن ساوى المشرع بين الأهلية المدنية وأهلية الزواج فإن الأمر محسوم . غير أن الشخص القاصر الذي لم يبلغ بعد 19 سنة وتزوج بموجب ترخيص قضائي قد يجد نفسه يوما ما حاضنا ، فأي أهلية نعتد بها لمنحه حق ممارسة الحضانة؟

من حيث الواقع، فإن الترخيص القضائي دورا مهما ووقائيا، إذ سيؤكد إمكانية تحمل تكاليف الزواج وآثاره قبل السن المحددة قانونا. أما من حيث القانون فإن الترخيص يمنح الشرعية

<sup>793</sup> محمد لزهري، المرجع السابق، ص 401.

<sup>794</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق. ص 405 و 406.

للزواج ، مما يؤدي إلى الإعراف بكامل آثاره ، منها خاصة إنجاب الأطفال في غير السن القانونية للزواج. ومن ثم، فإن الزواج يلزم الزوجين بحضانة أطفالهما رعاية لمصالحهم، ولو وقع الطلاق بينهما فإن التزام الحضانة لا يندم . ليفصل القاضي في الأخير بإسناد الحضانة للأم ،حتى ولو لم تبلغ سن الرشد القانونية<sup>795</sup>.

ويتبين من جهة أخرى أن المادة 67 ق.أ.ج. جاءت مفسرة للمادة 62 ق.أ.ج. تفسيراً يشوبه لبس في المعنى. إذ نصت المادة على أنه " تسقط الحضانة بإختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 ق.أ.ج. " والشروط التي يعينها المشرع هنا هي الأعمال المحصورة في المادة 62 ق.أ.ج. التي يلتزم الحاضن بأدائها، فهي إذا التزمات وليست شروطاً كما نص عليها القانون. حيث الفرق بين الشرط والإلتزام واضح وصريح. ودليل ذلك أنه أسقط الحضانة عن من يخل بأحد هذه الإلتزامات.

إذا كان المشرع يقصد الشروط بالإلتزامات، فما الفائدة من وجود عبارة " أهلاً؟" لذا كان يستحسن أن يصاغ النص كالاتي " تسقط الحضانة بإخلال الحاضن لأحد الإلتزامات المنصوص عليها في المادة 62 ق.أ.ج. " بدلا من عبارة " الشروط "، وكان يمكن أن تضاف مادة محددة لشروط الحاضن مثلما ورد في بعض القوانين العربية. فالقانون السوري مثلا اشترط البلوغ والعقل والقدرة لممارسة الحضانة. (م137 ق.أ.ش.س.) أما مدونة الأسرة المغربية فقد نصت في المادة 173 على ما يلي: " شروط الحاضن : الرشد القانوني لغير الأبوين، الإستقامة والأمانة، القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته دينا وصحة وخلقا وعلى مراقبة تدرسه، عدم زواج طالبة الحضانة إلا في حالات".

استنتج من هذا النص أن المشرع المغربي اشترط لممارسة الحضانة الرشد القانوني بداءة، وقد أصاب في ذلك، كون الرشد مناط التصرفات من جهة وتحمل المسؤوليات مدنية كانت أم جزائية من جهة ثانية، فلا حضانة لسفيه أو معتوه، أو من خف عقله أو عرف

<sup>795</sup> حميدو زكية ، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد،

بالطيش مما يتنافى مع أمر التربية<sup>796</sup>. واستثنى من ذلك الأبوين. محتملا أن يكون أحدهما قاصرا أو كلاهما؛ كأن يتزوج قبل بلوغ السن القانونية فيصبح حاضنا، إما في بيت الزوجية أو بعد فك الرابطة الزوجية. فلا يصح في نظر المشرع المغربي أن يمارس الحضانة قاصر لم يبلغ سن الرشد (18 سنة)، هذا إذا كان طالب الحضانة غير الأبوين لأن الأمر فيه فسحة، أي، متى انتفى سن الرشد لطالب الحضانة أو طرأ عارض من عوارض الأهلية على الحاضن انتقلت الحضانة إلى الموالي. أما لو كان الحاضن أما أو أبا فلا حاجة للأهلية وذلك للأسباب التالية :

. مراعاة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى، التي تتجلى في مدى استفادته بالرعاية والحنان وتوافر كل أسباب الحماية والحفظ والصيانة. وهذا متوافر في الأبوين فطرة.  
. لا يستساغ عقلا أن تحرم الأم من ممارسة الحضانة بسبب قصورها إلا إذا كان القصور هذا يعود بالضرر المؤكد على المحضون، كالقصور جنونا. أما القصور سنا فلا يؤثر على عامل الشفقة المتوافر حصرا في الأم. وقد أيد القضاء المصري هذا المبدأ.<sup>797</sup>  
. أما من حيث الأهلية القانونية فإن زواج الأم القاصرة تم بترخيص قضائي قام مقام الترشيح.

### 3. ترتيب الحاضنين :

اختلف الفقه والقانون في شأن ترتيب الحاضنين، ذلك، أن الفقه رتبهم على النحو

الموالي:

---

<sup>796</sup> عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، المرجع السابق. ص206.

<sup>797</sup> ورد في حكم قضائي مصري لمحكمة القاهرة في 16/04/1956 ما نصه " إن الفقه الحنفي الذي تتقيد المحاكم بالحكم به ما دام لا يوجد نص يعرف دور الحضانة التي لا يمكن أن تقوم مقام الأم. . . ولئن اقتدرت دور الحضانة أن تقدم للطفل أسباب الحياة المادية فهي غير قادرة على أن تعوضه عن عاطفة الأم. تلك العاطفة التي لا توجد في إنسان غير الأم، إذ =

== مهما بلغت قسوتها وشذوذها فهي أرحم عليه من غيرها، وللولد حق طبيعي وقانوني في هذه العاطفة ولا يملك أحد إسقاط حقه من هذا، ومن ثم، لا يسقط حق الصغير على أمه. ( محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق.

أ . الأمهات وإن علون، ب . الأخوات الشقيقات، فأُم ثم لأب . ج . بنات الأخوات .  
د . الخالات الشقيقات، فأُم ثم لأب . وقيل أن الخالات أولى من الأخوات، لقوله صلى الله عليه وسلم : " الخالة والدة. " <sup>798</sup> . هـ . بنات الإخوة . و . العمات .  
ز . خالات الأم وعماتها ثم خالات الأب وعماته . ح . العصابة من الرجال على ترتيب العصابات <sup>799</sup> ، أو ترتيب الإرث <sup>800</sup> .

وقد روعي في هذا الترتيب عامل الشفقة والعطف على الصغير، هذا، بإجماع الفقهاء لأنهما يتوافران في النساء، ويقول ابن عاصم في الموضوع :

**وصرفها إلى النساء أليق لأنهن في الأمور أشفق**

**وكونهن من ذوات الرحم شرط لهن وذوات محرم**

أما قانون الأسرة فقد رتبهم بموجب تعديل 2005 ابتداء من الأم فالأب فالأقربون من النساء ، لكن السؤال القائم ، ما هي الحكمة من وراء ترتيب الأ في الدرجة الثانية من مستحقي الحضانة؟

نظرا للتطور الاجتماعي السريع الذي يشهده المجتمع الجزائري، فإن تربية الأطفال لم تعد حكرا على الأم رغم بلوغها درجة من المعرفة والثقافة التربوية، ولم تعد كافية لتنشئة شخص سوي، بل وأصبح للأب دور هام في هذه التربية.

إن ممارسة الأب للحضانة على ولده يقيم جسرا من الحوار بينهما ، اين يكتسب صفات خلقية ومعارف اجتماعية تعينه على معرفة الحياة، ولا يتحقق هذا ما لم يملأ الب الشروط الواجب توافرها في الحاضن. ثم أن أهمية الوالد تزداد بعد انقضاء فترة الرضاعة ويتطور نضج الطفل عندما يتعلم المشي والكلام <sup>801</sup> .

يثور جدل فقهي حول ما إذا امتنعت الأم عن حضانة ولدها، فهل تجبر على ذلك؟

<sup>798</sup> محمد ابو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق. ص405.

<sup>799</sup> مصطفى السباعي، المرجع السابق. ص271

<sup>800</sup> محمد قدرى باشا، المرجع السابق. ص125.

<sup>801</sup> حميدو زكية ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص347.



#### 4 . إجبار الأم القاصرة على الحضانة:

يرى البعض أنها لا تجبر، بجواز أن تكون غير قادرة على القيام بأمر المحضون إلا إذا ثبت أنه لم يوجد غيرها، أو ليس للأب وللصغير مال، وهذا قول الشافعي وأحمد وبعض المالكية.<sup>802</sup> كما يرى البعض الآخر أن الأم تجبر طالما أن الولد في حاجة إليها ولم يوجد سواها. أما من حيث حق الحاضنة في الأجرة، فهل لها ذلك أم تمارس الحضانة بدون عوض؟

الأصل أن الأم ملزمة قانونا بحضانة أبنائها ما دامت في بيت الزوجية دون أي عوض أو كانت محل عدة من طلاق رجعي، أما لو كانت مطلقة فالحضانة تثبت لها إن لم يعترضها عارض من عوارض الأهلية، وموضوع أجرة الحضانة يتفق عليه رضاء أو يحكم به قضاء. ويقع التزام الأجر على أبي المحضون أو وصيه أو غيره. مصداقا لقوله تعالى ﴿

وَأُولُو وُؤُ وُؤُ وُؤُ ﴾<sup>803</sup>. هذا ما لم يشر إليه قانون الأسرة تفصيلا، إلا ما ورد عن النفقة في المواد 74 إل 80 ق. أ. ج. رغم أن نفقة المحضون تعتبر موضوع نزاع بين الأزواج. وفيما يتعلق بالسكن الشرعي، فإن المادة 72 ق. أ. ج. قد فصلت فيه. ويشترط لتوفير السكن شروط، هي:

. أن تكون المطلقة حاضنة، سواء قل عدد المحضونين أم كثر.  
. ألا يكون لها ولي تأوي إليه، فإن وجد وكان رافضا لها ، أجبرته المحكمة على ذلك بموجب المادة 77 ق. أ. ج.

. أن يراعى في ذلك حالة الزوج يسرا وعسرا<sup>804</sup>.

<sup>802</sup> مصطفى السباعي، المرجع السابق. ص 271.

<sup>803</sup> سورة الأحزاب، الآية 231.

<sup>804</sup> عبد الفتاح تقيه، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، لطلبة قسم الكفاءة المهنية، المرجع السابق، ص 60 و 61.

بعد إسناد الحضانة للأم، يحكم القاضي تلقائياً بما يصطلح عليه بالنفقة الشهرية الموجهة لفائدة المحضون في صورة مبلغ مالي يحدد قضاء وفق دخل الملتزم بالنفقة ووفق ظروف عيش المنطقة. . . مع العلم أن هذه النفقة مشكّلة من عناصر؛ هي أجره الرضاع أو الغذاء، العلاج، الكسوة، ضروريات الحياة حسب العرف والعادة. ثم إن أجره الحضانة لقاء ما تبذله الحاضنة من جهد لحضانة الصغير، هل تدخل ضمن النفقة الشهرية؟ يبقى المسكن الشرعي أو بدل إيجاره ليحكم به القاضي استقلالا عن النفقة. والأصل قانوناً، أن الأب تجب عليه ثلاث أجر: أجره الرضاع أو الغذاء، أجره الحضانة ونفقة الولد.

نص القانون السوري على عدم استحقاق الزوجة لأجر الحضانة ما دامت في بيت الزوجية أو كانت محل طلاق رجعي (م 143 ق. أ. ش. س.) دون أن يتعرض لتفصيل أجره الحضانة. هذا بنقيض المشرع المغربي الذي عرّف أجره الحضانة بنص المادة 167م. أ. م. أنها ما يدفع للحاضنة نظير العمل الذي تقوم به؛ وهو خدمة الصغير وتربيته. وتستحق هذه الأجرة من وقت قيامها بهذا العمل حال طلاقها دون توقف على قضاء القاضي. أي أن القاضي يحكم بها بأثر رجعي، وتبقى ديناً صحيحاً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء<sup>805</sup>. لكن، إلى متى يمكن أن تستمر الحضانة؟

## 5. مدة الحضانة :

لا خلاف في أن الحضانة تبدأ بولادة الطفل حياً، ليبقى تحت الرعاية إلى غاية استغنائه عن خدمة الغير. ولا يعدو أن يكون المحضون ذكراً أو أنثى. فإن كان ذكراً بقي في حضانة النساء إلى بلوغه حد الإستغناء، ثم يردّ إلى عاصبه من الرجال. لأنه يحتاج إلى تأديب وتخلق بآداب الرجال<sup>806</sup>. أما لو كانت المحضونة أنثى بقيت في حضانة النساء إلى أن تبلغ حد الإستغناء، فتضم إلى عاصبها الرحم المحرم. هذا، فقهاً، أما قانون الأسرة فقد حدد مدة الحضانة ببلوغ 10 سنوات للذكر، وبلوغ سن الزواج للأنثى (19 سنة حسب نص

<sup>805</sup> رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص 594. محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 394.

<sup>806</sup> رمضان الشرنباصي، المرجع نفسه. ص 601.

المادة 7 ق. أ. ج. ) مع جواز تمديد الحضانة إلى غاية السن السادسة عشرة للذكور فقط، ليكون المشرع قد حرص على صيانة وحفظ مصلحة المحضون بإبقاء المحضون تحت الرعاية لمدة أطول. هذا، بخلاف القانون المغربي الذي حدد سن الرشد كنهاية للحضانة لكلا الجنسين ( 18 سنة )، أما القانون المصري فقد اقتصر على 10 سنوات للذكر و اثنتي عشرة سنة للإنثى، مع جواز التمديد إلى غاية السن 15 بدون أجر حضانة (م 20 ق. أ. ش. م. ).

## الفرع الثاني

### انتهاء الحضانة

كما بيّنت في الفرع الأسبق أن مدة الحضانة تنتهي بنص القانون الذي راعى مدى استغناء النحزون عن غيره. فمتى كان كذلك رفعت عنه الحضانة.

تنتهي الحضانة باعتبار المحضون، عند بلوغه السن القانونية للإستغناء. وباعتبار

الحاضنة تنتهي في الحالات التالية :

أ . إذا تزوجت الحاضنة بغير قريب للمحضون، وقد دخل بها، أما لو عقد بها دون دخول لا تسقط الحضانة. أما لو تزوجت بقريب محرم للمحضون كوليها، أو قريب غير محرم كابن العم لا تسقط الحضانة أيضا. ويستثنى من هذه القاعدة؛ أي، أن الزوجة رغم زواجها بأجنبي فإن الحضانة لا تسقط عنها، ما يلي:

أ . إذا لم يقبل الولد غيرها في الرضاع، وهي ظاهرة موجودة لدى بعض الرضع الذين ينفرون أثناء الغير وحتى الرضاعات الصناعية، ففي هذه الحال يتعرض الطفل للهلاك متى تقرر إسقاط الحضانة عن أمه له، وهو في هذه الحالة.

ب . إذا امتنعت المرضعة أن ترضعه إلا في بيتها أو بيت أمه وليس عند الحاضنة، هذا إن لم يوجد حاضن غيرها، لأن مصلحة المحضون الممثلة في غذائه رضاعة لا تتحقق متى أصرت المرضعة على أن ترضعه إما في بيتها أو في بيت أمه، والمقصود من هذا السبب

أن المحضون له مرضعة غير أمه وله أمه التي لا ترضعه لسبب ما وله حاضنة جديدة انتقلت لها الحضانة من الأم لسبب شرعي أو قانوني.

ج . إذا وجدت حاضنة غيرها، لكن بها مانع؛ كالعجز أو المرض أو نحو ذلك، فقد تنتقل الحضانة لغير الأم لسبب ما ثم أن هذه الحاضنة يعتريها عجز عن ممارسة الحضانة، أي أن شرط القدرة ينقضي، وليس للمحضون سوى هذه الحاضنة أو أمه. في هذه الحالة يستحسن إبقاؤه لدى أمه رغم عدم اسحتقاقها لذلك قانونا. نظرا لعدم وجود حاضن يستخلفها ، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها نصه" من المقرر شرعا وقانونا أن تتنازل الأمعن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها، وله القدرة على حضانتهم. فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها."<sup>807</sup>

د . إذا أوصى ولي الطفل بحضنته لأمه ثم تزوجت. قد يحدث أن يتوفى الأب وفاة حقيقية أو وفاة حكمية، ويكون قد أوصى من قبل بألا يحضن الطفل بعد وفاته أحد سوى أمه ولو لم تكن أهلا لممارسة هذه الحضانة.

هـ . إذا تنازلت الأم عن الحضانة سواء بمقابل أو بغير مقابل. ومن أمثلة التنازل بمقابل أن تخالع زوجها بالتنازل عن حقها في الحضانة. وقد اختلف الفقه في هذه المسألة<sup>808</sup> :

. الفريق الأول : يرى أن الخلع يقع صحيحا وشرط التنازل عن الحضانة يعد باطلا، نظرا لتعلقه بحق الغير، وهو حق المحضون في البقاء مع أمه.

. الفريق الثاني: يرى بعدم جواز الخلع حتى ،على أن تتنازل الحاضنة عن الحضانة، لأن حق الحضانة هو حق للولد، وبقاؤه عند أمه أنفع له، ثم أن ليس من حق الزوجة أن تجعل حق الغير ثمنا للخلع.

---

<sup>807</sup> ملف رقم 44858، بتاريخ 1987/2/7، م.ق. 1990، عدد 4، ص 50. بلحاج العربي ، قانون الأسرة، المرجع السابق ص 365.

<sup>808</sup> حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 483.

. الفريق الثالث: يرى أن التنازل عن الحضانة مقابل الخلع جائز ، بشرط ألا يلحق بالولد المحضون ضرر، وأن يكون الأب قادرا على حضانة الولد.

و. بفوات طلب أجل التمديد وفق ما نصت عليه المادة 68 ق. أ. ج.، إذ لو بلغ المحضون الذكر عشر سنوات يحق للأب طلب انتقال الحضانة إليه، ما لم تتمسك بها الأم خلال سنة من تاريخ نهاية العشر سنوات. ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك<sup>809</sup>، أو مرت سنة كاملة دون أن يطالب مستحق الحضانة بحقه في ذلك. وقد صدر عن المحكمة العليا ما يؤيد هذا المبدأ ، إذ ورد القرار التالي "إن المبدأ الذي استقر عليه الإجتهد القضائي هو أن الحضانة تسقط عن مستحقيها إذا لم يمارسوا ذلك الحق خلال سنة. وبناء على ذلك، فإن القضاة لما أسندوا الحضانة للجدة كانوا قد خالفوا المبدأ وبالتالي، القواعد الشرعية في مادة الحضانة، الأمر الذي يجعل قرارهم معرضا للبطلان والنقض."<sup>810</sup>

وقد استثنى القضاء المغربي الأم من هذه الحالة، بمعنى أنه حتى لو انقضت السنة فلا يسقط حق الأم في طلب ابقاء الحضانة لها<sup>811</sup>.

ز. استيطان الحاضن في بلد أجنبي، يتوقف على قناعة القاضي التي تشترك فيها جملة من الأسباب، من بينها مصلحة المحضون. غير أن الفقه فرق بين البلد الأجنبي الذي هو بلد الحاضن، وبين البلد الأجنبي الذي هو ليس كذلك. فأباحوا لها الخروج بالمحضون إلى بلدها الأصلي، ولو كان أجنبيا عن بلد الطفل. ويجوز هذا بتوافر شرطين :  
الأول: أن يكون بلدها الأصلي.

الثاني: أن يكون قد عقد عليها فيه. فلو اختل أحد هذين الشرطين، سقط عنها حق الرحيل بالمحضون.

ح . بقوة القانون، أي بما ورد في نص المادة 68 ق. أ. ج.

<sup>809</sup> فضيل سعد ، المرجع السابق. ص379.

<sup>810</sup> ملف رقم 19303 بتاريخ 1979/2/5، ن.ق. 1981، عدد 1، ص77، بلحاج العربي ،قانون الأسرة ، المرجع السابق، ص375 وما بعدها.

<sup>811</sup> قرار للمجلس الأعلى المغربي، رقم 583، صادر في 1981/10/04. عن محمد الأزهر، المرجع السابق. ص413.

وأضاف المشرع المغربي استثناءات، هي :

**الأول:** إذا كان المحضون صغيرا لا يتجاوز سبع سنوات أو يلحقه ضرر من فراق أمه. لأن هذه المرحلة تتطلب رعاية من نوع خاص لا يمكن أن تتوافر إلا في الأم.

**الثاني:** إذا كان المحضون عليلا أو به عاهة تجعل حضانته مستعصية على غيرالأم مثل الإعاقات العضلية أو الذهنية، التي تقتضي متابعة الأم لحالة ابنها المرضية<sup>812</sup>.

**الثالث :** إذا أصيبت الحاضنة بما يعيق مقصود الحضانة، كالمرض أو العجز.

**الرابع :** إتصاف الحاضنة بالفسق وتخلف الأمانة والإستقامة.

**الخامس:** إذا تنازلت الحاضنة بمطلق إرادتها عن الحضانة، متى لم يلحق هذا التنازل ضررا بالمحضون، كألا يحظى المحضون بالرعاية الكاملة ممن تنازلت له الحاضنة.

أخيرا ، فإن تنازل الحاضنة يمكن أن يخدم مصلحة المحضون كعجزها عن استمرار الحضانة أو عدم رغبتها واستعدادها للحضانة، فتتادي مصلحة المحضون بقبول الطلب. أما أن يكون هذا التنازل ضد مصلحة المحضون، فهنا يجب تطبيق القيدالأساس وهو عدم الإضرار بمصلحة المحضون فتكون الحاضنة هنا متعينة للحضانة مما يتوجب رفض طلب التنازل، اللهم إلا إذا اقتضت مصلحة المحضون بعد ذلك خلاف ما قرره القاضي<sup>813</sup>.

## المبحث الثاني

### الآثار المالية لفك الرابطة الزوجية

إذا كان الزواج مما يجلب المنفعة للزوجين، فإن فك الرابطة الزوجية سواء تم بإرادة فردية أو إرادة مشتركة فإنه يلحق ضررا بطرفي العقد أو بأحدهما في غالب الأحيان، هذا من جهة. ومن جهة ثانية فإن الزوجة ملزمة بعد الفرقة الزوجية بالإعتداد والمكوث في بيت الزوجية مدة محددة شرعا وقانونا. مما يجعل هذا المكوث بمثابة احتباس لحق الزوج يقتضي

<sup>812</sup> محمد الأزهر، المرجع السابق. ص 412.

<sup>813</sup> حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص478.

أن تستفيد الزوجة من نفقة وسكنى خلال هذه المدة، طالما أنها محتبسة وتعتبر زوجة حكمية، عملاً بقاعدة " من حبس بحق مقصود لغيره وجبت نفقته عليه"<sup>814</sup>. فضلاً عن تعويض تطالب به متى تضررت من هذه الفرقة. أما لو اعتدت لبراءة الرحم كالمبتوتة أو المعتدة لفسخ عقد زواج فاسد فلا نفقة لها، كما سيأتي بيانه.

## المطلب الأول

### النفقة والتعويض

كم تجب النفقة بكافة مشتملاتها، حسب نص المادة 78 ق. أ. ج. للزوجة، فإنها تجب أيضاً للمطلقة المعتدة، ما دامت زوجة حكماً<sup>815</sup>، سواء تحقق الضرر أم لم يتحقق، أما التعويض فيتحقق بشروط.

## الفرع الأول

### النفقة

هي حق لبعض المعتدات دون غيرهن يلتزم الزوج بأدائها، وتدفع للمطلقة نقداً يحكم به قضاءً، كما يجوز لكلا الزوجين طلب الإستئناف في الحكم القاضي بها<sup>816</sup>.

#### 1. مستحقو النفقة:

تجب للمطلقة التي يملك الزوج حق رجعتها خلال العدة، سواء كانت حاملاً أم غير حامل، راشدة أم قاصرة، ظالمة أو مظلومة<sup>817</sup>.

---

<sup>814</sup> أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، 1980، ص 232.  
<sup>815</sup> نصت المادة 61 من قانون الأسرة "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".  
<sup>816</sup> نصت المادة 1/57 من قانون الأسرة على أن الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية. ليؤكد المشرع على بسط الرقابة على حكم القاضي بالنفقة، طالما أن هذا الحكم قائم على تقدير القاضي.









يرى الحنفية أن للمبتوتة السكنى والنفقة، عملاً بقوله تعالى **چ ا پ ب پ ب پ ب چ**  
836. وتجب النفقة تبعاً لوجوب السكن<sup>837</sup>. أما الشافعية فلا يرون للمبتوتة نفقة ولها  
السكنى<sup>838</sup>.

وبذلك أخذ المالكية أيضاً<sup>839</sup>، مستنديين إلى قوله صلى الله عليه وسلم " المبتوتة لا  
تخرج من بيتها حتى تحل، وليست لها نفقة إلا أن تكون حاملاً، فينفق عليها حتى تضع  
حملها. " وأضاف مالك " هذا الأمر عندنا. " <sup>840</sup> وقد شد الحنابلة بقولهم أن لا نفقة ولا  
سكنى للمبتوتة على الإطلاق، عملاً بما ورد عنه صلى الله عليه وسلم في شأن فاطمة بنت  
قيس، إذ خاصمت زوجها الذي طلقها البتة فلم يجعل لها رسول الله صلى الله عليه وسلم  
نفقة ولا سكنى<sup>841</sup>.

## الفرع الثاني

### التعويض والمتعة

تقتضي القاعدة العامة أن كل من سبب ضرراً للغير وجب عليه التعويض ولا فرق  
بين إن كان الضرر مادياً أو معنوياً.

**أولاً : التعويض :**

---

836 سورة الطلاق. الآية 6.

837 عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السابق، ص 467. عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص 352. محمد  
قدري باشا، المرجع السابق. ص 108.

838 محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق. ص 343. عبد العزيز رمضان سمك، المرجع نفسه. ص 467. عبد  
المجيد مطلوب، المرجع نفسه. ص 352.

839 الإمام مالك، المرجع السابق. ص 299. عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السابق. ص 467.

840 الإمام مالك، المرجع نفسه. ص 299 و 300. عبد العزيز رمضان سمك، المرجع نفسه. ص 467.

841 عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السابق. ص 467. عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق. ص 353.

هو حق قرره القانون لكل متضرر من تصرفات الغير. وهو الإلتزام بإصلاح الضرر المادي أو المعنوي الذي يجب في ذمة المتسبب به، بأداءات مالية أو عينية<sup>842</sup>.

## 1 . الضرر ونوعاه:

يعتبر الضرر الركن الثاني للمسؤولية المدنية، عقدية كانت أم تقصيرية، ويتخذ أشكالاً متعددة تتطور بتطور طبيعة الأفعال الضارة. كما يعرفه الفقه أنه الألم الذي لا نفع يوازيه أو يربي عليه وهو نقيض النفع، أو إلحاق مفسدة بالغير<sup>843</sup>، أما الفقه القانوني فيعرفه أنه الأذى الذي يصيب الفرد نتيجة المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له. الضرر نوعان؛ مادي ومعنوي، فالمادي هو كل أذى يمس الفرد في جسمه أو ذمته المالية، منقصاً منها أو مفوتاً لمصالح مشروعة. أما الضرر المعنوي أو الأدبي، هو ما يصيب الفرد في شرفه أو عواطفه أو اعتباره أو في حق من الحقوق الأدبية التي لا تقوم بالمال.<sup>844</sup>

من صور الضرر المعنوي ما يلي:

- . ضرر معنوي يترتب عن آلام الجروح البدنية والمعنوية.
- . ضرر معنوي يصيب الشرف والعرض.
- . ضرر معنوي يصيب العاطفة، ومن ضمنها؛ الشعور، المعتقد الديني وحرية ممارسته.
- . ضرر معنوي يصيب الشخص من الإعتداء على حق ثابت له، كالإعتداء على الإسم أو الحق الأدبي.

---

<sup>842</sup> عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري. دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص35.

<sup>843</sup> عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق. ص20. عن عبد الرؤوف المناوي فيض القدير، شرح الجامع الصغير، دار المعرفة، بيروت، ط2، ج6، 1972، ص83.

<sup>844</sup> بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق. ص55.

## 2. تقدير الضرر :

ليس من صلاحيات المتضرر تقدير الضرر اللاحق به نتيجة فك الرابطة الزوجية سواء كان الزوج أم الزوجة، بل ينعقد هذا إلى القاضي، فمن حق المتضرر المطالبة بالتعويض فقط مع تحديد قيمته. أما قانون الأسرة فلم يتعرض لهذه المسألة لتقرر فيها المحكمة العليا بجملة من القرارات، من بينها هذا القرار: " من المقرر قانوناً أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع. ومتى تبين من قضية الحال أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة، وأن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضرراً معنوياً بالمستأنفة <sup>845</sup>".

## 3. التعويض:

لم يتعرض المشرع لتعريف صريح للتعويض، إلا ما أشار إليه القانون المدني في المواد 124 إلى 133. فالمادة 124 ألزمت من كان سبباً في إحداث ضرر للغير بالتعويض للمتضرر، هذا بصفة عامة، أما قانون الأسرة فقد نظم أحكام التعويض في المواد 52، 53 و 55 منه. كما أن القانون المدني لم يتعرض إلى تعريف التعويض، إلا ما أشرت إليه المادة 132 منه من حيث كيفية أدائه، ويمكن أن نستنبط له تعريفاً من خلال نص المادة هذه <sup>846</sup>.

## أ. مشروعية التعويض :

---

<sup>845</sup> ملف رقم 216865، بتاريخ 1999/03/16، الإجتهد القضائي غرفة الأحوال الشخصية، المرجع السابق. ص 256.

<sup>846</sup> نصت المادة 132 من القانون المدني "يعين القاضي طريقة التعويض مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأميناً. ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه. وأن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع. يتضح من خلال نص المادة أن المشرع عرف التعويض على أنه جزاء لضرر يسمى القائم بالفعل الضار مديناً والمتضرراً، كما ربطه بحالة اعتدي عليها بفعل غير مشروع، طوالب القائم بهذا الفعل بإعادتها إلى طبيعتها الأولى، وأخيراً بين أن التعويض يؤدي نقوداً.



الظروف الملازمة بقوله: "هي الظروف التي تلابس المضرور، لا الظروف التي تلابس المسؤول، فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور، وما افاده بسبب التعويض.

كل هذا يدخل في حساب القاضي عند تقديره للتعويض. " ولعل الأستاذ السنهاوي قد تأثر في ذلك بمفهوم التعويض كمقابل للضرر الذي يلحق المضرور من الفعل الضار. إذ لا يصح أن يتأثر التعويض بدرجة خطأ المسؤول عنه أو درجة غناه، لأنه يمكن أن يترتب ضرر يسير عن خطأ جسيم أو العكس، ولذلك ينبغي أن تؤخذ جسامة الخطأ في الاعتبار جملة مع بقية ظروف الدعوى<sup>851</sup>. "

**ب . مراعاة حسن النية أو سوءها:**

يقصد بحسن النية الإستقامة والنزاهة وانتفاء الغش. فيلاحظ ألا أثر لحسن النية أو سوءها في تقدير التعويض، فقد تقوم المسؤولية رغم توافر حسن النية. ومبدأ حسن النية لا يعمل به إلا في المسؤولية العقدية، أم في المسؤولية التقصيرية، فالعبرة بتوافر الخطأ والضرر والعلاقة السببية<sup>852</sup>.

**ج . الضرر المتغير والوقت الذي يقدر فيه :**

يقصد بالضرر المتغير ما يتردد بين التناقص والنقصان بغير استقرار في إتجاه بذاته وقد يحدث تبعا لظرف طارئ بين فترة ارتكاب الخطأ وحصول الضرر. <sup>853</sup> فالأصل العام أن المسؤول عن الضرر لا يسأل إلا عن الضرر الذي أحدثه بخطئه. غير أن القضاء يأخذ في الاعتبار الضرر المتناقص، وذلك بحق المضرور في طلب مراجعة مقدرا التعويض مقارنة مع تطور الضرر.

<sup>851</sup> مقدم سعيد. المرجع السابق. ص 195 و 196.

<sup>852</sup> مقدم سعيد. المرجع السابق. ص 200.

<sup>853</sup> مقدم سعيد. المرجع نفسه. ص 201. عن حسين وعبد الرحيم عامر. المسؤولية المدنية. دار المعارف، القاهرة

فضلا عن العناصر الواجب مراعاتها في تقدير التعويض قررت المحكمة العليا بوجوب مراعاة حال الزوجين حال تقدير التعويض<sup>854</sup>. هذا بخلاف من يعتد بحال المضرور دون المتسبب في الفعل الضار.

## 2 . مبدأ التعويض في التشريع الجزائري :

نصت المادة 124 من القانون المدني على أن " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض". من خلال هذا النص لم يحدد المشرع نوع الضرر. أم التعويض فقد توالفت في شأنه المواد 51، 52، 53 مكرر و55 من قانون الأسرة، نصت على الحكم بالتعويض بين الوجوب والجواز.

أجازت المادة 5 ق. أ. ج. للقاضي أن يحكم بالتعويض متى سبب العدول ضررا لأحد الطرفين، في حين أن المادة 53 مكررا من ذات القانون ألزمت القاضي بالحكم بالتعويض متى تحقق الضرر وطلبت الزوجة ذلك.

أما في الطلاق التعسفي، فقد قرر المشرع الحكم بالتعويض (م52 ق. أ. ج.) فضلا عن الضرر اللاحق بأحد الزوجين عن الطلاق بسبب النشوز. (م 55 ق. أ. ج.).

### 1 . الطلاق التعسفي في قانون الأسرة :

الأصل أن الطلاق حق للرجل، يوقعه متى شاء دون غلو أو تماد من شأنه ما يلحق به الضرر بالمطلقة، متعسفا في استعمال هذا الحق. ولما كان هذا الطلاق حقا شرعيا للزوج مع ما يترتب سوء استعماله من أضرار قيده الشارع حتى يحافظ على حق الجماعة،

---

<sup>854</sup> ينص القرار على أنه " من المقرر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا، من غنى وفقير يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا للقواعد الشرعية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية. ملف رقم 32779 بتاريخ 1983/03/02 عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص245.



وحتى لا يضر الرجل بالزوجة والأولاد. فكان المناسب في معالجة آثاره هو قواعد التعسف في استعمال الحق، وليس قواعد المسؤولية التقصيرية<sup>855</sup>.

والتعسف أمر باطني يصعب تبينه، فإن للقاضي خلال جلسات الصلح أن يتحقق ما إذا كان طلاق الزوج بإرادته المنفردة مستندا إلى سبب جدي أم طلاقا تعسفيا. وقد اعتبر القضاء الطلاق غير المبرر طلاقا تعسفيا، فنص على "من المقرر شرعا وقانونا إذا كان طلاق الزوج غير مبرر، فإن للمطلقة الحق في النفقة والتعويض وسائر توابع العصمة"<sup>856</sup>. فما دام القرار قد تعرض للتعويض الناتج عن الضرر، فالطلاق إذاً، طلاق تعسفي.

### ب . التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي:

نصت المادة 52 من قانون الأسرة بالحكم للمطلقة بوجوب التعويض، بعد طلبها إياه. هذا، إذا تبين للقاضي من خلال جلسات الصلح أن الزوج قد تعسف في استعمال حقه في الطلاق. فالمشرع تعرض لوجوب الحكم بالتعويض دون جوازه، كما هو الحال في التطلق. فلا يكفي توافر عنصر التعسف في الطلاق ليتحقق التعويض، بل لابد من توافر الضرر أيضا وعلى الزوجة عبء إثباته بكافة وسائل الإثبات، سواء أكان ماديا أو معنويا.

### ج . التعويض عن الضرر الناتج عن التطلق :

بخلاف نص المادة 52 من قانون الأسرة، ورد نص المادة 53 مكرر يقضي بجواز الحكم للمطلقة بواسطة التطلق متى تضررت الزوجة منه، إذ اعتبر المشرع التعويض جوازيا يبقى تقدير كل من الضرر والتعويض لسلطة القاضي. فكان من الأصوب أن يكون الحكم بالتعويض في هذه الحالة وجوبيا ؛ لأن الزوجة لم تطلب التطلق إلا بعد وجود ضرر هي ملزمة بإثباته. لأن التطلق لا يكفي وحده لجبر الضرر، كما أورده المشرع في الطلاق للنشوز.

### ج . التعويض عن الطلاق بسبب نشوز احد الزوجين :

---

<sup>855</sup>بن زينة عبد الهادي ، المرجع السابق، ص169. عن فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص 170.

<sup>856</sup> ملف رقم 28784 بتاريخ 1982/11/12، عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص245.

لم تقصر المادة 55 ق. أ. ج. على نشوز الزوجة، كما هو شائع، بل انصرفت به إلى الزوج أيضا. فقضت بوجوب الحكم بالتعويض للطرف المتضرر متى تم الطلاق لسبب النشوز، يقينا من المشرع أن الطلاق بسبب النشوز لا يكفي لجبر الضرر، بل لابد من التعويض.

## 6 . التعويض قضاء :

نظرا لاختلاف المحاكم في الحكم بالتعويض من حيث سببه أو قدره، فقد استقر قضاء المحكمة العليا بوجوب التعويض على كل طلاق تعسفي. إذ صدر في قرار لها " من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة، وفي أي إطار تدخل"<sup>857</sup>.

فالقرار هذا جاء مفصلا لكل الحقوق الثابتة للزوجة، بما فيها التعويض، وقد أكد القرار على عدم خلط هذه الحقوق، ووضعها تحت عنوان معين، بل تبقى منفصلة واضحة التعيين لأنها متفاوتة في قيمها، ومتباينة في أسسها. وهذا هو الأصوب، لأن القضاة لو أخذوا بمضمون هذا القرار لكان ذلك سببا في تقليص ظاهرة الطلاق التعسفي.

وعلى غرار الأحكام الصادرة عن محكمة بشار في موضوع توابع الطلاق المالية فإن بعض الأحكام الصادرة عن هذه المحكمة قضت بالتعويض عن الطلاق التعسفي، ونفقة الإهمال ، ونفقة العدة . فلم تجمع بين هذه التعويضات كونها متباينة المصادر<sup>858</sup>.

---

<sup>857</sup> ملف رقم 31560 لسنة 1998، ص 69، عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 69.

<sup>858</sup> حكم صادر عن محكمة بشار، قسم شؤون الأسرة، بتاريخ 2013/4/4 يقضي بإلزام الزوج دفع مبلغ للتعويض، ومبلغ لنفقة العدة ، ومبلغ لنفقة الإهمال. فهرس رقم 13/00193، جدول رقم 13/00075. كما صدر حكم آخر عن ذات المحكمة بتاريخ 2013/5/26 يقضي بنفس النفقات المذكورة أعلاه، فهرس رقم 13/01077، جدول رقم 13/00748. في حين صدر حكم آخر بتاريخ 20103/1/9 يقضي بنفقة العدة ونفقة الإهمال، ولم يتعرض إلى التعويض. فهرس رقم 13/00087، جدول رقم 13/02044.

أما من حيث تحديد هذه المبالغ منحت المحكمة العليا للقاضي سلطة التقدير بقرارها الناص على " من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل.

من جملة ما جاء عن مبدأ التعويض نتيجة الضرر اللاحق عن التطليق ورد القرار الموالي: " من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ولما كان ثابتا في أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيه، متعسفا فيه من طرف الزوج فإن التطليق وحده لا يكفي لجبر الضرر، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج، طبقا لأحكام المادة 55 من قانون الأسرة قد طبقوا القانون"<sup>859</sup>.

إذاً، يمكن القول أن قرارات المحكمة العليا وردت تأسيا بالفقه الإسلامي الذي أوجب التعويض<sup>860</sup>. إن أساس التعويض هو التعسف في استعمال الحق في الطلاق، والمسؤولية التقصيرية في التطليق، مادام الزوج يدفع الزوجة إلى طلب التطليق بالفعل أو القول<sup>861</sup>.

ثم أن المشرع لم يقيد القاضي في تقدير التعويض عن الضرر اللاحق بالزوجة من أي طلاق، بل ترك له مطلق السلطة للتقدير، تبعا لشدة الضرر ولحال الزوج. والحقيقة أن المشرع الجزائري حسنا فعل عندما لم يقيد التعويض وترك لقاضي الموضوع الحكم بما يراه كفيلا لجبر الضرر، ذلك أن الأوضاع والآثار قد تختلف من حالة طلاق إلى آخر. كما أن القانون إذا حدد قيمة التعويض فإن مراجعته تحتاج إلى إجراءات وتعديلات قانونية، عكس الأحكام القضائية التي تتماشى والواقع المعاش<sup>862</sup>. ويتعزز هذا بما أصدرته المحكمة العليا من القرارات في هذا الموضوع، من بينها نص القرار التالي: " من

---

<sup>859</sup> ملف رقم 181649 بتاريخ 1997/12/23، المجلة القضائية، العدد الأول 1997، ص 49، عن بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص192.

<sup>860</sup> أنظر في هذا الشأن صفحة 301.

<sup>861</sup> بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص193.

<sup>862</sup> مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2009، ص304.

المقرر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببيه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا، من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة<sup>863</sup>.

وفي قرار آخر "تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص قضاة الموضوع بها دون غيرهم."<sup>864</sup>

أما لو استأنفت الزوجة دعواها في شأن رفع مبلغ التعويض، فتبقى دائما لقاضي الموضوع سلطة التقدير، وليست عليه رقابة، هذا، بحسب اجتهاد قضائي مفاده: "من المقرر قانونا أن رفع المبالغ الممنوحة للزوجة المطلقة يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي يستنتج من الوثائق المعروضة وليست عليه رقابة فيه."<sup>865</sup>المشرع السوري نظم موضوع تقدير التعويض بوضع حد أقصى لمبلغ التعويض<sup>866</sup>.

**ثانيا: المتعة:**

## **1. تعريف المتعة :**

هي ما يعطيه الزوج لمن طلقها، سواء كانت بالغة رشيدة أو صغيرة، زيادة على الصداق لجبر خاطرها المنكسر من ألم الفراق<sup>867</sup>. وهي أيضا، المال الذي يصل به المطلق

---

<sup>863</sup> ملف رقم 32779 بتاريخ 1984/03/02. عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 245.

<sup>864</sup> ملف رقم 368660 بتاريخ 2006/7/12، مجلة المحكمة العليا 2006، العدد2، 483، جمال سايسي، المرجع السابق، ص1373.

<sup>865</sup> ملف رقم 40853، صادر في 1986/05/05، عن بلحاج العربي، المكرج نفسه. ص247.

<sup>866</sup> نصت المادة 117 من القانون السوري على ما يلي: "إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول، وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله == ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا، بحسب مقتضى الحال."

<sup>867</sup> بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق. ص154، عن الموطأ للإمام مالك، كتاب الطلاق، ص350.

المطلقة جبرا، لوحشة الفراق<sup>868</sup>. كما يعرفها الشافعية أنها المال الذي يجب على الزوج لامراته لمفارقته إياها، بشروط<sup>869</sup>.

أما بعض الشراح فيعرف المتعة أنها مال يعطيه الزوج لمطلقاته زيادة على الصداق لتطبيب نفسها، وتعويضا لها على الألم الذي لحقا بسبب الفراق بينهما<sup>870</sup>. أساسها قوله تعالى **چڈ ژژ ژ ک ک چ**<sup>871</sup>. فالنص القرآني هنا، نص عام عند بعض الفقهاء في كل مطلقة، صغيرة كانت أم كبيرة، طلقت قبل الدخول أو بعده فرض لها صداق أم لم يفرض<sup>872</sup>.

في شأن وجوب المتعة من عدمه انقسم الفقه إلى ثلاثة آراء<sup>873</sup>:

الرأي الأول، يرى أن المتعة مندوبة في كل طلاق، وهو قول المالكية، لقوله تعالى **چ و و چ الوارد في نص الآية چ ع ع ك ك كؤ و و و چ**<sup>874</sup>. أي، أن هذا يكون من باب الإحسان، وليس الإيجاب<sup>875</sup>. لأن الخطاب موجه للمتفضلين المتجملين، وما كان من باب الإجمال والإحسان فليس بواجب<sup>876</sup>. أما المفارقة باللعان فلا متعة فيها، وأيضا المفارقة من طرف المرأة قبل الدخول بسبب من جهتها.

**الرأي الثاني :** للحنفية، الذين يرون أن المتعة واجبة إذا فارق الزوج زوجته قبل الدخول بسبب من جهته ولم يكن قد سمى لها مهرا، لقوله تعالى **چ ڈ ڈ ه ه ه ه ه ه ه ه ه ه**

---

<sup>868</sup> عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق. ص 352.

<sup>869</sup> بن زينة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 152، عن فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ص 102.

<sup>870</sup> أحمد حلمي مصطفى، المرجع السابق. ص 237.

<sup>871</sup> سورة البقرة، الآية 241.

<sup>872</sup> عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق. ص 356.

<sup>873</sup> أحمد حلمي مصطفى، المرجع السابق، ص 239 و 240.

<sup>874</sup> سورة البقرة، الآية 236.

<sup>875</sup> عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السابق. ص 472.

<sup>876</sup> ابن رشد، المرجع السابق. ص 552.



ومن جهة ثانية فإن المحكمة العليا تعرضت إلى اعتبار المتعة والتعويض شيئاً واحداً بقرار نصه " إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرّر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفاً عن ألم فراق زوجها لها وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضاً، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية<sup>882</sup>. " ليلحق قرار متعارض معه يقضي بتمييز المتعة عن التعويض، بما نصه " من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي.

وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة، وفي أي إطار تدخل. والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغاً إجمالياً من النفود مقابل الطلاق التعسفي<sup>883</sup>. والتعسف قد يكون قبل الدخول أو بعده<sup>884</sup>.

#### 4 . المتعة في بعض القوانين :

تعرضت أغلبية القوانين العربية للمتعة باعتبارها نصف الصداق غير المسمى والبعض اعتبرها تعويضاً عن الطلاق التعسفي، في حين ميز البعض بين التعويض والنفقة. نصت المادة 18 مكرر من القانون المصري للأحوال الشخصية رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 على أن " الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط. " اشترط المشرع لتحقيق المتعة أن يتم الدخول من زواج صحيح، فإن كان فاسداً، فلا متعة. وأن يتم الطلاق من طرف الزوج دون

<sup>882</sup> ملف رقم 39731 بتاريخ 1985/04/08، عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 246.

<sup>883</sup> ملف رقم 4156 بتاريخ 1986/04/07 المجلة القضائية عدد 2 لسنة 1989، ص 69، عن بلحاج العربي. المرجع نفسه، ص 247.

<sup>884</sup> عبد الفتاح تقيه، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، لطلبة قسم الكفاءة المهنية، المرجع السابق، ص 56.

رضا الزوجة، ودون سبب منها على أن تقدر بما يعادل نفقة سنتين على الأقل هذا إذا ثار الخلاف بين الزوجين حول المقدار.

بخلاف القانون المصري، ميز المشرع الأردني بين المتعة والتعويض. تعرض إلى المتعة باعتبارها عوضاً عن نصف الصداق غير المسمى وليس تعويضاً عن ألم الفراق. إذ نصت المادة 55 من قانون الأحوال الشخصية على أن "الطلاق إذا وقع قبل تسمية المهر وقبل الدخول والخلوة الصحيحة، فعندئذ تجب المتعة، والمتعة تعين حسب العرف والعادة بحسب حال الزوج، على ألا تزيد عن نصف صداق المثل." فالمتعة هنا لا تعني التعويض بل هي بمثابة دين، على الزوج أدائه متى انحلت الرابطة الزوجية قبل الدخول. وإن سمي الصداق ثبت للمطلقة نصفه.

أما التعويض فقد نظمته بنص المادة 134 من ذات القانون بما نصه "إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كان طلقها لغير سبب معقول، وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بتعويض لا يقل عن نفقة سنة ولا يزيد على نفقة ثلاث سنوات، ويراعى في فرضها حال الزوج عسراً ويسراً". وبذلك أخذ المشرع الكويتي أيضاً<sup>885</sup>. وكذا القانون السوري الذي اعتبر المتعة نصف الصداق غير المسمى لغير المدخول بها<sup>886</sup>. أما عن التعويض، فقد أشار إليه في نص المادة 117 التي قضت بوجوب التعويض متى كان الطلاق تعسفاً على ألا يتجاوز قدره ما يساوي نفقة ثلاث سنوات.

في حين أن مدونة الأسرة المغربية قضت في نص المادة 84 بوجوب المتعة متى كان الطلاق تعسفاً، وتعني بها، التعويض<sup>887</sup>.

<sup>885</sup> أحمد حلمي مصطفى، المرجع السابق. ص 240 و 241.

<sup>886</sup> نصت المادة 62 من القانون السوري على أن المتعة هي كسوة مثل المرأة عند الخروج من بيتها، ويعتبر فيها حال الزوج على ألا تزيد على نصف المهر.

<sup>887</sup> نصت المادة 84 من مدونة الأسرة المغربية على أن مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه. مما يستنتج أن المدونة لم تعتبر المتعة نصف الصداق المسمى، طالما أنها تعرضت لذكر الصداق، وإنما اعتبرتها تعويضاً خاصاً بأي ضرر يلحق بالزوجة. مع مراعاة الإعتبارات الواردة في نص المادة.



## 5 . الجمع بين التعويض والمتعة :

الخلاصة، أن قانون الأسرة تعرض للتعويض دون المتعة، ولم يفصل فيه من حيث تقديره وكيفية تسديده. في حين أن المحكمة العليا، من جهتها، اعتبرت المتعة مستقلة عن التعويض، إذ أجازت للقاضي أن يحكم بالتعويض ويحكم بنفقة المتعة استقلالا، من جهة. ومن جهة ثانية جمعت بين المتعة والتعويض، واعتبرت الفصل بينهما مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

إذا كانت المتعة تمنح للزوجة من أجل جبر خاطرهما، فإن الزوجة التي تختار الطلاق بنفسها لا تستحق المتعة، بمعنى أنه لو جمعت المتعة والتعويض في آن واحد تكون المطلقة قد أخذت تعويضا عن نفس الضرر مرتين<sup>888</sup>. ومما يؤكد هذا قرار نص على أنه "من المقرر قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته، ونتج عن ذلك ضرر لمطلقته. فإن كل زوجة بادرته إلى إقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكمها به، فالحكم غير شرعي. ومن ثم، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الزوجة هي التي طلبت التطليق، فإن قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلا له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة ونفقة الإهمال، بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي أن الزوجة رفضت الرجوع، فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 فهما خاطئا، ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا في جانب التعويض والسكن ونفقة الإهمال<sup>889</sup>.

استقراء لهذا القرار فإن أساس الحكم بالتعويض هو نفسه أساس استحقاق المتعة فكيف يمكن القضاء بهما في آن واحد؟<sup>890</sup>

<sup>888</sup> مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص. 310.

<sup>889</sup> ملف رقم 50317، م.ق. 1991، عدد 1، ص. 56.

<sup>890</sup> مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص. 311.

أما ما استقر عليه أغلب القضاء الوطني فهو الحكم بالتعويض دون المتعة مقابل ألم الفراق والأضرار الأخرى المترتبة عن الطلاق التعسفي أو التظليق<sup>891</sup>، وكان له أن يميز بين التعويض والمتعة؛ لأن أساس تقرير المتعة للمطلقة هو جبر خاطرها ومواساتها وليس جزاء لإساءة الزوج استعمال حقه في الطلاق<sup>892</sup>.

## المطلب الثاني

### مؤخر الصداق ومتاع البيت والأموال المشتركة.

يعتبر الصداق والأموال المشتركة من الحقوق المالية المشتركة بين الزوجين. فالصداق حق خالص للزوجة، جرت القوانين والأعراف على تسليمه للزوجة حالا أو مؤجلا. أما الأموال المشتركة فقد تصبح محل نزاع بين الزوجين متى فكت الرابطة الزوجية، أو حتى حين قيام الحياة الزوجية.

## الفرع الأول

### النزاع حول الصداق

قبل التعرض لأحكام النزاع حول الصداق، وجب ذكر قاعدتين تعدان مناط هذا

النزاع.

---

891 انظر الملحق رقم 4.

892 أحمد حلمي مصطفى، المرجع السابق. ص 244.

**القاعدة الأولى :** الدعوى المستنكرة عرفا لا تسمع؛ لأن من شروط سماع الدعوى ألا تكون مستحيلة، أو ينكرها العقل والعادة. ويمكن الوقوف عليها في دعوى النسب، كأن يقر شخص أن شخصا آخر ابنه، على أن يكون فارق السن مما لا يصدقه العقل والعادة.

### **القاعدة الثانية:**

البينة على من ادعى واليمين على من أنكر. وتبين المدعي، والمنكر يرجع إلى الظاهر في القضية. فمن كان الظاهر يشهد له فهو المنكر، ومن كان الظاهر لا يشهد له فهو المدعي. فإن ادعى اثنان ملكية عين، وأحدهما ذو يد، اعتبر ذو اليد منكرا والخارج هو المدعي؛ لأن اليد دليل ظاهر على الملكية، فالظاهر يشهد له. وبذلك، فالبينة تكون على من لا يشهد له الظاهر<sup>893</sup>.

قد يختلف الزوجان حول الصداق، إما خلال الحياة الزوجية أو بعد فك الرابطة الزوجية بطلاق أو وفاة لأحد الزوجين أو كليهما. ولا يعدو أن يثور النزاع حول التسمية أو المقدار أو القبض.

**1 . النزاع حول الصداق في قانون الأسرة :** فصل نص المادة 17 ق. أ. ج. في شأن النزاع حول الصداق، مستندا إلى قرينة الدخول إذا كان النزاع حول القبض<sup>894</sup>. لأن الزوجة بمجرد قبولها الدخول، يفترض أن تكون قد رضيت بالصداق تسمية ومقدارا، وتكون قد قبضته معجلا أو مؤجلا، أو قبلت تأجيل كله إلى حين، مادام الشرع والقانون أجازا الإتفاق على تشطير الصداق، كما أجازا للزوجة أن تمتنع عن الدخول ما لم تقبض صداقها. ولا

<sup>893</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق. ص 217.

<sup>894</sup> نصت المادة 17 من قانون الأسرة على أنه " في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما، وليس لأحدهما بينة، وكان قبل الدخول، فالقول قول الزوجة، أو ورثتها مع اليمين. وإذا كان بعد البناء، فالقول قول الزوج، أو ورثته مع اليمين. " استعمل المشرع مصطلح النزاع مجملا.

يعتبر هذا الإمتناع نشوزا. لأجل ذلك، يأخذ القاضي بقولها ما لم يتم الدخول<sup>895</sup>. واستقراء لنص المادة 17 يمكن استنباط النتائج التالية :

أ . عمّم المشرع النزاع حول الصداق دون تبيان موضوعه؛ أهو حول القبض أم المقدار أم التسمية، بخلاف بعض القوانين الأجنبية. وكان له أن يوضح طبيعة النزاع مادام لكل موضوع حكمه. فالقاضي هنا ملزم بالجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي متى كان النزاع حول التسمية أو المقدار.

ب . ألزم المدعي بالبينة لإدعائه، فهي تغني عن اليمين، وقد اصدرت المحكمة العليا قرارا في هذا الموضوع<sup>896</sup>.

ج . إذا انتفت البينة، لجأ القاضي على توجيه اليمين للمدعي بحسب تمام الدخول من عدمه. أما من حيث أدلة الإثبات في هذا الموضوع، فإن النص لم يحددها، ليعني بذلك كافة وسائل الإثبات، كما ورد لبعض الشراح.<sup>897</sup>

د . باعتبار المشرع قد نص على النزاع حول القبض فقط، فقد اعتبر الدخول معيارا للسمع. يعود سبب النزاع غالبا إلى عدم تسجيل عقد الزواج بموجب المادة 18 ق. أ. ج. فلو سجل العقد لذكرالعقد، كما نصت على ذلك المادة 15 ق. أ. ج. . ولو أن المعمول به

---

895 " من المقرر شرعا أنه في حالة نشوء خلاف بين الزوجين على مؤخر الصداق، يؤخذ بقول الزوجة مع يمينها إذا لم يدخل بها، وبعد البناء يكون القول للزوج مع يمينه.

إذا ما تمت مخالفة هذا المبدأ، يستوجب نقض القرار الذي قضى على الزوج برد مؤخر الصداق المتنازع . " ملف رقم 44058 بتاريخ 12/1/1987، م.ق. 1989، عدد2، ص97. بلحاج العربي قانون الأسرة، المرجع السابق، ص88. <sup>896</sup> ورد القرار الآتي نصه " إن مؤخر الصداق الثابت بعقد رسمي حق للزوجة، وعلى الزوج يقع إثبات الوفاء به. " ملف رقم 264555 بتاريخ 17/10/2001، المجلة القضائية، رقم 2 لسنة 2003 ص 282. عن بلحاج العربي، المرجع السابق. ص89.

<sup>897</sup> حصر الأستاذ الغوثي بن ملحه أدلة الإثبات ترتيبيا، في شأن النزاع حول الصداق في كل من الوصل الرسمي، شهادة الشاهدين، قرائن شرعية قاطعة، ثم اليمين. GHAYOUTI BEN MELHA , Eléments du droit Algérien de la famille , t2 OPU ALGER , 1983 ,p95

عرفا هو تسليم الصداق في مجلس العقد للزوجة أو لوليها، أو التصريح به على الأقل لتفادي أي نزاع لاحقا<sup>898</sup>.

هـ . لم يميز المشرع بين يمين الزوجة الراشدة والزوجة القاصرة، طالما أن هذه الأخيرة رشدت في كل ما تعلق بآثار الزواج.

## 2 . النزاع حول الصداق في بعض القوانين الأجنبية :

ميّز المشرع الأردني بين النزاع حول تسمية الصداق وبين النزاع حول القبض اختلافا من حيث المعيار المعتمد. ففي الاختلاف حول التسمية اعتبر إدعاء المدعي، سواء كان الزوج أم الزوجة. أما لو ثار الخلاف حول المقدار، فالبينة على الزوجة، وإن عجزت كان القول للزوج مع اليمين. وإن كان حول القبض اعتد بالدخول من عدمه من حيث توجيه القول<sup>899</sup>. أما مدونة الأسرة المغربية فقد نصت بما نص عليه قانون الأسرة، إذ ورد في نص المادة 33 منها " إذا اختلف الزوجان في قبض حال الصداق قبل البناء، فالقول قول الزوجة، أما بعده، فالقول قول الزوج. " والقول المنصوص عليه ضمن هذا المقتضى هو المعول عليه عند المالكية. يقول ابن عاصم الغرناطي :

الزوج والزوجة مهما اختلفا في قدر مهر النكاح عرفا

فإن يكن ذلك من قبل البناء فالقول للزوجة قد تعينا

ويختلف رأي المالكية هنا عن رأي الجمهور الذي يقضي دائما بقول الزوجة بيمينها. ومن البديهي أن القرائن أعلاه لا تعتمد إلا في حالة انعدام الدليل القوي المؤيد لقول هذا الطرف أو ذاك<sup>900</sup>.

## 3 . النزاع حول الصداق في الفقه الإسلامي:

3 فضيل سعد، المرجع السابق، ص253.

<sup>899</sup>عثمان التكروري. شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني. مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع. عمّان الأردن. 1998، ص124 و125.

<sup>900</sup> محمد الكشور، المرجع السابق. ص253.

بتشعب صور وأحكام قضايا الصداق، ولا سيما ما تعلق بالنزاع حوله، فإن الفقه، بخلاف القانون، قد تعرض إلى كافة مواضيع هذا النزاع وهي: التسمية والمقدار والقبض ووصف المقبوض.

#### أ . النزاع حول قبض الصداق :

إذا اختلف الزوجان حول قبض الصداق من عدمه، وادعى الزوج أنه سلمها قدرا منه وأنكرت أنه سلمها شيئا، أو ادعى أنه سلمها مقدارا معيناً، وادعت أنه سلمها أقل من المقدار المدعى به، فالحكم يختلف باعتبار الدخول من عدمه.

إن كان النزاع قبل الدخول، فعلى الزوج إقامة البينة، فإن أنكرت الزوجة شهد لها الظاهر. فلا تطالب بالبينة، لأن العقد أثبت الصداق في ذمته. فكان الأصل بقاءه حتى يقوم الدليل على خلافه<sup>901</sup>. وإذا كان النزاع بعد الدخول، وادعى الزوج تسليم الصداق أو بعده ببينة أو بدون بينة وبيمين، يسمع قوله، ولا يسمع قول الزوجة؛ لأنه مستنكر عرفاً، إذ من المعروف أن الزوجة تقبض صداقها أو معجله قبل الدخول.

#### ب . النزاع حول التسمية :

إذا ادعى أحد الزوجين أن العقد اقترن بتسمية صحيحة للصداق، وادعى الآخر أن العقد كان خالياً من التسمية، فالبينة على من ادعى لأنه مدع والآخر منكر. وإلا وجهت له اليمين. أما لو نكل، وحلف المدعى عليه، حكم القاضي بصداق المثل؛ لأن المدعي عجز عن الإثبات ولا سبيل للقضاء بما ادعى، فيتعذر وجوب صداق مسمى. ثم أن اليمين حجة كافية لإعتبار العقد خالياً من التسمية. وعند خلو العقد من التسمية، يكون صداق المثل هو الواجب.

#### ج . النزاع حول مقدار الصداق :

<sup>901</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق. ص 217 و 218.

إذا ادعت الزوجة صداقا وادعى الزوج أقل منه، فإن الزوجة هي المدعية، والزوج منكر. فالظاهر شاهد للزوج، وعلى الزوجة، هنا، إثبات ادعائها، وإن عجزت، كان القول للزوج مع اليمين، فإن ادعى الزوج أقل، يقضى له به؛ لأنه مدين. أما لو ادعى أكثر مما ادعته الزوجة، أخذت قدر مدعاها، وتركت الباقي.<sup>902</sup> وأن اكن ما يدعيه الزوج مستكرا عرفا، حكم القاضي بصداق المثل، إذا كان دون ما تدعيه الزوجة، ويحكم بما تدعيه إذا كان أقل من صداق المثل<sup>903</sup>.

#### د . النزاع حول وصف المقبوض :

إذا أعطى الزوج زوجته شيئا ثم اختلفا، فقالت: إنه هدية. وقال الزوج : إنه صداق. فإن أثبت أحدهما ما يدعيه، قضى له به. وإن أقاما بينتين، كانت بينة الزوجة هي الراجحة؛ لأنها تثبت الصداق في ذمته، وهو ينكره. فكانت مدعية، وهو ينكر. وإن لم يكن لأحدهما بينة، فإن كان العرف يشهد بأن مثل هذا يكون هدية، فالقول قولها مع اليمين وإن كان العرف يشهد أن هذا يكون صداقا، كالنقود، فالقول قوله مع اليمين. وإن كان العرف مشتركا بأن يسوغ أن يكون صداقا وهدية، فالقول قول الزوج بيمينه ؛ لأنه المملّك وهو أدري بجهة التمليك، والقول قوله في الإخبار عن نفسه<sup>904</sup>.

### الفرع الثاني

#### النزاع حول متاع البيت

نظرا لما تكتسبه مسالة متاع البيت من أهمية، ونظرا لاتساع شيوعها في النزاع بين الزوجين، وخاصة بعد الفرقة الزوجية بطلاق أو وفاة لأحد الزوجين. هذا، بصرف النظر عن كمال أو نقصان أو انعدام أهلية أحد الزوجين أو كليهما. فغن الفقه قد فصل في هذا

<sup>902</sup> أبو العباس الرملي. المرجع السابق، ص366.

<sup>903</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق. ص231. علاء الدين الكاساني. المرجع السابق. ص451.

<sup>904</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق. ص223. علاء الدين الكاساني. المرجع السابق. ص456.

الخلاف في شقيه الرئيسيين ؛ شق متعلق بوجود متاع البيت في بيت الزوجية من عدمه وشق متعلق بملكية هذا المتاع.

لم يتعرض قانون الأسرة إلى هذا الموضوع تفصيلاً، إلا ما نصت عليه المادة 73 منه، التي عالجت جانب ملكية المتاع. إذاً، ما أصل هذا المتاع ؟ أو من يلتزم بتجهيز بيت الزوجية ؟

### 1 . مصدر متاع البيت في الفقه الإسلامي:

يرى جمهور الفقهاء، باستثناء المالكية، أن الزوج ملزم بتوفير متاع البيت لأن الصداق المدفوع للزوجة ليس لقاء الجهاز، وإنما في مقابلة الاستمتاع من جهة، وتكريماً لشأن الزوجة من جهة ثانية. وليس للزوج أن يجبر الزوجة على استعمال أمتعتها التي اشترتها بنفسها، وإنما له أن ينتفع بها بإذن الزوجة. وإذا اغتصب شيئاً من متاع الزوجة حال قيام الزوجية أو بعد انقضائها، كان ملزماً برده أو رد مثله أو قيمته، إذا استهلك أو هلك عنده<sup>905</sup>.

أما المالكية، فقالوا أن الجهاز حق على المرأة في حدود ما قبضته من صداقها، وما تجري به العادة من أمثالها. فإن لم تكن قد قبضت شيئاً من الصداق، فلا جهاز عليها إلا إذا كان العرف يوجب عليها جهازاً، أو شرط عليها من قبل. ولا تلزم بأكثر مما قبضت<sup>906</sup>. يستتبط من قول المالكية أنهم اعتمدوا مبدأ التكافل العائلي والتضامن، فضلاً عن العرف أسساً لإلزام الزوجة بتجهيز البيت، ولا سيما إذا انفق الزوجان على أن الصداق يوجه للمتاع. إذا جهزت المرأة نفسها، فالجهاز ملك لها، سواء اشترته بنفسها أو اشتراه من له النيابة عنها بتوكيل منها أو ولاية عليها ؛ كالأب. ويتفرع عن هذه المسألة ما يلي :

#### أ . شراء الجهاز من طرف الأب لابنته الراشدة :

<sup>905</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق. ص225. عبد المجيد محمود مطلوب. المرجع السابق. ص118

<sup>906</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع نفسه، ص227.



إذا اشترى الأب الجهاز لابنته الراشدة فلا يعد ملكا لها بمجرد الشراء، بل لا بد من التسليم. فإذا قبضته بنفسها أو وكلت عنها من يقبضه، يصير ملكا لها بعد القبض.

#### ب . شراء الجهاز من طرف الأب لابنته القاصرة:

إذا تم شراء الجهاز أو بعضه من طرف الأب بماله، يكون ملكا لابنته، لأن ذلك يكون تمليكا لها عن طريق الهبة. ويخضع بطبيعة الحال إلى أحكام الهبة، من شروط في الواهب وقبول الموهوب له الهبة بحسب أهليته ( م 203 و 206 ق. أ. ج. ) فمجرد الشراء لفائدة القاصرة يغني عن القبض، إذا كانت في ولايته المالية ؛ لأن يده لها صفة النيابة عنها في قبض الهبات بمقتضى ما له من ولاية شرعية عليها<sup>907</sup>. لأنه هو المتبرع بصفته واهبا وهو القابض بصفته وليا ماليا على موليته.

#### 2 . موقف قانون الأسرة من مصدر متاع البيت :

لم يحدد القانون الجهة الملزمة بتجهيز بيت الزوجية، إلا ما ورد عنه في موضوع النزاع حول ملكية هذا المتاع. لكن، يمكن استنباط موقفه القرائن التالية :

أ . نصت المادة 74 ق. أ. ج. على أن الزوج ملزم بالنفقة على زوجته بمجرد الدخول بها، أو بدعوتها إياه للدخول. يستثنى من هذه القاعدة إن كان الزوج معسرا، فالزوجة ملزمة بالنفقة على أولادها ( م 76 ق. أ. ج. ) والنفقة على الأولاد تقتضي توفير الفراش وضروريات الحياة.

ب . نصت المادة 78 من ذات القانون على أن المسكن الشرعي يعد من مشتملات النفقة ولا يعد المسكن شرعيا ما لم تتوافر فيه أسباب الحياة، من أمن وأثاث تستعمله الزوجة لأغراضها، وفراش، ومعدات المطبخ والحمام، فضلا عن الخزانات ونحوها. فإذا كان الزوج ملزما بالنفقة، والسكن من مشتملاتها، فتجهيزه يقع وجوبا على عاتق الزوج.

<sup>907</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع نفسه، ص 225 و 226 .

ج . نصت المادة 14 ق. أ. ج. على أن الصداق ملك للزوجة، تتصرف فيه كما تشاء. وعبرة " كما تشاء " جاء مجملة مطلقة، أجازت للزوجة التصرف في صداقها تصرف المعاوضة أو التبرع، أو التنازل أو الإجارة. هذا ما يفسر صراحة أن الزوجة ليست ملزمة بتوجيه مال صداقها إلى تجهيز البيت، كما جاءت المالكية بذلك.

استخلص مما سبق أن قانون الأسرة أخذ بالمذهب الحنفي الذي يرى بإلزام الزوج تجهيز البيت من ماله الخاص، ولا دخل للزوجة في ذلك، إلا بتبرع منها. غير أن عرف أغلب مناطق الوطن، ومن بينها، منطقة بشار، يقضي بأن تساهم الزوجة في تجهيز بيت الزوجية، ولا سيما الفراش، ومعدات المطبخ. كما أن مدونة الأسرة المغربية قد خالفت المذهب المالكي، إذ ورد في نص المادة 29 منها أن الصداق ملك للزوجة تتصرف فيه كما شاءت، ولا حق للزوج في أن يطالبها بأثاث أو غيره، مقابل الصداق الذي أصدقها إياه. لأن الأثاث من مشمولات النفقة<sup>908</sup>.

### 3 . النزاع حول متاع البيت :

لا يعدو أن يثور النزاع حول متاع البيت إما بين الزوجين حال حياتهما، أو بين ورثتهما بعد وفاتهما، أو في حال حياة أحدهما وموت الآخر. فإن كان في حياتهما، إما أن يكون حال قيام الزواج، أو بعد زواله بالطلاق.<sup>909</sup> كما قد يثور بين الزوجة وأبيها، سواء أكانت قاصرة أم راشدة، أو بين الزوج وأبيه. أما موضوع النزاع فقد يثور حول وجود هذا المتاع من عدمه أو حول ملكيته.

#### أ . النزاع حول وجود المتاع من عدمه:

رغم شيوع هذا النوع من النزاع بين الأزواج، لأن الظروف التي يختلف فيها الزوجان تضطر بها الزوجة إلى مغادرة بيت الزوجية، على أمل الرجوع ثانية أو الطلاق. فتدعي حال النزاع، بتركها لمتاعها ببيت الزوجية. الزوج هنا، إما أن يقر بصحة الإدعاء أو ينكره، فإن

<sup>908</sup> محمد الأزهر، المرجع السابق. ص135. محمد الكشور. المرجع السابق. ص235.

<sup>909</sup> علاء الدين الكاساني، المرجع السابق. ص456.

قانون الأسرة لم يتعرض لهذا النوع من النزاع، إلا ما ورد في نص المادة 73 ق. أ. ج. التي تعرضت لملكية المتاع فقط. أما القضاء فقد تعرض إليه في مختلف صورته مستندا على القواعد العامة في الإثبات، سواء توافرت البيئة أم لم تتوافر. فعلى القاضي أن يطالب الزوجة بإثبات ادعائها ببيئة، فإن عجزت عن الإثبات وجه القاضي اليمين الحاسمة للزوج، فإن حلف ربح الدعوى، وإن أحجم، خسرها<sup>910</sup>.

وقد يدعي الزوج من جهته خلال سير الدعوى، أن الزوجة أخذت متاعها، فعليه إثبات مدعاه. أما لو عجز، فالقول للزوجة مع اليمين، وهذا ما قررت به المحكمة العليا بالنص الموالي: "إن ادعاء الزوج أن زوجته أخذت مصوغها وأثاثها وملابسها، يصير مكلفا بإثبات دعواه. فإن عجز، فالقول للزوجة مع يمينها. ومن ثم، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقوانين الشرعية<sup>911</sup>."

أما لو ادعت الزوجة تركها لمتاعها ببيت الزوجية دون بيئة، ووجه القاضي السؤال للزوج عن صحة الإدعاء من عدمه، فسكت هذا الأخير عن الإجابة، لم يكن للقاضي أن يفترض سكوت الزوج تصديقا وإقرارا لما ادعته الزوجة. بل لا بد من توجيهه اليمين الحاسمة على عدم صحة الإدعاء، لأن الافتراض لا يقبل شرعا ولا قانونا<sup>912</sup>.

وإذا انتقل القاضي إلى الفصل في ملكية المتاع مباشرة قبل التعرض إلى صحة وجود هذا المتاع من عدمه، يكون قد خرق قواعد الإثبات. هذا ما أكدته القرار الآتي نصه "إن

---

<sup>910</sup> الحسين بن الشيخ أث ملويا، المرجع السابق. ص470. قرار عن المحكمة العليا ينص على أنه " من المقرر قانونا أنه في حالة انكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزوجين تطبيق القاعدة العامة " البيئة على من ادعى، واليمين على من أنكر."ملف رقم 216836 بتاريخ 1999/3/16. عدد خاص، ص 245. عن بلحاج العربي، المرجع السابق. ص413.

<sup>911</sup> ملف رقم 50075 بتاريخ 1988/7/18. المجلة القضائية 1990، عدد4. ص64. عن بلحاج العربي. المرجع السابق. ص405.

<sup>912</sup> ملف رقم 39941 بتاريخ 1986/2/24. غير منشور. عن بلحاج العربي. المرجع السابق. ص400.

الإكتفاء بتوجيه اليمين قبل معرفة وجود أو عدم وجود محل نزاع المدعى به يعتبر بمثابة انعدام التسبيب وخرق واضح لقواعد الإثبات. . . . . " 913.

## ب . النزاع حول ملكية المتاع:

هي المرحلة الثانية من النزاع التي نصت عليها المادة 73 من قانون الأسرة لإثبات ملكية المتاع. فقد تتوافر البيئة لأحد الزوجين أو كليهما، وقد لا تتوافر.

### \* حالة توافر البيئة:

إذ قضت أن البيئة أولى في كل ما يحتويه بيت الزوجية من متاع. فلو أقام مدع بيئة على ملكيته المتاع قبلت دعواه. بصرف النظر عن نوع المتاع. كما قال بعض الشراح. "البيئة التي تبين خلاف الظاهر هي التي تقبل. بمعنى، أن بيئة الزوج ترجح فيما هو معتاد للنساء فقط، كما ترجح بيئة الزوجة فيما معتاد للرجال فقط. بحيث لو قدم الزوج دليلاً يثبت أن المصوغ الذهبي له ن تصدق بيئته، ولا سبيل ليمين الزوجة، أما لو اثبتت الزوجة أن الكتب التي يستعملها زوجها ملك لها، يحكم لها على أساس بيئتها<sup>914</sup>. هذا، إذا توافرت البيئة. فما الحكم حال انعدام البيئة ؟

### \* حالة انعدام البيئة :

نصت المادة 73 من قانون الأسرة على أنه " إذا وقع النزاع بين الزوجين أو وراثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بيئة، فالقول للزوجة أو وراثتها مع اليمين في للنساء والقول للزوج أو وراثته مع اليمين في المعتاد للرجال. والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين. " بمعنى، أنه إذا لم تتوافر البيئة لأي الزوجين حول مدعاه، وجه القاضي اليمين حول صحة الإدعاء، فحينئذ، يحكم للرجال بما هو معتاد عادة وعرفاً للرجال، ويحكم للنساء بما هو

<sup>913</sup> ملف رقم 86097 بتاريخ 1992/10/27، عدد خاص، ص233. عن بلحاج العربي. المرجع نفسه. ص410 .

<sup>914</sup> لحسين بن الشيخ آث ملويا. المرجع السابق، ص570. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق. ص229، عبد المجيد محمود مطلوب. المرجع السابق. ص184.

معتاد عادة وعرفا للنساء. أما المشترك عادة بين الزوجين يتقاسمانها مع يمين كل واحد منهما. وأضافت مدونة الأسرة المغربية في هذا الشأن أنه لو رفض أحد الزوجين اليمين حول المشتركات حكم بها كلها لمن أقسم (م3/34 م. أ. م. ). إذاً، فما موقف الفقه من هذا ؟ يرى المالكية والشافعية أن عند ادعاء كل من الزوجين لمتاع معين مع عدم البينة فإن القاضي يحكم لمن يشهد له الظاهر؛ أي، للرجال بما هو معتاد لهم كالملابس وأدوات العمل. وللنساء بما هو معتاد لهن كالملابس والعطور وأدوات الزينة<sup>915</sup>.

أما المشتركات فيتقاسمانها مناصفة بعد يمين كل منهما. ودليلهم في ذلك، أن الرجل قد يملك متاع النساء بالشراء أو الميراث، والمرأة قد تملك متاع الرجال بنفس الأسلوب. وكان القياس هنا على وجود دباغ وعطّار في حانوت فيه دباغ وعطور، ويدعي كل منهما البضاعة، أنلزم بإعطاء الدباغ للدباغ والعطور للعطّار ؟ فإن قلنا أنه يقسم بينهما عدلاً انصرف هذا الحكم إلى متاع البيت<sup>916</sup>. أما الحنفية فقد اختلفوا في هذا الموضوع، يقول أبو حنيفة أن ما يصلح للزوجين جميعاً، فالقول فيها، قول الزوج، لأن يد الزوج على ما في البيت أقوى من يد المرأة ؛ لأن يده متصرفه، ويدها يد حافظة. فيد التصرف أقوى من يد الحفظ<sup>917</sup>، كائنين يتنازعان في دابة، فأحدهما راكبها، والآخر متعلق بلجامها، فالراكب هنا أولى.

قال أبو يوسف أن القول قول الزوجة إلى قدر جهازها في الكل والقول قول الزوج في الباقي. لأن الظاهر يشهد للمرأة قدر جهازها لأن المرأة لا تخلو من الجهاز عادة فكان

---

<sup>915</sup> عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص184. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق.

ص229. علاء الدين الكاساني، المرجع السابق. ص456.

<sup>916</sup> محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص139 و 140.

<sup>917</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق. ص6826.

الظاهر شاهدا لها في ذلك، والظاهر يشهد للرجل على ذلك<sup>918</sup>. وقد أخذت المحكمة العليا بهذا المبدأ في بعض قراراتها<sup>919</sup>.

فلو حاولنا إسقاط هذه الأحكام والآراء الفقهية على الحياة اليومية اعتبارا لعمل المرأة، فضلا عما أجازه قانون الأسرة من الحق في إنشاء ذمة مالية لكل زوج أو مشتركة بينهما، فإنه لا يستبعد أن تؤثت الزوجة البيت من مالها الخاص كلا أو بعضا، بخلاف المعتاد، فإن تقاسم المشتريات الذي جاءت به المادة 73 ق. أ. ج. المستند للفقه المالكي والشافعي، يعتبر من قبيل الإنصاف. أما لو كان من المشتريات ما لا يقبل القسمة، يقدر نقدا وتقسم قيمته. والتقدير يعد من اختصاص القضاء كما قرره المحكمة العليا التي ما فتئت أن تعارضت مع قرارها لتجعل تقدير متاع البيت من اختصاص الخبراء<sup>920</sup>.

---

<sup>918</sup> علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص 457.

<sup>919</sup> نص قرار المحكمة العليا على أنه " من المقرر شرعا وقانونا أن أثاث البيت، مبدئيا، هو ملك للزوج، وللزوجة أن تثبت عكس ذلك، ومن المقرر أيضا أن كل شخص لا يحكم عليه بشيء إلا إذا اتخذ موقفا واضحا فيما يطلب منه بالإقرار أو =الإقرار. ومن ثم، فإن القضاء بما يخالف هذين المبدئين يعد مخالفا للقواعد الشرعية والقانونية " ملف رقم 44858 بتاريخ 1987/12/7، المجلة القضائية، العدد 4، ص 50. عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 402.

<sup>920</sup> قررت المحكمة العليا على أنه " من المقرر قانونا أنه " إذا اختلف الزوجان حول قيمة الأمتعة، فللقاضي سلطة في تحديد ذلك، ولا يجوز له تحويل سلطته إلى شخص آخر. ومن ثم، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون. " ملف

رقم 49302 بتاريخ 1988/4/11 المجلة القضائية 1992، العدد 2، ص 40. عن بلحاج العربي. المرجع نفسه، ص 405. وصدر عنها القرار الموالي معارضا للأول " تقييم مبالغ المتاع مسألة فنية ترجع إلى أهل الخبرة من الصناع والتجار، وليس إلى القضاة. إن القرار المنتقد مشوب بانعدام الأساس القانوني لما أيد الحكم المستأنف القاضي بدفع مبالغ مالية مقابل متاع المطعون ضدها لأن تقدير المتاع مسألة فنية يتولاها أهل الخبرة من صناع وتجار، خاصة عندما تكون المبالغ المطلوبة مرتفعة، وليس القضاة. " ملف رقم 222651 بتاريخ 1999/5/18 عدد خاص، ص 248.

## الخاتمة

إذا كان زواج القصر من الإستثناءات الوارد النص عليها في قانون الأسرة، فهذا لا يعني أن المشرع شذ عن قواعد الفقه الإسلامي، بل أخذ بقول جمهور الفقهاء الذين أجازوا زواج الصغار، مستنديين إلى النص القرآني والحديث الشريف. وقد تقاطع المشرع الجزائري مع بقية المشرعين العرب وغيرهم في هذا الموضوع ضمن عدة أحكام. كما اختلف معهم في القليل منها. ولا يعد هذا الإختلاف مؤثرا سلبا، طالما أنه يسعى إلى الإستجابة إلى حاجات اجتماعية وعرفية سليمة تتوافق مع العقل والمنطق. خاصة وأن إيجابيات الزواج المبكر تفوق سلبياته في الجانب الإجتماعي. أما أساس اختلاف الفقهاء في زواج الصغار فمرده إلى من اعتبر الأهلية شرط لزوم للزواج أجاز هذا الزواج، أما من اعتبرها شرط نفاذ فلم يجزه. وقد وقفت من خلال هذا البحث على جملة من الملاحظات ذكرا، لا حصرا يمكن عرضها:

. تناول المشرع مسألة الولاية تناولا فضفاضاً، وخاصة في استعماله لعبارة " حضور وليها " كما استعمل المشرع أداة التخيير في ترتيب الأولياء، لينتهي إلى الغير وليا، وولاية الغير ينتفي فيها عنصر الحرص والشفقة على المولى عليها. أما في شأن زواج القاصر فقد استعمل المشرع أداة الترتيب لزوماً، ليشدد على الحرص على مصلحة القاصر.

وطالما أن المشرع غل يد الولي وقيد سلطته على موليته من اعتراضه على من اختارته زوجاً، يكون قد ساوى بين الولاية على الراشدة والولاية على القاصرة.

. إذا كان المشرع قد قيد سلطة الولي في زواج القاصرة بنص المادة 13 ق. أ. ج. وبإلغاء نص المادة 12 من ذات القانون، فكيف يمكن تطبيق نص المادة 33 ق. أ. ج. التي تقضي بفسخ الزواج متى تخلف الولي حال وجوبه ؟ هذا عندما أصبح لا فرق بين تخلف الولي في مجلس العقد وحضوره مقيد السطة.

. لم يضع المشرع حداً أدنى للترخيص بالزواج، بل اكتفى بوضع عبارة " قبل ذلك " في نص المادة 7 ق. أ. ج. في حين أن بعض القوانين وضعت حداً أدنى للترخيص حتى نضمن

حماية للبنات القاصرات من تعسف أوليائهم بتزويجهم مبكرا، خاصة وأن ظاهرة المتاجرة بالبنات لتحقيق مآرب خاصة ظهرت في المجتمع. وهذا رغم منح المشرع سلطة التقدير في منح الترخيص مع تقييده بتوافر المصلحة والضرورة والقدرة. لكن هذا لا يمنع من وجود نص وقائي.

. التصرف في الصداق، الإشتراط بين الزوجين في عقد رسمي، التعاقد مع المصحات في شأن التلقيح الإصطناعي، إنشاء ذمة مالية مشتركة بين الزوجين. كل هذه التصرفات تقتضي توافر أهلية الأداء، والزوجة القاصرة معنية بها، فكان للمشرع أن يستثنى بنصوص خاصة تجيز لها ممارسة هذه الحقوق باعتبارها زوجة.

. لم يتعرض قانون الأسرة إلى إمكانية الطعن في الإذن بالزواج من عدمه، مع العلم أن أغلب القوانين أشارت إلى عدم الطعن فيه.

فكيف يتعامل القضاء مع غياب النص في هذا الموضوع ؟

. بعض القوانين أدخلت الوالدين مقترنين في الولاية، بخلاف قانون الأسرة الذي اكتفى بولي واحد. لأن مسؤولية زواج القاصر تعود للأب والأم معا، ومادام قانون الأسرة قد ألغى نص المادة 39 التي تقر بقوامية الرجل على المرأة وجعل الزوجين في مستوى واحد من السلطة والمسؤولية تجاه الأسرة، لتصبح الأم متحملة لجزء من المسؤولية فكيف يبعد الأم من الولاية في الزواج مع الأب، مع العلم أن الإمام مالكا أعطى للأب حق الكلام في شأن زواج ابنتها، قاصرة كانت أم راشدة. ؟

. أكد المشرع تركيزه على الزوجة القاصرة دون الزوج القاصر، وذلك بورود نص المادة 39 الموجهة للزوجة فقط. وهل يعني هذا أن القاصر الذكر غير مخاطب بأحكام زواج القصر ؟ . لم ينظم المشرع ولاية الجبر كما نظم الفقه الإسلامي أحكامها من حيث الإستبداد، بل اعتبرها ولاية شراكة وفق ما ورد بالمادة 13 من قانون الأسرة.

. لم يتعرض المشرع إلى زواج فاقد الأهلية كالمجنون ومن في حكمه، كما ورد النص عليه في الفقه الإسلامي إجماعا، وأغلب القوانين الوضعية. خاصة وأن زواج المجانين يحقق لهم



منفعة، إما بالشفاء أو بالخدمة المحققة من الطرف الآخر، ثم أن الجنون لا يمنع الإنجاب، إلا إذا كان هذا الجنون متوارثا، ففي هذه الحالة يمنع المجنون من الزواج.

. رغم نص المشرع صراحة على تولي الأم شؤون اولادها القصر متى توفي الأب، أو عجز عن ممارسة الولاية لقصور جسدي أو عقلي أو لمنعه منها قانونا كالسجن أو الحجر(المادة 87 من قانون الأسرة )، فإنه لا يوجد من النصوص ما يسمح به لهذه الأم تولي زواج ابنائها القصر.

. رغم نص القانون على احترام مدة الحيض في العدة فإنه لم يتعرض للطلاق البدعي الذي يقع والزوجة في حيض، هذا وأن القضاء لا يهتم عمليا بهذه المسألة، بل يكفي بالسؤال ما إذا كانت الزوجة حاملا فحسب.

. لم يميز المشرع بين طلاق الراشدة وطلاق القاصرة من حيث الموضوع، إلا ما ورد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من حيث إجراءات التقاضي.

. لم يتعرض القانون إلى طلاق السكران والغضبان مثلما ورد في أغلب القوانين الأجنبية.

. نص المادة 50 من قانون الأسرة يحتاج إلى تعديل. للتوفيق بين مدة الرجعة الواجب القيام بها خلال العدة، وليس بعد انقضائها، طالما أن المشرع حدد مرحلة الصلح بثلاثة أشهر كحد أقصى، في حين أن عدة الطلاق غالبا ما تنتهي قبل تمام الثلاثة أشهر. إذ بعض القوانين الأجنبية حددت مدة الصلح القصوى بشهر واحد فقط، وهذا أمر مستحسن. لأن الشهر يكفي لمعرفة ما إذا كانت للزوجين أو للزوج رغبة التراجع.

. لم يتعرض المشرع إلى تعريف القرء، أهوالحيضة الواحدة أم الطهر الواحد؟ إذ من خلال التعريف تتحدد مدة العدة طولا وقصرا. وهو ما أشار إليه الفقه الإسلامي باختلاف المذاهب، ونصت عليه بعض القوانين.

. كان للمشرع أن يتعرض إلى الصغيرة التي لم تحض بعد، والتي لم تحض لمرض أو طبيعة. هذا بورود عبارة " والتي لم تحض بعد " في نص المادة 58 ق. أ. ج. مثلما نصت

عليه بعض القوانين. كما أن القانون لم يتعرض لظاهرة تحول العدة من القروء إلى الأشهر أو العكس.

. لم يشترط المشرع لتولي الحضانة شروطاً، كالعقل أو البلوغ مثلما اشترطها القانون السوري والقانون المغربي.

. لم يتعرض قانون الأسرة للمتعة، بل أشار إلى التعويض مجملاً بين الجواز والوجوب. هذا رغم اجتهاد المحكمة العليا في عدة قضايا، أين ميزت بين المتعة، نفقة الإهمال التعويض عن الضرر ونفقة العدة.

. كما تعرض القانون للنزاع حول متاع البيت، كان له أن يعالج مسألة النزاع حول الصداق، من حيث تسميته، مقداره وقبضه كلاً أو بعضاً.

تبعاً لهذه الإستنتاجات اعرض الإقتراحات التالية :

1 . إعطاء الولي حق الإعتراض على زواج ابنته القاصرة ما لم يكن في صالحها ، وهذا ، بإعادة النظر في المادة 12 الملغاة.

2 . كان يجب وضع حد أدنى للترخيص بالزواج مثلما حدد المشرع سن الزواج بالمادة 7ق.أ.ج.

3 . كان يجب الإستغناء عن الضرورة والمصلحة والإقتصار بمعيار " توافر مبررات مقبولة " .

4 . وجوب اقتران زواج القاصر بولاية الجبر .

5 . مادام حساب العدة يختلف فيما بين الطهر والحيض كقرء ، كان للمشرع أن يوضح المقصود بالقرء .

6 . اقترح تعديل نص المادة 50 ق.أ.ج. وفق ما ورد في متن هذا البحث .

7 . اقترح إضافة عبارة " والتي لم تحض بعد " في نص المادة 58 ق.أ.ج.

8 . كان للمشرع أن يتعرض إلى مسألة تداخل العدد وتحولها .

9 . للمشرع أن حسم مسألة بدل الخلع الذي تدفعه المختلعة القاصرة ، أهو تصرف سليم أم العكس ، مادامت ناقصة الأهلية ؟

10 . للمشرع أن يرشد الزوجة القاصرة فيما يلي :

\* حق التصرف في الصداق معاوضة أو تبرعا .

\* حق التعاقد في موضوع التلقيح الإصطناعي .

\* حق الإشراف في عقد رسمي وحق إنشاء أموال مشتركة .

\* حق الإقرار في مسألة النسب .

11 . النص على زواج المجنون، المعتوه والمحجور عليه .

12 . جواز فسخ القاصرة للزواج متى بلغت سن الرشد ما لم يتم الدخول .

13 . توضيح أهلية الحاضن في نص المادة 62 ق.أ.ج .

14 . تحديد قابلية الترخيص بالزواج للطعن من عدمه .

# الملاحق

## ملحق رقم 1

### جدول رقم (أ)

السن الذي يبلغ فيه الشخص سن البلوغ وأهلية التصرف، في الولايات المتحدة الأمريكية م: الذكر، ف: الأنثى، ج: رخصة الحدث

الولايات	التصويت	الزواج برضا الوالدين	الزواج بدون رضا الوالدين	سن الزواج	السوق
الاباما	١٨	١٤	١٨	١٩	١٦
ألاسكا	١٨	١٦	١٨	١٨	١٨,١٦
أريزونا	١٨	١٦	١٨	١٨	١٨,١٦
أركنسا	١٨	١٧م.١٦ف	١٨ف. ٢١م	١٨	١٨,١٦,١٤ ج
كاليفورنيا	١٨	-	١٨	١٨	١٨,١٦,١٤ ج
كولورادو	١٨	١٦	١٨	١٨	١٦,٢١ ج
كينيتيكت	١٨	١٦	١٨	١٨	١٨,١٦
ديلاوير	١٨	١٦ف ١٨م	١٨	١٨	١٨, ١٦
ميسوري	١٨	١٦	١٨	١٨	١٨,١٦
مقاطعة كولومبيا	١٨	١٦	١٨	١٨	١٨,١٦
فلوريدا	١٨	١٦ تحت	١٨	١٨	١٦
جورجيا	١٨	١٦	١٨	١٨	١٩, ١٨
هاواي	١٨	١٦	١٨	١٨	١٦ ج, ١٤
آيداهو	١٨	١٦	١٨	١٨	١٩, ١٨
البنوي	١٨	١٧	١٨	١٨	١٨ ج, ١٤, ١٤
انديانا	١٨	١٦	١٨	١٨	١٦ ج, ١٤
آيوا	١٨	١٦ تحت	١٨	١٨	١٨, ١٦
كنساس	١٨	٤	١٨	١٨	١٩, ١٧ ف
كتاكي	١٨	١٦ف. ١٨م	١٨	١٨	١٩ ج, ١٨, ١٧
لوزيانا	١٨	١٦	١٨	١٨	١٨, ١٦
ميسسي	١٨	١٦	١٨	١٨	-
ميريلان	١٨	-	١٨	١٨	١٨ ج, ١٧, ١٦ ج
ماساجوستس	١٨	١٦ف, ١٨م	١٨	١٨	١٨ ج, ١٦, ١٤
مشيكان	١٨	١٦ف, ١٨م	١٨	١٨	١٨
مينيسوتا	١٨	-	١٩, ١٧ ف	٢١	١٩

ملحق رقم 1 مكرر

جدول رقم (١)

الولايات	التصويت	الزواج برضا الوالدين	الزواج بدون رضا الوالدين	سن الزواج	السوق
مونتانا	١٨	١٦	١٨	١٨	١٨
نبراسكا	١٨	١٧	١٩	١٩	١٦
نيفادا	١٨	١٦	١٨	١٨	١٨ ، ١٦
نيوهامشير	١٨	١٣، ١٤ ف	١٨	١٨	١٨، ١٦
نيوجرسي	١٨	١٦	١٨	١٨	١٧ ، ١٦ إجازة زراعية
نيومكسيكو	١٨	١٦	١٨	١٨	١٩ ، ١٦
نيويورك	١٨	١٦	١٨	١٨	١٩ ، ١٨ ج ، ١٦
نورث كارولينا	١٨	١٦	١٨	١٨	١٨، ١٦
نورث دكوتا	١٨	١٦	١٨	١٨	١٦، ١٤ ج
أوهيو	١٨	١٦ ف، ١٨ م	١٨	١٨	١٨ ، ١٦ ، ١٤ ج
أوكلاهوما	١٨	١٦	١٨	١٨	١٩ ½ ، ١٦
أوريكون	١٨	١٧	١٨	١٨	١٦، ١٤ ج
بنسلفانيا	١٨	١٦	١٨	٢١	١٨، ١٦ ج
رود ايلند	١٨	١٦ ف، ١٨ م	١٨	١٨	١٨ ، ١٦
ساوث كارولينا	١٨	١٤ ف، ١٦ م	١٨	١٨	١٨ ج ١٦
ساوث دكوتا	١٨	١٦	١٨	١٨	١٦ ، ١٤ ج
تينيسي	١٨	١٦	١٨	١٨	١٦ ، ١٤ ج
تكساس	١٨	١٤	١٨	١٨	١٩ ، ١٨ ج ، ١٦
يوتا	١٨	١٤	١٨	١٨	١٦
فيرمانت	١٨	١٦	١٨	١٨	١٨، ١٦ ج
فيرجينيا	١٨	١٦	١٨	١٨	١٨، ١٦
واشنطن	١٨	١٧	١٨	١٨	١٨، ١٦
ويست فيرجينا	١٨	١٦ ف، ١٨ م	١٨	١٨	١٨، ١٦ ج
ويسكنسون	١٨	١٦	١٨	١٨	١٨، ١٦

ليث الصباغ . ان نظام القانوني  
للصبي المأذون له في التجارة  
المرجع السابق

ملحق رقم 2

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
باسم الشعب الجزائري

مجلس قضاء  
محمدة  
رئيس قسم شؤون الأسرة  
رقم :

## أمر إعفاء من شروط سن الزواج

بتاريخ :

- نحن  
رئيس قسم شؤون الأسرة .  
بعد الإطلاع على الطلب المقدم من السيد : الساكن ب :  
و الرامي إلى إعفاء ابنته القاصرة  
من شرط سن الزواج .  
بعد الإطلاع على الوثائق المتمثلة في :  
وصل أداء الرسم القضائي رقم : المؤرخ في :  
شهادة ميلاد أصلية للقاصرة مؤرخة في :  
شهادة ميلاد أصلية لوالد القاصرة مؤرخة في :  
شهادة ميلاد أصلية للزوج مؤرخة في :  
شهادة طبية للقاصرة من الطبيب الأخصائي تثبت القدرة على الزواج مؤرخة في :  
شهادة طبية للقاصرة من الطبيب الأخصائي تثبت عدم الحمل مؤرخة في :  
شهادتين طبيتين لما قبل الزواج للقاصرة و الزوج المؤرختين في 06 .  
رخصة الإستغلال المؤرخة في .  
بعد الإطلاع على المواد 09، 9 مكرر 18/13/11 من قانون الأسرة .  
بعد الإطلاع المواد 1/310، 311، 312، 1/460 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .  
و تم التأكد من قبول المعنية بالزواج و نظرا لأن الزواج يهدف إلى تكوين أسرة و إحصان الزوجين .  
حيث أن السيد أعلن قبوله بزواج ابنته القاصرة

## للمنفعة الأسيباب

ترخص لل بنت :

بنت :

و

بالزواج مع السيد :

ابن :

و

أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق مع القول بالرجوع إلينا في حالة إشكال .

بذا صدر الأمر و وقع على أصله رئيس قسم شؤون الأسرة .

حور فيي :

رئيس قسم شؤون الأسرة /

ملحق رقم 2 مكرر

\* ملف عقد الزواج \*

طبقاً لقانون الأسرة الجديد الصادر في 27 فبراير 200

شهادة ميلاد أصلية (للزوج و الزوجة) لا يزيد تاريخها عن 03 أشهر .

نسخة من بطاقة التعريف الوطنية .

ملحق رقم 3

### شهادة طبية ما قبل الزواج

(معدة طبقاً لأحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 85-11 المؤرخ في 09 يوليو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة)

أنا الممضي أسفله الدكتور : .....

الاسم و اللقب : .....

دكتور في الطب : .....

## ملحق رقم 4

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

ح ك م

بالجلسة العلنية المنعقدة بـ 13/01/09 بمحكمة بشار

بتاريخ: التاسع من شهر جانفي سنة ألفين وثلاثة عشر

برئاسة السيد (ة): إرناتن داهبية قاضي

و بمساعدة السيد (ة): دحو أمينة أمين ضبط

وبحضور السيد(ة): بزاز محمد و وكيل الجمهورية

٤

محلس قضاء: بشار

محكمة: بشار

القسم: شؤون الأسرة

رقم الجدول: 12/02044

رقم الفهرس: 13/00087

تاريخ الحكم: 13/01/09

مبلغ الرسم/ 300 دج

نسخة تنفيذية









سجاد كبير لون بنفسجي و ليسندلي ( les descenete de lit ) او كوات بنفسجية و بيضاء.  
و كوات بيضاء و بنية و كوات بيضاء و برتقالية و 94 و سادات الحساسية و غطاء الوسادات  
02 بنفسجية و 02 برتقالية ) و كوفرولي بنفسجي و 02 ذراوات و جميع مستلزمات الحمام و  
سجاد و نقاب.

عن طلب المدعي المتعلق بالتعويض عن الضرر

حيث أن المدعي طلب تمكينه من مبلغ 100.000 دج جبرا للضرر اللاحق به كون المدعي  
عليها مريضة مرض نفسي و نسبة العجز تقدر ب 100 % و أخفت عنه ذلك و لإثبات ذلك  
قدم شهادات طبية تثبت بأنه فعلا مريضة بمرض نفسي لكن الشهادات الطبية المقدمة من طرف  
المدعي تمت خارج القضاء لا يحق لشخص أن يصطنع دليل بنفسه لنفسه .

عن الطلب المتعلق بالتعويض عن الطلاق التعسفي :

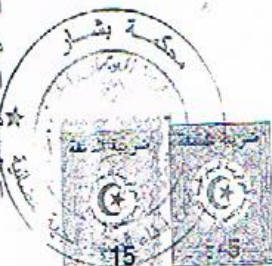
حيث أن المدعي عليها التمسست تمكينها من مبلغ 300.000 دج تعويض عن الطلاق التعسفي .  
حيث أنه من المقرر قانونا وطبقا لنص 52 من قانون الأسرة إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في  
الطلاق حكم للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

حيث ثبت للمحكمة أن المدعي يدعي بأنه ليس متعسفا في طلبه المتعلق بالطلاق و أنه مبرر  
قانونا كون أن المدعي عليها مريضة مرض نفسي و لديها نوبات هستيرية و نسبة العجز 100  
% و استحالة معها العشرة الزوجية .

حيث أنه و من أجل التأكد من أحقية المدعي في التعويض عن الضرر اللاحق به كما يدعي و  
أحقية المدعي عليها في التعويض عن الطلاق التعسفي يجب التأكد أولا من أن المدعي عليها  
مريضة و أن مرضها يحل دون تحقيق الهدف من الزواج و التأكد من أن مرضها كان قبل  
الزواج أو بعده و إن هذه مسألة فنية يتعين الاستجابة بأهل الخبرة طبقا للمواد 125 و ما يليها  
من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

حيث أن المصاريف القضائية يتحملها على خسر الدعوى طبقا للمادة 419 من قانون  
الإجراءات المدنية و الإدارية .

**\*\*ولهذه الأسباب\*\***



- إن كان بالإيجاب القول إن كان مرضها بحول دون تحقيق أهداف من الزواج أم لا  
- مع إبداء كل ملاحظة يراها ضرورية و له الرجوع إلينا في حالة وجود إشكال على أن يودع  
تقريره لدى أمانة ضبط المحكمة في أجل أقصاه شهر من تاريخ توصله بالنسخة تنفيذية من  
الحكم و على الطرف الذي يهمله التعجيل إيداع تسبيق بمبلغ ألفي دينار جزائري (2000 دج )  
على ذمة مصاريف الخبرة .  
- مع إبقاء المصاريف القضائية محفوظة الى حين الفصل في الموضوع .  
بذا صدر هذا الحكم وأفصح به جهارا في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه و  
أمضي من طرفنا نحن الرئيس وأمين الضبط .

أمين الضبط

الرئيس (5)

نسخة مسلمة طبق الأصل للتدقيق

28 دجنبر 2013

الرئيس أمانة الضبط لجمعية التضامن



نسخة تنفيذية

## الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

### باسم الشعب الجزائري

### ح ك م

بالجلسة العائنية المنعقدة بـ محكمة بشار  
بتاريخ: السادس والعشرون من شهر ماي سنة ألفين و ثلاثة عشر  
برئاسة السيد (ة): عريوي ليندة قاضي  
و بمساعدة السيد (ة): يونس خديجة أمين ضبط  
وبحضور السيد (ة): سلماني طارق و كليل الجمهورية

صدر الحكم الآتـي بيـنـانـه

بين السيد (ة):

1 السيد (ة) [محمود] مدعي حاضر  
العنوان : حي الرياضي  
المباشر للخصام بواسطة الأستاذ (ة): شهيد فاطيمة محامية لدى المجلس

ضد

1 السيد (ة) [محمود] مدعي عليه حاضر  
العنوان : حي البدر 53  
المباشر للخصومة بواسطة الأستاذ (ة): [محمود] محاميان لدى المجلس

2 (النيابة العامة) حاضر حاضر

5

مجلس قضاء بشار  
محكمة بشار  
القسم: شؤون الأسرة

رقم الجدول: 13/00748

رقم القيد: 13/01077

تاريخ الحكم: 13/05/26

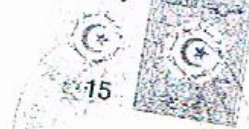
مبلغ الرسم: 300 دج

بين

وبين

النيابة العامة

سرية الدفء





حيث أنه من المقرر قانونا و إعمالا لقاعدة المادة 52 من قانون الأسرة إنه إذا تبين تعسف الزوج في طلاقه حكم للمطلقة بالتعويض عن ذلك لجبر خاطرها والحال أن الطلاق كان متعسفا فيه وأن المدعى قد تسرع في طلاقه دون تقديمه لأسباب جديّة مما تعين معه تعويضها عن الطلاق و الحكم بمبلغ 90.000 دج .

\* عن نفقة العدة :

وحيث أن المطلقة المدخول بها غير الحامل تعتد بثلاثة قروء، و اليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق و وفقا لأحكام المادة 58 من قانون الأسرة. حيث أنه من المقرر قانونا و قضاءه أن كل مطلقة تعتد من طلاقها و أن نفقتها أثناء عدتها تقع على مطلقها مما يجعل طلب المدعى عليها مؤسس قانونا ينبغي الإستجابة له مع إرجاعه للحد المعقول و مراعاة الظروف المعيشية الحالية و الحكم لها بمبلغ 20.000 دج نظير نفقة العدة لكونها حامل.

\* عن نفقة الإهمال :

وحيث أن المدعى عليها تطالب بنفقة إهمالها من تاريخ 2013\_03\_03. وحيث ثبت للمحكمة بعد إطلاعها على محضر معاينة محرر بتاريخ 2013\_03\_19 عن طريق مكتب الأستاذ بن يعيش إبراهيم ثبت فيه خروج المدعى عليها من بيت الزوجية مما تعين معه إحساب النفقة من هذا التاريخ. لم تثبت خروجها في هذا التاريخ مما تعين معه القضاء بتاريخ رفع الدعوى وفقا للمادة 80 من قانون الأسرة.

حيث أنه من المقرر قانونا و عملا بقاعدة المادة 74 من قانون الأسرة أن نفقة الزوجة على الزوج مما يجعل طلب نفقة الإهمال مؤسس قانونا بتعين الإستجابة له مع إرجاع المبلغ إلى الحد المعقول و مراعاة الظروف المعيشية الحالية و الحكم بمبلغ 4000 دج نفقة إهمال شهرية لها إلى غاية النطق بالحكم.

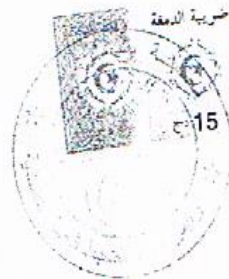
\* عن الحاجيات :

وحيث أن المدعى عليها طالبت بحاجياتها. وحيث أن المدعى وافق صراحة في جلسة الصلح على منحها كافة حاجياتها مما تعين معه إلزامه بتسليمها إياها. وحيث أن المطلقة قدمت شهادة طبية تثبت أنها حامل محررة بتاريخ 2013\_04\_27 مما تعين معه الإشهاد بذلك. حيث أن المصاريف القضائية تقع على خاسر الدعوى طبقا لنص المادة 419 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

### \*\*ولله الأسماء أسباب\*\*

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة و لتنيا حضوريا نهائيا فيما يتعلق بالطلاق، وابتدائها فيما عداه :

في الشكل، فقد ان الدعوى كلاً





غلافات وساييد، درا احمر، 2 كرات غوز، كوفرلي قرونا، 2 غلافات وساييد، كوفرلي موف بارد، 2  
غلافات وساييد، كوفرلي موف غامق، 2 غلافات وساييد، كوفرنا موف، 2 غلافات وساييد، 2  
ديسوندلي، كوفرنا صفراء فيها أرونج، 2 غلاف وساييد موف، 1 صغيرة مربعة، 2 وساييد أرونج  
معمرين، فاز كبيرة بنية، سرفيس 6 كيسان و غراف، سورفات رمادية.  
تحميل المدعي المصاريف القضائية.  
بذا صدر الحكم وأفصح به جهازا في الجلسة العلانية العادية المنعقدة بالتاريخ المشار اليه أعلاه  
ووقع على أصله كل من الرئيس وأمين الضبط.

أمين الضبط

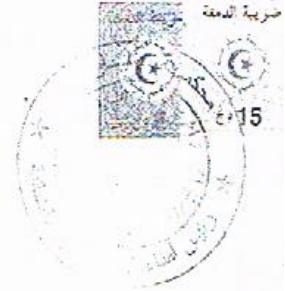
الرئيس (د)

مجلس قضاء سطيف

29 أوت 2013

رئيس أمانة الضبط للجهة القضائية

شعبة الدقة





## قائمة المراجع

القرآن الكريم.

أولا : المصادر

- 1 . ابن قدامة. المغني. دار الفكر. بيروت. دون سنة نشر.
- 2 . ابن منظور. لسان العرب. دار لسان العرب بيروت .1970
- 3 . ابن القيم الجوزية. زاد المعاد. دار الريان للتراث. بيروت. دون سنة نشر.
- 4 . ابن حجر العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، ج9. دار الرسالة الجزائرية. 2000.
- 5 . ابن حزم الظاهري. المحلى، ج9، دار التراث. القاهرة. دون سنة نشر.
- 6 . ابن حزم الظاهري. المحلى. ج10. دار التراث. القاهرة. دون سنة نشر.
- 7 . ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج2. دار الفكر، بيروت. 2003.
- 8 . ابن قدامة، المغني. دار الفكر، بيروت. دون سنة نشر.
- 9 . البخاري. صحيح البخاري. دار موفم للنشر، الجزائر، دار الهدى. 1992.
- 10 . أبوداود، سنن أبي داود، دار ابن حزم، بيروت، 1997.
- 11 . أبو عبد الله النيسابوري، المستدرک، ج2، دار المعرفة ، بيروت، د.س.ن.
- 12 . بطرس البستاني. محيط المحيط. مكتبة لبنان ناشرون. 1979.

- 13 . الفيروز أبادي، القاموس المحيط. دون دار نشر. دون سنمة نشر.
- 14 . محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي نج3، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن.
- 15 . موريس نخلة ورومجي البعلبكي وصلاح مطر. القاموس القانوني الثلاثي، منشورات الحلبي، بيروت 2002.
16. أبو العباس الرملي. نهاية المحتاج. ج6. دار الفكر، بيروت. 2004.
17. أبوبكر الرازي. مختار الصحاح. مكتبة لبناء. بيروت. 1989.
- 18 . خليل بن اسحاق المالكي. مختصر خليل. دار الشهاب. الجزائر. 1988.
- 19 . الزمخشري. أساس البلاغة. دون دار طبع، دون سنة نشر.
- 20 . شهاب الدين القرافي. الذخيرة. ج4. دار الغرب الإسلامي. بيروت. 1994
- 21 . شهاب الدين القرافي. الذخيرة. ج1. دار الكتب العلمية. بيروت. دون سنة نشر.
- 22 . الإمام مالك. موطأ الإمام مالك. ج1. مؤسسة المعارف، بيروت. 2004.
- 23 . محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية. دار الفكر العربي. دون سنة نشر.
- 24 . محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية. دار الفكر العربي القاهرة. 1976
- 25 . محمد أبو زهرة. اصول الفقه. دار الفكر. القاهرة. دون سنة نشر.
- 26 . محمد بن إدريس الشافعي. الأم. ج5. دار الكتب العلمية. بيروت. 2002.

– LAROUSSE PRATIQUE, Montreal, canada. 200327

### ثانيا : المؤلفات العامة

- 01 . أحمد عمر بوزقية. قانون المرافعات. ج1. جامعة قان يونس. بنغازي. ليبيا. 2003.
- 02 . أحمد الغزالي. الوسيط في أحكام الأسرة. دار النهضة العربية. القاهرة 1999 .
- 03 . أحمد فراج حسين. أحكام الأسرة في الإسلام. الدار الجامعية. بيروت. 1980.

- 04 . أحمد هندي. أصول المرافعات المدنية والتجارية. دارالجامعة الجديدة للنشر. الإسكندرية. 2002.
- 05 . أحمد فراج حسين. أصول الفقه الإسلامي. منشورات الحلبي. بيروت. 2004.
- 06 . أحمد فراج حسين، المدخل للفقه الإسلامي. منشورات الحلبي، بيروت 2002.
- 07 . أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010.
- 08 . اسماعيل طه سكييري، أحكام النكاح عند ابن عربي المالكي، ديوان الوقف السني بغداد 2006.
- 09 . العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دار كنوز الحكمة الجزائر، 2013.
- 10 . باديس ذيابي. صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر. دار الهدى. الجزائر. 2007.
- 11 . بدران أبو العينين بدران. الفقه المقارن للحوال الشخصية. ج1. دار النهضة العربية بيروت. 1967.
- 12 . بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- 13 . بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للنشر الجزائر، 2013.
- 14 . بلحاج العربي. قانون الأسرة. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. 2006.
- 15 . بلحاج العربي. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج1. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. 2004.

- 16 . بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات 2005، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2007.
- 17 . بلخيرسديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دار الخلدونية الجزائر، 2009.
- 18 . بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر 2008.
- 19 . بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر. 2001.
- 20 . جمال سايسي، الإجتهد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، ج2 وج3 منشورات كليك، الجزائر، 2013.
- 21 . رمضان علي السيد الشرنباصي. أحكام الأسرة في الإسلام. دار الهدى. الإسكندرية 2006.
- 22 . سامح عبد السلام، نظام الأسرة بين حضارتين، دار النهضة العربية القاهرة، 2008.
- 23 . سليمان بارش. شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائرية. ج2. دار الهدى الجزائر. 2006.
- 24 . صلاح الدين عبد اللطيف. مصادر الحقوق الشخصية. مطبعة البيت العربي الأردن 1984.
- 25 . طاهري حسين، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية، دار ربحانة للنشر الجزائر 2002.
- 26 . طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر 2009 .
- 27 . عبد السلام ذيب. قانون الإجراءات المدنية والإدارية ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر. الجزائر. 2009.

- 28 . عبد الرزق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، لمجلد 1، ط3 منشورات الحلبي، بيروت، 2000.
- 29 . عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، ط2، دار هومة للنشر، الجزائر 2013.
- 30 . عبد العزيز رمضان سمك. أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي. دار النهضة العربية القاهرة، 2006.
- 31 . عبد الفتاح تقيّة النصوص التشريعية في الأحوال الشخصية ، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2012.
- 32 . عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية لطلبة قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، ثالثة للنشر، الجزائر، 2000.
- 33 . عبد الفتاح عبد الباقي. الزواج، قيامه. آثاره، انقضاؤه في القانون الفرنسي دون دار نشر. دون سنة طبع.
- 34 . عبد القادر داودي. أحكام الأسرة. دار البصائر. الجزائر. 2010.
- 35 . عبد القادر داودي. الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية. ط1. دار النهضة للنشر والتوزيع. الجزائر. 2007.
- 36 . عبد المجيد محمود مطلوب. الوجيز في أحكام اتلصرة الإسلامية. مؤسسة المختار، القاهرة. 2004.
- 37 . عبد العزيز رمضان سمك، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري مكتبة النهضة العربية. القاهرة. 2006.
- 38 . عثمان التكروري. شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني. مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع. عمان. الأردن. 1998.
- 39 . علاء الدين الكاساني. بدائع الصنائع. دار الفكر. بيروت. دون سنة نشر.

- 40 . علي الخفيف، محاضرات في فرق الزواج، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة، 1985.
- 41 . علي لبن. الخلع شرعا وقانونا ومدى تطبيقه على المسيحيين. دون دارنشر. 2005
- 42 . علي محي الدين القرة داغي. مبدأ الرضا في العقود. ج1. دار البشائر الإسلامية. بيروت. 1985.
- 43 . عمرزودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء دارانسكلوبيديا، الجزائر، دون سنة نشر.
- 44 . عيسى حداد، عقد الزواج، دراسة مقارنة منشورات جامعة عنابة، الجزائر 2006.
- 45 . الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2008.
- 46 . سامح سيد محمد، الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة والقانون المصري، دار أبو المجد، القاهرة 2005.
- 47 . فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق. ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1976.
- 48 . كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، منشأة المعارف الإسكندرية 1997.
- 49 . ليث الصباغ، النظام القانون للصبي المأذون له في التجارة، منشورات الحلبي بيروت 2005.
- 50 . لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، دارهومة للنشر الجزائر 2005.
- 51 . مصطفى الجمال ونبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، منشورات الحلبي بيروت 2002.
- 52 . مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، دمشق، د.س.ن.



- 53 . مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، دار الوراق دمشق، دون سنة نشر.
- 54 . محمد مصطفى شلبي. أحكام الأسرة في الإسلام. دراسة مقارنة. دار النهضة العربية. بيروت. 1977.
- 55 . محمد الأزهر. شرح مدونة الأسرة المغربية. دارالنشرالمغربية. الدارالبيضاء المغرب 2008.
- 56 . محمد ابراهيمي. الوجيز في الإجراءات المدنية. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. 2002.
- 57 . محمد الحسن البغا، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، جامعة دمشق، 2007.
- 58 . محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1985.
- 59 . محمد الدسوقي. حاشية الدسوقي. ج7. دار الفكر، بيروت. دون سنة نشر.
- 60 . مصطفى السباعي وعبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية والتركات المطبعة الجديدة، دمشق، 1978.
- 61 . محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة. ج2. مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، المغرب. 2009.
- 62 . محمد الشماع. المفيد في الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث. دارالقلم. دمشق، دار الشافعية، بيروت. 1995.
- 63 . محمد قدرى باشا. الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية. ط1. دار ابن حزمبيروت 2007.
- 64 . محمد العلوي العابدي، الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي، إفريقيا للنشر، الدار البيضاء، المغرب. د.س.ن.
- 65 . وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج9. دار الفكر دمشق. 1997.

- H. BOUSQUET. Précis élémentaire du droit musulman. . –G66  
MALEKITE ALGERIEN. librairie orientale. PARIS. 1934.  
- MARCEL MORAND le droit commun de l’islam. sans date 67  
d’édition.  
–LOUIS MILLIOT. droit musulman. recueil sirey195368  
- HENRI BENET, l’état civil en algerie, imp. Minerva, PARIS, 69  
1937.  
- PASCAL GUIOMARD. CODE CIVIL FRANCAIS. 110<sup>ème</sup> 70  
édition. DALLOZ. 2011.

### ثالثا : المؤلفات المتخصصة

- 01 . أحمد محمد نجيب. إسكان المحضون. دار النهضة العربية. القاهرة. 2001.  
02 . بن الشويخ الرشيد. شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل. دار الخلدونية. الجزائر.  
2008.  
03 . بدر محمد اسماعيل، حكم إسقاط الجنين المشوه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،  
2010.  
04 . بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، المؤسسة  
الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988.  
05 . جمعة سلمان الهلباوي. الأهلية وعوارضها. دار الهدى، الجزائر. 1993.  
06 . حسن صالح عبد الله. الجوانب الفقهية للقوامة الزوجية. دار الجامعة الجديدة القاهرة.  
2007.  
07 . خليل إبراهيم، حقوق الجنين في الشريعة الإسلامية والقانون والاتفاقات الدولية، دار  
النهضة العربية، القاهرة، 2012.  
08 . خديجة بناني، حق تصرف الزوجة في مالها حق شرعي وقيود تشريعية ، دار تينمل  
للطباعة والنشر، مراكش، المغرب، 1995.

- 09 . رعد مقداد الحمداني. النظام المالي للزوجين. دار الثقافة. عمان. الأردن 2010.
- 10 . شرف عبد الرزاق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 11 . صفوان محمد عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج، دارالثقافة، عمان، الأردن 2011.
- 12 . عارف البصري، نفقات الزوجة في التشريع الإسلامي، الدراسات الإسلامية بيروت 1992.
- 13 . عبد الحكيم فودة، الدفع بانتفاء الصفة والمصلحة في المنازعات المدنية، منشأة المعارف، الإسكندرية. 1997.
- 14 . عارف أحمد البصري، الزواج المبكر بين حراسة الإسلام وتآمر الإتفاقيات الدولية د.د.ن. و دون سنة نشر.
- 15 . عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دارالخلدونية، الجزائر. 2007.
- 16 . فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غيرالرسمي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2001.
- 17 . لكحل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين المعاصرة الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر. 1982.
- 18 . محمد شتا، الزواج العرفي، ط2. دار المجد للنشر والتوزيع، الإسكندرية. 2008.
- 19 . محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ط2 مؤسسة الرسالة دمشق، 1973.
- 20 . محمد الأستروشنى، أحكام الصغار، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
- 21 . مقدم سعيد، التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1992.
- 22 . الملكي الحسين، نظام الكد والسعاية، دار السلام، الرباط، المغرب، 1999.

- 23 . منصور محمد خالد، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفائس عمان، الأردن 1999.
- 24 . محمود محمد الشيخ، المهر في الإسلام بين الماضي والحاضر، المكتبة العصرية بيروت 2000.
- 25 . نائل إبراهيم قرقز، أثر الإختلالات العقلية والإضطرابات النفسية في مسائل الأحوال الشخصية ، دار النفائس، عمان، الأردن 1999.
- 26 . ناصر أحمد النشوي، موقف الشريعة من تولي المرأة لعقد الزواج، دارالجامعة الجديدة القاهرة 2005.
- 27 . ناهد العجوز، جرائم التزوير المتعلقة بالزواج، منشأة المعارف، الإسكندرية 2004.
- 28 . نضال أبو سنيينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، دارالثقافة، عمان الأردن 2011 .

#### رابعاً: الرسائل الجامعية:

- 01 . أحمد قبيصي، ولاية المرأة في التشريع الإسلامي. رسالة ماجستير. جامعة القاهرة 2003.
- 02 . بن يحيى أم كلثوم. أحكام القاصر. دراسة فقهية مقارنة بين الشريعة والقانونين الجزائري والأردني. رسالة دكتوراه. جامعة عمان الأردن، 2007.
- 03 . حميدو زكية، مصلحة المحضون في التشريعات المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2005/2004.
- 04 . عارف بن أحمد البصري. الزواج المبكر بين حراسة الإسلام وتأمير الإتفاقيات الدولية. دون مصدر وسنة نشر.
- 05 . عبد الله أبدح العجمي، الرضا في العقود في الشريعة الإسلامية. رسالة ماجستير. جامعة القاهرة. 1999.

06 . عبد الله عبد الحميد السامرائي. السفه والغفلة وأثرهما في التصرفات. رسالة دكتوراه جامعة القاهرة. 1976.

07 . عبد الواحد مطيع، دور النيابة العامة في قضايا الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، 2009.

08 . وائل طلال، التحكيم والشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2007.

#### خامسا: المقالات:

01 . أحمد عبدو. رضا المرأة في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. مجلة دراسات قانونية. العدد 10 فبراير 2011. دار الخلدونية. الجزائر.

02 . اسماعيل إبراهيم أبو سريعة. الحيض بين الفقه والطب. مجلة البحوث الفقهية المعاصرة. الرياض. العدد4. دون سنة.

03 . تشوار الجيلالي، الزواج بين الإذن والجزاء في قانون السرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد4، 1999 .

04 . خالد تومي. خصوصية المسطرة في المادة الأسرية. مجلة الفقه والقانون. المغرب. العدد، 4، 2013.

05 . زكية تشوار. النقص التشريعي في تنظيم ركنية الصداق. مجلة العلوم القانونية والإدارية. جامعة أبي بكر بلقايد. تلمسان. العدد2. 2004.

06 . عبد السلام عبد القادر، جديد الخلع في أمر02.05، مجلة الحجة الصادرة عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، العدد2011، 1.

07 . عبد الفتاح تقية، عوارض الطلاق بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد2، 2009 .

08 . مصطفى القضاة. التبكير في الزواج والآثار المترتبة عليه. مجلة جامعة دمشق للعلوم

الإقتصادية والقانونية. المجلد26. العدد1. 2010.

du -DJILLALI TCHOUAR. Reflexion sur les questions épineuses.09  
code Algerien de la famille. O. P. U. ALGER. 2004

10. عدد خاص عن الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية. المحكمة العليا. 2011.

11. ياسين محمد غادي، أهمية الثقافة الطبية للخطاب وفحصهم قبل الزواج، مجلة الشريعة  
للدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، العدد 40، 2000.

#### سادسا: النصوص التشريعية:

01 . الدستور الجزائري لسنة 1996 ، المعدل والمتمم.

02 . الأمر 75 . 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر

1975 المعدل والمتمم. المتضمن للقانون المدني الجزائري.

04 . الأمر رقم 66 . 156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386. الموافق 8

يونيو 1966 المتضمن لقانون العقوبات المعدل والمتمم.

05 . القانون رقم 08 . 09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429. الموافق 25 فبراير 2008

المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

06 . قانون الأسرة الجزائري 11.84 المعدل والمتمم بالأمر 05 . 02 المؤرخ في 18 محرم

1426. الموافق 27 فبراير 2005.

07 . قانون 11.90 ليوم 1990/4/21 المعدل والمتمم، المتعلق بعلاقات العمل، الصادر

بالجريدة الرسمية 17 بتاريخ 1990/4/25.

08 . الأمر 70 . 20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389، الموافق ل 19 فيفري 1970. المتعلق

بالحالة المدنية ، المعدل والمتمم. الصادر بالجريدة الرسمية 21 بتاريخ 1970/2/27.

09 . القانون 05 . 11 المؤرخ في 17 جويلية 2005 المتعلق بالتنظيم القضائي. المنشور

بالجريدة الرسمية رقم 15. . 2005.

10 . قانون 87 لسنة 2005 المتعلق بمجلة الإلتزامات والعقود التونسية.

11 . مجلة الأحوال الشخصية التونسية،الصادرة بأمر مؤرخ في 13/8/1956 المنقحة والمتمة .

12 . القانون السوري لأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لسنة 1953 المعدل سنة.2009

13 . القانون المصري لأحوال الشخصية رقم 25 لسنة 1920 المعدل والمتمم إلى غاية2004.

14 . قانون رعاية القاصرين العراقي رقم 78 لسنة 1980.

15 . الظهير الشريف رقم 1.04.22 صادر في 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة.

16 . المرسوم التنفيذي 154.06 بتاريخ 11/5/2006، المحدد لشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة7 مكرر من قانون الأسرة،الصادر بالجريد الرسمية31 بتاريخ2006/5/14.

17 . أمر 59.75 المؤرخ في 26/9/1975،المتضمن للقانون التجاري الصادر بالجريدة الرسمية عدد101 ،بتاريخ19/9/1975، المعدل والمتمم.

18 . قانون 224.63،بتاريخ29/6/1963،المتعلق بالحد الأدنى للزواج،الصادر بالجريدة الرسمية عدد44 بتاريخ2/7/1963.

19 . أمر 274.59،بتاريخ 4/2/1959،المتعلق بالزواج المبرم بين الأشخاص في ولايات الجزائر، الواحات،والساورة،الصادر بالجريدة الرسمية بتاريخ11/2/1959.

20 . أمر 02.05،بتاريخ27/2/2005،الصادر بالجريدة الرسمية عدد14، بتاريخ 27/2/2005.

21 . الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بتاريخ10/12/1948.

22 . العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر في 16/12/1966.

23 . الإتفاقية الدولية المناهضة للتمييز ضد المرأة الصادرة بتاريخ18/12/1979.

## الفهرس

2	مقدمة
10	الباب الأول
10	المركز القانوني للقاصر في الزواج وآثاره
11	الفصل الأول
11	شرعية زواج القاصر
12	المبحث الأول
12	زواج القاصر
14	1- المجيزون لزواج الصغار :
15	2 - غير المجيزين لزواج الصغار:
16	المطلب الأول
16	الرضا في زواج القاصر
16	الفرع الأول
16	تعريف القاصر
17	- الصبي:
17	- الحدث:
17	- المميز:
18	أولا - مرحلة الجنين:
18	1- الحقوق المترتبة للجنين:
18	أ - الحياة :
18	ب - النسب :
19	ج - الميراث
19	د - الوصية :
19	هـ - الوقف :
20	ثانيا - مرحلة الصبي غير المميز:
20	ثالثا- مرحلة التمييز :
21	رابعا - مرحلة الرشد:
23	خامسا - عوارض الأهلية:
23	1 - الجنون:
24	أ - أنواع الجنون:
24	- جنون الشيخوخة
24	- الجنون الكؤولي (الكولي)
24	- جنون المخدرات:
24	- جنون الشلل التام



- 24.....الصرع - الصرع
- 25.....الفصام - الفصام
- 25.....الفريق الأول.....الفريق الأول
- 25.....الفريق الثاني: .....الفريق الثاني:
- 26.....ب - موقف القانون من زواج المجنون : .....ب - موقف القانون من زواج المجنون :
- 28.....2 - العته: .....2 - العته:
- 29.....3 - السفه: .....3 - السفه:
- 29.....سادسا - أثر العقل والبلوغ والرشد على أهلية الزواج: .....سادسا - أثر العقل والبلوغ والرشد على أهلية الزواج:
- 29.....1 - العقل: .....1 - العقل:
- 31.....2 - البلوغ : .....2 - البلوغ :
- 32.....3 - الرشد : .....3 - الرشد :
- 33.....الفرع الثاني.....الفرع الثاني
- 33.....سن الزواج.....سن الزواج
- 36.....الفرع الثالث.....الفرع الثالث
- 36.....رضا القاصر في عقد الزواج.....رضا القاصر في عقد الزواج
- 38.....1 - ركنية الرضا في قانون الأسرة المعدل: .....1 - ركنية الرضا في قانون الأسرة المعدل:
- 42.....2 - الطبيعة القانونية لرضا القاصرة في عقد الزواج : .....2 - الطبيعة القانونية لرضا القاصرة في عقد الزواج :
- 43.....المطلب الثاني.....المطلب الثاني
- 44.....الولاية.....الولاية
- 45.....الفرع الأول.....الفرع الأول
- 45.....أقسام الولاية.....أقسام الولاية
- 46.....أ - من حيث النطاق: .....أ - من حيث النطاق:
- 47.....ب - من حيث الموضوع: .....ب - من حيث الموضوع:
- 47.....أولا: ولاية الاختيار: .....أولا: ولاية الاختيار:
- 47.....1 - ولاية الاختيار في القانون: .....1 - ولاية الاختيار في القانون:
- 50.....2 - ولاية الاختيار في الفقه الإسلامي : .....2 - ولاية الاختيار في الفقه الإسلامي :
- 54.....ثانيا: ولاية الإيجاب: .....ثانيا: ولاية الإيجاب:
- 54.....1- ولاية الإيجاب في قانون الأسرة : .....1- ولاية الإيجاب في قانون الأسرة :
- 58.....الفرع الثاني.....الفرع الثاني
- 58.....ترتيب الأولياء.....ترتيب الأولياء
- 58.....1 - ترتيب الأولياء في القانون: .....1 - ترتيب الأولياء في القانون:
- 60.....2 - ترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي : .....2 - ترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي :
- 62.....3 - ولاية الأم : .....3 - ولاية الأم :
- 65.....4 - ولاية الأبعد مع وجود الأقرب : .....4 - ولاية الأبعد مع وجود الأقرب :

- 5 - انتقال الولاية عند غياب الولي الأقرب: ..... 66
- 6 - تزويج المرأة من وليين : ..... 67
- الفرع الثالث ..... 68
- شروط الولي وحدود سلطاته ..... 68
- 1 - شروط الولي: ..... 68
- 2 - السلطات المخولة للولي : ..... 69
- 3 - القيود الواردة على سلطات الولي: ..... 70
- 4 - تعريف الكفاءة وحكمها: ..... 76
- أ - معايير اعتبار الكفاءة: ..... 77
- الدين : ..... 77
- الحرفة أو الكسب : ..... 78
- الخلق : ..... 78
- ب - جانب اعتبار الكفاءة : ..... 79
- ج - صاحب الحق في الكفاءة : ..... 79
- المبحث الثاني ..... 80
- الترخيص بزواج القاصر ..... 80
- المطلب الأول ..... 80
- الترخيص القضائي لزواج القاصر ..... 81
- الفرع الأول ..... 81
- تطور قاعدة الترخيص بزواج القاصر ..... 81
- 1 - مرحلة 1830 إلى 1930 ..... 81
- 2 - مرحلة 1930 - 1959 ..... 83
- 3 - مرحلة 1959: ..... 85
- 4 - قانون 1963 ..... 86
- الفرع الثاني ..... 87
- الترخيص بالزواج في قانون 84 - 11 ..... 87
- 1 - الإختصاص القضائي : ..... 88
- 2 - الجانب الشكلي للترخيص: ..... 89
- 3 - الإختصاص الإقليمي: ..... 90
- 4 - الترخيص عمل ولائي : ..... 90
- 5 - دور النيابة العامة: ..... 92
- الفرع الثالث ..... 95
- المصلحة والضرورة ..... 95
- 1 - المصلحة : ..... 96

96.....	أ - تعريف المصلحة :
96.....	ب - معيار تحديد المصلحة :
99.....	ج - كفاءة الزوج :
99.....	د - شفاء المجنون أو المجنونة:
100.....	2 - الضرورة :
103.....	القدرة .....
105.....	1 - مفهوم الفحص الطبي :
106.....	2 - الأمراض المؤثرة على الحياة الزوجية:
106.....	أ - العيوب الجنسية :
106.....	ب - الأمراض الوراثية :
107.....	ج - الأمراض التناسلية :
107.....	3 - فوائد الفحص الطبي قبل الزواج :
108.....	4 - الفحص الطبي قبل الزواج في قانون الأسرة الجزائري :
110.....	المطلب الثاني .....
110.....	تخلف الإعفاء من شرط السن .....
110.....	الفرع الأول .....
110.....	أساليب مخالفة قاعدة الترخيص .....
110.....	1 - الزواج العرفي :
111.....	أ - الزواج العرفي في قانون الأسرة :
111.....	ب - دواعي اللجوء إلى الزواج العرفي :
112.....	ج - الطبيعة القانونية للزواج العرفي :
114.....	2 - إخفاء الأهلية :
115.....	الفرع الثاني،.....
115.....	أثر الإخلال بحكم الترخيص بزواج القاصر .....
115.....	1 - البطلان: .....
118.....	2 - العقوبة الجزائية:.....
120.....	الفصل الثاني .....
120.....	آثار زواج القاصر .....
121.....	المبحث الأول .....
121.....	أهلية التقاضي وحق التصرف للزوج القاصر .....
121.....	المطلب الأول .....
122.....	أهلية التقاضي للزوج القاصر في آثار الزواج .....
122.....	الفرع الأول .....
122.....	أهلية التقاضي .....
122.....	1 - أهلية الإختصام: .....

- 122..... 2 - أهلية التقاضي :
- 124..... 3 - مفهوم نص الفقرة الأخيرة من المادة 7 ق. أ. ج.
- 126..... الفرع الثاني
- 126..... الصفة والمصلحة
- 127..... 1 - الصفة:
- 127..... أ - الصفة العادية
- 128..... ب - الصفة الإجرائية:
- 128..... 2 - المصلحة :
- 130..... المطلب الثاني
- 130..... حق القاصر في التصرف
- 130..... الفرع الأول
- 130..... التصرف في الصداق
- 131..... أولا : تصرفات عديم الأهلية :
- 132..... ثانيا : تصرفات ناقص الأهلية :
- 132..... 1 - حالة القاصر المأذون له بالتجارة:
- 132..... 2 - حالة إبرام عقد العمل:
- 133..... 3 - حالة الإذن بزواج القاصر:
- 134..... 4 - الأموال المخصصة لأغراض النفقة :
- 134..... ثالثا - تصرفات كامل الأهلية :
- 134..... رابعا - تصرفات الزوج القاصر في الصداق.
- 134..... 1 - دفع الزوج القاصر للصداق:
- 135..... 2 - قبض الصداق والتصرف فيه :
- 136..... أ - الحط من الصداق:
- 136..... ب - التبرع بالصداق
- 139..... الفرع الثاني
- 139..... التصرف في النفقة
- 142..... أولا: نساء لا نفقة لهن :
- 144..... ثانيا : موجبات النفقة:
- 145..... ثالثا : انفاق الزوج القاصر على زوجته :
- 146..... 1- الأهلية الخاصة :
- 147..... 2 - أهلية الصبي المأذون له في الزواج وأهلية التجارة:
- 147..... 3 - أثر انحلال الزواج على الأهلية الخاصة:
- 150..... 4 - نفقة الزوجة القاصر:
- 151..... 1- تصرف الزوجة القاصرة في النفقة :

151	أ - اسلوب التمكين :
152	ب - أسلوب التملك :
155	الفرع الثالث .....
155	النظام المالي للزوج القاصر.....
156	1 - تطور النظام المالي للزوجين في القانون :
156	أ - في التشريعات القديمة :
157	ب - النظام المالي للزوجين في قانون الأسرة :
159	2 - أهلية الزوجة القاصرة في التصرف في المال المشترك :
163	الباب الثاني .....
163	المركز القانوني للقاصر في فك .....
163	الرابطه الزوجية.....
163	الباب الثاني .....
163	المركز القانوني للقاصر في فك الرابطه الزوجية.....
165	الفصل الأول .....
165	صور وأحكام الفرقة الزوجية للزوج القاصر.....
167	المبحث الأول.....
167	صور الفرقة الزوجية للزوج القاصر .....
169	المطلب الأول.....
169	الطلاق بإرادة الزوج القاصر .....
170	الفرع الأول.....
170	الحكمة من تملك الطلاق للزوج.....
172	الفرع الثاني.....
172	طلاق القاصر ومن في حكمه.....
173	1- طلاق الصبي :
175	2 - طلاق المجنون والمعتوه :
176	3 - طلاق الغضبان:
178	4 - طلاق السكران:
180	5 - طلاق المكره :
181	6 - طلاق السفیه:
185	المطلب الثاني .....
185	التطبيق .....
185	الفرع الأول .....
185	تطبيق الزوجة القاصرة.....
188	1 - عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج :
189	2 - العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج :

190.....	3 - الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر :
191.....	4 - التفريق للغيبة :
192.....	5 - مخالفة الشروط الواردة في المادة 8 :
194.....	6 - ارتكاب فاحشة مبينة :
195.....	7 - الشقاق المستمر :
199.....	8 - الضرر المعتبر شرعا :
200.....	الفرع الثاني.....
200.....	خلع الزوجة القاصرة ومن في حكمها.....
201.....	أولا - تعريف الخلع :
202.....	ثانيا : بواعث الخلع :
202.....	1 - الباعث الأول :
203.....	2 - الباعث الثاني :
203.....	3 - الباعث الثالث :
203.....	ثالثا - القيود الواردة على الخلع :
206.....	1 - صدور الخلع من الزوج.....
207.....	2 - صدور الخلع من الزوجة.....
211.....	خامسا - شروط الخلع :
212.....	1 - شرط الدخول :
212.....	2 - شروط متعلقة بالزوجين :
212.....	أ - الرضا.....
213.....	ب - الأهلية :
213.....	سادسا - خلع الصغيرة والصغير ومن في حكمهما.....
217.....	1- خلع الزوجة المريضة :
218.....	2- خلع الزوجة المحجور عليها :
218.....	سابعا - اللفظ في الخلع :
218.....	ثامنا - شروط بدل الخلع :
218.....	1 - طبيعة بدل الخلع:
220.....	تاسعا: الخلع في قانون الأسرة :
222.....	المبحث الثاني.....
222.....	إجراءات فك الرابطة الزوجية.....
222.....	المطلب الأول.....
222.....	رفع دعوى الطلاق من القاصر.....
223.....	الفرع الأول.....
223.....	الجهة المختصة في دعوى الطلاق.....

223	أولا - صلاحية النظر في دعوى الطلاق.
224	ثانيا - المحكمة المختصة إقليميا في النظر في دعوى الطلاق.
225	1- النظر في دعوى الطلاق بإرادة منفردة :
226	2 - النظر في دعوى الطلاق بالتراضي :
227	الفرع الثاني
227	شروط قبول دعوى الطلاق.
227	1 - الصفة.
228	2 - المصلحة :
230	الفرع الثالث
230	انعقاد الخصومة الناشئة عن دعوى الطلاق
230	أولا - العريضة الإفتتاحية:
230	1- مشتملات عريضة دعوى الطلاق :
231	أ - مشتملات عريضة الطلاق بإرادة أحد الزوجين :
233	ب - مشتملات عريضة الطلاق بالتراضي:
233	2 - جزاء تخلف البيانات :
234	ثانيا - تقديم الطلب :
236	أ - استثناء متعلق بصفة النائب :
237	ب - إستثناء متعلق بحالة القاصر :
237	ثالثا - تقييد وتسجيل العريضة:
238	رابعا- تبليغ العريضة الإفتتاحية:
239	المطلب الثاني
239	سير دعوى الطلاق والبت فيها.
239	الفرع الأول
239	السير في دعوى الطلاق والحضانة
239	أولا - الجلسات :
240	1 - الجلسات العلنية :
240	2 - جلسات الصلح وأحد الزوجين قاصر:
242	الفرع الثاني
242	البت في دعوى الطلاق والحضانة
242	أولا: صدور الحكم:
242	ثانيا - الطعن في الحكم :
244	أ - مباشرة الإستئناف :
244	ج - استئناف الزوج القاصر:
245	2 - الطعن بالنقض :
245	أ - مباشرة الطعن بالنقض :

246	ب - شروط الطعن بالنقض : .....
246	ج - أجل الطعن بالنقض : .....
246	الفصل الثاني.....
246	آثار فك الرابطة الزوجية.....
247	المبحث الأول.....
247	الآثار الشخصية.....
247	المطلب الأول.....
247	العدة والرجعة.....
248	الفرع الأول.....
248	العدة.....
248	1- تعريف العدة : .....
249	2- أدلة وجوب العدة : .....
250	3- أسباب وجوب العدة:.....
250	4- الحكمة من مشروعية العدة : .....
251	5- أنواع العدد.....
251	أ - العدة بالقروء : .....
252	ب - العدة بالأشهر:.....
259	6- تحول العدة : .....
259	الفرع الثاني.....
259	الرجعة.....
259	1- تعريف الرجعة : .....
260	2- شروط الرجعة:.....
260	3- صيغة الرجعة : .....
261	4- الرضا في الرجعة : .....
261	5- الرجعة في قانون الأسرة : .....
264	6- مناقشة حكم الرجعة في قانون الأسرة : .....
265	المطلب الثاني.....
265	الحضانة.....
266	الفرع الأول.....
266	التزامات الحاضن.....
266	1- حق الحضانة:.....
267	2- شروط الحاضن:.....
267	أ - شروط الحاضن فقها.....
269	ب - شروط الحاضن قانونا.....



271.....	3 - ترتيب الحاضنين :
273.....	4 - إجبار الأم القاصرة على الحضانة:
274.....	5 - مدة الحضانة :
275.....	الفرع الثاني.....
275.....	انتهاء الحضانة.....
278.....	المبحث الثاني.....
278.....	الآثار المالية لفك الرابطة الزوجية.....
279.....	المطلب الأول.....
279.....	النفقة والتعويض.....
279.....	الفرع الأول.....
279.....	النفقة.....
279.....	1 - مستحقو النفقة:
280.....	أ - المعتدة غير الحامل:
280.....	ب - المعتدة الحامل:
281.....	ج - نفقة المطلقة الصغيرة في قانون الأسرة:
282.....	د - نفقة المختلعة الصغيرة :
282.....	2 - من لا نفقة لهن من المطلقات:
283.....	الفرع الثاني.....
283.....	التعويض والمتعة.....
283.....	أولا : التعويض :
284.....	1 - الضرر ونوعاه.....
286.....	أ - الظروف الملازمة لوقوع الضرر :
287.....	ب - مراعاة حسن النية أو سوءها:
287.....	ج - الضرر المتغير والوقت الذي يقدر فيه :
288.....	2 - مبدأ التعويض في التشريع الجزائري :
288.....	أ - الطلاق التعسفي في قانون الأسرة :
289.....	ب - التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي:
289.....	ج - التعويض عن الطلاق بسبب نشوز احد الزوجين :
292.....	ثانيا: المتعة.....
292.....	1 - تعريف المتعة :
294.....	2 - مقدار المتعة:
294.....	3 - المتعة في قانون الأسرة :
295.....	4 - المتعة في بعض القوانين :
297.....	5 - الجمع بين التعويض والمتعة :
298.....	المطلب الثاني.....

298.....	مؤخر الصداق ومتاع البيت والأموال المشتركة.
298.....	الفرع الأول
298.....	النزاع حول الصداق
299.....	1- النزاع حول الصداق في قانون الأسرة :
301.....	2 - النزاع حول الصداق في بعض القوانين الأجنبية :
301.....	3 - النزاع حول الصداق في الفقه الإسلامي:
302.....	أ - النزاع حول قبض الصداق:
302.....	ب - النزاع حول التسمية :
302.....	ج - النزاع حول مقدار الصداق :
303.....	د - النزاع حول وصف المقبوض :
303.....	الفرع الثاني
303.....	النزاع حول متاع البيت
304.....	1 - مصدر متاع البيت في الفقه الإسلامي:
304.....	أ - شراء الجهاز من طرف الأب لابنته الراشدة :
305.....	ب - شراء الجهاز من طرف الأب لابنته القاصرة:
305.....	2 - موقف قانون الأسرة من مصدر متاع البيت :
306.....	3 - النزاع حول متاع البيت :
311.....	الخاتمة
331.....	قائمة المراجع
344.....	الفهرس

## المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق

### الملخص:

نظم المشرع أحكام الزواج والطلاق ضمن قانون الأسرة، وفق أحكام الشريعة الإسلامية ومتطلبات المجتمع الجزائري. وقد اقتضت مصلحة القاصر، والضرورة الملحة توفير حماية لصالحه. مما جعل المشرع يمنحه مركزا قانونيا متميزا، ويخاطبه بقواعد قانونية استثنائية في بعض مسائل الزواج وانحلاله.

## الكلمات المفتاحية

القاصر، المركز القانوني، ناقص الأهلية، فاقد الأهلية، الإعفاء من سن الزواج، المصلحة والضرورة أهلية التقاضي، الولاية، النيابة القانونية، الحضانة، رفض الدعوى.

## Resumé :

Les dispositions du mariage et du divorce sont stipulées par le code de la famille, inspirées de la « CHAREAA » et les nécessités de la société algérienne. Néanmoins, l'intérêt et la nécessité absolue ont exigé d'accorder au mineur une protection spécifique. Cette protection consiste en l'octroi d'un statut juridique spécial, et en lui affectant quelques règles exceptionnelles en matière de mariage et sa dissolution.

## :Mots clés

Mineur ,statut juridique ,l'incapable ,dépourvu d'incapacité ,dispense d'âge de mariage, l'intérêt et la nécessité ,capacité d'ester en justice, la tutelle, la représentation légale ,la garde de l'enfant, refus d'action

## Summary

The legislator founded the marriage and divorce to the « CHAREAA » and the Algerian society requirements .

The minor 's interest and necessity require a specific protection him, and this makes the legislator offering him a special juridical status. In addition ,he is dealt and submissine to exceptional juridical rules , concerning the marriage and the divorce questions.

## :Key words

Marriage, rules, divorce, minor, special , rules, juridical status, protection ;dispositions, family code