وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
المركز الجامعي نور البشير – البيض
معهد الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

**مذكرة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي**

**التخصص: قانون الأسرة**

**الموسومة ب:**

# الأحكام القانونية لزوجة القاصر في التشريع الجزائري

**من إعداد الطلبة :**

تناح بختة

بوران أحمد

**إشراف الاستاذة :**

الدكتورة : هنان مليكة

**أعضاء لجنة المناقشة :**

السنة الجامعية : 2019 /2020

بسم الله الرحمن الرحيم

# الإهداء

إلى النفوس النقية التي ذهبت الى ربها تشكوه ظلم البشرية

الى أبي العطوف قدوتي و مثلي الأعلى

الى أمي ملحمة الحب و التفاني و العطاء

الى أخوتي سندي و عضدي و مشاطري افراحي و احزاني

إلى رفيقي في مسار الدراسي الذي علمني كيف أقف بثبات

الى كل من مد لي يد العون في جهدي العلمي

بختة تناح

# الإهداء

## الحمـــــــــــــد لله الـــذي بنعمتـــــــــــــه تتـــــــم الصـــــــــــــالحـــــــــات

– الى روح والدي المرحوم "عبد القادر" و أختي الغالية المرحومة "خيرة".

– الى منبع الحنان و الحياة " أمي" الحبيبة حفظها الله و متعها بالصحة و العافية.

– الى من رافقتني بالصبر و العطاء و هيأت لي أحسن الظروف و تحملت الكثير "زوجتي الكريمة".

– الى أسرتي الصغيرة زينة حياتي مقلتي: ابنتي" أسماء" و" أشواق"، و فخري أبنائي: "عبد القادر الأمين" ، "أيوب سيف الدين" و "أمير عبد الحميد".

– الى كل عائلة "بوران" و خاصة أخي و أخواتي حفظكم الله.

إلى إخوتي: "محمد"، " الشيخ" ، " نجيب"، "عبد القادر""محمود" "علي" و "عبد الحق" .

– الى كل أصدقائي و زملائي ، و الى رفقتي بالدفعة ماستر قانون الأسرة دفعة 2018-2020.

– الى أهل الفضل : كل المعلمين و الأساتذة الكرام الأحياء منهم و الأموات من مرحلة الكتاتيب الى المرحلة الجامعية جزاهم الله عنا كل خير في كل حرف تعلمناه ،

الى كل أساتذة المركز الجامعي نور البشير البيض.

الى رفيقة دربي و سندي "بختة" سدد الله خطاك و أسعدك و حقق أمانيك باذن الله تعالى.

– الى كل من لم يدخر جهدا في مساعدتنا و توجيهها و تأطيرنا و تشجيعنا و تقديم النصح لنا.

الى كل من فضل نيل الأجر في تقديم المساعدة لنا على أن لا يذكر اسمه في هذا الاهداء جزاهم الله خيرا وجعل ذلك في ميزان حسناتهم.

– الى كل من لم يسعهم قلمي لذكرهم و احتضنهم قلبي.

– الى كل هؤلاء نهدي هذا العمل المتواضع سائلين الله العلي القدير أن ينفع به الجميع و يمدنا بتوفيق

أحمد بوران

## الشكر والتقدير:

نشكر الله عز وجل على إتمام المذكرة

يسرنا أن نوجه شكرنا للأساتذة الدكتورة هنان مليكة على مساندتنا

و إرشادنا بالنصح و التصحيح

وعلى إختيارها للموضوع

كما نشكر أعضاء لجنة المناقشة على وقتهم الثمين و الجهد

المبذول في قراءة هذه المذكرة

## قائمة المختصرات:

ق.م.ج : قانون المدني الجزائري

ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري

ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

ق.ع.ج : قانون العقوبات الجزائري

ص : الصفحة

د.س.ط : دون سنة طبع

ج : الجزء

د.ط: دون طبعة

د.س.ن: دون سنة النشر

# المقدمة

## المقدمة

يعتبر عقد الزواج من أقدس العقود ولذلك فإن الله سبحانه و تعالى ميثاقا غليظا ، فالزواج المستقر الدائم هو مايسعى إليه البشر العقلاء، فهو يقوم على حسن إختيار كل زوج لزوجه اختيارا قائما على العقل و الدين و الأخلاق، غير متأثر بعاطفة أو مصلحة مؤقتة او منفعة الزائلة، فأساس الزواج الناجح مبنية على مدى التزام كل الطرفين بواجباته تجاه الطرف الآخر و هذا مايستدعي توفر عنصر الأهلية و الكفاءة لتحمل مسؤوليات الزواج و ما ينجر عنه من آثار، وهذا ما نصت عليه المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري بأن الزواج عقد قائمة على الرضائية يتعهد الرجل و المرأة على تضامن و التعاون في تكوين أسرة منسجمة متراحمة، تكون نواة لإقامة مجتمع متماسك.

اختلف فقهاء المسلمين بمختلف مذاهبهم بزواج القاصر منهم من وافق عليه ومنهم من رفضوا وهذا الذي بدوره أثر على مختلف التشريعات العربية، هذا الاختلاف كان نتيجة أن كل تشريع أخذ بمذهب معين، وماتجدر الإشارة إليه هو أن المشرع الجزائري تبنى زواج القاصر بنص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري.

إن الموقف القانوني للمشرع الجزائري في زواج القاصر محكوم بمنظومة اجتماعية مرت بمراحل زمنية مختلفة فما كان مقبولا سابقا إبان التشريع لا يكون مقبولا في مرحلة ما، كون المسألة تتعلق بأمزجة الناس و رؤاهم الجديدة في الزمن التقنيات والإلكترونيات، إن استثناءات الواردة و المتعلقة بزواج القاصر قد تكون مُنتقدة من قوى المدنية إلا أننا و بموضوعية في دائرة النقد بعيدا عن أسبابها و التي جاءت في القانون لمعالجة وضع اجتماعي و لمصلحة القاصر و بخاصة الأنثى، رغم أن هذا استثناء مس في حق الطفولة و هنا يتضح أن المشرع الجزائري سلكا مسلكا وسطيا حين ترك لمن يبلغ السن المحدد قانونا وراغب في الزواج الحق أن يرفع أمره للقاضي ليأذن له بزواج إن بدت المصلحة فيه و الضرورة.

ورغم كل هذا الإهتمام لم يكلف المشرع نفسه عناء تعريفه تاركا المجال لفقه حيث إعتبر البعض أن مصطلح القاصر يطلق في الفقه و القضاء على الأشخاص الذي أتمو الثالثة عشر من العمر و لم يبلغ سن الرشد القانوني، فيما اعتبر البعض الآخر أن القاصر هو كل من لا يتوفر على الأهلية المدنية لإجراء التصرفات القانونية سواء كان عديم الأهلية، او ناقصها صغير السن ، او مصاب بأحد عوارض الأهلية سواء كان محجورا عليه أم لا.

و بالرجوع إلى مقتضيات قانون الأسرة الجزائري نجد أن المادة 07 و11 ذكرت مصطلح القاصر و أخضعت تصرفاته فيما يخص الزواج إلى جملة من الأحكام تحقيق لمصلحته و المحافظة على حقوقه باعتباره التصرف كأثر بين النفع و الضرر.

فاعتبر الزواج القاصر استثناء على القاعدة العامة لأهلية الزواج ، و منه نطرح الإشكالية الآتية :

إلى أي مدى استطاع المشرع الجزائري أي يضمن حماية حقيقية الزواج القاصر استنادا على الوسائل القانونية التي اعتمدها؟

وسنحاول الإجابة على الإشكالية وفق الخطة التالية : الأحكام الناظمة لزوجة القاصرة في عقد الزواج و آثار ( الفصل الأول) ويحتوي على مبحثين كان الأول بعنوان الطبيعة القانونية لزواج القاصرة و الثاني الآثار الناتجة عن عقد زواج القاصرة، أما الفصل الثاني بعنوان المركز القانوني لزوجة القاصرة في مطالبة بإنحلال الرابطة الزوجية

فتناولنا في المبحث الأول ( الأحكام الموضوعية لفك الرابطة الزوجية)، والمبحث الثاني ( الأحكام الإجرائية لفك الرابطة الزوجية).

و اتبعنا المنهج الوصفي:

إستخدمنا المنهج الوصفي من خلال تناولنا بالدراسة لمواد القوانين الجزائرية المختلفة وكذا وصفنا للموضوع من الناحية الشريعة الإسلامية عملا بنص المادة 222 ق.أ.ج. في شرعية زواج القاصرات و الولاية على النفس .

و المنهج التحليلي: قمنا بالإستعانة بهذا المنهج بتحليل النصوص القانونية ومحاولة الوصول إلى مايرمي إليه المشرع الجزائري في إضفاء لحماية القانونية لفئة القصر في الزواج.

**أهمية الموضوع :**

تكمن أهمية دراسة الأحكام القانونية المتعلقة بالزوجة القاصر في التشريع الجزائري :

-خدمة الموروث الفقه الإسلامي في موضوع زواج القاصر دفاعا عن التشويه الذي يطال الشريعة الإسلامية في هذا الجانب .

-موضوع زواج القاصر من المواضيع التي شغلت المجتمع الدولي من خلال إهتمام المواثيق الدولية به والتي فرضت على الدول المصادق عليها بمسايرة هذه الإتفاقيات

-معرفة الفرق بين الآثار المترتبة على عقد زواج الراشدة و زواج القاصرة .

**دوافع إختيار الموضوع:**

هنا أسباب شخصية دفعتنا كباحثين لإختيار هذا الموضوع، وأسباب موضوعية يفرضها علينا مجال تخصصنا.

الأسباب الشخصية:

-الرغبة في التميز بتقديم موضوع جديد نسبيا أو على الأقل غير مستهلك وبعد نقطة استفهام لدى البعض و ظاهرة اجتماعية تفرض نفسها لعقود الزمن و نسبة متفاوتة.

- الميول الفطري و العاطفي كمسلمين نحو كل موضوع يرجع فيه أو يحتكم إليه و تكون مصدره الشريعة الإسلامية بإعتبارها مصدر من مصادر التشريع و أحد الركائز التي تقوم عليها كيان الدولة الجزائرية كما جاء في دستورها وهي صالحة لكل زمان و مكان و منبع للعدل و الحق .

الأسباب الموضوعية:

قلة ماكنت في هذا الموضوع في التشريع الجزائري.

مدى تأثر التشريع الجزائري بمختلف القوانين و التشريعات الأخرى.

هل هناك حماية قانونية كافية للزوجة القاصر في التشريع الجزائري .

موضوع يحتاج إلى مزيد من البحث و التنقيب و المعالجة ضمن نصوص قانونية .

**الهدف من الدراسة:**

هذا الموضوع يتناول جانبا عمليا وتناولته عدة تقنينات وهي ( قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون الحالة المدنية، قانون الأسرة ) غير أن هذا كان ناقصا رغم ارتباطه بفئة حساسة في المجتمع ، لهذا كان هذا العمل هو بداية لكل من يطمح للبحث في هذا الموضوع.

**الصعوبات:**

واجهتنا عدة صعوبات لعل أهمها:

-قلة المراجع ذات صلة بالموضوع

-الظروف القاهرة التي ألمت بالبشرية و بالوطن في جائحة كورنا و ماتبعتها من إجراءات قانونية و احتياطات من ماصعب الحصول على المراجع .

**- الدراسات السابقة :**

و لإتمام بحثنا هذا استطعنا الوصول إلى بعض الدرسات السابقة التي تناولت الموضوع :

المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق ، رسالة لنيل شهادة الدكتواره في القانون الخاص

زواج الصغار في تحديد سن الزواج ، اطروحة لنيل شهادة الماجستير.

# الفصل الأول

## الأحكام الناظمة لزوجة القاصر في عقد الزواج و آثاره

## الفصل الأول : الأحكام الناظمة للزوجة القاصرة في عقد الزواج وآثاره

تعتبر الأديان السماوية والقوانين الوضعية الزواج من حقوق الفرد المقدسة في كل عناصره من حيث الغاية و من حيث آثاره،إذ إن أوضح مظاهر قدسيته في أن تحديد الحقوق و الواجبات ليس مما يشترطه العاقدان،إنما هي من عمل الشارع حصراً،وعلى أساس هذه العلة خص المشرع عقد الزواج بأحكام تنظيمية خاصة لا سيما تلك التي تتعلق بشرط الأهلية لما يرتبه هذا العقد من آثار في حق عاقديه وفي حق الغير الذين سيوجدون فيما بعد وهم الأطفال-،ومن هذا المنطلق لا يقوم الزواج صحيحا شرعاً وقانوناً إلا إذا كان راغب الزواج يتمتع بالأهلية الكاملة التي ستمكنه من توقيع العقد رسمياً ، ولكن قد تحتم بعض الحالات أن يبرم عقد النكاح دون توافر الأهلية القانونية ،لاسيما الحالات التي تحسم فيها الوضعية الاجتماعية للقاصرات التي توجد لديهنَ مصلحة مشروعة في الزواج المبكر بسبب وضعيتهن كاليتم مثلا أو غيره من الظروف العائلية ، وأيضاً ما تفرضه أحيانا بعض أعراف الموروث الاجتماعي.

وطالما أن عدم اشتراط ركن الأهلية يعد خروجاً عن القواعد العامة في الزواج، فقد أسس المشرع نظاما استثنائيا محكما لزواج القاصرات واضعا أحكاما خاصة تتعلق بالولاية أو الإذن بالزواج الذي يمنحه القاضي بما له من صلاحيات وتأسيساً عليه، سنقسم دراسة هذا الفصل إلى مبحثين أساسيين: نتناول في الأول منهما :الطبيعة القانونية لزواج القاصرة (مبحث أول) ، أما الثاني منهما نخصصه لدراسة الآثار القانونية الناتجة عن زواج القاصرة (مبحث ثاني)، وذلكم على الترتيب التالي:

## المبحث الأول : الطبيعة القانونية لزواج القاصرة.

لا يكاد يوجد تشريع أسري يخلو من التنصيص على شرط الأهلية وتنظيمها في عقد الزواج باعتبارها ركيزة التعاقد كقاعدة، إذ أن تدخل المشرع لوحده دون اشترط إرادة العاقدين بتنظيم عقد الزواج يجد علته في أن عقد الزواج لما له من خطورة على حياة الزوجين- يمس أكثر بشخصهما مباشرة وبمصيرهما و مصير أطفالهما ،لذلك منح المشرع لنفسه صلاحيات واسعة في مجال تنظيم المسائل المتعلقة بالأهلية القانونية لكلا الزوجين وتحديد ضابطها الذي تعرف به،وأيضا في مجال تحديد الحالات الاستثنائية التي تقتضي الضرورة أو المصلحة و الخروج على قواعد الأهلية إذا توفرت شروطها ،وهذا ما نص عليه المشرع الوطني في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية أهلية الزواج..." ، فلقد صرح بسن الرشد وهو ما يضاهي العقل في المادة 07 من ق.أ.ج حينما نص على أنه:" تكتمل أهلية الزواج للرجل والمرأة بتمام 19 سنة ". كما صرح بالبلوغ في نفس النص القانوني حينما نص على قدرة الطرفين على الزواج.[1]

غير أن القانون أجاز في الفقرة الثانية من المادة 11 ق.أ.ج حينما نص دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له.[2]

### المطلب الأول : أساس انعقاد زواج القاصرة.

يعتبر الزوجان عماد كل أسرة ومنهما تنشأ الأسر وتتنامى في المجتمع لذلك شرع الله عز وجل الزواج وضع لهما نظما وأسس لتكوينه لما يحفظ النسل، وينشأ على أحسن وجه، يكفل استمرارية الأسرة المسلمة بوضع ضوابط

[1] دليلة فركوس،جمال بياشي، محاضرات في قانون الأسرة إنعقاد الزواج، د.ط، دار الخلدونية للنشر ، 2016، الجزائر ، ص133.

تتمثل في حسن اختيار الزوجين الذين سيقومان ببناء الأسرة ورعايتها ، ومن هذا المنطلق يجب تبيان أساس زواج القاصر من حيث شرعيته في الشريعة الإسلامية والقانون ثم أهلية الزوجة القاصر ثم رضاها في انعقاد الزواج .

## الفرع الأول : شرعية زواج القاصر.

اتفق الفقهاء على اختلاف مذاهبهم على أن القاصر لايستطيع أن يباشر التصرفات بنفسه وهذا لصغره وقصور أهليته فاختلفوا في مشروعية تزويج القاصرة على مذهبين .

**المذهب الأول : المجيز لزواج القاصرة :**

أجاز تزويج القاصر وعدم اشتراط البلوغ في صحة الزواج وهو ماذهب إليه الجمهور من أهل العلم واستدلوا بالكتاب والسنة والإجماع .

أولا : الكتاب :

1- قول الله عز وجل :"واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاّئي لم يحضن "[1].

وجه الدلالة من الآية:

إن المراد من قوله عز وجل " واللائي لم يحضن " أي الصغار اللائي لم يبلغن سن الحيض فعدتهن ثلاثة أشهر أيضا وإلى هذا القول ذهب الكثير من علماء التفسير منهم الطبري وابن كثير[2]، وقد بينت الآية الكريمة أن عدة

[1] سورة الطلاق آية 4

[2] ابن كثير، تفسير القران الكريم، د.ط، دار ابن حزم، 2000، ص 3551

الصغيرة التي لا تحيض ثلاثة أشهر ، وهذا دليل على صحة الزواج ، حيث إن سبب العدة شرعا ، هو الطلاق بعد الزواج ، وهذا جليل تصور زواج الصغار[1].

2- قول الله عز وجل " وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا"[2].

**وجه الدلالة من الآية الكريمة :**

من المعلوم أن اليتيم من توفي أباه وهو لم يبلغ بعد، وأن لفظ اليتامى يطلق على الصغيرات اللاتي لم يبلغن[3] بدليل ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال : حفظت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم " لايتم بعد احتلام " [4] وقال ابن حجر : وفيه جواز تزويج اليتامى قبل البلوغ لأنهن بعد البلوغ لا يقال لهن يتيمات ، إلا أن يكون أطلق استصحابا لحالتهن [5].

3- قول الله عز وجل " وستفتونكك في النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم في الكتاب في يتامى النساء اللاتي لا تؤتونهن ما كتب لهن وترغبون أن تنكحوهن "[6].

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

---

[1] سها ياسين، زواج الصغار في ضوء تحديد سن الزواج، رسالة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2010، ص9 .

[2] سورة النساء الآية 3.

[3] عارف بن أحمد الصبري، الزواج المبكر بين حراسة الإسلام وتأمر الاتفاقات الدولية ، د.ط، ص24.

[4] أخرجه أبي داود، سنن ابن دواد كتاب الوصايا.

[5] سها ياسين، مرجع سابق ، ص 14

[6] سورة النساء، الآية 127 .

جاء في تفسير قوله عز وجل " لا تؤتونهن " أي لا تزوجهن ، حيث قال البغوي في تفسيره ، لا تؤتونهن أي لا تعطونهن ما فرض لهن من صداقهن[1].

ثانيا : السنة النبوية :

1- عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها وبنت ست سنين ، وأدخلت عليه وهي بنت تسع ، ومكثت عنده تسعا[2].

**وجه الدلالة من الحديث :**

دل زواج النبي صلى الله عليه وسلم من أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها في سن السادسة من العمر والبناء بها في التاسعة على مشروعية زواج الصغار ، ولو لم يكن ذلك مشروعا لما تزوجها النبي صلى الله عليه وسلم وهي في سن صغيرة [3].

ثالثا : الإجماع :

أجمع الفقهاء على مشروعية نكاح الصغار وأنه جائز بلا خلاف إذا زوجت من الكفئ، ولا يجوز تزويجها مع كراهيتها وامتناعها[4].

**المذهب الثاني : الرافضون لزواج القاصر :**

استدل أصحاب المذهب الثاني الرافضون لتزويجها،بدليل الكتاب والسنة .

---

[1] سها ياسين ، المرجع سابق، ص10

[2] فاسي عبد الله ، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، 2010-2015، ص 11 .

[3] فاسي عبد الله ، المرجع نفسه، ص 12 .

أولا : الكتاب :

– قول الله عز وجل " وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم "[1]

– وجه الدلالة من الآية الكريمة :

أن الآية قارنت الزواج بالبلوغ فجعلت الزواج مترتب عليه حيث بين الله عز وجل أن بلوغ سن الزواج علامة تشير إلى انتهاء مرحلة الصغر كما أنه لا يستفاد من العقد قبل البلوغ ولا تظهر ثماره وفي إنشائه ضرر بالصغير[2].

ثانيا : السنة النبوية :

ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " لا تنكح الأيم [3]، حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا :

يا رسول الله وكيف إذنها ؟ قال " أن تسكت".

وجه الدلالة من الحديث :

الزواج لا يكون إلابستأذان، المرأة بكرا أم ثيبا والإذن لا يأتي من الصغيرة التي لم تبلغ انفاقا سواء، كان بالتصريح أو بالصمت و السكوت لأنها ناقصة الأهلية أو فاقدة لها فلا يؤخذ بإذنها حيث لا اعتبار له أصلا "[4].

**موقف المشرع الجزائري :**

---

[1] سورة النساء ، الآية06

[2] فاسي عبد الله، المرجع سابق، ص 16.

[3] الأيم : الغريب الذي لا زوج له سواء تزوج من قبل أو لم يتزوج وسواء كان رجلا أو امرأة وسواء كان المرأة بكر أوثيب..

[4] سها ياسين، مرجع سابق، ص 15.

حدد المشرع الجزائري سن الزواج القانوني للإناث و الذكور ب19 سنة، لكن وفق قانون الأسرة المعدل 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 أضافت المادة السابعة من قانون الأسرة شرطا جوهريا في حال أن المتزوج قاصر، كان هذا الشرط حلقة مفقودة في قانون الأسرة 84-11 ، و المتثمل في قدرة الطرفين على الزواج، وذلك بتعليق الترخيص بزواج القصر على شهادة الطبية تثبت التأهيل الجسدي حتى يتأكد القاضي من قدرة الطرفين على الزواج، وبهذا الشرط أصبح من الواجب على القاضي اللجوء إلى أهل الخبرة لمعرفة ما إذا كان القاصر المقبل على الزواج أهلا لذلك أم لا، وأن لا يكتفي عند منحه لترخيص بسلطته التقديرية، كما يتأكد القاضي من رغبة القاصر في الزواج وعدم تعرضها لضغط و الإكراه، ساعتها يمكن الزواج قبل السن القانوني[1].

## الفرع الثاني : أهلية الزوجة القاصر في عقد الزواج.

لم يحدد المشرع الجزائري نوعية القصور الذي يعتري أهلية الأداء عندما حدد سن الزواج في المادة 07 من ق أ ج والتي تنص " تكتمل أهلية الرجل والمرأة بتمام 19 سنة ، وللقاضي أن يرخص بزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج .

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات "

من خلال المادة 07 من ق أج سنتطرق لأهلية الزوجة القاصر في حالتين :

الحالة الأولى : أهلية الزوجة القاصر من حيث السن :

[1] نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي و المحامي، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2016، ص 37 ومابعدها

حدد المشرع الجزائري سن الرشد في القانون المدني بنص المادة40 بـــ 19 سنة كاملة ، دون تمييز بين الذكر والأنثى[1] وعليه من لم يبلغ سن الرشد القانوني فهو ناقص أهلية ، لعدم اكتمال رشده وقدرته على تمييز ما فيه مصلحة .

ولقد وضح المشرع الجزائري في القانون المدني، أن فطرة القصر تنقسم إلى فترتين مترابطتين : الأولى يكون فيها الشخص قاصر غير مميز ، وهي تمتد من ولادته حيا إلى بلوغ سن التمييز والمحدد بـــ 13 سنة كاملة بنص المادة 42. من ق.م ج...، والثانية يكون فيها الشخص قاصرا مميزا إذا بلغ سن 13 سنة و لم يبلغ سن 19 سنة .

أ- مرحلة الصبي غير المميز : حسب نص المادة من القانون المدني الجزائري تستمر لديه أهلية الوجوب التي اكتسبها منذ كونه جنينا، في حين تنعدم لديه أهلية الأداء ، لتبطل إثر ذلك جميع تصرفاته القانونية ولو كانت محل النفع المحض كالهبة[2] ، بحسب ما ورد في المادة 82 من ق أ ج[3].

ب- مرحلة التمييز : تبدأ هذه المرحلة من سن التمييز إلى غاية بلوغ سن الرشد ، ومعنى التمييز أي يتمكن الفرد فيها تمييزا سطحيا أوليا بين الحسن والقبيح وبين النافع والضار.

وبالتالي ربط المشرع الجزائري سن الزواج بين سن الرشد المحدد في المادة 40 من القانون المدني ، وهنا يكون اعتمد في معيار تحديد أهلية الزواج على سن الرشد ، لا على علامات البلوغ .

---

[1] المادة 40 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـــ الموافق لـــ 26 سبتمبر 1975 م المتضمن القانون المدني ، جريدة رسمية عدد 78 ، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05 -10 المؤرخ في عشرين يونيو 2005 ، جريدة رسمية ، عدد 44 لسنة 2005 .

[2] عبد الفتاح تقية، النيابة الشرعية، الطبعة الأولى، المؤسسة الوطنية لفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، 2016، ص40.

[3] المادة 82 من ق أ ج تنص على ما يلي :" من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة " .

في حين أن الفقه الإسلامي اختص بعامل البلوغ شأن الزواج ، ففصل فيه وتباينت مذاهبه في تحديد سنه طالما أنه يتحقق بظهور علامات طبيعية مشتركة بين الجنسين ، كالإحتلام وانبات الشعر ، أما ما تختص به المرأة دون الرجل ، فهو الحيض والحمل [1].

ونظرا لتأخر البلوغ أو اختلافه بين النساء بسبب بيئي أو صحي ، فإن فقهاء الشافعية حددوا سن البلوغ بـــ 15 سنة قمرية ، أما أبو حنيفة ومالك فحدداه للذكر بـــ 18 سنة ، وللأنثى بـــ 17 سنة[2].

ثانيا: أهلية القاصرة من حيث العوارض.

لم يعرف المشرع الجزائري رغم أنه تناول هذا اللفظ أكثر من نص مادة في ق أ .ج وبالتالي : لا يمكن أن نعرف فيما اذا كان المشرع ، قد جعل عوارض الأهلية تأخذ حكم القاصر ضمن العمل بالمذهب الشافعي أو قد منع الزواج ... بمذهب الإمام أحمد[3]، وما نستخلصه في أهلية الزوجة القاصر من حيث السن ، وبناء على ما جاء في أحكام المادة 07 من ق.أ.ج .

- يشترط في الرجل والمرأة بلوغ السن القانوني ، المحدد وفقا للقانون بتمام 19 سنة كاملة .

- تستثنى من الشرط في تحديد سن الزواج الترخيص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة .

-تمنح الرخصة للزواج من طرف القاضي المختص ، الذي يقدر حالة الضرورة والمصلحة ، وبناء عليه يمكن منح الإعفاء من السن القانوني من الزوجة القاصر لعقد الزواج [1].

---

[1]الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 61.

[2]العربي بختي ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري ، الطبعة الثانية ، دار هومة، الجزائر،1996، ص 67 .

[3]بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2010 ص120

ولذا قبل أن نتطرق إلى موقف لمشرع الجزائري من عوارض الأهلية في الزواج يجب أن نميز بين عوارض تعدم الاهلية وعوارض تنقصها ، وهذا التقسيم تبناه المشرع الجزائري من خلال المادة 42 من القانون المدني والتي تنص على :" لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان ، فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون " ، فمن خلال نص المادة 42 اعتبر المشرع الجنون والعته عوارض تعدم الأهلية ، واعتبر السفه والعته عوارض تنقص من الأهلية حسب نص المادة 43 من ق م ج "كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد ،وكان سفيها أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون "[2].

لم يتعرض قانون الأاسرة لزواج المصاب بإعاقة ذهنية ، غير أن بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، عملا بما نصت عليه المادة 22 من ق.أ.ج يجوز استثناءا تزويج المجنونة والمعتوهة إذا كان الزواج مفيدا في علاجها[3].

ولكن المشكل الذي يثور هنا ، هل يستطيع القاضي منح إذن قضائي لزواج القاصر ، المعتوهة أو المجنونة متى توفرت المصلحة وبناءا عى طلب الولي ، وقبول الطرف الآخر بعد العلم بالإعاقة الذهنية، إذا افترضنا أن الثاني يطبق النص تطبيقا حرفيا عند ما نص المشرع قبل ذلك ، يعني قبل اكتمال سن الرشد قصد القصور هنا لصغر السن .

---

[1] أحمد شامي ، قانون الاسرة الجزائري طبقا لأخر التعديلات ، د.ط، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر، 2010 ، ص 97.

1- شرح : الجنون : هو خلل في العقل يعدم الإدراك والتمييز يصحبه اضطراب ، وينقسم الجنون إلى : الجنون الاصلي وهوالناشيء مع الفرد ليبلغ مجنونا وإلى جنون عارض وهو مايصيب الشخص بعد بلوغه عاقلا أما من حيث طبيعته فهو نوعان جنون مطبق ،يفقد فيه صاحبة عقله فقدانا تاما وجنون متقطع يذهب عقل صاحبة في بعض الأاوقات ثم يعود إليه .

2- المعتوه :: هو نقصان العقل وختلاله لا زواله بالكلية بل نسبة أحيانا العقلاء في أفعاله والمجانين أحيانا أخرى .

3- السفيه : قليل الفهم بمختلف الكلام للتدبير لما ينعت السفه بالضعف والكفر والجهل أحيانا ، مأخوذة من كتاب أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء معجم مقاييس اللغة، الطبعة الاولى ، دار الفكر، دمشق، سوريا. د.س.ن، ص

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، ص123.

إن سلطة القاضي في منح الإذن القضائي مقيدة ، بمدى توفر المصلحة والضرورة ، وسنفصل في ذلك في مطلب آخر ، وبالتلي لا يستطيع القاضي حسب رأينا رفض منح الإذن القاضي متى توفرت المصلحة والضرورة للقاصرة المجنونة.

## الفرع الثالث : رضا القاصرة في عقد الزواج.

يبنى قانون الأسرة في الجزائر وفي غيره من التشريعات الأخرى ، قواعده وأحكامه على عقد أصلي لبناء الاسرة وهو عقد الزواج وكونه عقد يقوم أساسا على الرضا الذي لا يؤسس من العدم، بل من إرادة حرة صادرة من ذي أهلية كاملة كانت أم ناقصة ، فكيف نظم المشرع الجزائري ، ركن الرضا في عقد الزواج للزوجة القاصرة .

أولا : ركن الرضا في قانون الأسرة الجزائري :

– قبل التعديل : كانت المادة 09 من ق أ 84-11 قبل تعديلع تنص على أنه يتم عقد الزواج برضا الزوجين وولي الزوجة وشاهدين وصداق ، حيث اعتبر المشرع هذه العناصر مجتمعة أركانا للعقد ، استنادا إلى المذهب المالكي[1] لينتج عن هذا أن تخلف أي ركن الرضا ، يفسخ العقد ، إذا كان قبل الدخول[2] ، أما إذا تخلف بعد الدخول ، فنكون أمام حالتين :

أ – إذا تخلف ركن يمكن تداركه وإلا كان قابلا للإبطال

ب– إذا تخلف أكثر من ركن واحد فالعقل يبطل بطلانا مطلقا ، ويحكم به القاضي تلقائيا، لأنه من النظام العام[3] هذا قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري .

---

[1] فضيل سعد ، شرح قانون الاسرة الجزائري في الزواج والطاق ، ج 1، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر، 1986 ، ص 59 .

[2] تنص المادة 33 من ق .أ 84-11 .

[3] لحسين بن الشيخ آث موليا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، د.ط، دار هومة للنشر ، الجزائر ، ص 53 .

– بعدل التعديل : فصل تعديل 2005 ركن الرضا عن بقية ما كان معتبرا من الأركان ، لتصبح هذه الأخيرة شروط وفقط[1] ، كما مس التعديل أيضا ، المادة 04 من القانون ، إذ أضاف عبارة (رضائي) لعقد الزواج ، مؤكدا على ركن الرضائية من جهة وعدم اعتباره من العقود الشكلية من جهة ثانية[2].

لكن هذا لا يمنع من أن يفرغ هذا العقد من قالب رسمي ، حيث يبرم أمام موظف مؤهل قانونا ، بحسب ما ورد في المادة 18 من ق أ ج " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهلا قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 09[3] و 09[4] مكرر من هذا القانون " ، وانصرف أثر تعديل المواد 04 و 09 و 09 مكرر إلى المادتين 32[5]و 33 [6]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 [7].

ويجوز للنيابة العامة ولكل ذي مصلحة أن يطعن بالبطلان أمام القاضي .

ثانيا:القيمة القانونية لرضا الزوجة القاصر.

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 21 .

[2] الغوثي ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، د.ط، ديون المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2008 ، ص 28.

[3] تنص المادة 09 من ق أ ج " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين "

[4] تنص المادة 09 مكرر من ق أ ج " يجب أن تتوفرفي عقد الزواج الشروط التالية : – اهلية الزواج– الصداق – الولي –شاهدان – انعدام موانع الشرعية للزواج

[45] تنص المادة 32 ق أج " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع او شرط يتنافى ومقتضايات العقد

[6]تنص المادة 33 ق أ ج " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا . إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق او ولي في حالة وجبه ، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل

[7]عبد الفتاح تقية، النصوص الشرعية في الأحوال الشخصية ، قانون الأسرة مدعما بأحدث الإجتهادات القضائية والتشريعية – دراسة مقارنة – دار الكتاب الحديث ، القاهرة 2012 ، ص 31 .

كم نعلم أن القاصر هو من كان ناقص الأهلية أو فاقدها ، لا يستطيع أن يعبر عن إرادته بطريقة سليمة لأن رضاه يكون معيب ، بحكم صغر السن أو بحكم عوراض الأهلية .

فهل يعتد برضا القاصرة في إبرام عقد الزواج ؟

لا يمكن اعتبار رضا القاصرة في الزواج ذو قيمة قانونية كاملة ، لأن الإرادة الصحيحة ، ترتبط بالرشد الذي يبين حقيقة التمييز بدقة لدى الفرد[1].

غير أن الزوجة القاصر المأذون لها بالزواج تأخذ منزلة الراشدة ، في حكم التصرفات الصادرة عنها وهذا ما أكدته المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الثانية ، عندما منحت للقاصر أهلية التقاضي في ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات[2].

كما أقر قانون الاسرة الجزائري صراحة في نص الفقرة الثانية من المادة 11 على تولي الولي زواج القاصر واعتبر رضاهما رضائين متكاملين[3]، لكن المشرع الجزائري أعار الاعتبار لرضا القاصر أكثر رمن رضا الولي ، طالما أن المعني بالزواج قاصر ، وهذا حينما أورد قيود على إرادة الولي حتى لا يتعسف في ممارسة ولايته ، فيما لا يخدم مصلحة القاصر[4] ، وذلك ما أكدته نص المادة 13 من ذات القانون، الذي منع الولي من إجبار القاصر على الزواج ، ومن تزويجه دون موافقته بما نصه " لا يجوز للولي أيا كان أو غيره ، أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج ، ولا

---

[1] أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري الخاص ، الطبعة السابعة ، دار هومة ، الجزائر 2007 ، ص 190

[2] بن الشويخ الرشيد ، المرجع سابق ،ص65

– أضاف الدكتور حسن بوسقيعة فيما يخص إرادة القاصر في الزواج بالمغتصب بها ، أن إرادتها لم تصل إلى مرحلة الحزم والجد ، وإنما إرادتها هي إرادة مترددة مرتبطة بالمساومة لإنقاذ شرفها .

[3] فاسي عبد الله ، مرجع سابق ، ص 76.

[4] محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، د.ط، دار الوعي للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2013 ، ص 174

يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها "، كما أن إلغاء المادة 12 من ق أ ج أكد على اعتبار رضا القاصرة أساسا في زواجها[1].

لكن المشرع لم يضع مخرجا لمسألة تعارض رضا الولي مع رضا القاصر ، وإذا افترضنا أن سلطة القاضي منحت الإذن القضائي للقاصر ، بعد ما تأكد من تحقيق المصلحة والضرورة ، رغم رفض الولي لهذا الزواج فما هو حكم زواج القاصر الذي يتم بدون ولي ؟ حكمه مرهون بالدخول ، فيفسخ قبل الدخول ويثبت بعده ، وهذا ما أكدته المادة 33 من ق أ ج " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا . إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل " [2].

لكن هذه القاعدة تطبق على زواج الراشدة ، وهنا نستطيع القول أن المشرع الجزائري أغفل مسألة موافقة الولي عندما يتعلق الأمر بزواج القاصر ، كما أنه لم ينظم دعوى البطلان بصفة عامة، ومن جهة أخرى كيف يمكن للقاصر التي لا تعي ماهية الزواج أن تبدي موافقتها أو ان تتعرض عليه.

## المطلب الثاني : الولاية في زواج القاصرة.

إن من شروط صحة عقد الزواج ألا يكون كل من العاقدين أو أحدهما فضوليا، فلا ينعقد هذا العقد إلا إذا كان العاقدان لهما ولاية إنشاء وهذه الولاية إما تثبت بالأصالة أو بإنابة الشرع وهي التي تسمى في الفقه الإسلامي

---

تنص المادة 12 من ق أ .ج " الملغاة بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ." يتولى زواج المرأة وليها وهم أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لاولي له"

[1]

[2] العربي بلحاج ، مرجع سابق، ص 57

– تنص المادة 21 من مدونة الأسرة المغربية في فقرتها الثانية " على أنه إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة ، بت قاضي الأسرة المكلف بالزواج في الموضوع " ، مأخوذة عن محمد الأزهر شرح مدونة الأاسرة المغربية ، دار النشر المعربية ، الدار البيضاء المغرب ، 2008

بإسم الولاية، وللولاية في الزواج أهمية كبيرة لكثرة الأحكام المترتبة عليها فقد شهدت مسألة الولاية في تزويج المرأة نقاشا حادا وطويلا بين مختلف المعنيين بالموضوع من رجال الشريعة والقانون والرأي العام بمختلف توجهاته، لذا لابد من تعريف الولاية وبيان أقسامها وشروطها ومعرفة موقع ودور الولي في التزويج من خلال ماهو مقرر في الفقه الإسلامي وتنظيمه في قانون الأسرة الجزائري، وكذا ما إستقر عليه الإجتهاد القضائي،نشرح ذلك وفق الفقرات الموالية:

## الفرع الأول : الولاية في الزواج .

نتصدى لدراسة العناصر الضرورية في موضوع الولاية وفق الترتيب التالي :

**أولا :** تعريف الولاية لغة واصطلاحا :

أ- في اللغة : الولاية مأخوذة من الفعل ولي بفتح الواو وكسر اللام وهي بكسر الواو: الولاية فتأتي بعض النصرة والمحبة والولي هو الناصر والمحب والمعين من الولي إلى التدبير والقدرة كما تحتاج إلى نصرة المولى عليه والنسب أدى إلى تحقيق هذا [1]، وبمن يتولى العقد الولي ومنه قوله تعالى: "فليملل وليه بالعدل"[2]، وولي المرأة من يلي عقد نكاحها.

ب- في الإصطلاح : الولاية هي تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى وهي سلطة شرعية تخول لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات وجعلها نافذة سواء كان موضوع التصرف يخصه أو كان يخص من في ولايته ممن له عليه سلطة

[1] ابن منظور لسان العرب ، دار لسان العرب، د.ط، بيروت ، لبنان 1970 ، ص 210

[2]. سورة البقرة ، الآية 282

مستمدة من الغير والولي في عقد الزواج هو من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطة أو ذو إسلام.[1]

ج- في القانون : لم يختلف تعريفها قانونا عن تعريفها إصطلاحا فهي سلطة شرعية تجعل تصرف الإنسان نافذ شرعا وهي تشمل سلطة التزويج والتربية والتعليم وغيرها من الحقوق الشخصية[2]، وعليه إن الولاية في الزواج هي السلطة أو الصلاحية القانونية المخولة للولي بشأن قبول أو رفض زوج المولى عليها وتولي إبرام العقد عليها.[3]

**ثانيا:** أقسام الولاية :

تنقسم الولاية إلى ثلاثة أقسام ولاية عن النفس وولاية عن المال وولاية عن على النفس والمال معا والولاية عن النفس هي التي تهمنا في هذا الشأن بإعتبارها سلطة إنشاء عقد الزواج وتكون للأب والجد وسائر الأولياء العصبات حسب ترتيبهم في الميراث.

ويقسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمين أساسين ولاية إجبار ،وولاية إختيار. أما ولاية الإجبار فهي للأب أو الجد أو المقربون على الفتاة البكر والصغيرة والمجنون وفيما يستبد الولي بإنشاء العقد على المولى عليه ولا يشاركه أحد لعدم توفر في المولى عليه شرط العقل والبلوغ في أهلية الزواج.

وأما ولاية الإختيار و تسمى ولاية المشاركة أيضا وهي تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة فالخيار لها غير أنه يستحسن أن تستشير وليها وأن يقوم هو بإجراء عقد زواجها حتى لا توصف المرأة بالخروج عن التقاليد والأعراف.[4]

---

[1]. محمد سلام مذكور، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ،القاهرة ، مصر، 1967 ، ص 170

[2] الشيخ أبو زهرة ،الأحوال الشخصية ، د.ط، دار الفكر، بيروت ، 1971، ص

[3]. بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 238

[4] . بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 238

أ- ولاية الإختيار في قانون الأسرة :

تعرض قانون الأسرة 84-11 في المادة 11 قبل التعديل إلى الولاية بمفهومها العام، دون أن يميز بين ولاية الإختيار وولاية الإجبار وأسند ولاية زواج المرأة راشدة كانت أم قاصرة إلى أبيها فأحد أقاربهما الأولين، عند غياب هؤلاء تؤول الولاية إلى القاضي عملا بالمذهب المالكي والشافعي وبعد تعديل 2005 فصل الراشدة عن القاصرة، فأفرد الفقرة الأولى من نفس المادة للراشدة مستعمل عبارة المرأة الراشدة و لم يستعمل الثيب لأن معيار أهلية الزواج هو السن وليست البكارة أو الثيوبة أي مادام بلغت سن 19 سنة و لم يبين كيفية ممارسة الولاية على الراشدة.

وهذا بإستعماله عبارة حضور وليها، إذ يوحي ذلك إلى الحضور الشكلي فقط دون منح حق الإعتراض على الزواج.[1]

ب- ولاية الإجبار في قانون الأسرة :

إعتبر المشرع القاصر كل من لم يتم السن التاسعة عشر طبقا للمادة 07 من ق.أ.ج كما يدخل في حكم القاصر كل فاقد عقل أو ناقصه بحسب أحكام المواد 81،82،83،85،86 من قانون الأسرة، وعليه أخضع زواج القصر إلى ترخيص قضائي وإذن الولي وأسند ولاية زواج القصر إلى الأب فالأقارب الأولين دون أن يعين الترتيب، وهذا ما يخلق تنازع الأولياء على الولاية، الأمر الذي يحيلنا إلى نص المادة 222 من ق.أ.ج ويستخلص كذلك أنه لم ينظم ولاية الإجبار وفق أحكام الشريعة الإسلامية عندما قرر في نص المادة 13 ق.أ.ج يمنع الولي صراحة عن تزويج من في ولايته جبرا، أو تزويجه دون موافقته إذن فالولاية ولاية شراكة كما قلنا سابقا وليست ولاية إجبار فيما يخص المرأة القاصرة[2].

[1]. جمال سايس، الدليل الشامل في الإجتهاد القضائي الجزائري، د.ط، دار تمليك للنشر ، الجزائر، 2007 ، ص 121

[2]. جمال سايس ، المرجع السابق، ص 127

## الفرع الثاني : الأشخاص الذين لهم حق الولاية

يعتبر إختيار الزوج الكفء للقاصر مسألة لا تتحقق إلا بتوفر صفات في الولي من شأنها تحقيق مصلحة القاصرة في الزواج،وعليه سنتطرق إلى شروط الولي ومن هم الأشخاص المعنيون بالولاية حسب قانون الأسرة الجزائري.

الأصل في الولاية أن تكون للقرابة في باب النكاح غير أن هناك أسباب أخرى لابد من ذكرها.

**أولا :**أسباب الولاية :

الولاية تثبت بأربعة أسباب هي :

– الأبوة الأصلية أو الحكمية : وتعني بذلك الأب أو الجد وإن علا وهي أقوى أنواع الولاية لأب الولد فرع الأب.

– التعصيب : ويعني قرابة المرأة من جهة أبيها كالإخوة، والأعمام وأبنائهم الأقرب فالأقرب.

–للعتاقة : وهي على نفس ترتيب العصبات وهذا النوع من الولاية أصبح الآن غير موجود لعدم وجود الرق.

–القاضي : أي من كان في مركز الولاية ولكن بالولاية العامة لا بالولاية الخاصة، غير أن ممارسة القاضي الولاية على المرأة في زواجها تكون في أحوال خاصة وهي عذر الولي للمرأة ومنعها من الزواج لغير سبب، عدم وجود ولي قريبا كان أو بعيدا، أو غيبته المنقطعة[1].

**ثانيا :**شروط ولاية التزويج :

لم يحدد المشرع الجزائري الشروط الواجب توافرها في الولي ولهذا يجب الرجوع إلى ما حدده فقهاء الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة وهذه الشروط على الجملة كالآتي :

[1]. حمد سمارة ، المرجع السابق ، ص 87

أ- أن يكون الولي بالغا، عاقلا أي كامل الأهلية فلا تثبت هذه الولاية لمجنون أو معتوه أو صبي ولو مميز إذ لا ولاية لهم على أنفسهم[1].

ب- إتحاد الدين بين الولي ومن في ولايته فلا ولاية لغير مسلم على المسلم لقوله تعالى: "لا يتخذ المومنون الكافرين أولياء من دون المومنين"[2]، وكذا فلا ولاية للمسلم على غير المسلم لقوله تعالى: "والذين كفروا بعضهم أولياء بعض".[3]

جـــ- العدالة : إشترطها المالكية والشافعية كما روي عن أحمد بن حنبل، إشترطها أيضا مستدلين بحديث لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل وقالوا إن الفاسق ليس بمرشد، ولكن الحنفية ومن وافقهم لا يشترطون في الولي العدالة، لأن أساسها الشفعة والحرص على تحقيق المصلحة وهو المقصود من لفظ مرشد في الحديث المذكور، وهذا لا يتوقف على العدالة وأما إذا كان مستهترا وما شابه فإنه يصح عقده، يشترط أن يكون الزواج بالكفء وبمهر المثل[4].

**ثالثا :** أصحاب الحق في الولاية :

لقد تضمن قانون الأسرة في صياغة المادة 11 منه تمييز بين الولاية على زواج الراشدة والولاية على زواج القاصرة

أ- في زواج الراشدة منح الولاية للأب أو أحد الأقارب أو أي شخص تختاره،وبالتالي هنا ترتيب الولي غير وارد مادام أعطى للراشدة حق إختيار الولي على عكس المشرع المغربي الذي قيد إختيار الراشدة لوليها فيما بين أقاربها[5].

---

[1]. محفوظ بن الصغير ، المرجع السابق ، ص 179

[2]. سورةآل عمران ، الآية 28

[3]. سورةالأنفال ، الآية 73

[4]. محفوظ بن الصغير ، المرجع السابق ، ص 180

[5] تنص المادة 25 من مدونة الأسرة المغربية: "للراشدة أن تعقد زواجهابنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو أحد أقاربها

ب- في زواج القاصرة : جعل المشرع الجزائري في الولاية على زواج القاصرة للعصبات حسب ترتيبهم في الميراث م153،152 ق.أ.ج وهم الإبن وإن نزل (المولود من زواج سابق) ثم الأب أو وصية ثم الأخ ،فإن الأخ وإن نزل ثم الجد للأب فالأقربون بالترتيب ويقدم الشقيق على غيره[1].

بمعنى جعل قرابة الأبوة هي القرابة الأولى المؤهلة لممارسة ولاية الزواج على المولى عليها سواء كان الأب أو الجد وإن علا ويكون للجد الأولية عند غياب الأب بسبب :

- عجز الولي عن القيام بهذه الولاية.
- الحجر عليه لإنعدام الأهلية وتوفر سبب الحجر سفاهة أو جنون.
- سقوط بقوة القانون عند الوفاة سواء كانت حقيقية أو حكما.

ثم خول الإخوة لهذه الولاية عند تعذر قرابة الأبوة وهذه القرابة تكون للأخ الشقيق على الأخ لأب والأخ لأب على الأخ لأم،وهذا مانصت عليه المادة 154 من قانون الأسرة، ثم تأتي العمومة ومتى تعدد أعمام المولى عليها تعدم الجهة الأكثر قرابة، فيقدم العم الشقيق على العم لأب ويقدم العم لأب على العم لأم، طبقا للقاعدة الموجودة في المادة 154 من قانون الأسرة الجزائري الأقرب يحد على الأبعد فيكون حاجبا عنه.

جـــ- جزاء تخلف الولي في زواج القاصرة :

من خلال نص المادة 11 من ق.أ.ج تولي عقد الزواج وجوبا على القاصرة ولا يجوز لها أن تعقد زواجها دون إجازة وليها، ويترتب عن إخلال أو تخلف الولي عن عقد الزواج الفسخ قبل الدخول ويثبت بعده، طبقا للمادة33 من ق.أ.ج[1].

[1]. بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص244

## المطلب الثالث : الإذن القضائي في زواج القاصرة.

أحاط المشرع الجزائري فئة القاصرات بحماية خاصة في عقد الزواج درءا لتعسف بعض الأولياء في ممارسة حق الولاية على هؤلاء لتحقيق أغراض شخصية أو إرضاء لعرف عائلي، وقد تمثلت هذه الحماية في منح المشرع قاضي شؤون الأسرة صلاحيات و سلطات تقديرية في الإذن للقاصرة بالزواج بعد التأكد من شروطه القانونية و قيام المصلحة و الضرورة فعلا و واقعا ،وللوقوف على نظام الإذن القضائي سنتطرق للمسائل التالية:

### الفرع الأول : النظام القانوني للإذن القضائي

نتطرق فيه لشرح الأسس التي يقوم عليه نظام الإذن القضائي في التشريع الجزائري:

**أولا – تعريف الإذن القضائي :**

إن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا قانونيا للإذن القضائي بزواج القصر، وهذا ليس عيبا لأن التعريفات هي من وظيفة الفقه، وبالتالي إكتفى بالنص عليه في المادة 7 من ق.أ.ج وتحديد الضوابط التي يرتكز عليها القاضي في منحه لهذا الترخيص والمتمثلة في تحقيق المصلحة ووجود الضرورة وقدرة الطرفين على الزواج.

وعليه سنحاول تعريفه على النحو الآتي :

**لـــــغة :** الإذن من مصدر أذن–يأذن إذنا له في الشيء أي أباحه له، لقوله تعالى: "...فلن أبرح الأرض حتى يأذن لي أبي أو يحكم الله لي وهو خير الحاكمين"[2]، ويقال الإذن رخصة للقيام بالشيء.

**إصـــطـــلاحـــا :** الإذن هو رخصة تمنحها الإدارة لشخص معين بغية مباشرة المهن[3].

---

[1]. عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط04، دار هومه ، الجزائر ، 2013 ، ، ص 43

[1] سورة يوسف ، الآية 80

[3]. يوسف شكري فرحات ، معجم الطلاب ، ط07 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 2004 ، ص 11

والإذن هو موافقة صريحة على تصرف قانوني تتوقف صحته ونفاذه على الموافقة[1]، ويمكن إستخلاص تعريف الإذن القضائي على أنه رخصة يمنحها القاضي المختص للقاصر للقيام بتصرفات الزواج.

**ثانيا : خصائص الإذن القضائي :**

يتميز الإذن القضائي بزواج القاصر ببعض الخصائص، تجعله منفردا عن باقي الأعمال القضائية وتتمثل في الخصائص الثلاث:

أ- الخاصية الإجرائية :

يعتبر الإذن القضائي عمل قضائي صادر عن القاضي بناءا على سلطته الولائية ، ولقد أوضحت المادة 24 ينظر المادة 423 من ق.إ.م.إ وركزي أيضا على نص المادة 424 ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوي الآتية:...الدعاوي المتعلقة بالخطبة-الزواج-الرجوع إلى بيت الزوجية وإنحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة...، فقاضي شؤون الأسرة هو المؤهل قانونا بمنح الترخيص بزواج القاصر، إلا أن المستقر عليه عمليا في المحاكم غالبا ما يكون رئيس المحكمة.

ب- خاصية التأقيت :

الإذن القضائي عبارة عن تدبير وقتي يمكن للقاصر من الزواج مادام لم تتوفر فيه أهلية الزواج، ويزول الإذن بزوال المانع أي بلوغ القاصر سن الرشد المحددة قانونا.

جـــ- الخاصية الإستثنائية :

[1]. الملكاوي عدنان ، معجم تعريف المصطلحات القانونية ، القانون الخاص، دار وائل للنشر ، الأردن ، 2008 ، ص 112

الإذن القضائي يعد موافقة إستثنائية على نص المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري والتي حددت أهلية الزواج ببلوغ سن 19 سنة، فهو إستثناء على نص المادة يتمثل في منح القاضي ترخيص بالزواج لمن لم تبلغ سن 19 سنة.

## الفرع الثاني: شروط الإذن القضائي .

وضع المشرع الجزائري شروط خاصة بمنح الإذن القضائي للقاصرة للزواج، وتتمثل حسب ماورد في المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري: "...وللقاضي أن يرخص قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

**أولا: المصلحة :**

وهي الفائدة التي تنجر من هذا الزواج سواء كانت مادية أو معنوية، ثم الضرورة الدافعة إليه وللقاضي تقديرها، وغالبا ما يكون مقصود الإسلام فالمصالح المعتبرة شرعا تقتضي حماية وحفظ أمور خمسة هي: الدين-النفس-العقل-النسل-المال، إذ لا يمكن لإنسان أن يعيش بدونها[1].

إذ تبين أن هناك تعارض بين مصلحة القاصر مع مصلحة الولي، فإن القاضي يتدخل بسلطته التقديرية ويرجع مصلحة القاصر، أما إذا كانت مصلحة الولي والقاصر المجتمعتان متعارضتان مع مقضيات هذا الزواج، فللقاضي رفض منح الترخيص كون المصلحة متنافية مع أهداف الزواج الواردة في نص المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري.[2]

**ثانيا : الضرورة :**

---

[1]. فاسي عبد الله ، المرجع السابق ، ص97

[2] المادة 4 : " الزواج هو عقد رضائي يتم بين الرجل وإمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الإنسان.

تعد شرط من شروط إستصدار الإذن القضائي بزواج القصر والتي من الواجب توافرها لتقديم طلب الإذن وتحديد معيار الضرورة يختص بها القاضي، مثلا يكون زواج القاصرة مخرجا لها من ضرر قد يلحق بها عاجلا أو أجلا ، كأن يخشى عليها من الإنحراف ولاسيما إن كانت شاذة في أحوالها أو من الفقر إن كانت دون أهل أو رغبة في الإستقرار إن كانت دون أهل، كالأطفال المسعفين وعلى القاضي أن يتأكد من توافر سبب جدي لأن بعض الأولياء يقدمون على تزويج من هم في ولايتهم من القصر تحت وطأة الأعراف أو المصالح الشخصيةأو التروات النفسية دون الإرتكاز إلى مبررات قاهرة وهنا يبقى تقدير القاضي هو السند[1].

وتجدر الإشارة إلى ما قدمه التشريع الجنائي أمثله عن حالة الضرورة وهي حالة الإعتداء وحالة الإختطاف، ففي حالة إذا وقع إعتداء على فتاة لم تبلغ سن الزواج ثم يراد تزويجها بالمعتدي أو تريد هي أن تتزوج به، ما يقصد ستر فضيحة الفعل الإجرامي أو تخفيف العقاب على المعتدي، وهذا ما جاءت به الفقرة الأولى من نص المادة 326 من قانون العقوبات والتي جاء في نصها كالآتي: " كل من خطف أو أبعد قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة مالية من 20.000 إلى 100.000 دينار، وإذا تزوجت القاصر المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج، ولايجوز الحكم عليه الا بعد القضاء بابطاله ".[2]

**ثالثا : القدرة :**

---

[1] فاسي عبد الله ، المرجع السابق ، ص 101.

[2] المادة 326 من الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49، الصادر في 11 جوان 1966 المعدل والمتمم.

القدرة تعتبر أساس لكافة التصرفات لأنه لا يمكن لشخص ما أن يلزم بالقيام بتصرف معين مع إنتفاء قدرته على تنفيذ الإلتزام، ومن ضمن هذه التصرفات ممارسة الحياة الزوجية التي تستوجب بالضرورة على طرفي العلاقة الزوجية توافر القدرة لديهما لأنها مناط تحقيق المصلحة بين الزوجين، وفي غياب النص القانوني أثبت الواقع العملي ومن خلال التراخيص الصادرة في هذا الإطار أن القاضي لا يتخذ قراره بخصوص منح الإذن من عدمه إلا بعد الإطلاع على الشهادة الطبية المرفقة المثبتة لقدرة القاصرة على الزواج، والتي يحررها الطبيب الأخصائي.[1]

## الفرع الثالث : الجهة القضائية التي لها صلاحية منح الإذن القضائي .

يندرج الإذن القضائي ضمن الأعمال الولائية الصادرة عن القاضي والتي يمارسها في شكل أوامر وعرائض، وبالتالي فإن إستصداره يتطلب إتباع إجراءات تحدد القاضي والجهة القضائية المختصة.

**أولا :** الجهة القضائية المختصة بمنح الإذن بالزواج :

نصت المادة 07 من قانون الأسرة على أن القاضي وحده المكلف بالترخيص للقصر بالزواج، فالإعتراف للقاضي بمنح الإذن لا يثير في حد ذاته أي أشكال يذكر طالما نصت على مبدئه النصوص القانونية، فالإشكالية تثور في عدم تحديد القاضي المختص في ذلك، وعليه يؤخذ على الفقرة الثانية من المادة 7 من قانون الأسرة لم تحدد صراحة القاضي المختص له سلطة الترخيص أهو قاضي الأحوال الشخصية، أم إلى رئيس المحكمة ؟[2].

الواقع العملي يوكل هذا الإختصاص إلى رئيس المحكمة ضمن ما يعرف بالسلطة الأوامر الولائية، ولكن المنطق يقضي بأن يوكل الأمر لقاضي الأحوال الشخصية لدرايته وخبرته في هذا المجال، مستعينا في ذلك بأراء

[1] فاسي عبد الله ، المرجع السابق ، ص 48 .

[2] فضيل عيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد مدعما باجتهاد قضاء المحكمة العليا، منشورات أمين، الجزائر، 2008، ص13.

المختصين من الأطباء المؤكدة على قدرة المأذون له على تحمل الأعباء الجسمانية النفسية للزواج وكذا قدرته على الزواج[1].

وفوق ذلك كان بإمكان القول على أن القاضي الذي قصده المشرع في هذه المادة هو قاضي الأحوال الشخصية، وهذا ما نفهمه عند اطلاعنا على المواد 49 ,63 و79 من ق.أ إذا قمنا تفسير النصوص بالنصوص[2].

**ثانيا :** الإختصاص الإقليمي :

يعتبر قسم شؤون الأسرة جزء من الإختصاص الإقليمي العام للمحكمة الإبتدائية التي يشكل هذا القسم فرعا من فروعها، وهذا مانصت عليه المادة 424 من ق.إ.م.إ في فقرتها السابعة والتي تعتد بمكان إقامة طالب الترخيص، وبالتالي فإن الترخيص بالزواج من المسائل التي تختص بها المحكمة الموجودة في دائرة إختصاص مكان إقامة طالب الترخيص[3].

**ثالثا :**شكل طلب الإذن القضائي :

تقدم عريضة الحصول على إذن تزويج القاصرة، حيث نص المادة 311 من ق.إ.م.إ.ج في نسختين يشترط فيها التطابق من حيث البيانات وتتمثل هذه الأخيرة حسب نص المادة 15 من ق.إ.م.إ.ج، في ذكر الجهة القضائية التي يقدم الطلب أمامها وإسم ولقب صاحب الطلب وموطنه، وكذا الإشارة إلى المستندات المرفقة بالطلب والوثائق المحتج بها والمتمثلة في :

---

[2] تشوار الجيلالي ، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري ، العدد04، المجلد39، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، ص77.

[3]عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوي شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الإبتدائية، ط02، دار الهومه ، الجزائر ، 2014 ، ص 97.

– طلب مكتوب من ولي الأنثى أو الذكر مؤرخ وموقع منه.

– شهادة ميلاد المعني بالإعفاء.

– طابع جبائي.

– شهادة طبية تثبت أهلية القاصر للزواج فيزيولوجيا[1].

إضافة إلى عرض موجز للوقائع، وهو ما ورد في نص المادة 311 السالفة الذكر تحت شرط تقديم العريضة معللة، فأهمية التعليل تكمن في أن الإذن القضائي بالزواج يصدر في غياب من تقدم بطلبه، وبالتالي يتعين على الطالب أن يبين وقائع طلبه وتقديم شرح واف لها وتأييدها بالمستندات اللازمة، فالقاضي يبني قناعته في إصدار الإذن من واقع ما يقدم إليه من أدلة ومستندات[2].

رابعا: آثار الإذن القضائي على صحة زواج القاصر.

الحالة الأولى : اعتبار زواج القاصر صحيحا ومنتجا لأثاره إذا تم حسب ما نصت عليه المادة 07 من ق .أ .ج سالفة الذكر واستفاء أركان الزواج وشروطه المنصوص عليها في المادتين 09 و 09 مكرر ق .أ.ج [3]، وعقد الزواج يتم أمام موثق أو أمام موظف مؤهلا قانونا حسب المادة 18 من ق.أ.ج [4].

---

[1] يوسف دلاندة ، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة ،الطبعة الثانية ، دار الهومه ، الجزائر ، 2008 ، ص 16 .

[2] عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة ، د.ط ، الموفم للنشر ، الجزائر ، 2009 ، ص 65 .

[3] يوسف دلاندة ، المرجع السابق، ص 11 .

[4] تنص المادة 18 من ق أ ج " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و 09 مكرر من هذا القانون"

الحالة الثانية : اعتباره زواجا عرفيا ، في حالة إذا لم يرخص به رئيس المحكمة برخصة مسبقة، ولكن يجب أن يكون قد استوفى جميع أركان وشروط الزواج الصحيح مثل الصداق و والولي والشاهدين[1]، لأن في حالة عدم بلوغ السن القانونية للزوجين فإن الموثق وضابط الحالة المدنية يرفض أن يسجل العقد لانعدام الترخيص .

وإذا لم يحرر عقد الزواج أمام الموثق أو الموظف العام المختص، فإنه لا يثبت عقد الزواج إلا بحكم قضائي حسب المادة 22 من ق. أ والتي نصت على أنه: "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". يتبين من هذا النص أنه يشترط في إثبات الزواج شرطين:

-لشرط الأول: الإثبات لا يكون إلاّ أمام القضاء: فالإثبات الذي يلزم طرفيه و يلزم الغير معهما هو الإثبات الذي يقع أمام القضاء، والمقصود بالقضاء في إثبات عقد الزواج، المحاكم بمختلف درجاتها وتحديداً ضمن قسم شؤون الأسرة بالمحاكم الابتدائية، وبغرفة الأحوال الشخصية بالمجالس القضائية، تحت رقابة المحكمة العليا كمحكمة قانون.

_الشرط الثاني: الإثبات لا يكون إلا بالطرق التي حددها القانون : للإثبات القانوني طرقٌ معينة لا يجوز الإثبات بغيرها فيجب أن يكون هذا الإثبات مسموحاً به، وصالحاً من الناحية القانونية ويخرج ما نهى القانون عنه، وهذه الطرق ليست على مرتبة واحدة، وتحوز حجية متفاوتة فقد يصلح بعضها بذاته لإثبات الزواج في حين يحتاج بعضها الآخر لحجج أخرى[2].

## المبحث الثاني : الآثار الناتجة عن عقد زواج القاصرة.

لقد نظمت الشريعة الإسلامية علاقة الزوج بزوجته تنظيما محكما و أعطت للزوجة صلاحية التمتع بالحقوق والتحمل بالإلتزامات المالية معترفة بذلك باستغلال ذمتها المالية عن زوجها وتمتعها بأهلية التصرف في أموالها وذلك

[2] هنان مليكة، محاضرات في مقياس الإثبات في شؤون الأسرة، مطبوعة مقدمة لطلبة ماستر قانون الأسرة، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي نور البشير، البيض، الجزائر2019-2020، ص07.

لقوله تعالى في سورة النساء " ولا تتمنوا ما فضل الله به بعضكم على بعض للرجال نصيب مما اكتسبن واسألوا الله من فضله إن الله كان بكل شيء عليما" الآية 32. ولذا سنبين الذمة المالية للزوجة القاصر مقسمين هذا المطلب إلى ثلاث مطالب:

المطلب الأول ( مفهوم الذمة المالية ) وفي المطلب الثاني ( النظام المالي للزوجين في قانون الأسرة الجزائري)، وفي المطلب الثالث (سلطة الزوجة القاصرة على مالها).

## المطلب الأول : الذمة المالية للزوجة القاصرة .

إن لكل شخص حقوق يتمتع بها يقرها القانون ويحميها لكن بمقابل عليه التزمات وجب القيام ونجد أن فكرة الذمة المالية تجمع بين الحقوق والواجبات فما مفهوم الذمة المالية ( الفرع الأول )، ثم نتطرق إلى النظام المالي لزوجين ( الفرع الثاني) و في الأخير نوضح مدى تمتع الزوجة القاصرة بسلطة التصرف في أموالها ( الفرع الثالث).

### الفرع الأول : مفهوم الذمة المالية للزوجة.

مفهوم الذمة المالية من المفاهيم المختلف فيها بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي وهذا ما سيتم التطرق إليه على النحو الآتي :

أ- الذمة : لغة : تعني العهد و الأمان، يقول أبو عبيدة الذمة هي الأمان لقول رسول الله " من والى قوما بغير إذن مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل منه يوم القيامة صدق ولا عدل وذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم " فمن أخفر مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين "[1].

[1] أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط الأولى، دار ابن كثير للطباعة والنشر و التوزيع، لبنان، 2002، ص1673 .

وقد جاء في شرح رياض الصالحين لابن عثيمين " فهو في ذمة الله" أي في عهده يعني أنه يدخل في عهد الله فكأنه معاهد الله عز وجل أن لا يصيبه شيء.

ب- المالية : لغة :

المال معروف ما ملكته من جميع الأشياء و المال في الأصل ما يملك من الذهب و الفضة، ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان فالذمة المالية هي أمر تقديري افتراضي موجود ليكون محلا للديون و سائر للالتزامات والتكليفات وبعبارة عامة أن الذمة يقدر وجودها ليكون الإنسان صالحا للالزام والإلتزام[1].

ثانيا : طبيعة الذمة المالية في الفقه الإسلامي :

اعتبر الفقه الإسلامي أن الذمة المالية عبارة عن وعاء مفترض فيه الحقوق والتكليفات يترتب عليه ما يلي :

1- أن كل شخص له بالضرورة ذمة مالية و لو كان في وقت معين مجردا عن الحقوق والالتزامات المالية .

2- يستلزم لكل شخص ذمة مالية واحدة لا يمكن الاشتراك فيها.

3- الذمة المالية لا يمكن التنازل عنها وإن كان التصرف في عناصرها فقط .

4- الذمة المالية ضمان لجميع الحقوق بدون ترجيح[2] .

ثالثا: الطبيعة القانونية للذمة المالية .

[1] حفيظة فضيلة، نظام انفصال الذمة المالية للزوجين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مداخلة ضمن فعاليات الملتقى الوطني حول الذمة المالية بين الزوجين في التشريع الجزائري و المقارن، جامعة محمد الصديق بن يحمي جيجل، يومي 08-09 ديسمبر 2015، ص03.

[2] نبيل ابراهيم سعد ، المدخل إلى القانون ( نظرية الحق)، ط الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2010، ص166

الذمة المالية وعاء افتراضي زود به القانون كل شخص ليتلقى به حقوقه والتزاماته ، وتمثل الحقوق الجانب الإيجابي من الذمة وتشمل الحقوق المالية فقط ، أما الالتزامات هي تمثل الجانب السلبي للذمة المالية وتشمل كل الالتزامات التي تثقل كاهل الشخص أيا كان مصدرها ولا يدخل ضمن الذمة المالية على عاتق الكافة باحترام حقوق الآخرين[1].

## الفرع الثاني : النظام المالي للزوجين في قانون الأسرة الجزائري .

إن النظام المالي بين الزوجين يأخذ عدة إشكالات منها : انفصال الأموال بين الزوجين ونظام الاشتراك في الأموال المكتسبة وإذ الأصل هو استقلال الذمة المالية ، ولكن قد تطرح حالات الإشتراك في الأموال المكتسبة بينهما :

أولا : مبدأ استقلالية الذمة المالية :

إن نظام فصل الأموال هو ما يتم اختياره من طرف الزوجين الذين أراد الاحتفاظ بأموالهما الخاصة خلال الحياة

الزوجية والتصرف فيها على انفراد دون اشراك الزوج الآخر [2].

ولقد أقرت الشريعة الإسلامية هذا المبدأ كما أقره قانون الأسرة الجزائري .

أ- موقف الفقه الإسلامي من مبدأ استقلالية الذمة المالية :

---

[1] رشيد مسعودي ، النظام المالي للزوجين دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، الموسم الجامعي 2005-2006، ص 144.

[2] رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية ، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ،2010 ، ص 57 .

تعرف الشريعة الإسلامية بوجه عام نظاما ماليا واحدا يحكم أموال الزوجين وحقوقهما وعلاقتهما المالية ونظام انفصال الأموال من خلال مجمل الأحكام التي تتناول العلاقات المالية بين الزوجين ، كنظام النفقات وقواعد التصرف والانتفاع بالأموال العائدة لكل واحد منهما [1].

ويستشف هذا المبدأ من أحكام الكتاب والسنة ، والدليل من الكتاب :

لقوله تعالى " ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين " [2].

وقوله عز وجل " وابتلو اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم "[3].

الدليل من السنة : وقد روي عن الليث عن ابن عجلان عن سعيد المقبري عن أبي هريرة قيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم " أي النساء خير ؟ قال : الذي تسره إذا نظر وتطيعه إذا أمر لا تخالفه في نفسها ومالها بما يكره "[4].

كما أن جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة في الرواية الراجحة، عندهم يثبتون للمرأة الرشيدة ذمتها المالية المستقلة فتملك بذلك حق التسرف في مالها كله بالتبرع والمعاوضة كيفما شاءت عكس المرأة القاصر التي تخضع إدارة أموالها لنائبها الشرعي[5].

ب- موقف المشرع الجزائري من مبدأ استقلالية الذمة المالبة :

---

[1] عمر صلاح الحافظ ،مهدي الغزاوي ، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ( دراسة مقارنة في إطار الفقه التشريعات العربية والغربية )، ط1 ، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 104 .

[2] سورة النساء الآية 12 .

[3] سورة النساء ، الآية 06.

[4] ابن حزم، المجلد بالآثار تحقيق البغدادي عبد الغفار سليمان ، ج08، الطبعة 01 ، دار الكتب العلمية للنشر ، بيروت، لبنان، 2003، ص 315 .

[5] عمر صلاح الحافظ، مهدي الغزواي، المرجع السابق، ص108.

لقد نص المشرع الجزائري بصريح العبارة على أن الذمة المالية للزوجين أي لكل طرف ذمة خاصة به ومستقلة عن ذمة الطرف الآخر أين يحقق هذا المبدأ المساواة التي تناهض من أجلها الجمعيات والمنظمات بهدف تحقيق العدل بين الرجل والمرأة ، فقد جاء في المادة 38 من قانون الأسرة المعدل[1]، بأن للزوجة الحق في زيارة أهلها وكذا استضافتهم، وحريتها الكاملة في التصرف في أموالها كما عمد المشرع الجزائري إلى إقرار هذا المبدأ بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 [2] المادة 37 والتي جاء مضمونها كما يلي :

" لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر " وبذلك فلكل من الزوجين الحرية في التصرف في ممتلكاتهما العقارية كانت أم منقولة بالبيع أو بالإيجار أو شراء ممتلكات دون تدخل الطرف الآخر حيث يبقى الزواج لا تأثير له على أموال الزوجين التي تكتسب سواء قبل أو بعد الزواج[3].

وما يؤخذ على المشرع الجزائري سواءا قبل التعديل أو بعده عندما أقر مبدأ الذمة المالية المستقلة لكل واحد من الزوجين ، واعترف للزوجة بحرية التصرف في أموالها دون التنويه إلى الاستثناء الوارد على أموال الزوجة القاصر التي لا تملك حرية التصرف فيها .

ب- تبني المشرع الجزائري لمبدأ النظام المالي المشترك للزوجين :

إن التطور الحاصل في العلاقات المالية بين الزوجين أدى إلى حتمية اختلاط أموالهما والانتقاء التدريجي لمبدأ انفصال الذمم المالية المقرر قانونا وذلك من خلال مساهمة الزوجة في أموال الأسرة نتيجة عملها[4].

---

[1] تنص المادة 38 من القانون رقم 84- 11 المتضمن ق أ ج على الزوجة الحق في زيارة أهلها من المحارم واستضافتهم بالمعروف

[2] الامر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 المتضمن تعديل ق. أ .ج .

[3] نبيل صقر، قمراوي عز الدين، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، د.ط ، دار الهدى للطباعة وللنشر والتوزيع ، عين مليلة، الجزائر ، د.س.ن ، ص 100 .

[4] مسعودي رشيد، المرجع السابق، ص239

إن التعديل الجديد الذي طرأ على قانون الأسرة أجاز لطرفي العلاقة الزوجية الاتفاق حول الاشتراك في مكتسباتها خلال الحياة الزوجية ، ويتم ذلك أثناء إبرام عقد الزواج سواء في عقد الزواج نفسه أو في عقد رسمي مستقل عنه كما يجوز الإتفاق بعد تحرير عقد الزواج وفي ظل الزوجية القائمة على كيفية تسيير ممتلكاتهما وعلى الأموال المشتركة بينهما والتي يكتسبنها خلال الحياة الزوجية[1]، حيث جاءت الفقرة الثانية من نص المادة 37 من ق أ ج على ما يلي : " غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما والتي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما ".

إن فكرة الإشراك في الأموال المكتسبة عن طريق الاتفاق في عقد الزواج أو في عقد لاحق التي أتى بها المشرع الجزائري تطرح موقفين في حالة الزوجة القاصر :

1- الإتفاق في عقد الزواج:لا يطرح مشكلة بالنسبة للزوجة القاصر طالما رشدت من أجل إبرام عقد الزواج وبالتالي هذا الإشتراط لا يطرح مشكلة في حرية الزوجة القاصرة في التصرف في أموالها المكتسبة بعد الزواج .

2- الإتفاق في عقد لاحق: هل يعد هذا العقد صحيح من الناحية القانونية ، وهل له أثر قانوني في اتجاه الغير خاصة الولي الذي تخضع الأموال المملوكة للزوجة القاصر التي في ولايته ، طالما لا تتمتع بحرية التصرف في أموالها التي دخلت في ذمتها سواء قبل الزواج أو بعده؟

## الفرع الثالث: سلطة الزوجة القاصرة على مالها .

**أ- في الأموال المستقلة بملكيتها :**

[1] شامي أحمد، المرجع السابق، ص 121.

تبقى الزوجة في قانون الأسرة الجزائري متحفظة بإنتمائها العائلي ولقبها الذي كانت تحمله قبل الزواج، ولا يعطي لها إسم عائلة الزوج كما هو الحال في المجتمعات الغربية، كما أنها تتمتع بذمتها المالية المستقلة عن زوجها الأمر الذي يخولها التصرف في أموالها دون رقابة الزوج إذ لا ولاية للزوج على أموال زوجته[1].

هذا ما إذا كانت الزوجة راشدة أما إذا كانت قاصرة فقد جاءت في قانون الأسرة الولاية على أموال القاصر بالترتيب طبقا لما نصت عليه المادة 87 منه يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله.

كما أضاف المشرع قيودا على التصرف في المال فالولاية ليست مطلقة، فعلى الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، وهذا ماأكدته المادة 88 من ق.أ.ج التي نصت: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص "،ويكون مسؤولا لمقتضيات القانون العام وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية :

1- بيع العقار وقسمته ورهنه، وإجراء المصالحة.

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

3- إستثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الإقتراض أو المساهمة في شركة.

4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغ سن الرشد.

وعليه نستنتج من خلال المادة 87 و88 من ق.أ.ج، أن الولاية على المال تبقى قائمة لأصحاب الحق في الولاية المخولة لهم قانونا ولا تنتقل السلطة على المال للزوجة القاصرة حتى ولو رشدت من أجل الزواج لأن الترشيد للزواج هو إستثناء على المبدأ العام يخضع لأحكام وظروف يقدرها القاضي[1].

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 32 .

ب- في الأموال المشتركة بينهما :

إن تقرير الشرط لمشروعيته الإشتراط في عقد الزواج بصفة عامة والإشتراط حول المكتسبات المالية المشتركة بصفة خاصة ، والتي تندرج ضمن الشروط المالية الواردة ضمنيا في نص المادة 19 من ق أ ج والتي تنص على ما يلي : " للزوجين أن يشرطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام القانون " .

قد تتحصل الزوجة القاصرة بعد الزواج على أموال بمجهودها الخاص أو عن طريق عمل يكسبها راتب شهري مع العلم أن قانون العمل أجاز تشغيل الفرد الذي بلغ سن 16 عشر من عمره وهنا يثار كيف تتصرف الزوجة القاصر وفقا للمادة 37 من قانون الأأسرة وتكتسب أهلية التصرف فلا يعقل أن تخضع راتبها الشهري لأي نوع من أنواع الوصاية وهذا ما يعارض أحكام المادة 89 من ق أ ج التي تقيد تصرفات القاصر[2].

## المطلب الثاني : حق الزوجة القاصرة في التصرف في الصداق والنفقة.

حق الزوجة القاصر في التصرف في الصداق والنفقة ، يعتبر الصداق والنفقة ، أهم الحقوق المالية التي أوجبها قانون الاسرة الجزائري مستمدا ذلك من أحكام الشريعة الإسلامية واعتبر هذان الحقان للمرأة بمجرد عقد الزواج

---

[1] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 321.

[2] رشيد مسعودي، مرجع سابق، ص 117[2]

شرح : نظم المشرع الفرنسي الملكية المشتركة بين الزوجين تنظيما دقيقا فأشار في المادة 1400 من القانون المدني الفرنسي " إلا أن الملكية تكون مشتركة بين الزوجين في حالتين : ح1 : إذا صرح الزوجان بان زواجهما يخضع لنظام الاشتراك في الاموال المكتسبة و ح 2 : إذا سكت الزوجان عن اختيار نظام مالي لحياتهما الزوجية في حين لا تكون الملية متشركة بين الزوجين إذ صرح الزوجان بان زواجها يخضع لنظام مالي آخر عن طريق اتفاق خاص يعقد بينهما ويقترن بعقد الزواج يسمى مشاركة الزواج أما التشريعات العربية فلا نجد أي تنظيم تشريعي أو حتى وجود قانوني للملكية المشتركة و إن وجدت فإنها توجد برضاء الطرفين وليس بنص القانون، انظر رعد مقداد، المرجع السابق، ص60-61.

وعليه فالزوجة القاصرة ثبت لها هذه الحقوق مثلها مثل الراشدة ولكن هل تتمتع بحق التصرف فيها؟ على اعتبار أنها لا تملك أهلية التصرف ، هذا ما سنجيب عنه في فرعين: الأول نتناول فيه حق الزوجة القاصر في التصرف في الصداق والفرع الثاني حق الزوجة في التصرف في النفقة .

## الفرع الأول: حق الزوجة القاصرة في التصرف في الصداق.

قبل الذهاب إلى معرفة هل تتمتع الزوجة القاصر في حق قبض الصداق وتصرفه يجب أولا التطرق إلى أحكام الصداق في قانون الأسرة الجزائري .

**أولا :** أحكام الصداق في قانون الأسرة الجزائري :

**أ**– التعريف القانوني للصداق :

الصداق هو المال الذي أوجبه الشارع الحكيم على الرجل للمرأة بالعقد عليها او بالدخول بها وذلك لتأسيس حياة زوجية دائمة وشريفة ملأها الإطمئنان والسعادة[1].

ب – التكييف القانوني للصداق :

يعتبر الصداق حسب قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02 شرط من شروط عقد الزواج وهذا استنادا للمادة 09 مكرر المضافة بنفس الأمر ، والتي تنص بأنه " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية : أهلية الزواج – الصداق – الولي – شاهدان – انعدام الموانع الشرعية للزواج ".

من هذه المادة يتضح أن الصداق هو شرط مهم كغيره من شروط عقد الزواج ، فإن كان البعض يعتبرونه أثرا من آثار الزواج وليس ركنا ولا شرطا لانعقاده ولا يترتب على اغفاله بطلان العقد، فإن قانون الأسرة المعدل قد

[1] عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقة الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د.ط، دار البصائر ، الجزائر، 2010، ص 131.

رتب على اغفاله جزاءا فاسخا حينا ومثبتا حينا آخر، حيث ورد في الفقرة الثانية من المادة 33 من الأمر 05-02 " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل "[1].

ج-شروط الصداق في قانون الأسرة الجزائري :

حدد المشرع الجزائري شروط الصداق في المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري [2]فمن خلال هذه المادة نستنتج شروط الصداق كما يلي :

1- يجب أن يكون الصداق بما يجوز التعامل فيه شرعا ، فلا بد من توفر الشروط الشرعية التي ذكرها الفقهاء حتى يكون الصداق صحيحا فإذا تخلفت بعض هذه الشروط أو فقدت كلها لم يكن المال المقدم للزوجة صحيحة قانونا ولذلك كل ما يجوز التعامل به شرعا يجوز التعامل فيه قانونا [3].

2- يجب أن يكون الصداق من النقود أو غيرها من المشمولات ، أي يجب أن يكون مما يتقوم بالمال كالذهب والفضة ، وكذلك يجوز أن يكون المهر من المنافع المشروعة التي يجوز أخذ أجرة عليها [4].

**د - حالات استحقاق الزوجة القاصرة للصداق في قانون الأسرة الجزائري**

---

[1] رغم أن الصداق شرط من شروط صحة عقد الزواج حسب التعديل الأخير إلا أن هذا الشرط لا يتم تسجيله عند ضابط الحالة المدنية إلى يومنا هذا.

[2] المادة 14 من قانون أ ج الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء .

[3] عيسى حداد، عقد الزواج مقارنة ، منشورات جامعية ، جامعة باجي مختار، عنابة ، 2006 ، ص 181 .

[4] عبد العزيز سعد، المرجع سابق ، ص 54.

من خلال نص المادتين 16 و 13 ق أج ، تبين لنا أن المشرع الجزائري من خلالها وضح لنا الحالات التي تستحق الزوجة فيها كامل الصداق المسمى والحالات التي تستحق فيها صداق المثل.

ه-استحقاق الصداق المسمى كاملا :

لقد ورد النص عليه في المادة 16 من تقنين الأسرة على أنه "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أوبوفاة الزوج ، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول " .

وعليه نستنتج من هذا النص : أن عقد الزواج متى تم صحيحا تستحقه بمجرد انعقاد واتمام الدخول بها ، كما تستحقه أيضا بوفاة الزوج قبل الدخول

2- استحقاق صداق المثل :

لم يحدد لنا المشرع الجزائري حالات وجوب صداق المثل ولكن استخلاص هذه الحالات من خلال المادتين 15 و 33 من تقنين الأسرة وهي كالتالي :

- اذا لم يتم تحديد الصداق في العقد مطلقا وهذا ما تضمنته المادة 15 في فقرتها الثانية

- اذا تم الدخول بدون صداق وهذا ما تناولته المادة 33 في فقرتها الثانية ولقد جسدت المحكمة العيا في قرار رقم 210422 إذ جاء فيه أن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج لأنه عند النزاع يقضي للزوجة بصداق المثل [1].

**ثانيا:** قبض الصداق والتصرف فيه :

الصداق هو حق خالص للزوجة، يحق لها أن تقبضه بنفسها أو توكل من تشاء في قبض هذا الصداق، وإن كانت قد جرت العادة عندنا على أن الأب هو الذي يتولى قبض الصداق لأنه هو الذي يتولى في الغالب تجهيزها.

[1] لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق، ص 148 .

ومادام هو حق من حقوق المرأة يثبت لها بمجرد تمام العقد فإن لها مطلق التصرف فيه ما دامت كاملة الأهلية، فلها أن تشتري به ما تريد أو تبيعه أو تهبه أو تتنازل عنه لزوجها ولا يجوز لأحد الإعتراض على ذلك.[1] ولكن الإشكال يثور ما إذا كانت المرأة ناقصة الأهلية لم يتعرض قانون الأسرة إلى تفصيل لهاته المسألة وإذا قمنا بإستقراء المادة 14 منه حق الزوجة أن تتصرف في الصداق فلها بذلك أن تقبضه بنفسها أو توكل أحد من أوليائها لقبضه .

ولكن إذا تتبعنا أحكام الولاية على المال المنصوص عليها في المواد 87-88 من ق.أ.ج، فالزوجة القاصرة لا تتمتع بأهلية الولاية على المال فلا يحق لها أن تقبضه أو تتصرف فيه، بل يسلم لصاحب الولاية على مالها.

كذلك نص المادة 83 من ذات القانون تقيد تصرف القاصر بما نصه من بلغ سن التمييز و لم 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 كانت بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء، ولأن المشرع رخص للقاصر الزواج ومنحه حق التقاضي و لم يعطيه حق التصرف في الأموال الناتجة عن عقد الزواج.

## الفرع الثاني: حق الزوجة القاصر في التصرف في النفقة الزوجية.

تعد النفقة من بين الحقوق التي تثبت للزوجة بمقتضى عقد الزواج الصحيح، وهذا لضمان سير الحياة الزوجية سيرا حسنا وتحقق ثمراتها . فهل تملك الزوجة القاصرة حق التصرف فيها ؟

سنجيب على هذا السؤال على النحو التالي :

أولا : أحكام النفقة في قانون الأسرة الجزائري :

[1] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 79 .

أ- التعريف القانوني للنفقة : لم يعطي المشرع الجزائري تعريفا لنفقة الزوجة على شاكلة الفقهاء ، وعليه نلاحظ أن تقنين الأسرة لم يعرف النفقة ولكن بالرغم ن ذلك نجده ينص في المادة 74 من ق .أ .ج "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون " بالإضافة إلا ذلك نجد شراح هذا القانون تناولوها بالتعريف حيث عرفها الأاستاذ فضيل سعد بانها مجموعة الوسائل الضرورية لضمان حياة الشخص وحفظ صحته وكرامته[1].

ب – شروط استحقاق النفقة في القانون الجزائري :

لقد نص المشرع الجزائري على شروط وجوب النفقة في المادة 74 ق .أ. ج وهي كالتالي :

1 – الدخول بالزوجة ويقصد بذلك أن يكون عقد الزواج مستوفيا لجميع أركانه وشروطه المنصوص عليها في المادة 9 و 9 مكرر من ق. أ .ج[2].

وعليه فإن الزوجة المعقود عليها فقط دون دخول لا نفقة لها على زوجها ، إلا في حالة واحدة وهي الحالة التي يتم فيها العقد بصفة رسمية صحيحة وتباطئ الزوج في ادلخول بها لسبب غير معروف أو غير شرعي ، وللمحكمة أن تقضي لها بالنفقة إذا طلبتها وقدمت أدلة وبيانات تثبت طلبها [3].

وفي هذا يرى الدكتور الغوثي بن ملحة ان الأصح هو ربط قضية النفقة من يوم انعقاد عقد الزواج لأنه بمجرد العقد صارت المرأة زوجة للزوج العاقد عليها وبالتالي أصبحت محبوسة له[4].

---

[1] فضيل سعد، المرجع السابق، ص177

[2] انظر المادة 9 و 9 مكرر من ق أ ج.

[3] نبيل صقر، قمرواي عز الدين، المرجع السابق، ص 28

[4] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 80

2- ان تكون الزوجة صالحة للمعاشرة : بما أن الزواج حسب المادة 04 م ق أ ج هو عقد رضائي ومن أهدافه تكوين أسرة ، أساسها المودة والرحم والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، فإنه لتحقيق هذه الأغراض الزوجية يجب أن تكون المدخول بها أو التي دعيت إليه بالغة السن القانونية للزواج وهو 19 سنة وهذا حسب ما هو منصوص عليه من ق. أ .ج .

لم يتعرض المشرع الجزائري في هذا التقنين لحالات سقوط نفقة الزوجة خاصة وأن القانون 05 -02 قد عدل بالكامل نص المادة 37 من ق أج والتي كانت تنص على أن النشوز من مسقطات النفقة بما رتب في المادة 55 " الطلاق في حصول نشوز من الزوجة، ومن الملاحظ ان المشرع الجزائري أوجب النفقة للزوجة بغض النظر على صغر سنها في المادة 74 ق.أ.ج طالما أن الزوجية والدخول بها قد توافرا هذا بخلاف الفقه الإسلامي الذي أورد ثلاثة حالات في نفقة الزوجة القاصرة.

الحالة الأولى: صغيرة لايمكن الإنتفاع بها لا في الخدمة ولا في الإستئناس حسب الحنفية لا نفقة لها، أما الشافعية فيربطونها بالعقد.

الحالة الثانية: صغيرة لايمكن الدخول بها تأخذ حكم الراشدة فلها النفقة.

الحالة الثالثة: صغيرة يمكن الإنتفاع بها والإستئناس ولا يمكن الدخول بها، فيرى الحنفية تستحق النفقة ولا تستحق النفقة عند غالبية الفقهاء.

ج- مشتملات النفقة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري :

النفقة الزوجية هي ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها من طعام وكسوة ومسكن وكل مايلزم لها حسبما تعارفه الناس، وعرفها المشرع الجزائري في المادة 78 من ق.أ.ج بمشتملاتها فنصت على: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة

والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في عرف الناس وعاداتهم من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قضاة الموضوع[1].

**ثانيا : حق الزوجة القاصرة في التصرف في النفقة .**

لقد ذكرنا سابقا أنه يجب على الزوج أن يتولى الإنفاق على زوجته حسب طاقته ، لم يذكر المشرع الجزائري كيفية تقديم النفقة للزوججة و لم ينص عليها بنص صريح ، وذلك إما لأنه رأى أن الزوج هو الذي يتكفل بالانفاق على زوجته من غير أن يطلب منه وذلك بتوفير كل ما يلزمه للمعيشة من طعام ، شراب ، مسكن ، وإما أنه رجع الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من ق .أ .ج، والتي ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية طرفين للحصول على النفقة .

1- أسلوب التمكن :

إن الأصل في الإنفاق هو المنفق عليه مع مقتضى الحياة الزوجية المستقرة بحيث يتولى الزوج بنفسه ، بأن يهيء للزوجة المسكن الشرعي ويوفر لها ما تحتاج من غذاء ولباس وضروريات الحياة حسب العرف [2]، وهنا لا يمكن الحديث عن حق تصرف الزوجة القاصرة في النفقة لأن هذه الطريقة المثلى في الإنفاق .

02 - أسلوب التمليك :

تكون هذه الطريقة إذا لم يقدم الزوج النفقة لزوجته على الوجه المذكور أو أنه وفر لها ما لا يكيفها فيكون للزوجة حينئذ أن تطلب فرض نفقة لها أو زيادة ما يلزم لها من النفقة لتقوم بالانفاق على نفسها ، وقد أخذ قانون الأسرة

[1] هنان مليكة، محاضرات في قانون الأسرة، مطبوعة مقدمة لطلبة ماستر قانون الأسرة، معهد الحقوق و العلوم السياسية، المركز الجامعي نور البشير، البيض، الجزائر، 2013-2014، ص

[2] محمد كمال الدين إمام، الزواج والعلاقات في الفقه الإسلامي، الطبعة 01، المؤسسة الجامعية للدارسات، لبنان، 1996، ص

هذا المبدأ عندما أجاز للقاضي تقدير النفقة طبقا للمادة 79 ق .أ .ج، وهنا يكون قد أجاز للزوجة المطالبة بمراجعة مقدار النفقة متى ارتفعت القدرة الشرائية ، كما منح للزوجة القاصرة أن تباشر إجراءات التقاضي لنفسها ما دامت النفقة أثر من آثار الزوجة، وهنا نستطيع القول أن المشرع الجزائري اعترف للزوجة القاصرة بحق التصرف في النفقة متى كان هذا الأسلوب معتمد.

## المطلب الثالث : حق الزوجة في التقاضي للمطالبة بالحقوق .

تعتبر المادة 07 من ق.أ.ج الأساس القانوني الذي منح للزوجة القاصر حق المطالبة بحقوقها الناتجة عن عقد الزواج إذا ما امتنع الزوج عن تنفيذها وهذا حين أكسبها أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق وسنتطرق في هذا المطلب إلى الحماية القانونية التي منحها المشرع للزوجة بالمطالبة بالنفقة عبر المحاور التالية:

### الفرع الأول : الضمانات المقررة لحماية حق الزوجة في الصداق.

لقد أحاط قانون الأسرة حق الزوجة في الصداق بضمانات لحمايتها عن طريق منحها حق اللجوء للقضاء للمطالبة به وهنا تكون الزوجة أمام حالتين :

1- حق الزوجة في اللجوء إلى القضاء والمطالبة بالصداق.

2- حق الزوجة اللجوء إلى القضاء لمطالبة زوجها بالمهر .

وذلك طبقا لإجراءات التقاضي العادية المنصوص عليها في ق.إ.م.إ.ج والتي حددت المادة 423 /1 ق ن ج منه أن الاختصاص يعود لقيم الشؤون بما أن الصداق يدخل ضمن الدعاوي المتعلقة بالزواج، كما قد تناول قانون الأسرة في المادة 17 المنازعة حول الصداق حيث نصت في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس

لأحدهما ، وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين [1].

من خلال هذه المادة يتضح لنا أن المشرع نظم خلالهما كيفية الفصل في النزاع الذي يقوم بين الزوجين على الصداق أو ورثتهما وقيم هذه النزاعات إلى نزاعات قبل الدخول وأخرى بعده دون أن يقوم بتحديد ماهي أنواع هذه الخلافات والتي تطبق عليها القواعد العامة في الإثبات .

أولا : حالة قيام النزاع قبل الدخول :

لقد نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في المادة 17 من ق أ ج ، ويعني هذا أنه إذا حدث نزاع بين الزوجين أو بين أحد الزوجين وورثه الزوج الآخر أو بين ورثة الزوجين حولل المهر قبل الدخول و لم تكن هناك بينة فالقول للزوجة أو ورثها مع أداء اليمين أمام القاضي المطروح عليه النزاع [2].

ثانيا : حالة قيام النزاع بعد الدخول :

وهو ما تناوله المشرع الجزائري في الشطر الثاني من المادة 17 والتي تعني أنه إذا كان النزاع حول الصداق قد...بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة بعد الدخول، فالقول قول الزوج ، ورثته مع أداء اليمين هي يمين مرجحة مفروضة بحكم القانون ولا تخضع لرغبة القاضي ولا لرغبة الخصوم وغير قابلة للرد[3] .

وخلاصة القول من كل هذا أن المشرع الجزائري في نصه في المادة 17 يتفق مع فقهاء الشريعة الاسلامية من حيث تقييمه للنزاع الذي يثور حول الصداق، ولكن تجدر الإشارة إليه هنا أن لا بد من القاضي أن يميز مبدئيا فيما

---

[1] دليلة فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص 129.

[2] أحمد نصر الجندي ، شرح قانون الأسرة ، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2009 ، ص 140.

[3] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص49

كان النزاع حاصلا قبل الدخول أو بعده فيستطيع الفصل في موضوع النزاع إما يمنح الزوجة صداقهما بعد أداء اليمين بأنها لم تستلمه و إما بإعفاء الزوج منه بعد أداء اليمين بأنه صدقلزوجته مباشرة أو بالواسطة [1].

2- حق الزوجة في طلب فسخ عقد الزواج :

إذا امتنع الزوج عن تقديم الصداق لزوجته فلها أيضا أن تطلب فسخ العقد وقد نص على هذا في المادة 33من ق أج والتي تقضي بأنه إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي فإنه يمكن طلب فسخه قبل الدخول باعتباره عقد فاسد أو ليس باطلا ويثبت بعد الدخول بصداق المثل .

وفي هذا يرى الأستاذ فضيل سعد أن الصداق في قانون الأسرة الجزائري هو شرط صحة بحيث إذا تخلف كان العقد قابلا للإبطال[2]، وحول هذه المسألة يقول الدكتور بلحاج العربي أنه كان يتوجب على المشرع الجزائري عدم التركيز على مصطلح صداق المثل طالما نص أن يتم تحديد الصداق رسميا في عقد الزواج[3].

## الفرع الثاني : الضمانات المقررة للحفاظ على حق الزوجة في النفقة .

لم يكتف المشرع الجزائري بتنظيم أحكام وجوب النفقة وإلزام الزوج بتوفير كافة مستلزماتها من طعام وكسوة ومسكن فحسب وإنما عمد أيضا لتقرير حماية قصوى لضمان حق الزوجة في النفقة، فإذا امتنع الملتزم بها عن الوفاء قرر المشرع عدة إجراءات خاصة لمواجهته.

1- حق الزوجة في رفع دعوى قضائية :

---

[1] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق، ص 50

[2] فضيل سعد، المرجع السابق، ص

[3] بلحاج العربي ، المرجع االسابق ، ص 235

إذا امتنع الزوج عن أداء النفقة للزوجة فإنه يحق لها أن ترفع دعوى اعتماد على إجراءات القضاء العادي المنصوص عليها ق أ م إ وعلى حكم استعجالي بموجب المادة 57 من ق. أ .ج.

أولا : دعوى أصلية ترفعها أمام قاضي شؤون الأسرة :

فبالرجوع إلى المادة 5/426 والمادة 2/40 من ق.أ.م.إ.ج [1]، نجد أنه يسند الاختصاص الإقليمي للنظر في المنازعات التي تثور حول النفقة للمحكمة موطن الشخص المقرر له قبض النفقة ، وعليه فإن الزوج مطالب بأدائها للزوجة في المكان الذي تتواجد به أما بخصوص الاختصاص النوعي فإنه يسند حسب المادة 2/423 من ق.أ.م.إ.ج إلى قسم شؤون الأسرة على مستوى محكمة الدرجة الأولى للقضاء العادي [2].

ثانيا : الدعوى المرفوعة أمام قاضي الأمور المستعجلة :

إلى جانب أمكانية رفع الدعوى أمام القسم المدني فإنه حسب المادة 57 مكرر[3]، من ق.أ.ج يتضح لنا من خلالها أنه يحق للزوجة أن ترفع دعوى استعجالية أمام رئيس المحكمة التي تقيم بدائرة اختصاصها عن طريق عريضة تقدم إلى رئيس كتابة الضبط وفقا للإجحراءات المقررة والمنصوص عليها، المواد من 13/ 173 والمادة 64 ق.أ .م .إ .ج وهذا لإستصدار أمر على ذيل العريضة يجري القضاء لها ولأولادها بنفقة مؤقتة .

2- حق الزوجة في طلب التطليق :

[1] تنص المادة 5/426 وتنص المادة 40

[2] تنص المادة 423 / 2.

[3] تنص المادة 57 مكرر.

بعد أن ترفع الزوجة دعوى النفقة وصدر الحكم بوجوبها على الزوج فإنه إذا امتنع الزوج عن دفعها أقر لهما المشرع الجزائري أن تطلب التطليق اعتماد على الفقرة الأولى من نص المادة 53 ق .أ.ج [1]، وسنتعرف إلى هذا بالتفصيل في الفصل الثاني .

3- متابعة الزوج بجريمة عدم تسديد النفقة :

إذا كان ق. أ .ج ومن قبله قواعد الشريعة الاسلامية قد قرر إلزام الزوج بالإنفاق على زوجه ضمانا لاحترام مبدأ التعاون والتكافل بين كامل أفراد الأسرة فإن التخلي عن القيام بهذا الواجب يعتبر تخلي نوعا ما عن الالتزامات الزوجية والتي يستحب أن يعاقب على هذا الاخلال وذلك بعد تقديم شكوى للنيابة العامة والمطالبة بمسائلته عن جرم عدم تسديد النفقة وعليه تقييما لهذا المبدأ نص المشرع الجزائري في المادة 331 من ق.ع.ج " يعاقب بالحبس 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا أو لمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاءا لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه وأصوله أو فروعه وذلك رغم صدور حكم ضد إلزامه بدفع نفقة إليهم ".

ولهذا لا بد من توفير شروط لقيام هذه الجريمة والمتمثلة في صدور حكم يثبت استحقاق الزوجة للنفقة ويكون حائزا لقوة الشيء المقضي فيه والامتناع المعتمد لمدة أكثر من شهرين متتاليين دون انقطاع [2].

وعلى هذا الأساس فإن المحكمة بعد التحقق من توفر كل هذه الشروط فإنه يترتب عليه جريمة عدم تسديد النفقة وهي جنحة مستمرة لا تفعل إلى حين التخلص التام من دفع المبالغ المقررة للمتهم كما أن سحب الشكوى او التنازل عنها لا يؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية باعتبار أن الشكوى أو التنازل عنها لا يؤدي إلى انقضاء الدعوى

[1] تنص المادة 53 ق. أ .ج.

[2] عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة على تنظيم الأسرة ، د.ط، المؤسسة الوطنية ، الجزائر ، 1990 ، ص 30-32

العمومية باعتبار أن الشكوى ليست شرطا لازم للمتابعة وعلى هذا يحكم بغدانة الزوج بجنحة الامتناع عن دفع المبالغ المقررة قضاء أو تسلط عليه الجزاء القانوني المناسب لذلك [1].

[1] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 366

# الفصل الثاني:

# المركز القانوني للزوجة القاصرة في فك الرابطة الزوجية

## الفصل الثاني: المركز القانوني للزوجة القاصرة في المطالبة بانحلال الرابطة الزوجية.

يعتبر عقد الزواج من أقدس العقود و كذلك فإن الله سبحانه وتعالى سماه في محكم تنزيله ميثاقا غليظا، ووضع لم من القواعد مايضمن له البقاء و الاستمرار غير أنه تستحكم خلافات و مشاكل أسرية بين الزوجين ممايؤدي الى انحلال الرابطة الزوجية.

لذلك حرص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على وضع القواعد القانونية اللزمة فيما يتعلق بالجوانب الموضوعيية لانحلال هذه الرابطة ( المبحث الأول)، كما حظيت الأحكام الإجرائية باهتمام المشرع و التي تعتبر انعكاسا ومقياسا لمدى تطور المجتمع فهي مرتبطة به ( المبحث الثاني ).

### المبحث الأول : الأحكام الموضوعية لفك الرابطة الزوجية.

جعل الشارع الحكيم العصمة بيد الزوج و أعطاه الحق في انهاء الرابطة الزوجية وفق لإرادته متى شاء إلا أنه لم يهمل جانب المرأة في ذلك فشرع لها طريقتين للخلاص من هذه الرابطة بطلب منها إذا ماستحالت العشرة الزوجية بينهما وساد الشقاق وعلى غرار ذلك سارى المشرع الجزائري في المادة 53 و54 من قانون الأسرة الجزائري و اللتين تناولتا موضوعي التطليق ( المطلب الأول) والخلع ( المطلب الثاني) غير أن هذا الإنفصال يرتب مجموعة من الآثار أهمها الحضانة ( المطلب الثالث ).

#### المطلب الأول : حق الزوجة القاصرة في طلب التطليق.

إن التعديل الجديد 05-02 لم يتطرق إلى تعريف قانوني للطلاق واكتفى من خلال المادة 48 بذكر حالات انحلال الرابطة الزوجية والتي تعتبر التطليق من إحدى حالاتها، فلم يعرف أيضا واقتصر على ذكر

أسبابه في نص المادة 53 من نفس القانون وبالرجوع إلى معنى التطليق في اللغة نجده لا يختلف عن لفظ الطلاق فكلاهما سواء فكلمة تطليق في اللغة العربية يعود أصلها في اللغة إلى طلّق تطليقا: والمصدر يرجع لعدة معاني [1].

- الترك: ومنها طلق البلاد تركها، وطلقت القوم تركته .
- الفراق : طلقت البلاد فارقتها
- التخلية : ومنه أطلقت الأسير أي خليته
- وطلاق النساء يأتي في اللغة بمعنيين [2] أحدهما حل عقده النكاح والآخر بمعنى التخلية والإرسال: يقال طلق الرجل زوجته فهي طالق وطلقت المرأة من زوجها طلقا، أي تحللت من قيد الزواج وخرجت من رحمته.

أما عن تعريفه في الاصطلاح: فهو منح الزوجة فك الرابطة الزوجية بناء على إرادتها المنفردة وفي حدود ما ورد في نص المادة 53 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 تأسيسا على ضرر منصوص عليه قانون أو ضرر شرعا طبقا لما نصت عليه الفقرة 06 من المادة 53 قانون الأسرة قبل التعديل والتي أصبحت فقرة 10 من نفس المادة بعد التعديل، وبذلك فإن التطليق في الإصلاح هو طلاق بائن على الإرادة المنفردة للزوجة ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة ويفرق القاضي بينهما... بقواعد العدالة والانصاف.[3]

أما بالنسبة للفقه الاسلامي فالتطليق هو طلاق بطلب من الزوجة، واختلفوا في اسبابه؛ فمذهب الإمام أبي حنيفة أنه لايمكن للقاضي أن يمنح التطليق للزوجة، إلا لعيب في الزوج، وقصر العيوب الموجبه للطلاق على

---

[1] جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، مجلد 10، د. ط، دار بيروت، لبنان، د. س. ن، ص 229 .

[2] جمال الدين ابن منظور، المرجع نفسه، ص 229.

[3] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 273.

العيوب التناسلية وحصرها الحنفية في علتان فقط هي " الجب والعته " وأضاف البعض من الحنفية الخصاء أيضا[1]، في حين توسع غيره من أصحاب المذاهب في ذلك فحصروا أسباب التطليق في حالات معينة وهي عدم النفقة والضرر المعتبر شرعا والشقاق وغياب الزوج وحبسه والعيوب التناسلية [2].

المشرع في قانون الأسرة منح للمرأة حق التطليق بارادتها المنفردة اذا اساء عشرتها و ألحق بها ضرر غير متحمل و جعل لها حق اللجوء إلى القضاء متى توفرت الحالات المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة كما فتح المجال أمام السلطة التقديرية ، للقاضي في فك الرابطة الزوجية متى توفرت هاته الحالات وأمكن الزوجة اثباتها .

## الفرع الأول : حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري وتطبيقاتها على الزوجة القاصرة .

نصت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، يجوز للزوجة أن تطلب التطليق، وهنا يكمن القول: أن لفظ الزوجة يعني سواء كانت راشدة أم قاصرة، فهنا العبرة بالصفة لا بالذات حسب نص المادة 53 من قانون الأسرة صفة الزوجة.

**وتنحصر أسباب التطليق :**

**أولا**- عدم انفاق بعد صدور الحكم ... ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 ، 79 ، 80 من هذا القانون .من الفقرة نستخلص :

أ- أن يصدر حكم يقضي بالزام الزوج بالانفاق على زوجته

ب- أن لا تكون عالمة باعساره وقت إبرام عقد زواج[1] .

---

[1] هو قطع الذكر والأنثيين " العنة " هو العجز عن الوطىء وعرفها المالكية بانها صغر الذكر ، بحيث لا يتأثر معه إثنان النساء، و الخصاء: قطع الخصيتين؛ **ينظر:** محمد سماؤة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن للقانون الأحوال الشخصية ، ط1 ، دار الثقافة عمان، الاردن، 2008، ص 328.

[2] محفوظ بن صغير ، المرجع السابق، ص 230.

[1]هنان مليكة، محاضرات في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 128.

بمعنى أن تقوم الزوجة برفع دعوة النفقة أمام القاضي المختص ، ويصدر هذا الأخير حكم يراعي فيه 78-79-80 من قانون الأسرة وأن يصبح هذا الحكم نهائي.

أما شرط أن لا تكون عالمة لحالته وظروفه ، هذا الشرط لا يمكن أن يتماشى مع الزوجة القاصرة لأن زوجها خاضع لإجراءات معينة منها : الإذن القضائي والذي يراعي مصلحة وضرورة زواج القاصرة وبالتالي لا يمكن لوم زوجة قاصرة على علمها بإعسار زوجها ولا يمكن تحميلها إثبات ذلك بأن القاضي الذي منح الإذن لزواجها بالضرورة يكون قد علم بالموضوع .

**ثانيا: العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج :**

في هذه الحالة لا تختلف الزوجة القاصرة عن غيرها في طلب التطليق للعيوب ، و لم يبين المشرع على سبيل الحصر والعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج وجاءت أحكام الفقرة الثانية بصيغة عاملة وشاملة ، ومنه فإن العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج وقت إبرام العقد وقد تكون يعوب طارئة، طرأت أثناء قيام الحياة الزوجية وأن تكون هذه العيوب غير ممكنة الإصلاح وغير قابلة بالاحتمال وأن لا تكون الزوجة عالمة بها وقت الزواج وراضية بها[1] .

ومن العيوب المبررة لطلب التطليق العيب الذي يحول دون التناسل، لأن من أهداف الزواج الإنجاب وتكوين أسرة مبنية على المحبة والمودة[2] .

ومن العيوب المبررة لطلب التطليق أيضا أن يكون الرجل خصي غير قادرة على المعاشرة، وكذا الجنون والجذام والبرص والرهري وكل عيب أو علة تعكر صفوى الحياة الزوجية، وتقدير العيوب والعلل التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج تعود للقاضي المطروحة أمامه الدعوى، إذ هو المؤهل وحده تقدير الأدلة

[1] يوسف دلاندة ، المرجع السابق، ص 53 .

[2] مليكة هنان، محاضرات في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص144.

والبراهين والحجج المقدمة من الزوجة كما أنه بإمكانه لما له من سلطة تقديرة اللجوء إلى أهل الخبرة، كأن يعين خبيرا في شخص طبيب أو أكثر يكون مختص لإعداد تقرير حول الحالة التي تشكو منها الزوجة في شخص زوجها[1].

**ثالثا: الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر :**

هو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، والهجر في الفراش من أسباب التطليق بما له من ضرر معنوي للزوجة لمدة أربعة أشهر كاملة. والهجر الذي يؤخذ به هو الهجر بدون سبب أو مبرر شرعي، أو مصوغ قانوني أما إذا كان الهجر خارج إرادة الزوج كأن يكون مجبرا على السفر للعمل أو دخوله المستشفى ففي هذه الحالة لا تسمع طلبات الزوجة، وحق المعاشرة حق أقره الشرع والقانون، لأن من أهداف الزواج إستمتاع الزوجين ببعضهما البعض وكذا الإنجاب، وحق المعاشرة حق أقره الشرع والقانون، لأن من أهداف الزواج إستمتاع الزوجين ببعضهما البعض وكذا الإنجاب .[2] غير أن السؤال الذي يجب طرحه كيف يمكن للزوجة القاصرة إثباب هجرها المضجع ؟

وحق المعاشرة حق أقره الشرع والقانون، لأن من أهداف الزواج إستمتاع الزوجين ببعضهما البعض وكذا الإنجاب .[3] غير أن السؤال الذي يجب طرحه كيف يمكن للزوجة القاصرة إثباب هجرها المضجع ؟ إذا كانت الزوجة القاصرة تتمتع بالصفة والمصلحة في دعوى طلب التطليق، غيرر أن مسألة إثبات الحق تتطلب قدرة ذهنية وإدراك للواقع الذي تعيشه وهذا كله مرتبط بمدى كمال الأهلية .

---

[1] فضيل عيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد مدعما باجتهاد قضاء المحكمة العليا، منشورات أمين، الجزائر، 2008، ص

[2] عبد المؤمن بن بقاي ، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مدعمة بنصوص قانون الأسرة الجزائري، د ط ، دار الهدى ،عين مليلة، الجزائر، 2000، ص52.

هذا من جهة ثم أن مسألة تقدير هجر رالزوج لزوجته مسألة موضوعية يختص بها القاضي الفاصل بالدعوة المطروحة أمامه، ويكون القاضي هنا حامي لمصلحة الزوجة القاصرة، ويتخذ كافة الاجراءات ليتحقق من الهجر .

**4- التطليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة :**

قد يرتكب الزوج جريمة معاقب عليها قانونا ، فتتضرر الزوجة من ذلك بل قد تجعل الحياة الزوجية بينهما متنافرة ومستحيلة وهو ما يتنافى مع مقاصد التشريع ، مما يدفع بالزوجة إلى طلب التطليق من زوجها حسب الفقرة الرابعة من نص المادة 53 ، لكن المشرع الجزائري قد قيد استعمال هذا الحق بوجوب توفر عدة شروط مجتمعة تتمثل في :

أ- يجب على الزوجة أن تثبت بالطرق القانونية أن زوجها وبسبب ارتكابه جريمة معينة صدر ضده حكم قضائي نهائي أي أن الحكم قد حاز على قوة الشيء المقضي به .

ب- أن تكون الجريمة المعاقبة عليها مما يمس شرف الأسرة .

ج – أن تجعل الجريمة مواصلة العشرة بين الزوجين أمرا مستحيلا ، حيث يتحول الحب بينهما إلى بغض وكراهية وتصبح الحياة الزوجية بينهما جحيما لا يطاق . فمتى توفرت هاته الشروط أمكن للزوجة قاصرا أو راشدة طلب التطليق من زوجها لهذا السبب .

**خامسا- التطليق لغياب الزوج :**

أجاز قانون الأسرة الجزائري للزوجة أن تطلب الحكم بتطليقها من زوجها حالة الغياب وذلك ما تضمنته المادة 53 في فقرتها الخامسة فنصت يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة ، كما نصت المادة 112 من نفس القانون على أنه لا يجوز لزوجة المفقود أو الغائب، أن

تطلب الطلاق بناءا على الفقرة 05 من المادة 53 من هذا القانون، غير أن المشرع منح الزوجة هذا الحق بناء توافر ثلاثة شروط[1] .

**وهي أن تكون :**

**أ**- مدة الغيبة تجاوزت السنة ولو بيوم؛ من خلال هذا الشرط نجد أن المشرع الجزائري حذا حذوا المذهب المالكي الذي جعل مدة الغيبة بين سنة وثلاث سنوات على أن تكون هذه المدة مستمرة غير منقطعة فإذا انقطعت فإن شرط المدة لا يكون متكرر، ويكون احتساب المدة من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوة . أما إذا كانت المدة أقل من ذلك ولو بيوم فلا يجوز للزوجة طلب التطليق، وبالنسبة لزوجة المفقود فإن احتساب المدة يكون من يوم صدور الحكم بفقده [2] .

كما يثبت الحق في التطليق للزوجة الغير مدخول بها ولو لم يختلي بها الزوج لأن ضرر الغياب متوفر في حقها وفي ذلك قضت المحكمة العليا بأنه: ( يجوز للزوجة أن تطلب التطليق مع التعويض، إذا تأخر الزوج عن الدخول بزوجته لمدة 5 سنوات فإن ذلك يعتبر تعسفا في حقها ويبرر التعويض .. )[3].

**ب** – أن تكون الغيبة بدون عذر، أي يكون غياب الزوج بدون عذر شرعي

**ج** – أن لا يترك له نفقة خلال مدة غيابه .

---

[1]- أحمد مصري النجدي، المرجع السابق، ص 118.

*- الغائب: الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير.

*- المفقود : هو الشخص الذي لا يعرف مكانه ولا حياته أو موته ولا يعتبر مفقود إلا بحكم.

[2]أحمد مصر النجدي، المرجع السابق، ص 119 .

[3] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 135435 بتاريخ 1996/04/23 المجلة القضائية العدد 01 لسنة 1998 ، ص 129.

في حالة ملكية الزوج للأموال دون أن يترك للزوجة ما تنفقه فإن القاضي ومتى رفعت إليه الزوجة طلب التطليق للغياب بلا نفقة يلجأ من وجود الأموال ويحكم لها تأهذ بما يكفيها من النفقة من ماله الموجود بحوزتها أو تحت حيازة الغير وتكون الأحكام مشمولة بالنفاذ المعجل[1]، هذا ما إذا كانت الزوجة راشدة وتتمتع بأهلية التصرف، أما إذا كانت قاصرة فمن وجهة نظرنا لا يمكن لهذاالرأي أن يتمشى معها إذا افترضنا أن الزوجة القاصرة لها أموال، فهي خاضعة لتصرفها في أموالها للنائب الشرعي .

فكيف أن تكون الأموال ملك للغير أي الزوج فحكم القاضي كان يعتبر تصرفها في مال الزوج أو أخذ ما يكفيها من النفقة تصرف قانوني، أما تصرفها في أموالها الخاصة باطل باعتبارها ناقصة الأهلية تخضع لأحكام النيابة الشرعية. اقترح الحل ففي هذه الحالة من يرفع الدعوى وليها أو .... ويمكن أن يعطيه القاضي حق القيام بكافة الاجراءات نيابة عن القاصرة.

**سادسا- التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 :**

نلاحظ أن المشرع الجزائري أنشأ حالة جديدة للتطليق وهي حالة تعدد الزوجات، فقد أباح المشرع التعدد كمبدأ عام ولكنه قيد الأمر بتوفر شروط معينة تتضح بجلأ من خلال نص المادة 08 من قانون الاسرة والتي استنتجناها كما يلي :

أ- أن يجود مبرر شرعي للزواج مرة أخرى

ب - أن تتوفر نية العدل بين الزوجات في الحقوق والواجبات

ج- ضرورة إخبار الزوجة الأولى برغبته في الزواج بثانية ويخبر الزوجة الثانية وبوجود زوجة سابقة له .

[1] فضيل سعد، المرجع السابق، ص294.

د- الحصول على الترخيص من رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية ...[1].

إن تأسيس طلب التطليق بناءا على أحكام المادة 53 من قانون الأسرة تتوفر حالة القيام بزواج بمرأة ثانية دون أن يخطر المرأة الأولى ودون أن ينال موافقتها ودون أن يتحصل على ترخيص مسبق، فإذا ما افترضنا أن الزوج قام بإخبار زوجته القاصرة والتي من المفروض أن تبدي موافقتها أمام رئيس المحكمة ، فهل من المتصور أن يمنح رئيس المحكمة ترخيص ويعتد بموافقة الزوجة القاصرة رغم انها في الاصل لا تتمتع بأهلية تزويج نفسها فكيف لها الموافقة للزواج من غيرها .

**سابعا- ارتكاب فاحشة مبينة :**

نص المشرع الجزائري في الفقرة السابعة من المادة 53، على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لارتكاب زوجها فاحشة مبينة[2].

والواقع أن المصطلح المستعمل من قبل المشرع يسوده الإبهام والغموض غير بأن الرجوع إلى المادة 337 مكرر من قانون العقوباب ( القانون رقم 14 - 01- المؤرخ في 4 فبراير سنة 2014 ) تعتبر الفواحش بين ذوي المحارم العلاقات بين الأقارب من الفروع أو الأصول، الإخوة والأخوات الأشقاء أو من الأب أو من الأم أو مع أحد فروعه من والد الزوجة أو الزوج أو زوج الأم، أو زوجة الأب وفروع الزوج الآخر، وان جريمة الفاحشة حسب ما ورد في المادة أعلاه لا تقوم إلا إذا توفرت أركانها كقيام العلاقة الجنسية

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 296.

[2] **مفهوم الفاحشة** : يمكن حصرها من خلال المدلول اللغوي كما شاع الاستعمال وجرى بها عرف اللسان العام وبالضبط كما استعمله القرآن الكريم فنقول عن الأمر أنه فاحش إذا زاد عن الحد المعقول ، فيقال رجل فاحش أو معتد في القول أو يقول خسارة فاحشة أي كبيرة أو غبن فاحش أي إذا جاوزت الزيادة ما يعتاد مثله **ينظر:** المنجد في اللغة و الإعلام ط 22 ، دار المشرق بيروت ، 1973 ، ص 570 .

وقيام علاقة القرابة، وقيام القصد الجنائي علاوة على ذلك أن يتم إدانة الزوج ويصبح الحكم حائز على قوة الشيء المقضي به[1]. هل يشترط في هذه الحالة الحكم النهائي وإلا ما الفائدة منها مع وجود الفقرة الرابعة.

من المعلوم أن هناك قيود واردة على تحريك الدعوى العمومية في ما يخص بعض الجرائم ومنها جريمة الزنا التي لا يمكن للنيابة العامة تحريك الدعوى فيها إلا بناءا على شكوى الزوج المضرور، ولما كان يتعين على الزوجة القاصرة تقديم شكوى أمام الهيئة القضائية، والتي تتطلب شرط الصفة الإجرائية في تحريكها فلا يمكن أن نتصور أن الزوجة القاصرة الخاضعة لولاية الأب ، أن تحرك الدعوى وهذا إذا ما حاول الأب الحفاظ على الكيان الأسري وبالتالي يمكن القول أنه لا يوجد ضمانات كافية تمكن الزوجة القاصرة من استغلال هذا السبب للمطالبة بالتطليق.

**8- التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين :**

نصت الفقرة 8 من المادة 53 من ق أ ج، على أنه يجوز للزوجة طلب التطليق في حالة الشقاق المستمر بين الزوجين وهي حالة تم إضافتها بموجب تعديل قانون الاسرة بواسطة الأمر 05-02 وذلك لانعدام أسباب الألفة ونفي المحبة والرحمة والسكينة بين الزوجين وهذا السبب هو وليد الاجتهد القضائي للمحكمة العليا فجعل المشرع الجزائري الشقاق المستمر بين الزوجين سببا من أسباب تطليق الزوجة[2] جاء في القرار الصادر في 1996/09/24.

والذي كان مدعاة لوجود هذه الفقرة من المادة 53 كما يلي :

---

[1] يوسف دلاندة ، المرجع السابق ، ص 59.

*يتوجب على القاضي تقدير الفعل هل فاحش أو غير فاحش ، اعتمادا على عناصر أساسية هي : العقل السليم – نظرة الدين إلى الفعل – الإرادة الإجتماعية العامة؛

[2] المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 139353 بتاريخ 1996/06/29 المجلة القضائية عدد 02 لسنة 1997 ، ص 66 .

من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا، ولما كان في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة من ما نتج عنه اصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كاف للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[1].

هذا وقد نصت المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري أنه إذا اشتد الخصام بين الزوجين، و لم يثبت الضرر، وجب تعيين حكمين لتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين .

**9- التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج :**

يعتبر عقد الزواج الركن الأصيل في الأسرة وأهم ما يبنى عليه المجتمع، لذا أولاه الإسلام من الأهمية بما كان، وقد وصفه القرآن الكريم بالميثاق الغليظ حيث يقول المولى عز وجل: ( وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذنا منكم ميثاقا غليظا )[2] .

وقد منح الإسلام حق اشتراط الشروط في عقد الزواج لكلا الزوجين ما دامت هذه الشروط لا تتعارض مع كتاب الله وسنة نبيه ولا تحلل حراما وأتحرم حلالا ، فالزوج أن يشترط ما يشاء من شروط ولزوجته أيضا الحق في أن تحتاط لنفسها وتشترط ما تراه من شروط تحفظ بها حقها، و لم يكتفي الاسلام بهذا

[1] المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 139353 بتاريخ 1996/06/29 المجلة القضائية عدد 02 لسنة 1997 ، ص 66

[2] سورة النساء، الآية 21 .

بل أولى الشروط بين الزوجينمن المكانة ما يتناسب وقيمة العلاقة الزوجية ذاتها في أن أمر بلوفاء بها وكان أكثر إلزاما من أي شرط يقع في عقد آخر[1].

قد نصت المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:( للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق كل الشروط يرياها ضرورية . ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات، وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون ).

في حين نصت الفقرة 09 من المادة 53 من نفس القانون على أنه: (يجوز للزوجة أن تطلبق التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج ).

وباستقراء وتحليل هاتين المادتين تبين لنا أن المشرع الجزائري قد أجاز للزوجين أن يشترط في عقد الزواج ويضع من الشروط التي يرياها ضرورية في العقد إذ لا تخالف هذه الشروط أحكام القانون ومبادئ الشريعة الإسلامية، كأن تشترط الزوجة عدم الزواج عليها طالما هذا الشرط أمر جوازي ومتروك لإرادة الزوجين ، وطالما أن قانون الأسرة يبيح التعدد كأصل عام ولو انه قيده ببعض القيود وفقا لما نصت عليه المادة 08 من قانون الأسرة الجزائرية كما سبق بيان ذلك .

لكن هناك سؤال يثار هنا، وهو أن المادة 19 جعلت للزوجين حق الإختيار في إدراج شروطهما ضمن عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق ، فالمسألة اختيارية في هذه المادة ، غير أن ذلك لم يراعى بدقة في المادة 53 من نفس القانون في فقرتها 09 التي تحدثت عن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج فقط ، دون أن يتم ذكر عبارة (أو في عقد رسمي لاحق ).

[1] نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون – مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستر في القانون ، فرع العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006 ، ص 61.

**السؤال:** فهل يأخذ القاضي بمخالفة الشروط الواردة في العقد الرسمي اللاحق أو يعزف عن ذلك تطبيقا لمبدأ حرفية النص [1].

وبناءا على ماسبق فالزوجة القاصرة مثلها مثل الراشدة لها الحق في الاشتراط ولكن يبقى السؤال المطروح ، إذا كان الإذن القضائي متعلق فقط بعقد الزواج وليس عقد مدني آخر فما مصير شروط الزوجة القاصرة في عقد آخر غير عقد الزواج، وهل يعتد به القاضي في حالة اعتباره سبب من أسباب التطليق في حالة مخالفة الشروط المتضمنة لها ؟

وباعتبار أن أحد طرفي العقد فاقد للأهلية وأن الإذن القضائي خاص بإبرام عقد الزواج فقط، فهنا لا يسعنا القول إلا أن الزوجة القاصرة علها الإشتراط في عقد الزواج لا عقد آخر حتى تتجنب الدفع ببطلان العقد الثاني.

**10- التطليق لكل ضرر معتبر شرعا :**

نصت المادة 53 في فقرتها العاشرة : ( يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا )، دون أن يفوتنا التنبيه إلى أن هذه العبارة كانت ضمن الفقرة السادسة من المادة 53 من قانون 24-11 سابقا، والتي أصبحت فقرتها 10 في ظل القانون الجديد المعدل بالأمر 02/05، وما يلاحظ أن المشرع عندما لم يحدد أنواع معينة من الضرر[2] فهنا تبنى فكرة ما يعتبر ضررا للزوجة لا يكون بالضرورة كذلك بالنسبة للأخرى .

وأن الضرر المعتبر شرعا في زمن ولدى جماعة ما قد لا يكون كذلك بالنسبة لزمن آخر وجماعة أخرى وخاصة أن قواعد الشريعة الإسلامية لم د أنواع معينة من الضرر، فلم يورد أي معيار للتميز بين الأفعال الضارة

[1] نجية زيتوني، المرجع السابق، ص 62.

[2] باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، د.ط، دارالهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص51.

الصادرة عن الزوج ضد زوجته وهذا يعني أن تقييم الفعل ومعرفة كونه ضار من عدمه يخضع لسلطة القاضي التقديرية[1]؛ وهذا ما يعتبر عائق أما الزوجة سواء كانت قاصرة أو راشدة في إثباته .

## الفرع الثاني : إشكالات التي تواجه الزوجة القاصرة في إثبات الضرر في التطليق .

لقد مكن المشرع الجزائري المرأة من فك الرابطة الزوجية بناء على طلبها، طلما أنها متضررة من الحياة الزوجية بإثبات الضرر الذي يكون سبب في التطليق وهذا من خلال ما جاء في المادة 53 ق أ ج ومن خلال تحليل هذه المادة توجد حالات فقط ، وردت على سبيل الحصر تشترط استخدام وسائل الإثبات ويصعب على المرأة تقديم دليل على ما تدعيه .

**أولا : في عدم الإنفاق :**

إن النص تطلب في حالة الامتناع عن النفقة صدور الحكم بوجوب النفقة وعلى ما يبدو أنه لا ضرورة لهذا الحكم لأن النفقة واجبة في الأصل بحكم الشرع والقانون ، غير أنه عندما تثبت الزوجة قيام الزوجية وامتناع الزوج عن النفقة يظهر هنا إشكال، فكيف تستطيع الزوجة القاصرة إثبات ذلك من الناحية الواقعية لديها خيارين ، إما أن تطالب الزوج بالنفقة وهنا لها ان تلجأ إلى القضاء دون الحاجة إلى من ينوب عنها في الإجراءات لأنها تتمتع بأهلية التقاضي في ما يخص أثر الزواج ، طبقا للمادة 07 من قانون الأسرة الجزائري، أو تطلب التطليق، وهنا لا يمكن معاقبة الزوجة القاصرة بمنعها من طلب الطلاق على أساس علمها بأنها معسر قبل الزواج ، لأن زواجها خاص بإجراء الإذن القضائي[2] .

**ثانيا : في العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج :**

[1] باديس ذيابي، مرجع نفسه، ص59.

[2] مليكة هنان، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص134.

من الإشكالات المثارة حول الفقرة 2 من المادة 53 من ق أ ج، أن المشرع قد حصر العيوب في تلك العيوب التناسلية متجاهلا بذلك العيوب الأخرى، التي تنفر الزوجة من زوجها حتى ولو لم يأثر عن الهدف من الزواج خصوصا إذ كانت تجهلها قبل العقد أو الدخول[1] .

**ثالثا : الهجر في المضجع :**

قد تضمن الهجر في المضجع العدد من الإشكالات منها إغفال المشرع عن ذكر الإيلاء الذي يكثر بين الناس لدعاويه المتعددة ، إضافة إلى أنه قاعدة شرعية في قوله تعالى : ( للذين يولون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم إن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم )[2]. الآيتين 226-227 كان على المشرع التحدث عن الإيلاء وذلك لتشابهه مع الهجر ، فالإيلاء تعليق الطلاق على أمر من الأمور يحب أن يلجأ إليه الأزواج ، أما الهجر فهو تأديب .

فالمشرع أهمل الإيلاء لا يمينا معلق على شرط معلق على شرط ذلك لتذييق دائرة الطلاق في المجتمع وكذلك نلاحظ أن هذه الفقرة لم توضح نوع الطلاق الحاصل بسبب الهجر ،هل هو طلاق رجعي أم بائن ،هذا لم تحدده المادة و لم تنص عليه[3].

**رابعا : الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة :**

**الغائب :** يقصد به الذي منعته الظروف الرجوع إلى محل الإقامة أو إدارة شؤونه بنفسه لمدة سنة وتسبب غيابه ضرر للغير[4].

---

[1] مليكة هنان، محاضرات في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص136.

[2] سورة البقرة ، الآيتين 226-227

3 مليكة هنان، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص137.

4 ينظر المادة 110 من الأمر 05-02 المؤرخ 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة .

الإشكال هو إذا رفعت الزوجة القاصر دعوة طلاق بسبب الغياب عليها ، إثبات حالة الغياب لمدة تفوق السنة وانتفاء عذر الغياب أو الاستمرار فيه ، وكان من الأحسن لو أن المشرع فصل في الموضوع بشكل يرفع اللبس، فقد يكون منطلق غياب الزوج له ما يبرره كالبحث عن وظيفة في الخارج ويتعمد بعد ذلك عدم العودة إلى الزوجة، كما أن الغياب غير مبرر للزوج يعني تعمد الإضرار بها، وهذا سبب كافلطلب التطليق بغض النظر عن الإنفاق لأن الغياب إذا طالت مدته بغير مبرر يعتبر ضررا للمرأة وهذا هو الأصوب[1].

**خامسا : إرتكاب فاحشة مبينة :**

لم تحدد المادة 53 من ق أ ج ، معنى أو المقصود بالفاحشة المبينة ويتصور أنها تنصرف إلى الخيانة الزوجية أو الجرائم الأخلاقية ، و لم يتحدث النص عن النتائج المترتبة عن هذا الفعل وهل يتطلب الأمر صدور حكم بالإدانه ؟ ، أم يكتفي إكتشاف الزوجة القاصر إرتكاب الزوج الفاحشة خصوصا أنه من الناحية القضائية الزوجة مطالبة بالإثبات[2]، من الملاحظ أنه يصعب على القضاة في الكثير من الأحيان تطبيق المادة أو لا يحسنون ذلك بسبب غموض فقرتها وسوء الصياغة وبالتالي يتم رفض الدعو التي قدمتها الزوجة لعدم التسبيب .

## المطلب الثاني : حق الزوجة القاصرة في طلب الخلع.

إن من دعائم الحياة الزوجية أن تقوم أساسا على المحبة والمودة وحسن المعاشرة ولكن قد تطرأ على الحياة الزوجية أمور تعكر صفوها ويحل محلها الكره والبغض ففتح للزوجة باب الخلاص من رابطة زوجية أصبحت لا تطيقها ذلك مظهر من مظاهر تكريم الله سبحانه وتعالى للزوجة ، مقابل أن تقدم لزوجها ملا تفتدي به نفسها فما هو مفهوم الخلع :

---

1 الرشيد بن الشويخ ، المرجع السابق ، ص 201 / 202 .

2الرشيد بن الشويخ، المرجع نفسه، ص 205 .

التعريف اللغوي للخلع : هو التجريد والإزالة، وخلع الشيء يخلعه خلعا واختلعه أي نزعه، وخلع الشعر أو الثوب والرداء يخلعه خلعا بمعنى جرده، وانخلع الرجل من ماله صدقه، أي أخرجه من جميعه وتصدق به وتعرى منه كما يعرى الانسان إذا خلع ثوبه [1].

**التعريف الاصطلاحي للخلع** : يعرف الخلع اصطلاحا بأنه ملك النكاح بعوض وبألفاظ مخصوصة وهي إنهاء العلاقة الزوجية بتراضي الزوجين مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها كما يقال أن الخلع فرقة على عوض راجع إلى الزوج[2].

## الفرع الأول: خلع الزوجة القاصرة في قانون الأسرة الجزائري.

لكي نستطيع معرفة مدى سلطة الزوجة القاصرة في الخلع في القانون الجزائري علينا أولا تحديد شروطه ثم أركانه:

**أولا : شروط الخلع :**

يشترط الخلع قيام الرابطة الزوجية فلا يجوز للمرأة أن تخلع رجلا أجنبيا بل لابد من توافر عقد الزواج الصحيح أن تكون الزوجة محلا للطلاق فلا يصح للزوج أن يخالع زوجته في نكاح فاسد، أن يقع الخلع من زوج يصح طلاقه وهو الذي توافر فيه الأهلية فلا يصح صغير او مجنون او معتوه أو محجور عليه.

-أن تكون المخالعة بلفظ الخلع أو اللفظ يدل على معنى الخلع كالإفتداء .

- ان يكون الخلع في مقابل عوض تقدمه الزوجة لزوجها تريد الخلاص من الحياة الزوجية .[3]

---

1جمال الدين بن منظور ، المرجع سابق ، ص 114 .

2 تقي الدين أبو بكر بن محمد، الشافعي كفاية الأخيار في جل غاية الاختصار، ج 03، د .ط ، طبع على نفقة الشؤون الدينية ، قطر، د.س.ن ، ص 146.

3 عمر عيني الفقيه، الخلع في الشريعة والقانون، دار النشر الذهبي للطباعة ، القاهرة، مصر، 2000، ص 39.

**ثانيا : أركان الخلع :**

1- المخالع : هو الزوج والذي يشترط أن يكون أهلا لإيقاع الطلاق حكما، فإذا كان الزوج هو البادئ بالخلع كما لو قال : (خالعتك على مهرك) كانت المرأة هي القابلة، وإذا كانت المرأة مبتدئة كان الزوج قابلا .

وأما إذا كان الخلع من عوض فهو طلاق وكل ما صح طلاقه صح خلعه .

**ويشترط في المخالع ما يلي :**

**أ- البلوغ:** لا يعتد بطلاق الصبي شرعا ولو كان قد بلغ سن التمييز لقوله صلى الله عليه وسلم: (كل طلاق بائن إلا طلاق الصبي والمجنون ) .

**ب - العقل:** فلا يقع الخلع من المجنون، لأن آفة الجنون تصيب عقل الانسان وتجعله عديم الأهلية[1].

ولا يقدر على التمييز وبالتالي لا يستطيع القيام بالتصرفات القانونية سواءا كانت في صالحه أم لا من ما يجعل كل تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا حسب المادة 42 من القانون المدني الجزائري: (لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر سنه أو العته أو الجنون )

**2- المخالعة :** هي الزوجة ويشترط فيها أن تكون محلا للطلاق وأهلا للتبرع إذا كانت هي الملتزمة ببدل الخلع بأن تكون عاقلة راشدة ، غير محجور عليها ويشترط أن تكون غير مكرهة وكذلك عالمة بمعنى كلمة الخلع.[2]

وهنا التساؤل : هل يحق للزوجة القاصرة أن تخالع زوجها ؟. سنتطرق إلى الإجابة عن هذا السؤال على النحو الآتي :

---

1 أحمد نصر الجندي، المرجع السابق ، ص 24 .

2 عمر عيني الفقيه، المرجع السابق، ص 26.

– خلع الصغيرة في الفقه الإسلامي : قد تكون الصغيرة مميزة أو غير مميزة أو يكون محجرا عليها أو العكس فيقول الشافعي في شأن أهلية الزوجة ( معرفة من يجوز خلعه من النساء أن ينظر إلى من أجاز أمره في ماله ، فنجيز خلعه ، ومن لم يجز أمره في ماله ، فنرد خلعه .

أما الحنفية فيعتبرون كذلك بدل الخلع عوض من طرف الزوجة ولما كان كذلك فلا بد أن تكون أهلا للتبرع حتى يصح إلتزامها بالمال رغم هذا ولو كانت الزوجة الصغيرة مميزة تفهم أن النكاح جالب( نافع ) والخلع سالب ( ضار) وخالعها زوجها على مقدار من المال وقبلت ذلك وقع الطلاق عليها ولا يلزمها المال ، وإنما وقع الطلاق بائنا لأن الزوج خلعه على قبول الزوجة فقبلت وقبولها صحيح لأنها مميزة [1].

عند المالكية : لا يجيزون مخالعة الصغيرة فلو خالعها زوجها على مال دون إذن وليها وقع عليه طلاق بائن ولا حق له في العوض وإذا قبضه وجب عليه رده ، 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 ).

الظاهر أن المشرع الجزائري اعتمد الرأي القائل بحث الزوجة في مخالعة زوجها دون موافقته سواء رضي الزوج أو لم يكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك الرابطة الزوجية دون دفع الحاجة إلى موافقته .

لقد حسم المشرع ها الجدل الفقهي حول طبيعة الخلع ، واعتبره حقا خالصا للزوجة لاعتبارات منها أن إعطاء الزوجة حق افتداء نفسها بمال يتفق والحكمة من الخلع ولو علقه على موافقة الزوج لإنتفت هذه الحكمة ، وكذلك لا يوجد من الأدلة ما يعارض أحقية الزوجة في ممارسة هذ الحق[2].

---

1 عمر عيني الفقيه، المرجع السابق، ص 61.

2 عبد القادر عبد السلام ، جديد الخلع في الأمر 05-02 الحجة الصادرة عن منظمة المحامين لناحية تلمسان لسنة 2011 ، العدد 01 ، ص 60 .

أما الاهلية القانونية لإيقاع الخلع لم يتعرض لها المشرع ، وهذا يطرح إشكال إذ لم يبين الشروط الواجب توفرها في كل من الزوج والزوجة ، غير أنه وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري في بعض مواده المتفرقة يمكننا استخلاص ذلك ، فنجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 07 منه (على أنه تكتمل أهلية الرجل والمرأة بتمام 19 سنة ، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصحلة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين الزوجين على الزواج )، والخلع بدوره لا بد أن تتوفر فيه أهلية الزوج والزوجة أي أن يكون الزوج المعني متمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه[1].

وإذا رجعنا إلى نص المادة 203 نجدها تنص على أنه : يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغا (19 سنة وغير محجور عليه ) ولأن العوض المالي والخلع من قبيل التبرعات فإنه يأخذ حكم المادة 203 آنفا وبذلك فإن كانت الزوجة سفيهة محجور عليها فلا تستطيه الالتزام بمبلغ المال لاعتبارها سفيهة في قانون الأسرة الجزائري عديمة الأهلية كالمجنونة والمعتوهة والصغيرة عديمة التمييز فإن أرادت أن تخالع نفسها .وهي على هذه الحالة فإن أباها هو الذي يتكفل بذلك ، وفي حالة غياب هذا الأخير يتدخل القاضي باعتباره ولي من لا ولي له[2] .

1 نصت المادة 116 من مدونة الأسرة المغربية تخالع الراشدة نفسها والتي دون الرشد إذا خولعت وقع الطلاق ولا تلزم ببدل الخلع إلا بموافقة النائب الشرعي؛ **ينظر:** باديس ذيابي ، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، د ط ، دار الهدى عين مليلة ،الجزائر 2012 ، ص 53

[2] باديس ديابي، المرجع السابق ص 54

غير أن الحال الذي يستدعي النظر هنا هو الزوجة التي أعفاها القاضي من الزواج إذا أرادت أن تخالع نفسها من زوجها قبل بلوغ سن الرشد القانوني ، ففي هذه الحالة تكون الزوجة ناقصة الأهلية وتصرفتها خاضعة لإجازة وليها ، طبقا للمادة 83 من ق أ [1].

كما يجوز للقاضي إجازة الخلع الواقع من الزوج أو الزوجة قبل السن القانوني للزواج إذا وجدت مصلحة في ذلك أخذا بالمذهب المالكي ، فمن لا يملك الزواج إلا بإذن لا يملك الطلاق إلا بإذن . غير أنه عمليا تستطيع الزوجة القاصرة أن تخالع زوجها عن طريق مباشرة الإجراءات عن من ينوب عنها كوليها وغالبا ما يكون بدل الخلع يساوي قيمة الصداق سواء اتفقا الطرفان أو لم يتفقا .

## الفرع الثاني : آثار الخلع .

إذا تم الاتفاق على الخلع ترتبت عليه الأحكام الآتية :

**أولا** : يقع به طلاق بائن عند جمهور الفقهاء [2] وما جرى به العمل في القضاء العربي غايتة أن يشترط أن يكون الزوج أهلا لوقوع الطلاق ، وذلك بأن تتوفر فيه شروط المطلق وان يكون خلع المرأة إختيار منها لفراق الزوج من غير إكراه ، مع ضمان مستقبل الأولاد وتأمين حقوقهم .

**ثانيا** : وجوب المال المسمى لوجوبه بالالتزامها ما لم تكن محجورة بالسفه أو مكرهة فلا يلزمها شيء وإذا كانت الزوجة مريضة مرض الموت ، وخالعها زوجها على مال في أثناء مرضها قبلت وقع عليها الطلاق

---

[1] تنص المادة 83 من ق أ ج ( من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت له وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي ، فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء؛ **ينظر:** القانون المدني الجزائري

[2] عمر عيني الفقيه، المرجع السابق، ص 41 .

بائن كما لو كان الخلع في حالة صحتها[1]، ويستحق الزوج إذا توفيت الزوجة وهي في عدة مرض الموت، المبلغ المتفق عليه مقابل الخلع أو ميراثه أو ثلث تركتها ولو كانت وصية .

**ثالثا :** يسقط الخلع كل ما نشأ قبله من حقوق الزوجين مثل الصداق المؤجل والنفقة الواجبة إلا حق النفقة المتعلقة بالعدة لأنه حق يكون قد نشأ بعد حدوث الطلاق وهو حق يبقى في ذمة الزوج، كما لا يجوز أن تكون الحضانة هي مقابل الخلع ، وأن التنازل عنها يكون باطل[2] . هل النفقة الواجبة قبل الخلع تسقط تلقائيا أو تسقط بالابراء؟.

ويرى الفقه المالكي هنا أن الخلع لا يسقط حقا من الحقوق إلا ما اتفق عليه سواء كان بالفظ المخالعة أم بالفظ المباراة ، فهو كالطلاق على مال لا يسقط إلا ما نص عليه صراحة ، و لم يورد القانون الجزائري أي نص في هذا الشأن مما يوجب الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي والتي تقضي بأن الخلع طلاق دائم يقع بمجرد توافق الإيجاب والقبول، ويكون المال دينا في ذمتها يجب أدائه، وأن الخلع لا يسقط من الحقوق والديون التي لأحد الزوجين على الآخر إلا ما اتفق عليه[3]، ومن هنا الخلع يتم بالاتفاق الزوجين، أي بتلاقي الإيجاب والقبول حول مبدئ المخالعة، وهو لايستدعي تدخل القاضي إلاإثباته بحكم قضائي بعد أن يتأكد من توافر الشروط وضمان حقوق الأولاد .

## المطلب الثالث : الآثار القانونية لطلاق الزوجة القاصر (الحضانة).

تعتبر الحضانة من أبرز الآثر الناجمة عن الطلاق فالغرض منها، هو حماية مصير الطفل الذي لا يستطيع التكفل بنفسه ، ولقد حدد المشرع الجزائري لهذا الغرض عدة مواد من المادة 62 إلى المادة 72 من ق .أ .ج .

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر،2007، ص 267.

[2] عبد القادر بن حرز الله ، المرجع نفسه، ص 268 .

[3] عبد القادر بن حزر الله ، المرجع السابق، ص 268.

سنحاول أن نتطرق إلى حق الحضانة للزوجة القاصرة والإشكالات التي قد تثيرها أهلية الزوجة القاصرة في حماية مصلحة المحضون :

## الفرع الأول : الإطار المفاهيمي للحضانة وشروطها.

أولا: لقد جاء تعريف الحضانة لدى الفقهاء كالتالي :

- عند فقهاء الماكلية : الحضانة حفظ الولد والقيام بمصالحه .
- عند فقهاء الشافعية: الحضانة تعني حفظ من لا يستقل بنفسه وتربية الطفل ورعايته رعاية صالحة وسليمة.
- عند الحنابلة: الحضانة تعني أنها حفظ الصغير والمعتوه عن ما يضره وتربيتهم والعمل على قضاء مصالحهم[1].

ثانيا: تعريف الحضانة من الناحية القانونية :

لقد ورد تعريف الحضانة في ق أ ج في المادة 62 : (الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والصهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك .

**ثانيا:شروط ممارسة الحضانة:**

الحضانة لقد ذكر قانون الأسرة شروط الحضانة بنص المادة 62 وهذه الشروط هي :

**أ- الشروط المشتركة :**

**الأهلية** : الحضانة هي منح الرعاية لصغير وإدارة شؤونه والمتطلبات التي يحتاجها ، ويلزم لشخص حاضن أن تكون له الولاية على الصغير ، فلا يمكن لمن هو ليس من أهل الولاية أن تسند له الحضانة وهذا لانها مهمة شاقة يتحملها إلا الكبار ، فلا يعقل منح الحضانة تحت السن القانوني ولهذا يشترط في الحاضن أن يكون بالغ [2].

[1] عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق ، ص 356.

[2] باديس ذيابي، المرجع السابق ، ص 56 .

بدون سؤال مباشرة فالزوجة القاصرة التي لم تبلغ السن القانوني والتي تزوجت بموجب ترخيص من المحكمة هنا لم يتوفر فيها شرط الأهلية ، ويمكن أن تكون أما تطالب بالحق في حضانة أولادها، إلا أن المشرع الجزائري لم يشير إلى هذه النقطة كون الفتاة المؤهلة للزواج أنها تصبح أهلا لتحمل المسؤولية إلا إذا أثبتت عدم قدرته على ذلك . لكن بالنظر إلى الاذن الممنوح لها من قبل القاضي بالزواج يشترط فيه قدرة القاصرة على الزواج والتي منها القدرة على الانجاب ، فبمفهوم الموافقة القدرة على تحمل مسؤولية الأولاد، وبالتالي امكانية الحضانة، فالأهلية المنصوص عليها في المادة 62 ، المقصود بها القدرة على الرعاية والتربية وليس الأهلية القانونية (19 سنة).

- **العقل** : يعتبر العقل من مقومات الحضانة ، فلا حضانة لمجنون بل تكون الحصانة لشخص عاقل سليم قادر على حجم المسؤولية الموجهة له لرعاية وحضانة الصغير .

- **القدرة** : يقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته فرعايته وسلامته تحتاج لأن يكون الحاضن قادر على ذلك

- **الأمانة** : يجب أن يكون الحاضن أمينا على المحضون في خلقه وسلوكه معه .

- **الإسلام** : وهو شرط من شروط ممارسة الحضانة ، وهذا ما أكدته المادة 62 من قانون الأسرة الجزائرية .

بالإضافة إلى هذه الشروط العامة هناك شروط خاصة [1].

**ب-شروط خاصة بالنساء :**

1- أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب محرم ، فلا يسقط حقها في الحضانة ق أ ج .[2]

[1] تيطرواي منير، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2008-2009، ص 17.

[2] نص المادة 66 من ق .أ .ج : يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم ، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون؛

2- أن تكون ذات رحم محرم من الصغير كأمه أو أخته أو جدته

3- أن لا تقيم الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه أو يكرهه .

**ج-شروط خاصة بالرجال :**

1-أن يكون محرما للمحضون إذا كان أنثى

2- أن يكون عند الحاضن من أب أو غيره من يصلح للحضانة من النساء كالزوجة أو الأم

**ثالثا: ترتيب مستحقي الحضانة حسب القانون الجزائري :**

نص المشرع الجزائري في المادة 64 ق أ ج ، (على أن الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ، ثم الجدة لأم ، ثم الجدة لأب ، ثم الخالة ، ثم العمة ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة)[1].

وانطلاقا من المادة 64 من ق أ ج فإن حق الحضانة في القانون الجزائري يكون على الشكل التالي :

1- الأم 2- الأب 3- الجدة لأم 4- الجدة لأب 5- الخالة 6- العمة 7- الأقربون درجة مع مرعاة مصلحة المحضون .

- وهذا الترتيب المستمد من الفقه الإسلامي يقوم عل أساس أن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب .

وفي الأخير لا يمكن لوم المشرع الجزائري عندما ما لم يتطرق للزوجة القاصرة لأنه :

1- الإذن القضائي في الزواج وترشيد القاصر ، يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يراعى فيها مدى قدرة المرخص له بالزواج على تحم أعباء الحياة الزوجية .

[1] ينظر: قانون الاسرة الجزائري، الامر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

2- جعل المشرع الجزائري في مواد الحضانة قاعدة مراعاة مصلحة المحضون ، هي الأسمى وفوق كل الاعتبارات فأعطى للقاضي كامل الصلاحيات للوصل إلى ماهو أصلح للمحضون .

## الفرع الثاني : آثار الحضانة للزوجة القاصر.

لقد رتب المشرع الجزائري آثارا لممارسة الحضانة ، لأنها ترتكز على مجهود في تربية المحضون ، ومن بين هذه الآثار : النفقة ، السكن ، الزيارة و سنقوم بشرحها على النحو التالي :

**أولا : نفقة المحضون وأجرة الرضاع :**

أ – نفقة المحضون : تعد نفقة الولد واجبة على الأب طبق لنص المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على أنه تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال ، ونجد نفس الحكم في نص المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري ن والتي نصت على أن :[1]

نفقة المحضون وسكناه من ماله إن كان له مال وإلا فعل والده ، ولكن في حالة عجز الأب يجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك ، أي إذا كان الأب عاجزا عن الكسب وحين إذ يؤمر بها من تجب عليه نفقة الصغير وهي الأم ولها ان تعود على الأب إن ظهر يسره لأنه يعتبر مدين لها .[2]

وهذا ما أشارت إليه المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري [3] ، هذه الحالة تتماشى إذا كانت الأم الحاضنة راشدة ، أما إذا كانت قاصرة فهي لا تملك الولاية على أموالها باعتبارها خاضعة لنظام النيابة الشرعية فهل تستطيع التصرف في أموالها من أجل النفقة على أولادها ؟ هذا من جهة .

---

[1] قانون الاسرة الجزائري، المادة 72.

[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 225 .

[3] نص المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري : في حالة العجز تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك.

كذلك بالرجوع إلى المادة 87 الفقرة الثانية من قانون الأسرة التي تمنح الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد ، فإذا أسندت الحضانة إلى الأم القاصرة يمنح لها القاضي الولاية على أولادها في حين أن ليس لها ولاية على أموالها .[1]

أشارت المادة 80 من ق أ ج إلى تاريخ استحقاق النفقة وهو تاريخ رفع الدعوى ، وللقاضي أن يحكم لاستحقاقها بنائا على بينة لمدة تتجاوز السنة قبل رفع الدعوة ، ولعل هذه المادة جاءت في مصلحة الحاضنة القاصرة لأنها قد لا تدرك الإجراءات الواجب اتخاذها من ما يجعلها لا تطالب بالنفقة لمدة طويلة ، لذلك فإن المشرع جاء باستثناء عن الأصل مفاده إذا ما قدمت بينة للقاضي فبإمكانه أن يحكم بالنفقة بإثر رجعي .

ب – أجرة الرضاع : إن أجرة الحضانة والرضاع لهما نفس المفهوم ، وتعتبر من نفقة الصغير فيجب على من تجب عليه نفقته ولا تستحقها الأم مدامت معتدة ، وللفقهاء رأيان في مدى وجوب الأجرة على الحضانة (الرضاع)[2] .

**1- رأي الجمهور :** ليس للحاضن أجرة على الحضانة سواءا اكانت الحاضن أما أو غيرها لأن الأم تستحق النفقة إن كانت زوجة وغير الأم نفقتها على غيرها وهو الأب ، لكن إن احتاج المحضون إلى خدمة كطبخ طعامه وغسل ثيابه فللحاضن أجرة .

**2- رأي الحنفية :** لا تستحق الحاضنة أجرة على الحضانة إذا كانت زوجة أو معتدة لأب المحضون في أثناء العدة سواء عدة الطلاق الرجعي أو البائن .

---

[1] يكون الأب وليا على أولاده القصر ، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، وفي حالة غياب الأب حصول مانع له، تحل المرأة محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد ، وفي حالة الطلاق ، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد.

[2] حميدو زكية تشوار، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، ج الأول ، د.ط، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، 2008، ص145.

كما لا تستحق أجرا على الإرضاع بوجوبها عليها ديانة، ولأنها تستحق النفقة أثناء الزوجية والعدة وتلك النفقة كافية للحضانة، وتستحق الحاضنة غير الزوجة أجرة الحضانة.[1]

**ثانيا : حق المحضون في السكن :**

لقد نصت المادة 72 من ق أ ج على أنه في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن ، فمسكن الحضانة من نفقة الصغير على أبيه إذا لم يكن للصغير مال ، ولهذا أوجب القانون على الأب مسكن ملائم لحضانة أولاده .[2]

لقد حدد المشرع الجزائري جملة من الشروط التي يجب توفرها لإمكانية الحكم للحاضنة لسكنن لائق لتقيم فيه مع محضونها ، وتتمثل :

1- أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن اسناد حق الحضانة لها.

2- أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون .

3- أن يكون للأب مسكن ملائم يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق حضانة ولده .

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 361.

- إن الأسس التي يعتمد عليها القاضي غير ثابتة فهي متغيرة فمراجعة النفقة لا يكون تلقائيا ، بل بنائا على طلب قضاء ، وعلى القاضي أن يعتمد على نفس الأسس التي اعتمد عليها في تقدير النفقة أول مرة ، وعلى المستفيد من حكم النفقة أن يقدم نسخة من الحكم إلى الملتزم بها لغرض الحصول عليها ونظرا للمشاكل المتعلقة بدفع النفقة وما ينعكس عنها من اكتضاض القضايا التي تتعلق بها فيجب انشاء صندوق عمومي لدفع النفقة الغذائية وأجرة السكن لإنشاء السكن والتي يبقى تحصيلها بكل طرق التنفيذ القانونية؛ **ينظر:** نعيمة تابودوشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، رسالة ماجيستر، معهد الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر ، 2000 ، ص 318 -323.

[2] أحمد نصر الجندي ، المرجع السابق ، ص 61.

وإذا لم يكن له مسكن فيجب أن يدفع لها قيمة إيجار السكن .[1] ومع هذه الشروط فنقول رغم أن المشرع الجزائري ، ذكر مشتملات النفقة في المادة 78 ق أ ج إلا أنه قدر أفرد السكن بنصوص خاصة نظرا لما له من أهمية في توفير رعاية للمحضون.

**ثالثا : حق المحضون في الزيارة :**

الزيارة هي حق لكل من الزوج والزوجة المنفصلين ولكل من يريد رؤية المحضون ، وتكون بمكان محدد ولوقت محدد ولكن لها تدابير بين المحضون والحاضن وهي من الحقوق التي حماها القانون نظرا لأهميتها الكبيرة ، كما قد رتب عقوبات جزائية للأشخاص الذين قصروا في حق الزيارة.

كما أوجبت أحكام المادة 64 من ق أ ج ،على أن:... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإن لم تكن المطلقة القاصر هي الحاضنة يحكم لها القاضي بحق الزيارة.

## المبحث الثاني: الأحكام الإجرائية لفك الرابطة الزوجية.

تكمن أهمية تحديد الاجراءات و معرفتها في تشكيل و تطبيق و احترام القانون و الحصول على الحقوق المطالب بها قضائيا وفقا لدعاوى مختصة وفي آجال محددة مما يسهل على المواطنين اللجوء الى القضاء ، كما أن حق اللجوء الى القضاء هو حق مقيد بشروط شكلية و موضوعية أتى بها قانون الاجراءات المدنية و الادارية رقم 08- 09 في شقه الخاص بتنظيم بعض أوضاع و اجراءات التقاضي في مسائل شؤون الأسرة ،بحيث أصبحت جملة الأحكام الموضوعية قادرة على مواجهة مشكلات الواقع عموما . و لأن حماية الأسرة مكفولة بقانون الأسرة الجزائري فهو يتضمن قواعد أساسية ،فمن الطبيعي تختلف الاجراءات الخاصة بشؤون الأسرة عن الاجراءات المقابلة الخاصة بمسائل الأحوال العينية لمراعاة الاعتبارات الخاصة بعلاقات الأسرة و منازعاتها، و

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق ، ص 145 -146 .

سنوضح هذا عبر المطالب التالية: الأول بعنوان : اجراءات رفع دعوى التطليق و الخلع و المطلب الثاني : اجراءات سير دعوى التطليق و الخلع و المطلب الأخير الصلح و التحكيم في قانون الأسرة.

## المطلب الأول : اجراءات رفع دعوى التطليق و الخلع بالنسبة للزوجة القاصر .

لا فرق بين الزوجة الراشدة و القاصرة من حيث الحق في طلب التطليق باعتباره رفعا لمظلمة، فلها أن ترفع دعوى قضائية بواسطة وليها بمقتضى المادة 437 من ق.إ.م.إ. ج التي أدرجت كافة صور التفرقة الزوجية تحت اسم الطلاق ، الا الطلاق بالتراضي .

والولي المقصود هو الولي المؤهل للولاية وقت رفع الدعوى القضائية و ليس من تولى تزويجها بالضرورة كما قضت الفقرة الثانية من المادة 11 من ق.أ.ج، لأن القاصرة لو زوجها وليها في تاريخ معين ثم اعتراه عارض من عوارض الأهلية أو توفي . أتعتبر الزوجة القاصرة هنا بدون ولي ، أم تنتقل الولاية للأقرب ؟[1]

الصواب أن يتولى رفع الدعوى الولي الموالي قانونا عصبة كان أم من ذوي الأرحام . أما وضعية الأم في هذه الحالة فان المادة 87 ق.أ.ج. في فقرتها الأولى أحلت الأم محل الأب المتوفي من حيث الولاية و طالما 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 في هذه الحالة ؟" [2].

لا يستقيم ذلك مع المنطق كون القاضي لا يمكن أن يكون وليا لقاصر و حكما في منازعة تعني هذا القاصر . لأجل ذلك و عند غياب الولي يبحث القاضي ان كان للقاصرة وصي و أن تعذر وجوده ، عين لها القاضي مقدما يرفع الدعوى ، و هذا ما أكدته المادة 437 ق.أ.م.ا. بما نصه " عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة ".

---

[1] فاسي عبد الله ، المرجع السابق، ص221 .

[2] فاسي عبدالله، المرجع السابق ، ص 222 .

## الفرع الأول : شروط قبول دعوى الطلاق و الخلع.

كغيرها من الدعاوي في نفس الشروط المنصوص عليها في المادة 13 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية رقم 08-09 التي سوف **نتناولها كالتالي :**

**أولا- الصفة :** باعتبارها شرطا من شروط قبول الدعوى، تعرف بأنها صلاحية أو قدرة الشخص على الإدعاء أما القضاء و تستمد الصفة في الدعوى من المركز القانوني الناشئ عن العلاقة القانونية [1].

و عليه فإن الصفة هي الوصف الذي يطبق على الأطراف فاذا رفعت الدعوى على غير ذي صفة يحكم بعدم قبول الدعوى ، و المفروض أن الصفة تثبت لكل شخص تم الاعتداء على حقه غير أنه قد يوجد هذا الشخص .

في استحالة مادية أو قانونية تمنعه من استعمال حقه في الدعوى أمام القضاء و لذلك تباشر هذه الدعوى بواسطة ممثله القانوني[2] ففي هذه الحالة تثبت للممثل القانوني[3] ما يعرف بالصفة الاجرائية .

**ثانيا-المصلحة**

باعتبار المصلحة مناط الدعوى فلا دعوى بدون مصلحة للمدعي يكون مرفوضا بصرف النظر ما اذا كان له أساس قانوني أم لا و هذا في سد الطريق أمام النزاعات غير الجدية[4].

يقصد بها أن يكون هناك هدف من اختصام المدعي والمدعى عليه أي من يلجأ إلى رفع الدعوى وتكتمل هذه المصلحة بتوفر عنصرين ، العنصر القانوني والعنصر المادي .

---

[1] عبد الرحمان بربارة ، المرجع السابق ، ص 34.

[2] بن حليمة يمينة، خصوصية اجراءات التقاضي في دعاوي شؤون الأسرة- دراسة مقارنة – مذكرة تخرج نيل شهادة الماجستير تخصص قانون الاجرائي ،جامعة بن خلدون، تيارت 2011-2012 ،ص98 .

[3] مثل الوصي أو الولي و المقدم في مثل الحالات المنصوص عليها في المادتين 92-99 قانون الأسرة الجزائري و مثل المحامي .

[4] عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 61 .

فالعنصر القانوني يقصد به : أن تسند على حق يحميه القانون كرفع الزوجة طلب التطليق بسبب من الاسباب المذكورة في نص المادة 53 من قانون الأسرة .

أما العنصر المادي فيقصد به أن تكون المصلحة قائمة وحالة أي يكون هناك اعتداء على الحق القانوني الذي يسعى رافع الدعوى لحمايته .[1]

**ثالثا : الأهلية :**

إن القانون المدني يعرفها بأنها صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات

والأهلية في الإصطلاح القانوني نوعين : – أهلية وجوب [2] وأهلية أداء [3]

والمقصود هنا بأهلية التقاضي تسري عليها أحكام الاهلية المدنية ، فلا يمكن للشخص أن يباشر إجراءات التقاضي ما لم يبلغ 19 سنة كاملة وغير محجور عليه بسبب اصابته بعارض من عوارض الأهلية وعلى هذا الأساس فإن الزوجة القاصر في دعوة التطليق والخلع ، ترفع وجوبا باسمها من طرف من ينوب عنها لأنها تفتقد للصفة الاجرائية بسبب قصورها .

## الفرع الثاني : الاختصاص القضائي في دعوى التطليق والخلع.

يعتبر الاختصاص القضائي من أدق أبواب التنظيم ، وأهمها لكونه الأساس المحدد لصلاحيات واختصاصات كل جهة وكل محكمة .

---

[1] عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 62 .

[2] **أهلية الوجوب** : هي صلاحية الشخص لاكتساب الحق وتحمل الالتزام وتثبت لكل من يتمتع بالشخصية القانونية ، أي لكل انسان حتى الجنين والشخص المعنوي ذو الشخصية القانونية.

[3] **أهلية الأداء :** هي صلاحية الشخص للقيام بالأعمال والتصرفات القانونية بنفسه مع سريان آثارها في حق ، وبالنسبة للإنسان فإنه يكون معدم من الأهلية قبل بلوغه سن 13 سنة (سن التمييز ) ، ثم ناقصها قبل بلوغ سن الرشد (19 سنة ) متمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه.

إن دراسة اختصاص القضائي ترمي لمعرفة الجهة القضائية ، والمؤهلة للنظر في قضية معينة فالاختصاص هو سلطة المحكمة للحكم في قضية ما ، ومن هنا سنبين الاختصاص القضائي بنوعيه الإقليمي والنوعي في ما يتعلق بقضايا لتطليق والخلع .

**أولا : الاختصاص النوعي :**

يقصد بالاختصاص النوعي ولاية الجهة القضائية على اختلاف درجاتها بالنظر في نوع محدد من الدعوى أي نطاق القضايا التي يمكن أن تباشر فيه جهة قضائية معينة ولايتها كنوع الدعوى [1].

ويستند الاختصاص بالنسبة لقاضي شؤون الأسرة ،إلى مضمون في حين ينظم قانون الاجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 الشق الإجرائي ، والتي نظمتها المادة 423 وحسب ما هو منصوص عليه يختص قسم شؤون الأأسرة في الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب المحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة .

وبما أن دعوى التطليق والخلع المرفوعة من قبل الزوجة تدخل ضمن دعاوى انحلال الرابطة الزوجية فيكون قسم شؤون الأسرة هو المختص بها .

**ثانيا : الاختصاص الإقليمي :**

ترمي قواعد الاختصاص الإقليمي إلى تعيين الدئرة الجغرافية للمحكمة التي يؤول إليها الاختصاص في الفصل من حيث موقع القضية ، إذا كان الاختصاص النوعي قد بين أن القسم المختص هو قسم شؤون الأسرة ينبغي على المدعي أن يعرف ماهي المحكمة المختصة من حيث الموقع الإقليمي .[2]

---

[1] بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص 74 .

[2] بن حليمة يمينة، المرجع السابق ، ص 12.

وقد كرس قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 مبدئ اختصاص محكمة موطن المدعى عليه كمبدئ عام جاء في نص المادة 37 ق أ. م .إ .ج ، و حددت المادة 426 من ق أ م أ ج الاختصاص الإقليمي [1] لشؤون الأسرة تبعا لطبيعة النزاع ،م إما موطن المدعي أو المدي عليه أو بناءا على اختيار الطرفين . أما القضايا التي لم يرد ذكرها فيتم الرجوع فيها للقواعد العامة في الاختصاص[2]، ومن خلال الفقرة الثالثة من المادة 426 ق أ م إ فإن المحكمة المختصى إقليميا بالنظر في دعوى التطليق والخلع ، هي التي تقع في دائرة اختصاص مكان وجود مسكن الزوجية ، وذلك أن مصطلح الطلاق فيها جاء عاما ليسشمل الطلاق بإرادة منفردة والتطليق والخلع .

ولكن إذا ما افترضنا أن ولاية التزويج كانت أمام قاضي شؤون الأسرة غير قاضي شؤون الأسرة الذي يقع في دائرة اختصاصه مسكن الزوجية ألا يجدر أن يكون محكمة مختصة إقليميا في التطليق والخلع للزوجة القاصرة هي نفسها المحكمة التي أصدرت الإذن القضائي ، فهنا القاضي يكون أدرى بأحوال الزوجة القاصرة بما أنه منح لها الإذن القضائي من جهة ، ومن جهة كذلك بما أن رفع دعوى تطليق والخلع بالنسبة للزوجة القاصرة يكون من طرف وليها ، فكان من الأحرى مكان ممارسة الولاية.

---

[1] نص المادة 426 : تكون المحكمة مختصة : - في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه
- في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه
- في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي ، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما
- في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصرالمحضون بمكان ممارسة الحضانة =
=- في موضوع النفقة الغذائية بموطن الدائن بها
- في موضوع متاع بيت الزوجية بمكان وجود المسكن الزوجي ، في موضوع الترخيص بالزواج بمكان طالب الترخيص .
- في موضوع المنازعة حول الصداق بمكان موطن المدعى عليه
- في مكان الولاية بمكان ممارسة الولاية ؛ **ينظر:** قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

[2] عبد الرحمان بربارة ، المرجع السابق، ص 329.

## المطلب الثاني : اجراءات سير دعوى الخلع والتطليق.

تبدأ الدعوى بتقديم عريضة افتتاحية لدى كتابة الضبط لدى المحكمة ، وتستمر إلى غاية صدور الحكم القضائي والفصل فيها، وسنتطرق في هذا المطلب إلى سير دعوى التطليق والخلع بدأ من رفعها بتقديم عريضة افتتاح الدعوى( كفرع أول) وتبيان سلطة القاضي في التطليق والخلع (كفرع ثاني) ودور النيابة العامة فيها (كفرع ثالث) .

### الفرع الأول : تقديم عريضة افتتاح دعوى التطليق والخلع.

على الزوجة الراغبة في الحصول على التطليق أو الخلع أن ترفع دعوى أمام قسم شؤون الأسرة ويتم ذلك بتقديم عريضة افتتاح دعوة التطليق أو الخلع مكتوبة ومؤرخة وموقعة ، تودع لدى أمانة ضبط المحكمة الواقع بدائرة مسكن الزوجية ، ويجب أن تكون على نسختين وهذا ما نصت [1]عليه المادة 14 من ق. أ .م .أ. ج .

وفي حالة الزوجة القاصر فإن الطلب يقدم باسمها من قبل وليها أو مقدما ، حسب نص المادة 437 ق .أ م .إ .ج [2]، ويجب أن يراعى عند تحرير العريضة البيانات المنصوص عليها في المادة 15 من ق أم إ ج [3]

---

[1] المادة 14: ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف؛ **ينظر:** قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

[2] المادة 437: عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه ، حسب الحالة ؛ **ينظر:** قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

[3] المادة 15 يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى ، تحت طائلة عدم قبولها شكلا ، البيانات الآتية :

- الجهاة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى .
- اسم ولقب المدعي وموطنه
- اسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم، فآخر موطن له
- الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ، ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الإتفاقي.
- عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى
- الإشارة عند الاقتضاء ، إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى ؛ **ينظر:** قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

تحت طائلة عدم قبولها شكلا ، ومن بينها تحديد الجهة القضائية المختصة ، اسم ولقب الزوجة الطالبة للتطليق أو الخلع ، عنوانها ، اسم ولقب المدعى عليه الزوج وموطنه ، كما يجب أن تتضمن العريضة على عرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى والتي من أجلها تطلب الزوجة التطليق أو الخلع ويعتمد ذلك على ما جاءت به المادة 53 ق. أ .ج لحالات التطليق، ثم الإشارة إلى الوثائق والمستندات المؤيدة للدعوة عند الاقتضاء ، ولعل أهم مستند يرفق مع عريضة الافتتاح هو نسخة من عقد الزواج ، لأنه يعتبر دليلا على وجود زواج رسمي بين المتنازعين ، وإلا حكم لها بعدم قبول الدعوى.

يتم تبليغ الزوج بنسخة من العريضة عن طريق محضر قضائي حسب المادة 16 ق أ م إ ج[1].

أما النيابة العامة تبلغ عن طريق أمانة ضبط المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها مسكن الزوجية باعتبارها طرف أصليا في الدعاوى أمام قسم شؤون الأسرة ، المادة 438 ق أ م إ ج [2].

## الفرع الثاني : سلطة القاضي في التطليق والخلع .

**أ – سلطة القاضي في التطليق :**

التطليق تضمنته المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08 –09 التي تحيل على أحكام قانون الأسرة في ما يتعلق بتأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق ، حيث يبرز دور القاضي في التأكد من

---

المادة 16 : تقيد العريضة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة [1]يسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الافتتاحية ، ويسلمها للمدعى بغرض تبليغها رسميا للخصوم يجب احترام أجل عشرين يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور ، والتاريخ المحدد لأول جلسة ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ؛ **ينظر:** قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

يمدد هذا الأجل أمام جميع الجهات القضائية إلى ثلاثة أشهر ، إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيم في الخارج

[2] المادة 438 يجب على المدعي في دعوى طلاق ، أن يبلغ رسميا المدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة المشار إليها في لمادة436 أعلاه .

ويجوز له أيضا تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط (انسجام مع المادة 3 مكرر من قانون الأسرة )

توافر أحد الأسباب المذكورة في المادة 53 من ق. أ .ج ، وذلك بإثباتها من طرف المدعية ، وبناءا على هذا النص فتح المشرع للقاضي الباب على مصرعيه ووسع من سلطته التقديرية ، حيث أصبح له أن يكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق ، وهذا ما تفيده كذلك المادة 29 من ق أ م إ ج رقم 08-09 ، حيث لا يتقيد القاضي بتكييف الخصوم ، مثال على ذلك حالة إذا ما تقدمت الزوجة بطلب التطليق ، لكن لم تثبت أحد الأسباب الواردة بالمادة 53 من ق أ ج ويظهر عليها أنها متضررة ، أو تثبت سبب ولكن تدعي سبب آخر، فإذا عثر القاضي بالملف ما يثبت أحد الأسباب الواردة في المادة 53 ق أ ج ، فيكيف طلبها على تلك الواقعة ، كأن تدعي الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر ، ولا تقدم بالملف ما يثبت ذلك وإنما تقدم حكم قضائي قضى بإلزام الزوج بالنفقة عليها ، هنا يتأكد القاضي من عدم تنفيذ الزوج لهذا الإلتزام فإذا تبين له ذلك حكم لها بالتطليق بعد محاولة الصلح على أساس عدم الإنفاق ، طبقا لنص المادة 53 الفقرة 01 وليس على أساس الهجر في المضجع ، هذا من جهة ومن جهة أخرى للقاضي في إطار التأكد من الأسباب التي تدعيها الزوجة وانصافا لها ، أجاز له القانون اللجوء إلى الأمر بالتحقيق ، ومثاله إدعاء الزوجة غياب الزوج بعد سنة دون عذر ولا نفقة ، ويكون التحقيق بسماع الشهود أو إحالة الأمر على النيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا في قضايا شؤون الأسرة طبقا لنص المادة 03 مكرر من قانون الأسرة[1].

للقاضي كذلك الأمر بخبرة طبية لإثبات مثلا أحد العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ، وبهذا يكون قانون الاجراءات المدنية والإدارية رقم 08 - 09 قد خفف من عبء الإثبات على المدعي

[1] بن حليمة يمينة ، المرجع السابق، ص 36.

والمدعو عليه من خلال منحه للقاضي سلطة التحقيق وإتخاذ التدابير المؤقتة والأوامر الولائية لحسن سير الخصومة وضمان التراع بأحكام عادلة[1].

**ب – سلطة القاضي في الخلع :**

هو إجراءات تضمنته المادة 451 الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية والإجرائية رقم 09/08 بنصها " يعاني القاضي أيضا ويكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقا لأحكام قانون الأسرة حيث تحيل المادة إلى الأحكام الموضوعية طبقا لقانون الاسرة ويقصد بها المادة 54 منه تنص على جواز مخالعة الزوجة لنفسها بمقابل مالي حتى دون موافقة الزوج وعليه هو حق إرادي للزوجة تمارسه وقت ما شاءت ويكفي في ذلك أن تدعي الضرر من مواصله الحياة الزوجية ، فالزوجة لا تحتاج إلى اثبات هذا الضرر لأن غالبا ما يكون الخلع ليس معنوي وهذا الأخير يصعب اثباته[2].

وتظهر سلطة القاضي في الخلع في تكييف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع كما تظهر في حالة عدم اتفاق الطرفين على المقابل الذي تقدمه الزوجة فيحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ، فمقابل الخلع يعد ركنا إذا لم يتحقق ترفض الدعوى لعدم التأسيس[3].

## الفرع الثالث : دور النيابة العامة في دعوى الخلع والتطليق .

تطرق المشرع الجزائري إلى الأحكام الخاصة بمركز النيابة العامة في قضايا شؤون الأسرة في التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05 – 02 في المادة 3 مكرر التي نصت على أنه " تعد النيابة طرفا

[1] بن حليمة يمينة، المرجع نفسه، ص 37.
[2] بن حليمة يمينة ، المرجع السابق، ، ص 37 .
[3] بن حليمة يمينة، المرجع نفسه، ص 38 .

أصليا في القضايا الرامية إلى تطبيق هذا القانون ، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن دعوى الخلع والتطليق المرفوع من الزوجة القاصر عن طريق من ينوب عنها يثير مسألة الأهلية، وتعتبر من النظام العام[1].

وفي فقدان الزوجة القادرة إلى وليها أو لم تجد من ينوب عنها في ممارسة الاجراءات الخاصة بدعوى التطليق والخلع أمام الجهات القضائية ففي هذه الحالة وطبقا لنص ا لمادة 99 من قانون الأأسرة يجوز للنيابة العامة أن ترفع الدعوى أمام المحكمة للمطابلة بتعيين مقدم للزوجة القادرة[2].

لقد قلنا سابقا أن المادة 438 من قانون الاجراءات المدنية والغدارية قد ألزمت المدعي برفع دعوى الطلاق على ضرورة ابلاغ النيابة العامة وقد أجاز المشرع تبليغها من طرف أمانة الضبط ، هذا من جهة كما تطرقنا إلى أن بدل الخلع أو التعويض الذي تدفعه الزوجة للزوج مقابل فالمشكلة لا تثار إذ لم يتفقا الزوجين على قيمة التعويض فهنا القاضي كما قلنا سابقا يعين قيمته بمقدار صداق المثل .

وإنما المشكلة تثار ما إذا كان مقابل التعويض خاضع لإتفاق الطرفين ، فهل يمكن للنيابة، أن يرفض هذا المقابل باعتبارها تمارس حقها في حماية أموال القاصر وبالتالي رغم اتفاق الطرفين إلا أن القاضي بطلب من النيابة العامة أن يتخذ القاضي التدابير المؤقتة لحماية مصلحة القاصر وبالتالي تمدد هو مقدار بدل الخلع بقيمة الصداق أثناء صدور الحكم ، عمليا لم نصادف قضايا بهذا الشكل إلا ما تعلق في حالة وجود الولي على أموال القاصر فهنا بدل الخلع يخضع لموافقة الولي .

---

[1] عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص 104 .

[2] المادة 99: من قانون الأسرة " المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة؛ **ينظر:** قانون الاسرة الجزائري.

## المطلب الثالث : مركز الزوجة القاصرة في الصلح والتحكيم.

يعتبر الصلح والتحكيم[1] آليات قانونية لتسوية النزاعات الأسرية للتوصل إلى إنفاق وحل المشاكل بطرق سلمية حفاظا على الكيان الأسري وسنتطرق إليهما بالكيفية الآتية .

### الفرع الأول : مركز الزوجة القاصرة في الصلح.

**أ – تعريف الصلح :**

لم يعرف المشرع الجزائري لا في القانون الأسرة ولا قانون الإجراءات المدنية والإدارية تعريفا صريحا بل اعتبره إجراء قضائي وهذا من خلال المادة 49 من قانون الأسرة والتي جاء فيها بما يلي " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداءا من ناتج رفع الدعوى وكذا إجراءات الصلح من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت عنوان الطلاق بالتراضي وكذا إجراءات الصلح المنصوص عليها في نفس القانون والمتعلقة بضم شؤون الأسرة ابتداء من المواد 439 وما يليها[2].

ومن خلال المادة 49 من ق .أ .ج والمواد 431 و 439 وما يليها من قانون الإجراءات المدينة والإدارية الجزائرية ، أن المشرع الجزائري نص على الصلح في شؤون الأسرة باعتباره إجراءا قضائيا فيتخذه القاضي قبل الفصل في دعوى طلاق المرفوعة أمامه .

**ب – إجراءات الصلح : يخضع الصلح إلى شروط معينة وهي :**

**أولا : الزامية إجراء محاولة الصلح :**

---

[1] **الفرق بين الصلح والتحكيم : أوجه التشابه :** أن يكون هناك نزاع قائم لإعمال الصلح أو التحكيم ،كلاهما إجراء تمهيدي للحكم بالطلاق، كلاهما يأمر بهما القاضي .

**أوجه الاختلاف :**الصلح إجراء يقوم به القاضي أما التحكيم يقوم به الحكمين الذي عينهما القاضي الصلح إجراء إلزامي للقاضي أما التحكيم فهو إختياري التحكيم يتم اللجوء إليه إذا إشتد لشقاق بين الزوجين الصلح يجرى في أجل ثلاثة أشهر بينما التحكيم فيجرى في أجل شهرين.

[2] عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص .541.

من خلال المادة 49 من قانون الأسرة 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 والمادة 439 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري 08 -09 "محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية ".

باستقراء هذه المادة أن الصلح في مادة شؤون الأسرة إجراء وجوبي وملزم قبل النطق بالطلاق بناءا على طلب أحد الزوجين أو بالتراضي أو من طرف القاضي ، وهو ملزم بإجراء الصلح وتكون السرية ويباشره كأول مرحلة للتوفيق بين الزوجين[1].

**ثانيا : إلزامية حضور الزوجين شخصيا :**

من خلال المادة 441 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية والتي تنص " إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع جاز للقاضي ،إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة أو ندب قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية ، غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين على حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا يحرر القاضي محضر بذلك .

وكذلك الفقرة 03 من المادة 443 من نفس القانون " في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له يشرع في مناقشة مشروع الدعوى "، فلم ينص القانون على قبول الدعوى كما أن رفض الطلاق ليس في صالح الطرفين معا وخصوصا الزوجة التي تبقى معلقة[2].

وقد جاء في قرار المحكمة العليا كالمبدأ لا تجوز النيابة عن الزوجين في محاولة الصلح، محاولة الصلح تكون مع الزوجين شخصيا[1].

---

[1] بن حليمة يمينة، المرجع السابق، ص118.

[2] جمال نجيمي، المرجع السابق، ص118.

**ثالثا : عدد جلسات الصلح :**

تخضع محاولة الصلح وعددها للسلطة التقديرية للقاضي وقد جاء في قرار للمحكمة العليا[2] " المبدأ استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا على خضوع عدد محاولة الصلح للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه " ولا يعيب الحكم اكتفائه بجلسة صلح واحدة إذا اقتنع القاضي بعدم جدوى جلسات صلح أخرى .

**ج – أثر نجاح وفشل محاولة الصلح :**

يقوم القاضي بمحاولة الإصلاح والتوفيق بين الزوجين إلا أن هذه المحاولة معرضة للنجاح والفشل ، كما لها أثار على الزوجين .

**أولا : نجاح محاولة الصلح :**

طبقا للمادة 443 من قانون إ. م. إ .ج 08 –09 ، انه يجب على القاضي إذا نجح في الإصلاح بين الزوجين أن يحرر محضر يوقعه مع كاتب الضبط والزوجين ويثبت فيه الصلح ويعد هذا المحضر سند تنفيذي ويكتسب الصفة القانونية فلا يجوز للقاضي الاستمرار في نظر الدعوى لأن الصلح ينهي النزاع ويضع حدا للدعوى في جلسة رسمية ، يقوم القاضي باصدار الحكم بانقضاء دعوى الطلاق بسبب الصلح [3].

---

[1]قرار المحكمة العليا الصادرة عن غرفة الاحوال الشخصية، بتاريخ 2008/01/16 م فصلا في الطعن رقم 417622 المجلة القضائية 2013 العدد 1 ص 286 .

[2] قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث بتاريخ 2014/03/13 فصلا في الطعن رقم 0870291 بالمجلة القضائية الصادرة بـــ 2014 العدد02، ص268.

[3] المادة 220 من ق .أ .م. إ .ج من قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائرية " تنقضي الخصومة تبعا لانقضاء الدعوى بالصلح أو بالقبول بالحكم أو بالتنازل عن الدعوى يمكن أيضا أن تنقضي الخصومة بوفاة أحد الخصوم ما لم تكن الدعوى قابلة للانتقال ؛ **ينظر:** قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

ومن الآثار التي تترتب على نجاح الصلح رجوع الحياة الزوجية من جديد وهو ما تؤكده المادة 50 من ق.أ.ج " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"

**ثانيا : فشل محاولة الصلح :**

إذا لم يتمكن القاضي من التوفيق والإصلاح بين الزوجين وجب عليه تحرير محضر لإثبات فشل الصلح بين الزوجين ، يبين فيه مساعي الصلح بين الزوجين وتواريخ محاولات الصلح وجلساتها ويوقعه مع كاتب الضبط والطرفين ويلحقه بملف الدعوة ، ثم يحيل الطرفين إلى مناقشة الموضوع وهذا ما نصت عليه المادة 4/443 من ق .إ .م. إ .ج " ... في حالة عدم ا1لصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له يشرع في مناقشة موضوع الدعوى " .

من خلال ما سبق يتضح لنا أن مركز الزوجة القاصرة في الصلح هو نفسه مركز الزوجة الراشدة ، رغم اعتبار أن الصلح إجراء قضائي إلا أنه اشترط حضور الزوجين شخصيا ، فلما هذا التناقض حيث أن في مباشرة إجراءات الدعوى نفى المشرع عليها، في الصفة الاجرائية باعتبارها ناقصة الأهلية وفي الصلح كأنه اعتبر أهليتها اكتملت هذا من جهة.

ومن جهة أخرى من المعروف واقعيا أن الزوجة أثناء إجراءات سير دعوى التطليق والخلع غالبا ما تبقى في بيت الزوجية إذ تنتقل إلى بيت أهلها إلى حين البت في دعوى التطليق والخلع وهذا ما يجعله مشقة عليها في التنقل وحضور جلسات الصلح .

فكان على المشرع إما أن يعطي للزوجة القاصرة في دعوى تطليق والخلع ضمانات للقدرة على مواجهة الخصم و بما أذن لها بالزواج وقد مارست الحياة الزوجية وأدركت كافة جوانبها السلبية فكيف يناب عنها في

نزاع هي ادرى بمعطياته. وأصلا في قيامها باجراء الصلح فهنا يعاملها معاملة كامل الأهلية لأن محضر الصلح يكون فيما بعد سندا تنفيذيا.

كما أنه الأساس الذي يبنى عليه الصلح هو مبدأ الرضائية القائم على كمال الأهلية، فإذا كان المشرع من خلال قانون الأسرة وقانون الاجراءات المدنية والادارية ، قد خول للمحكمة صلاحيات مهمة بخصوص تفعيل إجراءات الصلح بين الزوجين في دعاوي الشقاق ، إلا أن نتيجة ذلك تبقى متوقفة على إرادتهما نظرا لكون الصلح يرتكز على أساسين : إرادة أطراف النزاع و إقرار المشرع لهذه الارادة . فالصلح باعتبار الغاية منه رفع النزاع و قطع الخصومة بين المتصالحين برضاهما ، فان عنصر التراضي فيه ضـــروري ، شأنه في ذلك شـــأن باقـــي العقود المدنية الاخرى ، مما يجعـــل منه نموذجا لتطبيـــق بعض القواعد المرتبطـــة بنظرية العقد عليه، بحيث إذا شابه عيب من عيوب الارادة كالاكـــراه أوالتدليس يمكن نقضه من طرف الطرف المتضرر وفقا للقواعد القانونية المقررة لكل عيب من هذه العيوب . و من مظاهر رضائية إجراء الصلح بين الزوجين في دعاوي الشقاق[1]، أن العوض فيه يكون في شكل تنازل متبادل لكل منهما عن حقه في كل ما يدعيه بشأن النزاع القائم بينهما [2]، و تعهده على معاملة الآخر معاملة حسنة وفق ما تقتضيه المعاشرة بالمعروف، عن طواعية و اختيار و على سبيل التسامح بينهما ، فليس هناك في القانـــون ما يفيد الوجوب في اللجوء إلى الصلح من طرف الزوجين ، لذلك فالمحكمة لا يمكنها أن تباشر محاولات إصلاح ذات البين بينهما إلا بعد استشارتهمـــا و موافقتها و تأكدها من ذلك . إن إجراء الصلح بخصوص إنهاء النزاعات الزوجين ، يقوم على أساس مبدأ التراضي بينهما.

[1] هنان مليكة، محاضرات في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 155.
[2] دليلة فركوس، المرجع السابق، ص 166.

## الفرع الثاني: مركز الزوجة القاصرة في التحكيم.

نصت المادة 446 من ق إ م إ ج رقم 08-09 على جواز اللجوء إلى التحكيم لمحاولة الصلح، ويجب على المحكمة تكليف كل من الزوجين بتسمية حكم من أهله قدر الإمكان في الجلسة التالية على الأكثرفإن تقاعس أي منهما عن التعيين أو تخلف عن حضور هذه الجلسة جاز للقاضي تعيين حكما عنهم[1].

**أولا : حالة اللجوء إلى تعيين الحكمين :**

نص على هذا الإجراء نص المادة 56 من ق أ ج "إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما " يعين القاضي الحكمين ، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة ، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

وعليه فإن مفهوم المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري أن الحكمة التي قصدها المتبرع من تعيين الحكمين هي العلم بحال الطرفين وظروف الزوجين المتخاصمين ، فهما الأقرب لهما والأعلم بخلفيات النزاع يمكنهم التدخل لهدنة الزوجين تعكس ما إذا كان الشخص أجنبي عنها[1].

**ثانيا : إجراءات التحكيم :**

لم يبين المشرع الجزائري طريقة تعيين الحكمين لكن ضمانا لحسن سير العمل القضائي وحتى تكون أعمال القاضي ذات مصداقية عليه أن يصدر أمر كتابي يدخل ضمن الأعمال الولائية للقاضي يذكر فيه هوية الحكمين وعنوانهما والمهام المسندة إليهما والمدة التي عليهما إيداع تقريرهما ، والإشارة إلى العودة إليه في حالة إشكال في التنفيذ طبقا لنص المادة 447[2].

---

[1] لحسن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص203 ومايليها.

[2] المادة 447 من ق .أ .م .إ .ج رقم 08-09 "يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة

**ثالثا : النتائج المتوصل إليها من قبل الحكمين :**

لا بد من التمييز بين النتيجتين :

**النتيجة الأولى :**

إذا رفعت الزوجة دعوى التطليق للضر و لم تثبت ذلك وخلص في تقرير الحكمين أن الزوجة التي كانت تدعي الضرر هي المتسببة فيه لا المدعي عليه ( الزوج) فعلى القاضي رفض الدعوى لعدم التأسيس .

**النتيجة الثانية :**

إذا تمكن الحكمين من الإصلاح بين الزوجين في هذه الحالة ، يحرران محضرا يثبت ذلك ويصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل للطعن طبقا لنص المادة 448 ق أم إ 08 -09 [1] .

- يمكن استخلاص بعض النتائج التي توضح لنا مركز الزوجة القاصرة في التحكيم وبناء على ما سبق يقتضي التحكيم أن يكون الحكمين من أحد أقارب الزوجين وإذا افترضنا الزوجة القاصرة ليس لها أقارب، هل يمكن للقاضي تعيين حكما أجنبيا لمراعاة مصالحها كالمقدم على أموالها ، وهو ليس له دراية على ظروف الزوجين المتخاصمين ؟

- لا يمكن اعتبار القاضي بأنه ولي القاصرة التي لا ولي لها حكما وهذا خرق لمبدأ ضمان محاكمة عادلة بين الطرفين .

-إذا افترضنا أن القاضي عين حكما أجنبيا لصالح الزوجة القاصرة، فهل يعتد بالمحضر الذي حضره الحكمين إذا ما لمس فيه ما يعارض مصلحة الزوجة القاصرة رغم اتفاق الطرفين على الصلح ، وهل يقضي بعدم الصلح ويوقع الطلاق؟

---

[2] بن حليمة يمينة، المرجع السابق، ص 122

# خاتمة

## خاتمة

بعد أن كانت الظاهرة شبه منتهية في مجتمعنا، عاد زواج القاصرات ليدق أبواب المجتمع الجزائري بشكل أكثر من ملفت حيث كان منتشرا في الأرياف بصفة خاصة هاهو ينتشر بشكل مماثل في المدن الكبرى محاولة لتخلص من شبح العنوسة الذي بسط سطوته على المجتمع الجزائري، إذ أصبح الكثير من الأولياء يقدمون على تزويج بناتهم في سن صغيرة ويخلطون بين الزواج المبكر وزواج القاصرات، ويجهلون بأن الأول لا يسمح به القانون أما الثاني فيمنعه ويعاقب عليه لأن الأول مرتبط بالبلوغ والثاني لا بلوغ فيه لهذا تدخل المشرع الجزائري بمنح السلطة للقاضي بأن يمنعه أو يوافق عليه، غير أنه إتضح ومن خلال بحثنا نستنتج ما يلي :

أولا: إن القاصر في الفقه الإسلامي، هو الشخص الذي لم يستكمل أهلية الأداء، سواء كان فاقد لها كغير المميز أم ناقص كالمميز، أما في القانون الجزائري فالقاصر هو الذي بلغ الثالثة عشر، و لم يبلغ سن الرشد وهو تمام التاسعة عشر.

ثانيا: يعد الزواج بدون إذن قضائي من أبرز صور التحايل على القانون لتزويج القاصرات بالرغم من إنعقاده شرعا متى توافرت فيه الشروط و الأركان، كان على المشرع ترتيب جزاء على كل من الولي والزوج لمخالفتهم إجراءات عقد الزواج.

ثالثا: إن تزويج القاصرات قبل بلوغهن الشرعي يؤدي إلى أضرار نفسية وجسمية، إذا كان على المشرع الجزائري أن يحذو حذوا التشريعات العربية أن يحدد السن الأدنى الزواج بحسب المذاهب الفقهية الذي يتراوح بين 15سنة و18سنة

رابعا: إن هناك سبل كفيلة لضمان حماية قاصر في الزواج وهي تفعيل دور السلطة القضائية بالإحتكام إلى نصوص قانونية تميز زواج القاصر عن الراشد.

خامسا: سوء فهم لأحكام الشريعة الغراء، والثغرات في النصوص القانونية، تسببت في تهميش دور الدين في هذا العقد المقدس والذي أولى حماية خاصة للقصر، وكان من الأجدر على المشرع مادام تبنى زواج القاصر الإحتكام إلى الشريعة الإسلامية .

سادسا: لم يحدد المشرع الجزائري المركز القانوني للولي في عقد الزواج و لم يبين في حالة عدم وجوده الأثر الذي يرتبه هو البطلان أم الفسخ كما لم يبين في حالة تعارض رضا الولي مع رضا القاصر هل يمنح القاضي في هذه الحالة الإذن أم يرفضه.

هذه أهم النتائج التي نرجو أن تكون خطوة في درب البحث العلمي، ورغم الجهد المبذول فإننا لاندعي أننا حققنا الغاية و لا الإحاطة بالموضوع ولكنه بداية لكل من يطمح في البحث أكثر في مجال الأحكام القانونية المتعلقة بزواج القاصر في التشريع الجزائري.

# الملاحق

رخصة لإبرام عقد الزواج قاصر

رخصة بتعين ولي لإبرام عقد الزواج

# قائمة المصادر

# و المراجع

**قائمة المصادر:**

-القرآن الكريم

-السنة النبوية

-النصوص القانونية :

01- القانون رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدّل والمتمّم.

02- الأمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ الموافق 27 فبراير سنة 2005م، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984م والمتضمن قانون الأسرة، ج.ر ع. 15، سنة 2005م.

03- القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، ع. 21، سنة 2008.

04- الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49، الصادر في 11 جوان 1966 المعدل والمتمم.

**قائمة المراجع:**

**أولا: الكتب**


1. ابن حزم، المجلد بالآثار تحقيق البغدادي عبد الغفار سليمان ، ج08، الطبعة 01 ، دار الكتب العلمية للنشر ، بيروت، لبنان، 2003
2. ابن منظور لسان العرب ، دار لسان العرب، د.ط، بيروت ، لبنان 1970.
3. أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط الأولى، دار ابن كثير للطباعة والنشر و التوزيع، لبنان، 2002.
4. أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري الخاص ، الطبعة السابعة ، دار هومة ، الجزائر 2007
5. أحمد شامي ، قانون الاسرة الجزائري طبقا لأخر التعديلات ، د.ط، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر، 2010
6. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.

7. باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، د.ط، دار الهدى، عين المليلة، الجزائر، 2012.

8. بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.مقارنة

9. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2010 .

10. تقي الدين أبوبكر بن محمد، الشافعي كفاية الأخيار في جل غاية الإختصار، ج03، د.ط، طبع على نفقة الشؤون الدينية، قطر، د.س.ن.

11. جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، مجلد10، د.ط، دار بيروت، لبنان، د.س.ن.

12. جمال سايس، الدليل الشامل في الإجتهاد القضائي الجزائري ، دار تمليك للنشر ، الجزائر ، 2007 ،

13. حميدو زكبة تشوار، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية دراسة نظرية و تطبيقية، الجزء الأول، د.ط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2008.

14. دليلة فركوس،جمال بياشي، محاضرات في قانون الأسرة إنعقاد الزواج، د.ط، دار الخلدونية للنشر ، 2016، الجزائر .

15. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

16. رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية ، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ،2010.

17. الشيخ أبو زهرة ،الأحوال الشخصية ، د.ط، دار الفكر، بيروت ، 1971

18. عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة ، د.ط ، الموفم للنشر ، الجزائر ، 2009.

19. عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، ط04، دار هومه ، الجزائر ، 2013.

20. عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوي شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الإبتدائية، ط02، دار الهومة ، الجزائر ، 2014 .

21. عبد العزيز، الجرائم الواقعة على تنظيم الأسرة، د.ط، المؤسسة، الجزائر، 1990.

22. عبد الفاتح تقية، النصوص الشرعية في الأحوال الشخصية ، قانون الأسرة مدعما بأحدث الإجتهادات القضائية والتشريعية – دراسة مقارنة – دار الكتاب الحديث ، القاهرة، 2012 .

23. عبد الفتاح تقية، النيابة الشرعية، الطبعة الأولى، المؤسسة الوطنية لفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، 2016،.

24. عبد القادر بن حزر الله، الخلاصة في الأحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

25. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقة الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د.ط، دار البصائر ، الجزائر، 2010.

26. عبد المؤمن بن بقاي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مدعمة بنصوص قانون الأسرة الجزائري، د.ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2000.

27. العربي بختي ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري ، الطبعة الثانية ، دار هومة، الجزائر، 1996.

28. عمر صلاح الحافظ ،مهدي الغزاوي ، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ( دراسة مقارنة في إطار الفقه التشريعات العربية والغربية )، ط1 ، منشورات جلي الحقوقية، لبنان، 2010.

29. عمر عيني الفقيه، الخلع في الشريعة و القانون، دار النشر الذهني للطباعة، القاهرة، مصر، 2000.

30. الغوثي ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، ديون المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2008

31. فضيل سعد ، شرح قانون الاسرة الجزائري في الزواج والطاق ، ج 1، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر، 1986.

32. فضيل عيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد مدعما باجتهاد قضاء المحكمة العليا، منشورات أمين، الجزائر، 2008.

33. لحسين بن الشيخ آث موليا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، د.ط، دار هومة للنشر ، الجزائر

34. محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، د.ط، دار الوعي للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2013 .

35. محمد سلام مذكور، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ،القاهرة ، مصر، 1967.

36. محمد كمال الدين إمام، الزواج و العلاقات في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات، لبنان، 1996.

37. الملكاوي عدنان ، معجم تعريف المصطلحات القانونية ، القانون الخاص، دار وائل للنشر ، الأردن ، 2008.

38. نبيل ابراهيم سعد ، المدخل إلى القانون ( نظرية الحق)، ط الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2010.

39. نبيل صقر، قمراوي عز الدين، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، د.ط ، دار الهدى للطباعة وللنشر والتوزيع ، عين مليلة، الجزائر ، د.س.ن .

40. نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي و المحامي، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2016

41. يوسف دلاندة ، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة ،الطبعة الثانية ، دار الهومه ، الجزائر ، 2008.

42. يوسف شكري فرحات ، معجم الطلاب ، ط07 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 2004.

**ثانيا: الرسائل الجامعية و المذكرات:**

1. بن حليمة يمينة، خصوصية اجراءات التقاضي في دعاوي شؤون الأسرة- دراسة مقارنة – مذكرة تخرج نيل شهادة الماجستير تخصص قانون الاجرائي ،جامعة بن خلدون، تيارت 2011-2012.
2. تيطرواي منير، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2008-2009.
3. رشيد مسعودي ، النظام المالي للزوجين دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، الموسم الجامعي 2005-2006،
4. سها ياسين، زواج الصغار في ضوء تحديد سن الزواج، رسالة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2010.
5. فاسي عبد الله ، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، 2010-2015.
6. نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون – مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستر في القانون ، فرع العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006.
7. نعيمة تابودوشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، رسالة ماجيستر، معهد الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر ، 2000 .

**ثالثا: المقالات و الأبحاث:**

1. تشوار الجيلالي ، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري ، العدد04، المجلد39، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر.
2. هنان مليكة، محاضرات في قانون الأسرة، مطبوعة مقدمة لطلبة ماستر قانون الأسرة، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي نور البشير، البيض، الجزائر2013-2014.

3. هنان مليكة، محاضرات في مقياس الإثبات في شؤون الأسرة، مطبوعة مقدمة لطلبة ماستر قانون الأسرة، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي نور البشير، البيض، الجزائر2019-2020.

**رابعا: أحكام القضاء:**

1. المجلة القضائية سنة 1997
2. المجلة القضائية سنة1998
3. المجلة القضائية سنة 2013
4. المجلة القضائية سنة 2014

# الفهرس

المقدمة ..... أ
**الفصل الأول : الأحكام الناظمة للزوجة القاصرة في عقد الزواج وآثاره** ..... 1
**المبحث الأول : الطبيعة القانونية لزواج القاصرة** ..... 2
المطلب الأول : أساس انعقاد زواج القاصرة. ..... 2
الفرع الأول : شرعية زواج القاصر. ..... 3
الفرع الثاني : أهلية الزوجة القاصر في عقد الزواج..... 7
الفرع الثالث : رضا القاصرة في عقد الزواج. ..... 11
المطلب الثاني : الولاية في زواج القاصرة. ..... 14
الفرع الأول : الولاية في الزواج . ..... 15
الفرع الثاني : الأشخاص الذين لهم حق الولاية ..... 18
المطلب الثالث : الإذن القضائي في زواج القاصرة ..... 21
الفرع الأول: النظام القانوني للإذن
القضائي.....21
الفرع الثاني: شروط الإذن القضائي ..... 23
الفرع الثالث : الجهة القضائية التي لها صلاحية منح الإذن القضائي : ..... 25
**المبحث الثاني : الآثار المالية الناتجة عن عقد زواج القاصرة.** ..... 28
المطلب الأول : الذمة المالية للزوجة القاصرة ..... 29
الفرع الأول : مفهوم الذمة المالية للزوجة..... 29
الفرع الثاني : النظام المالي للزوجين في قانون الأسرة الجزائري . ..... 31
الفرع الثالث: سلطة الزوجة القاصرة على مالها ..... 34
المطلب الثاني : حق الزوجة القاصرة في التصرف في الصداق والنفقة. ..... 36
الفرع الأول: حق الزوجة القاصرة في التصرف في الصداق. ..... 37

الفرع الثاني: حق الزوجة القاصر في التصرف في النفقة الزوجية ..... 40
المطلب الثالث : حق الزوجة في التقاضي للمطالبة بالحقوق . ..... 44
الفرع الأول : الضمانات المقررة لحماية حق الزوجة في الصداق. ..... 44
الفرع الثاني : الضمانات المقررة للحفاظ على حق الزوجة في النفقة ..... 46
**الفصل الثاني: المركز القانوني للزوجة القاصرة في المطالبة بانحلال الرابطة الزوجية.** ..... 50
**المبحث الأول : الأحكام الموضوعية لفك الرابطة الزوجية.** ..... 50
المطلب الأول : حق الزوجة القاصرة في طلب التطليق..... 50
الفرع الأول: حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري وتطبيقاتها على الزوجة القاصرة.....52
الفرع الثاني : إشكالات التي تواجه الزوجة القاصرة في إثبات الضرر في التطليق ..... 63
المطلب الثاني : حق الزوجة القاصرة في طلب الخلع..... 65
الفرع الأول : خلع الزوجة القاصرة في قانون الأسرة الجزائري . ..... 66
الفرع الثاني : آثار الخلع : ..... 70
المطلب الثالث : الآثار القانونية لطلاق الزوجة القاصر (الحضانة)..... 71
الفرع الأول : الإطار المفاهيمي للحضانة وشروطها. ..... 72
الفرع الثاني : آثار الحضانة للزوجة القاصر..... 75
**المبحث الثاني : الأحكام الإجرائية لفك الرابطة الزوجية . ..... 78**
المطلب الأول : اجراءات رفع دعوى التطليق و الخلع بالنسبة للزوجة القاصر . ..... 79
الفرع الأول : شروط قبول دعوى الطلاق و الخلع. ..... 80
الفرع الثاني : الاختصاص القضائي في دعوى التطليق والخلع ..... 81
المطلب الثاني : اجراءات سير دعوى الخلع والتطليق..... 84
الفرع الأول : تقديم عريضة افتتاح دعوى التطليق والخلع. ..... 84
الفرع الثاني : سلطة القاضي في التطليق والخلع . ..... 85
الفرع الثالث : دور النيابة العامة في دعوى الخلع والتطليق ..... 87

المطلب الثالث : مركز الزوجة القاصرة في الصلح والتحكيم. ..... 89
الفرع الأول : مركز الزوجة القاصرة في الصلح ..... 89
الفرع الثاني: مركز الزوجة القاصرة في
التحكيم.....93
الخاتمة :.....97
قائمةالمراجع:.....
100
الفهرس:.....103

**الملخص:**

أحاط المشرع الجزائري زواج القاصر بأحكام وضمانات تتلاءم مع خصوصيات هذا النوع من عقود الزواج وعلى الأخص إجراءات انعقاده لا سيما تلك المتعلقة بالإذن القضائي حينما منح لقاضي شؤون الأسرة السلطة التقديرية لترشيد القاصر للزواج متى توافرت القدرة والمصلحة في ذلك.

كما اعترف المشرع الجزائري للزوجة القاصر بأهلية التقاضي إذا ما تعلق الأمر بآثار الزواج، مؤكدا أحقيتها في المطالبة بحقوق خاصة المالية منها : الصداق والنفقة، في حين لم يعترف لها بالصفة الإجرائية في دعوى التطليق والخلع ،بينما في المقابل أعطى الأحقية لمن ينوب عنها مباشرة الاجراءات باسمها، وفي الأخير، لم يميز في أحقية الحضانة بينها وبين الأم الراشدة في ذلك معتمدا على تحقيق مصلحة المحضون في ذلك.

Le législateur algérien a entouré le mariage d'une mineure de dispositions et de garanties compatibles avec les spécificités de ce type de contrat de mariage, notamment les procédures de sa conclusion, celles relatives à l'autorisation judiciaire de mariage, lorsqu'il a attribué au juge aux affaires familiales le pouvoir discrétionnaire de rationaliser le mariage du mineur lorsque la capacité et l'intérêt y étaient disponibles.

La législation algérienne familiale a également admis à l'épouse mineure la capacité de plaider si l'action concernait les effets du mariage, affirmant son droit à revendication des droits financiers spéciaux, y compris: la dot et la pension ,en revanche ne reconnaissant pas la qualité procédurale en cas de dissolution de mariage :**divorce** et **l'khola**, cependant a regard, il donnait droit à l'adjoint de mineure d'engager une procédure en son nom.

Et enfin ; n'a pas fait de distinction en droit de garde(hadanah) entre elle et la mère majeure en ce qui concerne la réalisation de l'intérêt d'enfant sous la garde (hadanah) en elle aussi.