

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



عنوان

المذكرة

## الأهلية في الزواج

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون الأسرة

تحت إشراف الأستاذ:

- د/ قاري علي

من تقديم الطالب(ة):

❖ ناصري عبد الجبار

❖ مومن عبير

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د/ مسيخ محمد لمين	أستاذ محاضر	رئيسا
د/ قاري علي	أستاذ محاضر	مشرفا ومقررا
أ/ جدع أمال	أستاذة مساعدة	مناقشا

دورة: جوان 2025

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي  
خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ  
وَالَّذِي يُضَوِّبُ الْمَوْتِ  
وَالَّذِي يُضَوِّبُ الْمَوْتِ  
وَالَّذِي يُضَوِّبُ الْمَوْتِ

## شكر و تقدير

نحمد الله تعالى الذي وفقنا و أعاننا على إنهاء هذا البحث المتواضع ، فالحمد لله عز وجل أولا و أخيرا فلولاه لما وصلنا إلى هذه المرحلة.

ولا يسعنا في هذا المقام إلا أن نتقدم بجزيل الشكر و العرفان لأستاذي الفاضل الدكتور "قاري علي" الذي أعطانا شرف الإشراف على إنجاز هذا العمل و الذي أنار لنا الدرب بنصائحه و توجيهاته الثمينة بأسلوبه الراقي و تشجيعه الدائم لنا لم يبخل علينا بوقته ولا بعلمه هذا ما أعطانا طاقة إيجابية كبيرة للبحث و أن نكون عند حسن ظنه فجزاه الله كل الخير .

كما نتقدم بجزيل الشكر و التقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة على ما أمضته من وقت و بذلته من جهد لقراءة ومناقشة مذكرتنا.

و نشكر كل من ساهم و كان سند و عون لنا في هذه المذكرة و لو بالكلمة الطيبة .

## إهداء

[ وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين ]

الحمد لله حبا و شكرا و إمتنانا ما كنت لأفعل هذا لولا فضل الله عز وجل فالحمد لله على البدء و الختام ها أنا اليوم أهدي بكل حب تخرجي لنفسي الطموحة القوية التي تحملت الصعاب .  
أهدي نجاحي إلى ذلك الرجل العظيم إلى من كان لي عمودي الفقري الذي ساندني في ضعفي إلى فرحتي الدائمة لطالما عاهدته بهذا النجاح و ها أنا أتممت وعدي (أبي الغالي حفظك الله).  
إلى التي تعجز الكلمات عن وصفها التي كانت النور في عتمتي إلى المضحية من أجلي التي دعمتي بلا حدود كل لحظة نجاح لي هي إنعكاس لتعبها (والدتي العزيزة).  
إلى من أفنت عمرها في سبيل أن أحقق طموحي التي ظلت دعواتها تضم إسمي دائما إلى نبراس أيامي و وهج حياتي أمي الثانية جدتي (ميمي أدامها الله لنا).  
وإلى تلك الإنسانية العظيمة لطالما تمنيت أن تقر عينها برؤيتي في يوم كهذا إلى التي توسدها التراب قبل أن تحقق أمنيتها (جدتي رحمها الله) فرحتي تنقصها وجودك و نجاحي ينقصه فخرك بي.  
إلى من بهم أكبر وعليهم أعتد و بوجودهم أكتسب القوة إلى قرّة عيني (إخواني) وإلى كتفي وسندي الذي لا يميل ،ضوئي الذي لا يفنى (أختي) .  
إلى ملائكة رزقني الله بهن صديقات عمري أنتم الظل الذي لا يزول ،شريكات الدرب الطويل شاركوني التعب و الفرح طيلة المشوار (أخواتي اللواتي لم تلهين أمي).  
كما لا أنسى من مدت يديها لي في أوقات الضعف كانت واقفة خلفي مثل ظلي رغم إنشغالاتها رافقتني ولم تبخل علي بوقتها و جهدها كانت أكبر داعم لي في هذا النجاح (زوجة خالي متعها الله بالصحة و العافية).

فجزاكم الله خير و أثابكم خير الجزاء

مومن عبير



## الحمد لله رب العالمين

لم تكن الرحلة قصيرة و لا الطريق محفوفًا بالتسهيلات لكنني فعلتها، فالحمد لله الذي يسر البدايات و بلغنا النهايات بفضلہ و كرمه.

أهدي بكل حب نجاحي غلى أنيسة العمر و أعظم نعم الله علي، التي ضمت إسمي بدعواتها في ليها و نهارها و اضاءت دربي (أمي الغالية).

أهدي ثمرة نجاحي و تخرجني إلى من علمني أن الدنيا كفاح و سلاحها العلم و المعرفة غلى أعظم رجل في الكون (أبي الغالي).

لكل من كان عونًا و سندا في هذا الطريق للأصدقاء الأوفياء و رفقاء السنين لأصحاب الشدائد إليكم عائلتي أهديكم هذا النجاح و الإنجاز الذي لطالما سعيت إليه.

ناصرى عبد الجبار

## قائمة المختصرات:

- ق أ ج : قانون الأسرة الجزائري.
- ق م ج : قانون المدني الجزائري.
- ق أ ح ش ك : قانون الأحوال الشخصية الكويتي .
- م أ م : مدونة الأسرة المغربية .
- ج ر : الجريدة الرسمية .
- د ج = دون جزء.
- د ط = دون طبعة.
- د س ن = دون سنة نشر.
- ص = صفحة.
- ط = الطبعة
- ع = العدد
- ج = الجزء

خلق الله سبحانه و تعالى هذا الكون بنظام دقيق و إبداع عظيم حيث قال في كتابه الكريم :  
**\*\* و لقد كرمنا بني آدم و حملناهم في البر و البحر و رزقناهم من الطيبات و فضلناهم على كثير  
 ممن خلقنا تفضيلاً\*\*** (سورة الإسراء الآية 70) ، فالإنسان هو أسمى مخلوقات الله و قد فضله على  
 كثير من مخلوقاته بما منحه من عقل و قدرة على التمييز بين الصواب و الخطأ.

فمنذ أن خلق الكون يعيش الإنسان ضمن مجتمع يضم أفراد آخرين، و يختلف من مكان لآخر بحسب  
 عاداته و تقاليد و لا يمكن له أن يعيش منعزلاً عن الجماعة لذا كان لا بد له من تنظيم حياته  
 الإجتماعية من خلال قواعد و سلوكيات تضبط علاقته بالآخرين أي لا بد له من أسرة.

وتبقى الأسرة إحدى أهم الركائز في بناء المجتمع، إذ تقوم بدور أساسي في تنشئة الفرد و تربيته على  
 القيم الدينية و الإجتماعية و الثقافية و غيرها ، فهي اللبنة الأولى في بناء المجتمع الصالح و تشكل  
 الأساس الذي يقوم عليه صلاح الأفراد و المجتمع ككل .

فتنشأ الأسرة من خلال عقد الزواج الذي يمثل ميثاقاً غليظاً يجمع بين رجل و امرأة على أساس من  
 المودة و الرحمة و قد أولى الإسلام عقد الزواج عناية عظيمة فشرعه و بين أحكامه تفصيلاً لما له  
 دور كبير في حفظ الأنساب و صون النفوس من الانحراف و ستر العورات لأن الإنسان بطبيعته  
 ميل للشهوة و لا يتحقق له الإستقرار النفسي و الإجتماعي إلا في ظل زواج شرعي يلبي حاجاته  
 الروحية و الجسدية و هذا ما إتفقت سائر الشرائع على تشريعه و تنظيمه .

ولم يغفل المشرع الجزائري عن تنظيم عقد الزواج، إذ أفرد له أحكاماً خاصة ضمن نصوص قانون  
 الأسرة و إعتبره ذا طبيعة مميزة، حيث أضفى عليه صفة الرضائية كونه يتم برضا طرفيه الرجل  
 و المرأة ، فلا ينعقد عقد الزواج صحيحاً إلا بتوافر مجموعة من الأركان والشروط التي حددتها الشريعة  
 الإسلامية في القرآن الكريم والسنة النبوية، والتي أقرها المشرع الجزائري صراحةً في قانون الأسرة.  
 ويأتي على رأس هذه الأركان الرضا كعنصر أساسي، إلى جانب الشروط التالية: الأهلية، الصداق،  
 الولي، الشاهدان، وانعدام الموانع الشرعية.

ومن بين هذه الشروط ، يبرز شرط الأهلية بوصفه محوراً بالغ الأهمية في انعقاد الزواج، حيث  
 يتعين أن يكون كل من الزوجين متمتعاً بالأهلية القانونية الكاملة التي تُمكنه من إدراك ما له من  
 حقوق وما عليه من إلتزامات، بما يضمن إستقرار الحياة الزوجية وحماية الأسرة.

و إنطلاقاً من ذلك، تتمحور هذه الدراسة حول الأهلية في عقد الزواج بإعتبارها شرطاً جوهرياً لإنعقاده، مع الإقتصار على المعالجة من الزاوية القانونية، دون إغفال الإستئناس ببعض أحكام الشريعة الإسلامية حيثما اقتضى السياق. وقد اعتمدنا في تحليلنا هذا على أحكام قانون الأسرة الجزائري والقانون المدني، مما يوضح بجلاء أهمية هذا الموضوع ويدفع إلى التعمق فيه، نظراً لما يثيره من إشكاليات نظرية وتطبيقية.

## أهمية الموضوع:

يكتسي موضوع الأهلية في الزواج أهمية بالغة في حياة الأفراد والمجتمع على حدّ سواء، لإرتباطها الوثيق بتكوين الأسرة التي تُعدّ نواة المجتمع وأساس توازنه كما أنّ حاجة الناس المتزايدة إلى مؤسسة الزواج، وما يترتب عنها من حقوق وواجبات، تفرض ضرورة ضبط شروطها القانونية بدقة، خصوصاً فيما يتعلق بمدى أهلية الطرفين عند إبرام هذا العقد.

وتبرز أهميته كذلك في الدور المحوري الذي يلعبه القاضي في حماية الأسرة، من خلال التحقق من إستيفاء شروط الأهلية، لا سيما في الحالات الإستثنائية التي تتطلب ترخيصاً قضائياً.

وتتمثل الجوانب الجوهرية لأهمية هذا الموضوع فيما يلي:

- تحديد الأحكام القانونية المنظمة لزواج فئات المجتمع المختلفة، سواء كانوا من عديمي الأهلية أو ناقصيها، ومقارنة وضعهم بكاملي الأهلية.
- بيان مدى قدرة هذه الفئات على إبرام عقد الزواج بصورة صحيحة، ومعرفة الآثار القانونية المترتبة على تصرفاتهم في حال انعقاد العقد.
- تسليط الضوء على الحالات الخاصة مثل زواج القُصر أو من يعانون من إضطرابات عقلية، وموقف القانون منها.

## أسباب إختيار الموضوع:

جاء إختيار هذا الموضوع نتيجة لجملة من الأسباب الموضوعية والشخصية التي تُبرز الحاجة إلى التعمق في دراسته، ويمكن تلخيصها فيما يلي:

1. الدافع الأكاديمي والإهتمام الشخصي، حيث إن تخصصنا في قانون الأسرة وميلنا إلى قضاياها الإجتماعية والشرعية، شكّل حافزاً طبيعياً لإختيار موضوع أهلية الزواج كمجال للبحث والتحليل.

2. قلة الدراسات القانونية المتخصصة التي تناولت هذا الموضوع، لاسيما وأن المشرع الجزائري إكتفى بتنظيمه من خلال مادة واحدة فقط هي المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري ، ما جعل المجال مفتوحًا للتأمل والتوسع من الزاوية القانونية والعملية.

3. كثرة الإشكالات القانونية والتطبيقية المرتبطة بموضوع الأهلية، لا سيما على مستوى القضاء، مثل الجزاء المترتب على مخالفة السن القانوني للزواج، أو الشروط الواجب توافرها لمنح الإذن القضائي الاستثنائي.

4. الحاجة إلى تفكيك الغموض المحيط بالمادة 07 من قانون الأسرة، وإثراء الموضوع بمادة علمية دقيقة تساهم في توضيح المفاهيم القانونية ذات الصلة، خاصة في ظل السلطة التقديرية الواسعة التي منحها المشرع للقاضي في تزويج القُصّر.

5. وجود حالات لزواج القُصّر بالفاتحة، نتيجة لضعف الوعي القانوني، وجهل الأفراد بمخاطر هذا النوع من الزواج، وكذلك لجهلهم بدور القضاء في تنظيم هذا المسار وحماية القاصرين.

ومن هذا المنطلق، إرتأينا أن نتناول موضوع الأهلية في الزواج من منظور قانوني وقضائي يُعدّ ضرورة علمية، تمكّن من ربط النصوص النظرية بواقع العمل القضائي، خاصة في ظل التغيرات الإجتماعية والتشريعية التي يشهدها المجتمع الجزائري.

### الهدف من دراسة الموضوع:

يهدف هذا البحث إلى تحقيق مجموعة من الغايات العلمية والعملية التي تتماشى مع إشكالية الموضوع وطبيعته، ويمكن تلخيص أبرز هذه الأهداف فيما يلي:

1. توضيح المصطلحات القانونية الغامضة المرتبطة بموضوع أهلية الزواج، مثل مفهوم (الأهلية)، و(السلطة التقديرية)، و(الترخيص القضائي)، وذلك بغية إزالة اللبس الذي قد يعتري هذه المفاهيم سواء من الناحية النظرية أو التطبيقية.

2. الإسهام في معالجة بعض الظواهر الإجتماعية المعقدة، وفي مقدمتها الزواج بالفاتحة، الذي غالبًا ما يتم خارج الإطار القانوني، وما يترتب عنه من آثار سلبية تمسّ بالدرجة الأولى حقوق الزوجة والأبناء، وتؤدي إلى تهديد إستقرار الأسرة.

3. تقديم توصيات ومقترحات قانونية عملية قد تُفيد المشرع الجزائري مستقبلاً، خاصة في ما يتعلق بمراجعة الأحكام المرتبطة بسن الزواج، أو بضوابط منح الترخيص القضائي لتزويج القاصر، بما يضمن حماية حقوق جميع الأطراف.

4. دعم البحث العلمي وتطوير الدراسات الأكاديمية، من خلال توفير محتوى علمي قانوني يمكن أن يكون مرجعاً مساعداً للطلبة والباحثين المهتمين بقضايا الأسرة وقانونها في الجزائر.

### الصعوبات:

إن أي عمل في حقل البحث العلمي و المعرفي لا بد و أن تعترضه الصعوبات على إختلافها و تنوعها و هذا العمل تكمن صعوبته في :

1. قلة المراجع المتخصصة التي تناولت موضوع أهلية الزواج بشكل معمق، حيث لوحظ أن معظم المراجع المتوفرة تكررت مضامينها وإعتمدت على النقل من بعضها البعض دون إضافة نوعية جديد لكن حاولنا الإعتماد على مصادر متنوعة لضمان المصداقية.

2. ضيق نطاق الموضوع من الناحية التشريعية، إذ يمثل جزءاً محدوداً ضمن قانون الأسرة الجزائري، ما فرض تحديات في إستخراج محتوى بحثي غني و متنوع من نصوص محدودة.

3. ضيق الوقت المخصص لإنجاز البحث ضمن الإطار الزمني الأكاديمي، لكن حاولنا تنظيم مراحل العمل بشكل يسمح بتحقيق الأهداف الأساسية للمذكرة.

4. في بداية البحث واجهنا بعض الصعوبات في بعض المفاهيم لكن مع البحث و التعمق تجاوزنا ذلك.

### الإشكالية:

نظراً للمكانة المحورية التي يحتلها موضوع الأهلية في الزواج ضمن منظومة قانون الأسرة، خاصة من حيث إرتباطه الوثيق بصحة العقد وحماية الحقوق الأسرية، إرتأينا تناول هذا الموضوع بالتحليل والدراسة من زوايا متعددة، وقد تمحورت الإشكالية الرئيسية التي يسعى هذا البحث للإجابة عنها حول السؤال التالي:

**كيف نظم المشرع الجزائري أحكام الأهلية في عقد الزواج ؟ و إلى أي مدى وفق في ذلك ؟**

وهذا ما يقودنا إلى طرح العديد من التساؤلات الفرعية تساهم في إبراز هذا الموضوع وهي:

- ما مدى تأثير عوارض الأهلية مثل الجنون أو العته أو السفه على صحة عقد الزواج؟
- هل وفقّ المشرع الجزائري في مسايرة الفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة في تحديد السن القانونية للزواج؟
- ما هي حدود السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في منح الإذن بالزواج، خاصة في الحالات الإستثنائية دون بلوغ السن القانونية؟

## المنهج المتبع:

لتحقيق الأهداف المنشودة من هذا البحث وإعطائه حقه من التحليل والدراسة، اقتضت طبيعة الموضوع الاعتماد على مجموعة من المناهج العلمية المتكاملة، وذلك كما يلي:

إعتمدنا **المنهج الإستقرائي والوصفي** لرصد وتتبع الآراء الفقهية القديمة والمعاصرة، إلى جانب إستقراء النصوص القانونية ذات الصلة بأهلية الزواج، من أجل الإحاطة الشاملة بالجوانب النظرية والعملية للموضوع، وإستعنا بالمنهج التحليلي لفهم وتحليل الصياغات القانونية التي إعتمدها المشرع الجزائري مع مناقشتها بهدف الكشف عن مقاصده ومواطن القوة والقصور في تنظيمه لأحكام الأهلية. كما لجأنا إلى **المنهج التاريخي** لتتبع التطورات التشريعية التي طرأت على مسألة تحديد السن القانوني للزواج، ورصد التغيرات التي لحقت بالجزاءات القانونية المرتبطة بمخالفته.

# الفصل الأول

إكتمال الأملية في عقد الزواج

الفصل الأولإكتمال الأهلية في عقد الزواج

تعرف الأهلية بأنها قدرة الشخص على إكتساب الحقوق و تحمل الإلتزامات و ممارسة التصرفات القانونية التي تتيح له ذلك ، فهي تعطي الشخصية القانونية لكل من الشخص الطبيعي و الاعتباري.<sup>1</sup>

تنقسم هذه الأهلية إلى نوعان : أهلية تكتسب منذ لحظة الميلاد وهي أهلية الوجوب، والتي تمنح الشخص حق التمتع بالحقوق و تحمل الإلتزامات إلى حين وفاته.

و النوع الثاني يتمثل في أهلية الأداء، يكتسبها الشخص لاحقاً و تمثل قدرة الشخص على ممارسة حقوقه بنفسه، أي قيامه بالتصرفات القانونية بإرادته مما يترتب عليه آثار قانونية، هذا بالنسبة للشخص الراشد كامل الأهلية، لكن قد تتأثر هذه الأهلية بعوارض تؤدي إلى نقصانها أو فقدها تماماً. و أهم تصرف يقوم به الشخص هو الزواج، الذي يتطلب توافر الأهلية الكاملة للشخص حتى تكتمل صحته و يترتب آثاره، و تتحقق هذه الأهلية لمن بلغ سن الحلم و يكون عاقلاً، حيث أن الأصل في هذه الأهلية العقل ولكن ربطت بالبلوغ فالإنسان إذا وصل سن البلوغ يفترض أنه أصبح كامل الأهلية لأداء التصرفات القانونية سواء كان رجلاً أو امرأة ، فالرجل البالغ العاقل يمكنه مباشرة عقد الزواج بنفسه و له كامل الأهلية في إبرامه، أما المرأة البالغة الراشدة إختلف الفقهاء في مسألة توليها العقد بنفسها.

وهذا ما سنبينه في الفصل الأول من خلال تناول مفهوم الزواج و الأهلية في (المبحث الأول) ومناطق إكتمال الأهلية في عقد الزواج في (المبحث الثاني) الذي يتطرق إلى السن في الزواج .

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- نظرية الإلتزام بوجه عام، ط3، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 112.

## المبحث الأول

### مفهوم الزواج و الأهلية

تعد الأسرة هي النواة الأساسية لبناء مجتمع إسلامي متماسك، لذلك نرى أن المشرع أولى إهتماما كبيرا لرابطة الزواج، كونه ميثاق غليظ يقتضي توفر أهلية كاملة بما تحمله من نضج فكري ملم بكل الجوانب التي من شأنها إنعاش الحياة الزوجية والحفاظ على قدسية الزواج، حيث تعتبر الأهلية في عقد الزواج من أبرز الشروط التي شغلت الباحثين والدارسين على الوجه الشرعي والقانوني<sup>1</sup>.

من خلال دراستنا لهذا المبحث سنتطرق إلى مفهوم الزواج (المطلب الأول) ومفهوم الأهلية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مفهوم الزواج

الزواج من أبرز الأسس التي يقوم عليها كيان الأسرة، ويتجلى ذلك من خلال إقامة علاقة زوجية شرعية بين رجل وامرأة أساسها المودة و الرحمة و التعاون، مما يضمن إستمرارية الأسرة ، و عليه فالزواج يعد من أسمى العقود نظرا لدوره المحوري في حياة الأفراد إذ يساهم في بناء مجتمعات أسرية قوية قادرة على النهوض بالأمة. فسنحاول من خلال هذا المطلب التطرق إلى تعريف الزواج (الفرع الأول) ثم إلى الطبيعة القانونية للزواج وبيان أهميته (الفرع الثاني) و أخيرا نبين آثار الزواج (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: تعريف الزواج

لتعريف عقد الزواج سنتطرق إليه (أولا) في اللغة و(ثانيا) في الإصطلاح

<sup>1</sup>: الرشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص45.

### أولاً: الزواج لغة

الزواج مشتق من كلمة الزوج، ويقال للرجل والمرأة الزوجان، و زوج المرأة بعلمها، و زوج الرجل إمرأته، ابن سيده، و الرجل زوج المرأة، وهي زوجه و زوجته، وتزوج في بني فلان بمعنى نكح فيهم وتزواج القوم و إزدوجوا، تزوج بعضهم البعض<sup>1</sup>.

وقد نص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة على ما يرادف ذلك من آيات قرآنية و أحاديث نبوية، منها قوله تعالى: **كذلك وَرَوَّجْتُهُمْ بِحُورٍ عِينٍ** <sup>2</sup>، وكذلك قوله تعالى: **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ** <sup>3</sup>.

فالنكاح بحسب العلماء يعتبر رابطة وثيقة وحبل قوي مبني على المودة و الرحمة و الحب و الألفة والمعاشرة بالمعروف بين الرجال و النساء على حد سواء أو بين الأزواج بصفة أخرى، ويعتبر الهدف الأسمى الذي يسعى إلى تحقيقه كل إنسان بإختلاف جنسه رجل أو إمرأة، كبير أو صغير، غني أو فقير<sup>4</sup>.

### ثانياً: الزواج اصطلاحاً

سننترق إلى تعريف الزواج في الإصطلاح القانوني ثم الفقهي .

#### **1. الزواج في الإصطلاح القانوني :**

نصت المادة 04 ق أج قبل التعديل أي عام 2005 على ما يلي: "الزواج هو عقد بين الرجل و المرأة على الوجه الشرعي، يهدف إلى تكوين أسرة تقوم على التعاون وإحصان الزواج و المحافظة على الأنساب و أساسها المودة و الرحمة"<sup>5</sup>.

أما بعد التعديل فقد عرف على أن: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و إمرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة والتعاون وإحصان الزوجين و المحافظة على النسل و الأنساب"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>: ابن منظور، لسان العرب، د ج ، ط1 جديدة ، دار المعارف، القاهرة، ص ص1885- 1886 .

<sup>2</sup>: سورة الدخان، الآية 51.

<sup>3</sup>: سورة الروم، الآية 21.

<sup>4</sup>: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ج1، ط4، 2005، ص ص31-32.

<sup>5</sup>: القانون 84-11، المؤرخ في 09 جوان 1984 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، العدد 24، الصادر في 12 سبتمبر 1984.

من خلال دراستنا لنص المادة 04 من ق أ ج قبل وبعد التعديل نجد:

- أن المشرع الجزائري أعطى للزواج تعريف مطلق قبل التعديل، لكن بعد التعديل قيد التعريف بالرضائية، مشيراً إلى أن الزواج يرتكز على الإرادة.
- أن المشرع حدد طرفي العقد هما الرجل والمرأة، ونفى ما يعرف بالشدود الجنسي الذي يتم بين طرفين من نفس الجنس، رجل مع رجل أو امرأة مع امرأة .
- أن الشارع حدد الهدف الأسمى من الزواج ألا وهو تكوين أسرة وبناء مجتمعات إسلامية على أسس تكفلها المودة والرحمة والسكينة والمعاشرة بالمعروف.
- نجد كذلك أن تعريف الزواج يختلف مقارنة مع القوانين المقارنة، فبالنسبة للمشرع الفرنسي عرفه من خلال نص المادة 143 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على : "الزواج يعقد بين شخصين من جنسين مختلفين أو من نفس الجنس"<sup>2</sup>، حيث نرى من خلال هذا التعريف أن المشرع الفرنسي إعتبر أن جنس الزوجين غير مهم في صحة عقد الزواج وأنه يمكن أن يتم عقد الزواج بين رجل ورجل أو امرأة وامرأة، أي أن المشرع الفرنسي أخذ بزواج المثليين.
- أما بعض الدول الأوروبية الأخرى، نصت تشريعاتها على أن الزواج هو عقد بين شخصين دون ذكر جنسيهما، أي بمعنى آخر أنها هي الأخرى تجيز زواج المثليين.<sup>3</sup>
- كما عرفته مدونة الأسرة المغربية الجديدة الزواج في نص المادة 04 بان: "الزواج ميثاق تراضي وترباط شرعي بين الرجل و المرأة، على وجه الدوام، غايته الإحصان و العفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقاً لأحكام هذه المدونة"<sup>4</sup>.
- ومنه نرى أن المشرع المغربي إستخدم كلمة ميثاق ذلك للدلالة على أهمية هذا العقد، ولتأكيد على أنه ليس كباقي العقود التي تقف عند حدود العلاقة التعاقدية بين الطرفين بل تتعداها إلى أبعد الحدود

<sup>1</sup>:الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005 ، يعدل و يتم القانون رقم 84-11 ،المؤرخ في 09 جوان 1984 ،المتضمن ق أ ج ،ع 15،الصادر في 27 فيفري 2005.

<sup>2</sup>: code civil francais. code civil version consolidee, le 07 mars 2025, a 00:50 h, voir le site web, <http://www.legifrance.gov.fr>.

<sup>3</sup>: سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، دار هومة،الجزائر،2010، ص ص37-38.

<sup>4</sup>:القانون رقم 03-70، بمثابة مدونة الأسرة، ج ر، العدد 5184، بتاريخ 05 فيفري 2004، أنظر الموقع الإلكتروني <http://www.adala.justice.gov/ma>.

التي لا يستطيع العقد تنظيمها، كالتجاوب الروحي والجسماني بين الزوجين والمتعلق بالأسرة وحمائتها وضمان إستمراريتها، وعيله فان الزواج في القانون الجزائري لا يختلف عن باقي القوانين المقارنة في كونه عقد يربط طرفين، لكن يختلف في تحديد جنسي الطرفين مقارنة بباقي التشريعات.<sup>1</sup>

## 2. الزواج في الفقه الإسلامي:

تطرق الفقه الإسلامي هو كذلك لموضوع الزواج، حيث تعددت تعريف الفقهاء لهذا العقد، حيث عرفه أغلبهم بتعاريف متقاربة تصب في معنى واحد وهو أن القصد من عقد الزواج هو ملك المتعة أو حلها، مما يجعلها تعاريف مبهمة وغير جامعة ولا مانعة.<sup>2</sup>

- حيث عرفه محمد أبو زهرة على أنه: "عقد يقيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما، ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليهما من واجبات".<sup>3</sup>

حيث كان يعتقد أن الغرض من الزواج هو إباحة هذه المتعة حسب عادات الناس والشريعة الإسلامية، ولكن هذا ليس كل غرضه وليس غرضه الأسمى في نظر الشارع الإسلامي، بل تكاثر النوع البشري والحفاظ عليه وأن يجد كل إنسان الروحية والإنسانية في شريك حياته.<sup>4</sup>

وقد عرفه بعض الفقهاء بأنه عقد قصده إستمتاع الرجل بالمرأة واستمتاع المرأة بالرجل التي لم يمنع من نكاحها مانع شرعي.<sup>5</sup>

## الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للزواج وأهميته

سنتحدث في هذا الفرع على الطبيعة القانونية للزواج (أولاً) ثم على أهمية الزواج (ثانياً).

<sup>1</sup>: فتحة بن عمارة، النظام القانوني للزواج بين التشريع المغربي و المقارن ، ط 2 ، دار النشر المعرفة، 2019 ، ص45.

<sup>2</sup>:العربي بلحاج ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 30 .

<sup>3</sup>:محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية ، د ج، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، ص 14 .

<sup>4</sup>:مرجع نفسه، ص12.

<sup>5</sup>:محمد سمير عبد الفتاح ،التنظيم القانوني و الإجتماعي للأسرة في ظل الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، دار المعرفة

الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 112 .

## أولاً: الطبيعة القانونية للزواج

نشأت نزاعات قانونية حول الطبيعة القانونية للزواج، فهناك من الفقهاء من إعتبره نظام قانوني، أما البعض فقد إعتبره كنظام وعقد في آن واحد، وهذا ما سنناقشه أدناه:

### 1- الزواج نظام قانوني:

قام الفقيه الفرنسي leon dugui ليون ديجي ، بالتمييز بين العقد الذاتي والاتفاق التنظيمي كنظام قانوني، بحيث منح الصفة التعاقدية للأول ولكن ليس لثاني، حيث يشكل الأخير علاقة قانونية جوهرية وهي الأقرب إلى القانون من كونها عقد، ولا يوجد تعارض فيه لأن لديهم غاية موحدة وهدف مضمون ينطبق على مصالح الأطراف، حيث استقر هذا الطرف على مجموعة من الحجج منها:<sup>1</sup>

- إعتبر الأسرة كيان إجتماعي مستقل ناتج عن زواج رجل وامرأة، لهذه الأسرة وضع قانوني مستقل بذاتها فلا يتوجب عليها إلا القبول بنظامها القانوني.
- الزواج هو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظمها الدولة على الطرفين الإلتزام بها بإرادتهما التامة ودون تدخل الغير.<sup>2</sup>

### 2- الزواج عقد:

إختار جانب آخر من الفقهاء أن يكييفوا الزواج على أنه عقد وليس نظام قانوني وذلك حسب ما نص عليه القانون المدني في تنظيمه للعقد من حيث التعديل أو التكوين أو إنهاء عقد الزواج.<sup>3</sup> أما المشرع الجزائري فقد إتخذ من الزواج على أنه ذو طبيعة عقدية ذلك من خلال مضمون نص المادة 04 ق أ ج: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين الرجل و المرأة على الوجه الشرعي...". وهو يشكل ميثاق بين الرجل والمرأة على وجه الدوام ذلك من أجل بناء أسرة متماسكة ومتكاملة تتحمل مسؤوليتها وأعبائها، فهو عقد يدخل ضمن حلقة العلاقات التعاقدية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup>: محمد صالح بن عوامر ، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري و المواثيق الدولية ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015، ص 88 .

<sup>2</sup>: مرجع نفسه ص 89 .

<sup>3</sup>: مرجع نفسه ، ص 90.

<sup>4</sup>: محمد صالح بن عوامر ، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري و المواثيق الدولية، المرجع السابق، ص ص 93-94.

### 3- الزواج عقد ونظام قانوني في آن واحد:

بسبب الإنتقادات التي واجهت النهجين السابقين، ظهر تفكير جديد يرى الزواج بنظرة مزدوجة كونه عقد من جهة ونظام قانوني من جهة أخرى، ويعتمد كذلك على توافق رغبة كل من الزوج والزوجة في تأسيسه أو إنهائه، ولكن لا يمكن لهذه الرغبة تعديل مكانهما أو مركزهما القانوني لأنهما تابعان لأسرة يحكمها وينظمها نظام عام بقواعد آمرة.<sup>1</sup>

ومن خلال هذه الدراسة يمكننا أن نستنتج أن عقد الزواج هو عقد يتم توقيعه من قبل الرجل والمرأة من الناحية القانونية، فإن هدفه الأساسي هو إنشاء أسرة تقوم على المودة والتعاطف والتعاون بين أفرادها، حيث أن المشرع الجزائري قد نظمها بقواعد آمرة لأهميتها وهي مهمة في حياة الفرد، فضلا عن كونها عقد ونظاما قانونيا، وهذا ما نستخلصه من نصوص قانون الأسرة.

### ثانيا: أهمية الزواج

تتمثل أهمية الزواج في العديد من الأمور منها:

- حفظ النسل، الذي يعتبر بدوره أحد المقاصد الخمسة التي قامت الشريعة بحفظها و حمايتها وأكدت على إستمرارها والحفاظ عليها، لذلك شرع الزواج كوسيلة لتحقيق هذا المقصد العظيم من مقاصد الشارع الرشيد<sup>2</sup>، يقول الشاطبي (( فلو عدم الدين عدم جزاء المرتجى، ولو عدم المكلف لعدم من يتدين، ولو عدم العقل لإترفع التدين، ولم عدم النسل لم يعد في العادة البقاء، ولو عدم المال لم يبق عيش))<sup>3</sup>.

- حفظ النفس، ذلك بكونه وسيلة فعالة لعدم الوقوع في الفواحش و الرذائل والفساد، لما فيه من غط للبصر وحفظ للفرج، ذلك لقوله تعالى: \*\* وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ \*\*<sup>4</sup>.

- يوفر الزواج المناعة ضد مرض الإيدز والأمراض القاتلة التي تنتقل عن طريق الاتصال الجنسي .

<sup>1</sup>: الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ط1، «ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص28.

<sup>2</sup>: عبد الرحمان السعدي، أحكام الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية، وما عليه في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ط1، دار الآفاق المشرقة، 2005، ص42.

<sup>3</sup>: أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج 2، د ط، دار المعرفة، بيروت، د س ن، ص8.

<sup>4</sup>:سورة المؤمنین، الآيات 5-6.

- يعتبر الزواج نعمة من النعم التي أنعم الله بها على عباده ورسله، وهو بمثابة أية من الآيات التي من بها الله على عباده وهو ما يدل على أهميته البالغة.

- في الزواج تحقيق للغرائز الإنسانية والإستجابة لطبيعة الخلق الإنساني.

- الزواج هو ملاذ السعادة و أساس الاستقرار الحياة الأسرية التي بصلاحتها تصلح المجتمعات وذلك لقوله تعالى: **\*\*و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة\*\***.<sup>1</sup>

- الزواج هو توثيق للمحبة وتوطيد للروابط الأسرية، وذلك من خلال المصاهرة. للزواج أهمية كبيرة وذلك لما نصت عليه العديد من الأحاديث النبوية الشريفة والآيات القرآنية، فالإعراض عليه يعتبر مخالفا للمنهج النبوي الشريف.

### الفرع الثالث: آثار الزواج

قبل الخوض في آثار الزواج بالتفصيل سنتطرق إلى أركان وشروط الزواج (أولا)، ثم حقوق وواجبات الزوجين (ثانيا) .

### أولا: أركان وشروط الزواج

تعددت آراء الفقهاء المسلمين في تحديد أركان وشروط عقد الزواج، فإنقسموا إلى فئة جعلت له ركنان هما: الإيجاب و القبول كالحنفية وهناك من جعلها ثلاثة ، وهي الصيغة و المحل والقبول، كما يوجد من جعلها أربعة: الصيغة والولي والزوج والزوجة والصداق كالمالكية، أما الشافعية فقد جعلتها خمسة، و هذا الإختلاف في تحديد أركان الزواج لم يقتصر على الفقه و الفقهاء المسلمون، بل تعدى ذلك وصولا إلى التشريعات العربية<sup>2</sup>.

لذلك يعتبر من المنطقي جدا لأن كل تشريع أخذ بمذهب مختلف من المذاهب السالفة الذكر، حتى هناك تشريعات دمجت بين المذاهب من بينها التشريع الجزائري، الذي حدد ركن الزواج في المادة 33 ق أ ج ، بركن الرضا<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>: سورة الروم، الآية 21.

<sup>2</sup>: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج 7، ط4، دار الفكر ،دمشق، 1997، ص 24.

<sup>3</sup>: المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري: " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا".

أما الولي والشاهدان والصدّاق إعتبرهما كشرط لهذا العقد ذلك حسب ما جاء في نص المادة 09 مكرر من ق أ ج<sup>1</sup>.

ومن خلال هذه الدراسة نرى أن المشرع الجزائري حدد ركن الزواج بالرضا كركن وحيد، أما شروطه فهي: الإشهاد و الصدّاق و الولي و الأهلية وكذلك الخلو من الموانع الشرعية.

### ثانيا: حقوق وواجبات الزوجين

تعتبر الأسرة الحجر و اللبنة الأساسية لأي مجتمع، فبصلاح الأسرة ينعكس ذلك على تماسك الحياة بأسرها، حيث أولى الإسلام للأسرة عناية خاصة حيث يأمن لكل من الزوجين حقوق تكفل سلامتهما و سعادتهما معتمدا في ذلك على مبدأ المشاركة الحقيقية بين الطرفين لضمان إستقرار هذا الكيان.

حيث نجد أن المواد القانونية من 36 إلى 39 ق أ ج نصت على حقوق وواجبات الزوجين حيث أنها تنقسم إلى :

#### 1- الحقوق المشتركة بين الزوجين :

نصت المادة 36 ق أ ج، على الحقوق المشتركة بين الزوجين حيث قام المشرع من خلال هذه المادة بحصرها في ثلاث عناصر أساسية هدفها التأكيد من الحفاظ على الروابط الزوجية و التعاون على مصلحة الأسرة وكل ما يتعلق بها، حيث لما رأى المشرع من صعوبة بالغة في تحديد و ضبط الواجبات الزوجية اكتفى بذكر مفادها و أهميتها من خلال المادة 36 ق أ ج ، وذكر مختلف الحقوق الأخرى في مواد متفرقة من بين هذه الحقوق نجد :

- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.

- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد.

- المحافظة على روابط القرابة بالحسنى والمعروف.

- تثبيت النسب الأولاد وثبوت التوارث بين الزوجين.

- حرمة المصاهرة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>:المادة 09 مكرر من ق أ ج: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

<sup>2</sup>: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص ص158-161.

## 2- حقوق الزوجة على الزوج:

- حدد المشرع الجزائري في المادتين 37 و38 ق أ.ج، للخوض في موضوع حقوق الزوجة على زوجها حيث حصرتها المادتان فيما يلي:
- حقوق النفقة الشرعية.
  - العدل بين الزوجات في حالات التعدد.
  - زيارة الأهل وإستضافتهم بالمعروف.
  - حرية التصرف في مالها.<sup>1</sup>

## 3 - حقوق الزوج على الزوجة:

- مثلما نص المشرع وعين للزوجة حقوق على زوجها نص كذلك على حقوق الزوج على زوجته وذلك حسب مضمون نص المادة 39 ق أ.ج، حيث تتمثل هذه الحقوق في:
- الحق في الطاعة.
  - حق الزوج في تأديب زوجته .
  - حق الزوج على زوجته في الإنفاق عليه.
  - إحترام والدي الزوج .
- من خلال هذه الدراسة نرى أن الجدير بالذكر أن المودة والرحمة والإحسان حسب ما شرعه الشارع وما جاء به الفقهاء الشريعة الإسلامية، هم قوام الحياة الزوجية لذا وجب على الزوجين الإحسان لبعضهما البعض والمعاشرة بالمعروف.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص ص 161-164.

<sup>2</sup>:مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، د ط ، المؤسسة الحديثة، لبنان، د س ، ص ص 75-

## المطلب الثاني:

### مفهوم الأهلية

لتفصيل الحديث عن الأهلية سنتطرق إليها من خلال التعريف بها (الفرع الأول)، ثم إلى أنواع الأهلية (الفرع الثاني)، بعدها سنقوم بدراسة موانع و عوارض الأهلية (الفرع الثالث) .

### الفرع الأول:تعريف الأهلية

للتعريف بالأهلية سنطرق لها من خلال تعريفها اللغوي (أولاً)، ثم تعريفها الإصطلاحي (ثانياً).

#### أولاً:الأهلية لغة

"مؤنث الأهلية، والأهلية لأمر الصلاحية له، هي عبارة عن صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه".<sup>1</sup>

معناها: يقال أهل لهذا العمل أي أصلح له، قال تعالى: **\*\* وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا \*\***.<sup>2</sup>

للأهلية تعريفات كثيرة ومختلفة منها أنها صفة وضعها الشارع في شخص معين، تمكنه من أن توضع له حقوق وتثبت عليه واجبات وتكون تصرفاته صحيحة .

والمقصود بأهلية الإنسان قدرته لتقبل والعمل بما وضعه المشرع من أوامر ونواهي، وما يرتبط بذلك، وهي كذلك كفاءته وقدرته على تحمل الحقوق المشروعة له والواجبات المشروعة عليه.

#### ثانياً: الأهلية في الإصطلاح

هي "صلاحية الشخص للإلتزام ،والإلتزام بالقدرة على تلقي الحقوق وتحمل الإلتزامات وممارسة التصرفات القانونية، فيكون الشخص ذا أهلية إذا صار قابلاً لأن تثبت له حقوق مشروعة أو تثبت عليه واجبات مشروعة، وقادر على إبرام التصرفات المختلفة من عقود الإرادة المنفردة".<sup>3</sup>

<sup>1</sup>: ابن فارس،معجم مقاييس اللغة،ج1،دار الفكر، بيروت، 1991، ص134.

<sup>2</sup>: سورة الفتح، الآية 26.

<sup>3</sup>:محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 302.

أو هي قدرة الشخص على الإرادة والإلتزام، فيفترض أنه يتمتع بالصفات النفسية التي تمكنه من إتخاذ القرارات والإلتزام بعد أن يصبح على علم بموضوعه وعواقبه وتأثيره على شخصيته أو مسؤوليته المالية أو أنشطته.<sup>1</sup>

حيث نرى أن جميع هذه التعاريف المصرح بها من طرف الفقه الإسلامي متوافقة مع بعضها البعض، وجميعها تشير إلى أن الأهلية تعني قدرة الشخص لإكتساب الحقوق وتحمل الواجبات.<sup>2</sup>

- نص التشريع الجزائري على تعاريف عديدة للأهلية القانونية حيث نجد :

### ثالثا: الأهلية القانونية في القانون المدني

تحدد الأهلية القانونية في القانون المدني من خلال تحديد القدرات العقلية للشخص، وذلك من نموه حتى الوصول إلى الأهلية التامة أو الكاملة وقد قسم المشرع الأهلية إلى ثلاث وهي أهلية القاصر الغير مميز وذلك من خلال ما جاء في نص المادة 42 قانون مدني<sup>3</sup>، وأهلية القاصر المميز وذلك حسب نص المادة 125 ق م والتي تنص على مسؤولياته أيضا ، ومرحلة كمال الأهلية طبقا لنص المادة 40 ق م.<sup>4</sup>

### رابعا: الأهلية في قانون الأسرة

حددها المشرع في نص المادة 07 ق أ ج، التي تنص على: "تكتمل الأهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكد قدرة الطرفين على الزواج".<sup>5</sup>

أي أن الأهلية في قانون الأسرة الجزائري هو بلوغ 19 سنة، وهو ما يعرف بأهلية الزواج مع وجود إستثناءات وتراخيص يقدرها القاضي في بعض الحالات لتحقيق المصلحة أو الضرورة.

<sup>1</sup>: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- نظرية الإلتزام بوجه عام، المرجع السابق ، ص 259.

<sup>2</sup>: وهبية حويطش، الأهلية القانونية في التشريع الجزائري، دفاثر السياسة و القانون، المجلد 14، ع 2022، 3، ص 152.

<sup>3</sup>: المادة 42 من القانون المدني الجزائري.

<sup>4</sup>: المادة 40 من نفس القانون .

<sup>5</sup>: المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري

ومن خلال المقارنة بين الأهلية في القانون المدني والأهلية في قانون الأسرة الجزائري، نرى أن سن أهلية الزواج يختلف عن سن أهلية الجزاء في قانون العقوبات وهذا حسب ما جاء به المشرع الجزائري.

### الفرع الثاني: أنواع الأهلية

قسم الفقهاء والمشرعون الأهلية إلى قسمين وهما :

#### أولاً: أهلية الوجوب

تعرف على أنها قدرات الإنسان وصلاحياته على أن توضع له حقوق و تثبت عليه واجبات، فهي بمثابة قدرة التميز التي يمتلكها الإنسان لمعرفة الأشياء النافعة له من الضارة، وهي الميزة الجوهرية التي خص بها الله تعالى الإنسان وميزه عن الحيوان.<sup>1</sup>

" سماها الفقهاء الذمة، فالذمة هي الفطرة الإنسانية التي بها تثبت للإنسان حقوقه قبل غيره، ووجبت عليه واجبات لغيره".<sup>2</sup>

#### ثانياً: أهلية الأداء

عرفها الأصوليون على أنها تحمل نتائج الأفعال والأقوال، بحيث إذا صدر منه عقد أو تصرف قانوني معتبر، كان قادراً على تحمل النتائج المترتبة على هذا الفعل الذي قام به فيمكننا القول أن أهلية الأداء هي المسؤولية و التميز و العقل.<sup>3</sup>

أما تعريف الأهلية في إصطلاح القانون هي : "صلاحية الشخص لمباشرة الأعمال والتصرفات القانونية بشأن ما يملك، وهي لا تثبت للإنسان بمجرد ولادته وإنما تقرر ببلوغ سن الرشد".<sup>4</sup>

حيث نرى أقسام الأهلية المتمثلة في أهلية الوجوب وأهلية الأداء مستنبطة من الفقه الإسلامي.

<sup>1</sup>:محمد أبو زهرة ،أصول الفقه، د ط ، دار الفكر العربي، القاهرة، د س ن ، ص160.

<sup>2</sup>:وهبة الزحيلي ،الفقه الإسلامي و أدلته ،المرجع السابق، ص 285.

<sup>3</sup>:وهبة الزحيلي ،أصول الفقه الإسلامي،ج1 ، ط 2 ، دار الفكر، القاهرة، 1998، ص342.

<sup>4</sup>:عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 249.

### الفرع الثالث: عوارض وموانع الأهلية

سننتظر في هذا الفرع إلى عوارض الأهلية وحالاتها (أولاً) ثم إلى موانع الأهلية وحالاتها (ثانياً):

#### أولاً: عوارض الأهلية

تعرف عوارض الأهلية على أنها: "الأمر التي تطرأ على الإنسان بعد كمال أهلية الأداء فتأثر فيها بالإزالة أو النقصان، أو تغيير بعض الأحكام بالنسبة لمن عرضت له من غير تأثير في أهليته".<sup>1</sup> وحسب ما ذكره الفقيه عبد الوهاب خلاف بكونها: " قد تعرض للأهلية عوارض منها ما هو عارض سماوي لا كسب للإنسان فيه، ومنها ما هو عارض كسبي يكسبه الإنسان".<sup>2</sup> تتمثل هذه العوارض في:

#### أ- العوارض المعدمة للأهلية:

وهي تلك العوارض التي تصيب الشخص في عقله وتتمثل في:

- **الجنون:** ويعرف الجنون في القانون الوضعي بأنه مرض مؤلم يفقد الشخص المصاب به القدرة على التمييز بين العمل المفيد والعمل الضار.<sup>3</sup>
- **البعث:** ويعرف لغويا على أنه فقد للعقلانية وليس جنونا أو دهش، فالمعتوه هو ناقص العقل، أما في الاصطلاح فهو يعرف على أنه آفة تحدث خلافاً في العقل، فيختلط كلام صاحبه فيصبح أحيانا كلامه يشبه كلام العاقل وأحيانا يشبه كلام المجنون.<sup>4</sup>

#### ب- العوارض المنقصة للأهلية:

وهي العوارض التي تصيب الشخص في تدبيره :

- **السفه:** "السفه لغة: ضد العلم، وهو ضعف العقل و سوء التصرف، وأصله الخفة و الطيش، يقال سفه فلان سفاهة فهو سفيه"، أما في الاصطلاح فيعرف على أنه تبذير للمال والإسراف فيه ولا أثر للعدالة فيه.<sup>5</sup>

<sup>1</sup>:مصطفى شلبي، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، ص 213.

<sup>2</sup>:عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ط 4، دار القلم، الكويت، 1974، ص 43.

<sup>3</sup>: مرجع نفسه، نفس الصفحة.

<sup>4</sup>: محمد بشير، عوارض الأهلية والحلول القانونية لها في التشريع الجزائري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران، 2018،

ص ص 78 - 79 .

<sup>5</sup>:مرجع نفسه، نفس الصفحة.

- **الغفلة:** في اللغة هي " من غفل يغفل غفولا، أي تركه عمدا أو من غير عمد، وأغفل غيره عن الأمر أي جعله يغفل " ، وفي الإصطلاح يعرف على أنه الشخص الذي يتعرض للظلم والغبن بسهولة وذلك بسبب نواياه الحسنة والقلب الطيب و اللين الزائد لديه، لا كنه يخطئ كثيرا في الفعل الذي قام به <sup>1</sup>.

### ثانيا:موانع الأهلية

تعرف الموانع على أنها الحالات التي تطرأ على الأهلية فتعدمها وهي:

- أ- **المانع المادي:** وتتمثل الموانع المادية في:
  - **المفقود:** ويعرف حسب نص المادة 109ق أ ج، على أنه:"الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".
  - **الغائب:** وهو الشخص المعلوم الحياة وله إتصال تام مع أخبار ومعلومات الحياة ويعرف مكانه وتعرف زوجته مكانه.<sup>2</sup>
- ب- **المانع القانوني:** ويتمثل المانع القانوني في العقوبات الجنائية المفروضة على الشخص ويمكن تعريفها من خلال المادة 09 ق ع ج،"بأنه المحجور عليه حجرا قانونيا وبعقوبة تابعة للعقوبة الجنائية الأصلية وتحرمه من ممارسة حقوقه المالية "<sup>3</sup>.  
ومنه نستنتج أن قيام أي عارض من هذه العوارض أو مانع من هذه الموانع يؤثر سلبا على الأهلية القانونية، سواء من خلال إنقاصها أو إعدامها فبالتالي أي شخص تشوبه أحد أنواع موانع وعواض الأهلية يكون إما ناقص للأهلية أو فاقدا لها .

<sup>1</sup>: محمد بشير، عوارض الأهلية والحلول القانونية لها في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص79.

<sup>2</sup>:رفيق أبو بكر، محاضرات في مادة النيابة الشرعية ، ملقاء على السنة الثانية ماسثر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد الصديق ابن يحيى ، جيجل 2019\2020، ص35.

<sup>3</sup>:المادة 09 مكرر من القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 على الموقع <https://droit.mjustice.dz>

المبحث الثاني:مناط إكتمال الأهلية في عقد الزواج

بعد تناول مفهوم الزواج و الأهلية بصفة عامة ، و معرفة أن الأهلية شرط أساسي لصحة عقد الزواج وفقا لما جاء في نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري ، أصبح من الضروري التطرق إلى هذه المسألة بمزيد من التفصيل ، ذلك أن الأهلية وفقا للقواعد العامة ترتبط ببلوغ سن محددة تجعل الفرد قادرا على التصرفات القانونية بما في ذلك الزواج ، و يعني ذلك أن بلوغ السن القانونية المحددة يمنح الشخص أهلية الزواج ، مما يجعل العقد صحيح و مستوفيا لشروطه وعليه يتوجب على طالبي الزواج الإلتزام بهذا الشرط إذ الإخلال به يؤدي إلى بطلان عقد الزواج ، و سنتناول في هذا المبحث السن في الزواج (المطلب الأول ) ثم الولاية بالنسبة للمرأة (المطلب الثاني).

**المطلب الأول : السن في الزواج**

تم تحديد السن القانوني للزواج ليصبح الشخص مؤهلا قانونيا لإبرام عقد الزواج ، ويختلف هذا السن من بلد إلى آخر وفقا للتشريع الوضعي و من جهة أخرى لم يغفل الفقه الإسلامي هو الآخر و كان له موقف في هذه المسألة ، وعلى الرغم من وضع سن قانوني محدد للزواج إلا أن هناك بعض الحالات الإستثنائية التي قد تستدعي السماح بالزواج قبل بلوغ السن و بناءا على ذلك أقرت معظم القوانين إمكانية هذا الزواج مراعية تحقيق مصلحة الفرد و ضمان إستقرار المجتمع . سنتطرق في هذا العنصر إلى موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من سن الزواج (الفرع الأول) ثم سلطة القاضي في الترخيص بالزواج قبل السن المطلوبة (الفرع الثاني )

**الفرع الأول :موقف الفقه الإسلامي و القانون الوضعي من سن الزواج**

إختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة تحديد سن معينة للزواج ، حيث تعددت آراءهم بين مؤيد و معارض .كما شهدت القوانين الوضعية تباينا في مواقفها حول هذا الأمر و عليه سنتناول في هذا العنصر موقف الفقه الإسلامي (أولا ) ثم موقف القوانين الوضعية (ثانيا)

### أولاً: موقف الفقه الإسلامي

عند الإطلاع على الكتب الفقهية القديمة ، نجد أنها لا تعتمد في الأساس على تحديد سن معين للزواج وإنما بالبلوغ ، و الذي يقصد به البلوغ الجنسي الفعلي الذي يتجلى في ظهور علاماته الطبيعية<sup>1</sup>. و هذا لكون جميع التكاليف الشرعية مرتبطة به حيث جاء في قول الرسول صلى الله عليه وسلم : **\*\*رفع القلم عن ثلاث : عن النائم حتى يستيقظ ، و عن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق\*\***.

و في هذا الإطار إتفق الفقهاء على أن للرجل العاقل البالغ الرشيد حق الزواج بمن يشاء و له حرية إختيار الزوجة ، ويعتبر تصرفه نافذا دون أن يكون يكون لأحد حق الاعتراض عليه<sup>2</sup>. هذا لطالما كان عقله سليم و بلوغه مكتمل ، لكن قد يختلف تبعاً للحالة العقلية للفرد فإذا كان الشخص يعاني من ضعف عقلي يؤدي إلى اضطراب في النمو ، فقد يكون بلوغه غير مكتمل في حين يكون تام عند العاديين فهذا التفاوت بين الأفراد أمر عادي. و لهذا كان لابد من وضع تقدير سن معينة تتناسب مع أغلبية أفراد المجتمع ، غالباً ما يتجلى ذلك مع سن المراهقة<sup>3</sup>.

### 1- الإعتدال على معيار العقل و البلوغ

أ- **العقل**: هو غريزة فطرية تساعد الإنسان على إستيعاب الخطاب الموجه إليه كما يقال أنها نور في القلب يمكنه من التمييز بين الحسن و القبيح ، و الحق و الباطل<sup>4</sup>. كما أن العقل يعد مناط الأهلية ، فمن يفترقه فهو فاقد الأهلية لأن فقدان التمييز بين الخير و الشر يؤدي لإنعدام القدرة على إدراك العواقب لهذا فإن أقوال و أفعال من لا عقل له لا تعتبر قائمة و بالتالي لا يحمل مسؤوليتها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>: جيلالي تشوار، الزواج والطلاق إتجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية ، د.ط ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 48.

<sup>2</sup>: إبراهيم محمد منصور الشحات، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1999، ص 97.

<sup>3</sup>: ابن تيمية، أحكام الزواج ، دار الكتب العلمية ، بيروت- لبنان 1988 ، ص 441.

<sup>4</sup>: الموسوعة الفقهية الكويتية :صادر عن وزارة الأوقاف و الشؤون الدينية الإسلامية ، الكويت، 2018 ص 19263، على الموقع الإلكتروني [http://: marqoom.org](http://marqoom.org)

<sup>5</sup>: عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة ، دار النفائس ،الأردن، 1997، ص 109 .

**ب- أما بالنسبة للبلوغ :**

هو إنتهاء مرحلة الطفولة في الإنسان ليصبح مكلف بالتشريعات الشرعية،<sup>1</sup> فهو إنتقال الإنسان من مرحلة الطفولة إلى مرحلة أخرى، حيث يصبح تصرفه صحيح في الأمور المختلفة مثل البيع والهبة وغيرها .

و لبلوغ الصغير و الصغيرة علامات تدل عليه ،و بمجرد ظهورها يصبحان في حكم المكلفين شرعا و من هذه العلامات الإحتلام بالنسبة للفتى و الحيض أو الحمل بالنسبة للفتاة و غيرها من الحالات فإذا ظهرت تحقق البلوغ .

**2- الإعتدال على معيار السن**

إختلف العلماء حول السن التي يتحقق فيها البلوغ راجع إلى إرتباط البلوغ بمرحلة المراهقة و عي أمر جسماني يخضع للقوانين الطبيعية التي أودعها الله تعالى في الكون حيث أن جمهور الفقهاء: قدر سن البلوغ بخمسة عشر سنة للأنثى و الذكر .

في حين ذهب المالكية: بأن البلوغ يتحقق في سن الثمانية عشر سنة للفتى و الفتاة على حد سواء . أما الحنفية : فرق بين الذكر و الأنثى حيث قال أن بلوغ الذكر بثماني عشرة سنة و بلوغ الأنثى بسبعة عشر سنة .<sup>2</sup>

**ثانيا: موقف القوانين الوضعية من سن الزواج**

تناولت القوانين الوضعية مسألة السن من منظور مختلف حيث تسعى من خلال تشريعاتها إلى حماية الفرد و المجتمع و الحفاظ على سلامتهما و سنرى ذلك فيما يلي :

**1. في القانون الجزائري**

إعتمد المشرع الجزائري الأهلية كشرط أساسي لإنعقاد الزواج ،و يكون تحديد السن الشرعي للزواج وقت إبرام العقد و ليس وقت الدخول ، وفقا لما تفرضه البيانات المدنية الخاصة بالزوجين و قد خضع تحديد سن الزواج بالنسبة للمرأة و الرجل في الجزائر بمراحل أثناء تعديل قانون الأسرة و هو ما سيتم توضيحه.

<sup>1</sup>:محمد عيم الإحسان المجدي البركني، التعريفات الفقهيّة، دار الكتب العلميّة ، بيروت-لبنان، 2003 ، ص46 .

<sup>2</sup>:العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، ج1، ط1 ، دار الثقافة، الجزائر، 2012 ، ص ص 156-157 .

أ- ما قبل الإستقلال:

✓ قانون رقم 30-323 بتاريخ 02 ماي 1930: يمثل هذا القانون أول نص تم العثور عليه و هو قصير و يحتوي على ثلاثة مواد لا غير ، حيث تم التطرق إلى مسألة تحديد السن في المادة 01 و 02 منه، فنصت المادة 01 منه على أنه: "إن الأهالي القبائل الذين لا يتمتعون بحقوق المواطنين الفرنسيين لا يمكن لهم إبرام الزواج قبل إتمام السن الخامسة عشر (15) سنة كاملة، و لكن يمكن للحاكم العام منح الإعفاء من السن من أجل أسباب خطيرة بعد أخذ رأي لجنة تتألف من مستشار لدى مجلس قضاء الجزائر رئيسا و قاضي الصلح بالقبائل و طبيب ، و يعين أعضاء هذه اللجنة بداية كل سنة بقرار من الحاكم العام".<sup>1</sup>

أما المادة 02 منه نصها كالتالي: "لا يمكن إبرام عقد الزواج المشار إليه في المادة 01 من طرف الأهالي القبائل بدون تصريح مسبق بالخطبة أمام الموظف المختص ، يتلقى تصريحات الزواج حسب نص المادة 17 من قانون 23 مارس 1882 من طرف الزوج أو الزوجة أو ممثليها. و لا بد أن يبرر الأطراف ذلك للموظف بالهوية و سن الخطيبين و تبرير العمر لا يمكن إلا بشهادة الحالة المدنية أو بحكم يحل محلها ، و بعد الإستظهار بهوية و سن الخطيبين يسلم لهما الموظف المختص شهادة لتمكينهم من إبرام عقد الزواج.."<sup>2</sup>

يتضح من تحليل نص هاتين المادتين ما يلي :

- لم يضع القانون معيارا دقيقا لتحديد سن الزواج بين الفتى و الفتاة ، حيث تم تحديد العمر لكليهما بسن الخامسة عشر سنة رغم الإختلافات الفيزيولوجية بينهما ، و هذا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ، إذ جمعت آراء الفقهاء على أن سن الزواج يختلف بين الرجل و المرأة .

- لإقتصر تطبيق هذا النص على المواطنين الذين لا يتمتعون بحقوق الفرنسيين مما يعني فعلا فرض نظام خاص عليهم مستوحى من الشريعة الإسلامية على الرغم من الخروج عن بعض تلك القواعد كما يظهر في تحديد السن ب 15 سنة دون تمييز بين الجنسين .<sup>3</sup>

<sup>1</sup>: قانون رقم 30-323 بتاريخ 2ماي 1930 يتعلق بالتصريح بالخطوبة و سن زواج القبائل ، نقلا عن: عبد العزيز سعد ، نظام

الحالة المدنية في الجزائر-المتعلق بالتشريعات الصادرة بين 1882 و 1982، ج 3 ، ط3، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 83.

<sup>2</sup>: المادة رقم 02، من نفس القانون .

<sup>3</sup>: محمد الناصر، السياسة القانونية الفرنسية في المستعمرات المغربية، مجلة الدراسات الإستعمارية، العدد 12، 2004، ص ص

- أُلزم القانون بوجود التصريح المسبق بالخطبة أمام الموظف المختص بتوثيق عقود الزواج مما يشكل تقييد حقوق المواطن الذي لا يتمتع بحقوق المواطنين الفرنسيين ، و هذا تمييز بين المسلمين قائماً على نزعة عنصرية ، رغم أن مبادئ العدالة و المساواة التي يدعو إليها ديننا الحنيف تؤكد عكس ذلك.<sup>1</sup>
- أجاز القانون للسلطة الفرنسية الإعفاء من بعض أو جميع الشروط المذكورة سابقاً في حال توفر مبررات موضوعية ، و منح الحاكم العام سلطة تقديرية لإتخاذ القرار.<sup>2</sup>
- ✓ **قانون 59-274**: يمثل هذا القانون المرحلة الثانية من التطور التشريعي الجزائري في قانون الأسرة ، و هو قانون خاص بعقود الزواج التي يبرمها الأفراد الخاضعون للأحوال الشخصية المحلية و ذلك في عمالات الجزائر و الواحات و الساورة .<sup>3</sup>
- حيث نصت المادة 05 منه على ما يلي : "لا يجوز للرجل قبل بلوغ ثماني عشر سنة كاملة ، و لا للمرأة قبل بلوغها خمس عشرة سنة كاملة أن يتزوجا، و مع ذلك يجوز لرئيس المحكمة العليا بناء على دوافع قوية الإعفاء من شروط السن ."<sup>4</sup> مع العلم أن هذه المادة قد أُلغيت بالقانون رقم 63-224.
- من خلال هذه المادة نلخص ما يلي :
- لم يتم هذا النص التشريعي بتعديل الأحكام التي سبق ذكرها في المرحلة الأولى ، حيث لا يزال هناك تحديد لسن الزواج و هناك إستثناء وُارد للإعفاء من هذه السن.
- أجرى هذا النص تعديلاً جزئياً برفع سن الزواج للرجل إلى ثمانية عشرة سنة ، مع الإبقاء عليها بالنسبة للمرأة بخمس عشرة سنة .

<sup>1</sup>: عبد السلام الجباري، القانون الإستعماري و إنعكاساته على الأحوال الشخصية في المغرب العربي، مجلة القانون و المجتمع، العدد 7، 2009، ص ص 102-104 .

<sup>2</sup>: عيسى حداد، عقد الزواج- دراسة مقارنة ، د ط، منشورات جامعة باجي مختار عنابة ، الجزائر، 2006، ص ص 87-88 .

<sup>3</sup>: سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل ، ط4، دار هومة، الجزائر 2010 ، ص ص 23-24 .

<sup>4</sup>: قانون 59-274 بتاريخ 04 فيفري 1959 خاص بعقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الذين يخضعون لأحوال الشخصية المحلية في عمالات الجزائر و الواحات و الساورة ، نقلاً عن: عبد العزيز سعد ، نظام الحالة المدنية في الجزائر-المتعلق بالتشريعات الصادرة بين 1882 و 1982، المرجع السابق، ص 89.

- يسري هذا القانون على عقود الزواج التي يبرمها الأشخاص الخاضعين لنظام الأحوال الشخصية المحلية في عمالات الجزائر و الواحات و الساورة .

و المقصود بالعمالة هي الولاية حاليا ،حيث كانت هذه التسمية معتمدة من قبل صدور الأمر رقم 69-38 بتاريخ 23 ماي 1969 الذي يتضمن قانون الولاية المعدل و المتمم بالقانون رقم 90-09 المؤرخ في 07 أفريل 1990.<sup>1</sup>

كل ما سبق يتعلق بالنصوص التي صدرت خلال فترة الإحتلال الفرنسي للجزائر .

حيث سعى المشرع الفرنسي من خلال هذه التشريعات إلى إحداث تمييز عنصري بين أبناء المجتمع الجزائري و في هذا السياق نصت المادة 10 من القانون 59-274 على أنه : "لا تطبق أحكام هذا الأمر على عقود الزواج التي أبرمت وفقا للمذهب الإباضي ." و كان لهذا التعريف أبعاد سياسية وإجتماعية و اضحة ،لكن بعد إستقلال الجزائر و إستعادة سيادتها ،ظهرت قوانين تكرر وحدة الشعب الجزائري المسلم.<sup>2</sup>

#### ب- ما بعد الإستقلال:

✓ **قانون 63-224**: يمثل المرحلة الثالثة من التطور التشريعي الجزائري في قانون الأسرة صدر بتاريخ 29-06-1963 يشتمل على ست 06 مواد ،كل مادة تتضمن قاعدة قانونية محددة ،ففيما يتعلق بتحديد سن الزواج لكل من الفتى و الفتاة نصت المادة الأولى على ما يلي : "لا يجوز للرجل الذي لم يكمل الثامنة عشر سنة ،و لا للمرأة التي لم تكمل السادسة عشر سنة أن يعقدا زواجهما.." <sup>3</sup>

و منه نجد أن المشرع الجزائري من خلال نص هذه المادة حدد سن الزواج بثمانية عشر ( 18 ) سنة للفتى و ستة عشر (16) سنة للفتاة بدلا من خمسة عشرة سنة .

على الرغم من وجود القانون رقم 63-224 إلا أنه لم ينل الشعب الجزائري الإستقلال التشريعي و ظل واحد و عشرون (21) سنة بلا قانون للأحوال الشخصية ،إلى أن صادق البرلمان الجزائري على قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية و أصبح ساري بتاريخ 09 جوان 1984 وهو القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة.

<sup>1</sup>: عيسى حداد ، عقد الزواج ، المرجع السابق ص ص 88-89 .

<sup>2</sup>: مرجع نفسه، ص ص 89-90.

<sup>3</sup>: قانون رقم 63-224 بتاريخ 29 جوان 1963 ، المتضمن تحديد سن الزواج ، ج ر 2 ، 1963 ، ص 742.

✓ **قانون 84-11**: صدر بتاريخ 09 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة و نص على سن الزواج في المادة 01/07 منه : "تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة، و للمرأة بتمام 18 سنة..". فنلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال نص هذه المادة رفع سن الزواج للرجل إلى 21 سنة و للمرأة إلى 18 سنة كاملة.

حيث حدد الدكتور تشوار جيلالي سببين رئيسيين لرفع سن الزواج :

- يتمثل الأول في أن الفتاة كالفتى، لا تكتسب المعرفة الكافية حول مشكلات الزواج و تبعاته بمجرد بلوغها الجنسي. إذ يتطلب الأمر إنتظار عدة سنوات حتى تصبح قادرة على إتخاذ قرار الزواج على قناعة تامة دون ضغط من الأهل .

- و السبب الثاني أن المجتمع الجزائري يواجه حاليا مشكلة ديموغرافية و للتخفيف منها تدريجيا لجأ مشرعنا إلى رفع سن الزواج <sup>1</sup>.

و منه قانون الأسرة عالج من خلال المادة 07 نفس المسألة التي سبق و أن عالجتها المادة 01 من قانون 63-224 و التي حددت أهلية الفتى للزواج بسن 18 سنة و الفتاة 16 سنة و بالتالي فالمادة 07 من القانون رقم 84-11 ألغت ضمنا نص المادة 01 من قانون رقم 63-224 لمعالجتها نفس الموضوع <sup>2</sup>.

نظرا لإشتمال القانون على ثغرات عديدة كانت محل نقد، فإستدعي الأمر حتمية التعديل لسد هذه الثغرات، حيث صدر الأمر 05-02 المعدل للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة .

✓ **الأمر رقم 05-02**: صدر بتاريخ 27-02-2005 المعدل و المتمم لقانون 84-11 و منها تعديل نص المادة 07 منه و التي أصبحت كما يلي : "تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة "

و عليه فالمشرع الجزائري بناء على نص هذه المادة وحد سن الزواج بين الرجل و المرأة و أصبح 19 سنة كاملة .

<sup>1</sup>: جيلالي تشوار، الزواج و الطلاق إتجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، المرجع السابق، ص ص 52-53 .

<sup>2</sup>: سعد عبد العزيز ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط2 ، دار البعث ، الجزائر ، 1989 ، ص 98 .

- جاء نص هذه المادة لتحقيق عدة أهداف من بينها:
- بلوغ المرأة سن 19 عاما يعد ضمان لإكتمال نموها الفيزيولوجي ،مما يجعلها مؤهلة للقيام بواجباتها الزوجية و تربية الأبناء ، و هو أمر يتماشى مع طبيعة المجتمع الجزائري الذي لا يزال يعيش تحت نظام العائلة الكبيرة خاصة في المناطق الريفية.<sup>1</sup>
  - إكتمال بلوغ المرأة يؤهلها للإنجاب الذي هو من الأهداف الأساسية للزواج، كما أنه يتيح إمكانية التحقق من سلامتها الصحية و إكتشاف أي مشكلات تعيق قدرتها على الإنجاب.<sup>2</sup>
  - أن بلوغ هذه السن يحقق إكتمال النمو العقلي ، مما يساعد في إتخاذ قرارات صائبة عند إختيار شريك الحياة ،الأمر الذي يساهم في تقليل حالات الطلاق .
  - عدم وجود إجماع فقهي حول تحديد سن الزواج،مما أخذ المشرع موقفا حاسما في الموضوع ليضع حدا لظاهرة تباعد السن بين الزوجين .
  - يمكن القول أن المشرع الجزائري خلال توحيد سن الزواج ب 19 سنة يعد ضرب من ضروب المساواة بين الجنسين ،التي ظهرت لأول مرة في التشريع الجزائري من خلال تعديل المادة 07 من ق أ ج ، وهو بذلك يتوافق مع نص المادة 40 من ق م ج ،الذي حدد سن الرشد المدني ب 19 سنة ، علاوة على ذلك أنه لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية التي لا تربط البلوغ بسن معينة و إنما تعتمد على أمارات بيولوجية.<sup>3</sup>
  - فأي شخص بلغ سن 19 سنة يتمتع بحق التزوج و تكوين أسرة وفقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري ،فهو حق معترف به في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و منه نص المادة 01/16 منه :"للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج و تأسيس أسرة دون اي قيد بسبب الجنس أو الدين ، و لهما حقوق متساوية عند الزواج و أثناء قيامه و عند إنحلاله."<sup>4</sup>

<sup>1</sup>:فريدة زروقي، الأهلية في الزواج في القانون الجزائري، مجلة الدراسات القانونية،العدد5، جامعة الجزائر، 2018، ص 112.

<sup>2</sup>:أحمد شلبي، الأسرة في الإسلام ،مكتبة النهضة المصرية، القاهرة ، 2001 ، ص 133 .

<sup>3</sup>:أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث تعديلات :دراسة فقهية و نقدية مقارنة ،د.ط ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية مصر، 2010 ، ص 100.

<sup>4</sup>:الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، صادر في 10 ديسمبر 1984، الأمم المتحدة ،إدارة شؤون الإعلام.

من المهم الإشارة و التأكيد على أن أهلية الزواج تعد من المسائل المرتبطة بالنظام العام فلا يمكن إبرام عقد الزواج دون إحترام السن القانونية ،حتى لو وافق الطرفان على خلاف ذلك ،قياسا على الأهلية بصفة عامة.<sup>1</sup>

فالنظام العام هو : "كل ما يرتبط بمصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع سواء كانت هذه المصلحة سياسية مثل أغلب روابط القانون ،أو إجتماعية مثل القوانين الجنائية و ما يتعلق بتكوين الأسرة و الأهلية و حالة الأشخاص المدنية أو إقتصادية كقواعد حماية الملكية و تلك المتعلقة بالمنافسة الحرة أو خلقية المعبر عنها بالآداب العامة." <sup>2</sup>

بناءا على ذلك يمكن القول بأن النظام العام يختلف من مجتمع لآخر و من دولة لأخرى وفق نظام الحكم بإعتباره إطارا لتنظيم سلوك المجتمع وفق قواعد أخلاقية و إجتماعية و إقتصادية ،و يسعى لتحقيق المصلحة العامة، لأن النظام عام في الدول الغربية ليس نفسه في الدول الاسلامية<sup>3</sup>

## 2- في القوانين المقارنة

سنتطرق الى موقف بعض الدول من مسألة تحديد سن الزواج منها موقف القانون المغربي و الكويتي و التونسي و أيضا القانون المدني الفرنسي

✓ **القانون المغربي مدونة الأسرة** :نص المشرع المغربي على سن الزواج في المادة 123 م أ م على مايلي : "يجب أن يتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية :

- أهلية الزوج و الزوجة.." و نص أيضا في المادة 19 م أ م كالتالي : "تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى و الفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثماني عشرة سنة شمسية ."

أساسيا لإبرام عقد الزواج ، حيث ساوى بين الرجل و المرأة في هذا الجانب و قد حدد سن أهلية الزواج لكلا الزوجين ببلوغهما سن 18 سنة . مع شرط تمتعهما بقواهم العقلية، و يأتي هذا بعد أن كانت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة تميز في سن الزواج بين الذكر و الأنثى ،و الذي كان خمسة عشر ( 15 ) سنة بالنسبة للأنثى و ثمانية عشر (18) سنة بالنسبة للذكر .

<sup>1</sup>: عيسى حداد ، عقد الزواج ، المرجع السابق، ص 100.

<sup>2</sup>: صالح جزول ، حدود النظام العام في مواد الأسرة ، المجلة المتوسطة للقانون و الإقتصاد ، المجلد 05، العدد 1، جامعة أبي بكر بلقايد 2020، ص 179 .

<sup>3</sup>: عيسى حداد ، عقد الزواج، المرجع السابق ، صص 100-101 .

و يهدف توحيد سن الزواج إلى بناء أسرة متماسكة و مستقرة تقوم على أسس سليمة و يتقاسم فيها الزوجان أعباءها و مسؤولياتها.

و منه فالمشرع المغربي يعتبر الأهلية شرطا من شروط عقد الزواج و محددة ب 18 سنة لكلا الجنسين مع التمتع بالقوى العقلية.

✓ مجلة الأحوال الشخصية الكويتي: نص المشرع الكويتي على ضرورة الأهلية في عقد الزواج و

تعد شرطا أساسيا لإبرامه. حيث ورد في المادة 24 ق أ ح ش ك على ما يلي: "يشترط في أهلية الزواج العقل و البلوغ. " <sup>1</sup> فنلاحظ أنه تبني نفس التوجه الذي إعتده المشرع المغربي وإشترط في الأهلية أن تتوفر فيها السن و العقل ، و نجد أن المشرع الكويتي قد حدد سن معينة لكل من الجنسين من أجل توثيق عقد الزواج و هي خمسة عشرة سنة للفتاة و سبعة عشرة سنة للفتى حسب نص المادة 26 ق أ ح ش ك: "يمنع توثيق عقد الزواج، أو المصادقة عليه ما لم تتم الفتاة الخامسة عشرة، و يتم الفتى السابعة عشرة من العمر وقت التوثيق. " <sup>2</sup>

✓ مجلة الأحوال الشخصية التونسية: لايجوز إبرام عقد الزواج إلا إذا بلغ الطرفان سنا محددة

، فهي منذ سنة 1964 محددة بسبعة عشر (17) سنة للفتاة بينما عشرين (20) سنة بالنسبة للفتى ، و بموجب القانون رقم 32 المؤرخ في 14 ماي 2007 قام المشرع بتوحيد سن الزواج ليصبح ثمانية عشر (18) سنة لكلا الطرفين ، و بذلك لا يمكن لمن لا يملك هذا السن إبرام الزواج مما يحد من ظاهرة تزويج القاصرين <sup>3</sup>.

فالمشرع التونسي هو الآخر إشرط أهلية الزواج و حددها ب 18 سنة للجنسين .

✓ في القانون المدني الفرنسي: نصت المادة 144 منه على تحديد السن التي يجوز فيها

الزواج كالتالي :

Art 144:"le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus ."

<sup>1</sup>:المادة 24 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي ، رقم 51 لسنة 1984 المعدل بالقوانين أرقام 61 سنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007، نقلا عن : وزارة العدل ، مجموعة التشريعات الكويتية، ج8، ط1، 2011، ص108.

<sup>2</sup>:المادة 26، من نفس القانون ، ص 112.

<sup>3</sup>:بن حليمة ساسي، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، د ط ،مركز النشر الجامعي، تونس، 2011، ص 43 .

و هذا بعد تعديل القانون الفرنسي بموجب القانون الصادر في 15 ديسمبر 2019 حيث أصبح سن الزواج ثمانية عشر (18) سنة للرجل و المرأة مع الإبقاء على شرط الإعفاء.<sup>1</sup> و منه المشرع الفرنسي إعتد نفس السن كباقي التشريعات المقارنة.

### الفرع الثاني: سلطة القاضي في الترخيص بالزواج قبل السن المطلوبة

يعتبر القانون الجزائري الزواج تصرفا يتطلب توفر الأهلية الكاملة، و أهلية الزواج تستلزم توفر سن معينة حيث حددها المشرع في المادة 01/ 07 من ق أ ج المعدل بالأمر 02-05 بتسعة عشر سنة كاملة لكل من الرجل و المرأة ، و بالتالي لا يمكن لأي منهما ما لم يبلغ هذا السن أن يعقد قرانه حتى لو كان بالغا بلوغا جنسيا.<sup>2</sup>

مع ذلك لم يجعل المشرع هذا السن إلزاميا على الناس جميعا، حيث منح للقاضي السلطة التقديرية في السماح و الإذن بالزواج لمن كانت ظروفه تستدعي ذلك قبل إكتمال السن القانونية<sup>3</sup> و هذا ضمانا لمصلحة المجتمع ككل .

هذا ما نصت عليه المادة 02/07 من ق أ ج المعدلة بموجب الأمر 02-05 : "و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".<sup>4</sup> من جهة نجد أن المشرع الجزائري منع زواج القصر بتحديد سن للزواج و هذا لحماية الصغار من الزواج المبكر و آثاره السلبية، لكن في نفس الوقت منح المشرع سلطة تقديرية للقاضي لإصدار ترخيص بالزواج قبل بلوغ هذه السن .

يتضح من ذلك أن المشرع قد جعل للقاضي دورا رقابيا مهم فيما يتعلق بتزويج القصر أي الذين لم يبلغوا السن القانونية المحددة ، و يعتبر وليا غير مباشر لهم و أمينا على مصالحهم و مراعيًا لظروفهم الخاصة.<sup>5</sup>

من هنا نلجأ إلى أن الزواج قبل السن المحددة له خاضع للسلطة التقديرية للقاضي في منح الترخيص من عدمه .

<sup>1</sup>:code civil version consolidée au 15 décembre 2019

<sup>2</sup>:جيلالي تشوار، سن الزواج بين الإذن و الجزاء في قانون الأسرة الجزائري ،ج37 رقم 4،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية ،جامعة الجزائر، ص 75 .

<sup>3</sup> :محمد محده ، الخطبة و الزواج ، دراسة مدعمة بالقرارات و الأحكام القضائية ، ط2، دار الشهاب، الجزائر، 2000، ص 136 .

<sup>4</sup> :المادة 02/07 من الأمر 02-05 السابق ذكره .

<sup>5</sup> :عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق ، ط1 ، دار الخلدونية، الجزائر، 1995، ص 89 .

**أولاً: تعريف السلطة التقديرية للقاضي**

**1-تعريف قانوني:** عرف فقهاء القانون السلطة التقديرية بأنها: العملية العقلية التي يقوم بها القاضي لفهم الواقع المعروض عليه و إستخلاص العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة يراها هي التي تحكم النزاع الذي يطرح عليه، وهي المكنة و الحرية لمواجهة ظروف تطبيق القانون، و تعرف أيضا بأنها الوسيلة التي منحها المشرع للقاضي لإكمال إدراكه و وجدانه و قناعته للوصول إلى الحقيقة و تحقيق العدالة،و ذلك لتقدير أعمال قاعدة قانونية معينة على واقع معين تلبية لضروريات المجتمع لإبتداع الحلول المناسبة للقضايا المطروحة.<sup>1</sup>

يتضح من خلال هذه التعاريف أن السلطة التقديرية للقاضي تقوم على عنصرين أساسيين :  
العنصر الشخصي المتمثل في القاضي ،و العنصر الموضوعي و هو القانون و يتيح للقاضي إستخدام هذه السلطة بشكل سليم صحيح يتماشى مع الهدف الذي منحه المشرع إياه وصولاً لتحقيق العدالة المنشودة.

**2-تعريف فقهي:** يولي الفقه الإسلامي إهتماماً بتعريف السلطة التقديرية ،لكن لم يستخدم هذا المصطلح تحديداً بل عبر عنه بمفاهيم أخرى مثل الإجتهد و النظر و الحكم.  
فتعرف السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي بأنها القوة و الصلاحية التي تمنح لشخص معين ليتولى تقدير أمر ما، بناءً على تفكيره و تدبره وفق ما يراه العقل مناسباً.<sup>2</sup>  
أما إذا أضيف مصطلح السلطة التقديرية للقاضي ،يصبح معناها كما يلي :صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكر و التدبر بحسب النظر و المقايسة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها و إختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى القضائية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> :عبد المنعم بدوي، نظرية السلطة التقديرية للقاضي في تطبيق القانون، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2005، ص 47.

<sup>2</sup>:محمود محمد ناصر بركات ، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي ، ط1 ، دار النفائس، الأردن، 2007، ص 80.

<sup>3</sup>:المرجع نفسه ، ص ص 81-82 .

### ثانيا: خصائص السلطة التقديرية للقاضي

بعد أن قمنا بتعريف السلطة التقديرية نحاول أن نتطرق لأهم خصائصها و هي :

**1-سلطة قانونية:** تعتمد في أساسها على نص قانوني ،إذ أن السلطة التقديرية ليست سوى

صلاحية يمنحها المشرع من أجل أن يحيط بالمتغيرات على صعيد واقع العلاقات القانونية

التي قد لا

يتمكن المشرع من الإحاطة بهان و منه يمنح المشرع للقاضي دورا إيجابيا في التعامل مع هذه المتغيرات و التكيف معها ،و تظل هذه السلطة ذات مضمون واحد، سواء وردت في القانون العام أو

الخاص كما تمتد هذه السلطة لتشمل كلا من القوانين الإجرائية و الموضوعية على حد سواء .<sup>1</sup>

**2-سلطة ملزمة :** هي سلطة تتسم بالطابع الإلزامي و بما أن المشرع ينص على هذه السلطة

في نصوص قانونية مما يترتب على ذلك عدم إمكانية تحايل القاضي في إستخدام هذه

السلطة بحجة غياب النص أو غموضه .<sup>2</sup>

**3-سلطة قضائية و إستثنائية :** أي أنها تعتبر عمل قانوني و قضائي حيث تنشأ هذه السلطة

من المشرع عندما ينص عليها في القاعدة القانونية ،ثم يستلهمها القاضي ليطبقها على الواقع

المعروض أمامه ،و هي أيضا سلطة إستثنائية حيث تتعدم في الحالات التي يكون فيها نشاط

القاضي منظما من قبل القانون في جميع عناصره .<sup>3</sup>

### ثالثا: منح الترخيص بالزواج

بالرغم من وجود تحديد لسن الزواج إلا أنه يرد عليها إستثناء تكون فيه حالات تستدعي للزواج

قبل بلوغ هذه السن.و هو ما أقرته القوانين للحفاظ على الإستقرار و ضمان مصلحة الفرد و المجتمع

وبالتالي من لم يبلغ سن الزواج 19 سنة لا يمكنه إبرام عقد الزواج إلا بعد الحصول على ترخيص.

<sup>1</sup>:نبيل إبراهيم سعد ،السلطة التقديرية للقاضي في ضوء الفقه و القضاء ، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،2010، ص 65.

<sup>2</sup>: فتحي والي، نظرية الإلتزام في ضوء القانون المدني المصري، دار النهضة العربية،القاهرة،2006، ص212.

<sup>3</sup>:عمار بوضياف ، نظرية السلطة التقديرية للقاضي في القانون ،دار هومة،الجزائر،2012، ص 73.

### 1- تعريف الترخيص : في المعجم الوسيط

(رَخَّصَ) له في الأمر :سهَّله و يسَّره ، و يقال : رَخَّصَ له في كذا ، و رَخَّصَه فيه :أذن له فيه بعد النهي عنه :(ترخَّصَ) في الأمور :أخذ فيها بالرخصة و (الرخصة ) هي التسهيل في الأمر و التيسير.<sup>1</sup>

و في لسان العرب لابن منظور :

**الرخصة:** ترخيص. والرخصة في الأمر :و هو خلاف التشديد، و قد رخص له في كذا ترخيص فترخص هو فيه أي لم يستقص. و تقول رخصت فلانا في كذا و كذا أي أذنت له بعد نهي إياه عنه.<sup>2</sup>

### 2- معايير منح الترخيص بالزواج

نظرا للصلاحيات الواسعة التي يتمتع بها القاضي في منحه للترخيص القضائي بزواج من لم يبلغوا سن الأهلية الكاملة ، فإنه يملك الحرية في تقدير مدى توافر معايير منح هذا الترخيص دون ان يتعسف في إستخدام هذه السلطة .

حماية لمصلحة القاصر في عقد الزواج فإن المشرع وضع جملة من المعايير يقتضي مراعاتها من طرف القاضي عند منحه الترخيص القضائي بالزواج و تتمثل في المصلحة و الضرورة وكذا القدرة على الزواج .

أ- **المصلحة:** هي المنفعة والخير و هي نقيض المفسدة.

يشترط في هذه المصلحة أن تكون أكيدة و أن تمثل الدافع الرئيسي لطلب الإذن بالزواج لأن المشرع لم يحددها بشكل دقيق فهي تستخلص من تصريحات الأب و الأم أو من تقرير أعده المختصون في البحث الإجتماعي أو من خلال لقاء يجريه القاضي مع القاصر أو القاصرة الراغبين في الزواج ، كما تتجلى المصلحة في تجنب الوقوع في الزنا أو التعرض لأمراض نفسية أو الإنحراف إلى الفساد و ما يجره من الأمراض فيما لم يتزوج قبل بلوغه سن 19 سنة ، أو كان مجنونا أو معتوها أو سفيها،<sup>3</sup> لذا يقع على عاتق القاضي مسؤولية كبيرة في تقدير المصلحة

<sup>1</sup>: أنيس إبراهيم ، عبدالحليم منتصر و آخرون ، المعجم الوسيط ، ج1 ، ط2 ، دار الأرقم، مصر، 1972 ، ص 330.

<sup>2</sup>:أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري ، لسان العرب ، المجلد السابع ،دار صادر، بيروت، 1968، ص40.

<sup>3</sup>: العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،المرجع السابق ص 120.

بحذر التي عي مناط الترخيص بحيث لا يمنح الإذن إلا إذا توفرت الشروط اللازمة وعدم الإضرار بالأطراف المعنية .و كمثل عن المصلحة نجد حالة الفتاة التي بلغت 17 سنة من عمرها و ليس لها ولي يأويها و مال يحميها ، فالأفضل لها و حفاظا لشرفها أن يمنح لها الإذن بالزواج .

كذلك الفتاة التي تخشى الوقوع في الفاحشة إن لم تتزوج و تقدم شاب للزواج بها ، على القاضي السماح لها و إلا كانت خسارة على المجتمع .<sup>1</sup>

**ب-الضرورة:** لغة من ضَرَّ يضره أضر به، أي فعل به مكروها، ورجل ضرير، به ضرر،

والضرورة إسم من الإضطرار، والضرء نقيض السراء .<sup>2</sup>

فالضرورة تقوم على جملة من الشروط هي :

- أن تكون الضرورة محققة،أي ان يكون الضرر واقع بالفعل أو على وشك الوقوع ،فقد يكون زواج القاصرة مخرجا لها من ضرر يلحق بها ،كالخوف عليها من خطر الإنحراف أو من الفقر إذا كانت من دون أهل أو الحاجة إلى الإستقرار إذا كانت يتيمة أو من الأطفال المسعفين ، وضرورة المجنون تكمن في إمكانية علاجه.<sup>3</sup>

- ألا يجد المضطر بديل آخر يغنيه عما سيقدم عليه.

- ألا يخالف المضطر مبادئ الإسلام،مثال إذا قرر الولي تزويج القاصرة من كافر، فيكون قد عارض أحكام الشريعة الإسلامية فلا يجوز تزويجها من شخص غير مسلم .

- أن يتوفر عذر يبيح الزواج، ذلك أن للقاضي أن يتأكد من توافر سبب جدي أو خطير.

- يدعو إلى منح الرخصة، لأن بعض الأولياء يقدمون على تزويج من في ولايتهم تحت تأثير العادات و التقاليد ، أو لتحقيق مصالح شخصية أو بداف أهواء نفسية دون الإستناد إلى مبررات قاهرة و هنا يكون دور القاضي هو السيد .

<sup>1</sup>: جيلالي تشوار ، الزواج و الطلاق إتجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية ، المرجع السابق ص 79.

<sup>2</sup>: أحمد بن محمد بن علي الغيومي ، المصباح المنير ، د ط ، مكتبة لبنان ، بيروت- لبنان، 1987 ص 137.

<sup>3</sup>:محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص215.

- أن يقدر الضرورة أهل الإختصاص ، فإذا كانت الضرورة متعلقة بالحالة الصحية يستأنس القاضي بالشهادات و التقارير الطبية ، و إن كانت إجتماعية فيؤول إليه التقدير مباشرة<sup>1</sup> .

تعد الضرورة والمصلحة معيارين لمنح الإذن بالزواج غير مجديتين ما لم يكن طالب هذا الإذن قادر على تحمل أعباء الحياة الزوجية من الناحيتين الجسدية والنفسية، لأن العجز في أي منهما يعيق إستمرارية الحياة الزوجية، سواء صدر من الزوج أو من الزوجة ، و يؤكد ذلك جواز المشرع للزوجة طلب التطلق إذا كان في الزوج عيب يعيق تحقيق مقاصد الزواج لذلك اشترط المشرع توفر القدرة في طلب الإذن بالزواج لضمان تحقيق الغاية المرجوة منه .

### ج- القدرة على الزواج

تعتبر القدرة أساسا لممارسة أي تصرف، لأنه لا يمكن إلزام شخص بتصرف معين إذا كان يفتقر إلى القدرة على تنفيذه ، وينطبق ذلك على التصرفات المتعلقة بالحياة الزوجية التي تستوجب بالضرورة على الطرفين توفر القدرة لديهما، لأنها مناط تحقيق المصلحة من الزوج للزوجة والعكس، وعليه فالعجز يتعارض مع هذه المصالح، ولأجل ذلك فقد اشترط المشرع الجزائري عنصر القدرة على الزواج في منح الترخيص القضائي بزواج القاصر .

وهذه القدرة ترجمتها الشريعة الإسلامية بالبلوغ، بحيث يتأكد القاضي من قدرة القاصر سواء تعلق الأمر بالقدرة الفيزيولوجية أو الجسمية أو حتى الاقتصادية، إذ ينظر في جميع الجوانب والنواحي، وحيث أن الزواج تترتب عليه حقوق والتزامات، فالقاضي ينظر إذا كان هذا القاصر قادر على الوفاء بمتطلبات العقد كالقدرة على النفقة والسكن وغيرها أم لا.<sup>2</sup>

ولا شك أن اهتمام المشرع بعنصر القدرة يعود إلى الآثار المترتبة عن توافرها أو تخلفها، إذ غالبا ما تنفك الرابطة الزوجية بتخلفها.

ومن بين الوثائق المشكلة لملف طلب الترخيص بالزواج، الشهادة الطبية التي يحررها طبيب عام يثبت فيها القدرة الجسدية للقاصرة على مباشرة أعمال البيت وخدمة الزوج، أما إذا كانت القاصرة

<sup>1</sup>:عبدالله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج و الطلاق ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق و

العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2014 - 2015 ، ص ص 100-101.

<sup>2</sup>: وهبة الزحيلي،الفتحة الإسلامي وأدلته،المرجع السابق، ص656.

تفتقر إلى بنية جسدية ملائمة لهذه المهام، فإن الطبيب لا يمكن له الإشهاد على الكفاءة الجسدية لها<sup>1</sup>.

و قد تناولت المادة 07 مكرر ق أ ج هذه الشهادة بنصها على ضرورة أن يتقدم طالبي الزواج بشهادة طبية لا يتجاوز تاريخها ثلاثة أشهر ، تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا على أحدهما أو يتعارض مع الزواج .

كما ألزم على الموثق أو ضابط الحالة المدنية بالتحقق من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية قبل تحرير عقد الزواج بما قد تكتشف عن امراض و عوامل قد تشكل خطرا على الزواج و يؤشر بذلك في عقد الزواج<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني : الولاية بالنسبة للمرأة

من المسائل التي إحتد فيها النقاش في الجزائر الولاية في الزواج ، فهي أحد الشروط الاساسية لعقد الزواج حيث لا يعتبر العقد صحيحا في بعض الاحوال إلا بتوفرها ،فجاءت المادة 02/33 ق أ ج المعدلة بالأمر 02-05 تقضي بأنه:" إذا تم الزواج دون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه ،يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه و يثبت بعد الدخول بصداق المثل"<sup>3</sup>. و بالرجوع لنص المادة 11 من ق أ ج نجدها تنص على أن المرأة تعقد زواجها بوجود وليها و هو أبوها أو أحد من أقاربها أو أي شخص تختاره و ذلك دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون.

فليس للمرأة أن تزوج نفسها و إنما الولي هو الذي يزوجها بتفويض منها و مراعاة إذنها و رضاها وعلى ذلك فالولي يشترط لمباشرة عقد الزواج حسب ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 09 قانون الأسرة على أنه : "يتم عقد الزواج برضا الزوجين و بولي الزوجة و شاهدين و صداق"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>: عبدالله الفاسي ، المركز القانوني للقاصر في الزواج و الطلاق ، المرجع السابق ، ص 103.

<sup>2</sup>: المادة 07 مكرر من الأمر 02-05 السابق ذكره.

<sup>3</sup>: المادة 33 / 02 من نفس القانون.

<sup>4</sup>: المادة 09 من ق أ ج: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

و نظرا لأهمية هذا الشرط و كثرة الأحكام المترتبة عليه و الجدل القائم حوله فلا بد من خلال هذا المطلب نتطرق إلى تعريف الولاية و بيان أقسامها ( الفرع أول ) ثم شروط و وظيفة الولي (الفرع ثاني) وإنقضاء الولاية(الفرع الثالث).

### الفرع الأول : تعريف الولاية و أقسامها

سننتظر في هذا الفرع إلى تعريف الولاية (أولا) و أقسام الولاية (ثانيا).

#### أولا : تعريف الولاية

**لغة:** بكسر الواو و هي النصر و المحبة<sup>1</sup>، ملك أمره و قام به و فلانا و عليه نصره ، و فلانا أحبه جعله واليا عليه ، و الوالي كل من ولي أمرا أو قام به<sup>2</sup> و منه قوله تعالى: \*\* و من يتولّ الله ورسوله و الذين آمنو فإن حزب الله هم الغالبون. \*\*<sup>3</sup>

**في الإصطلاح الشرعي :** تنفيذ القول على الغير و الإشراف على شؤونه ، أو هي القدرة على إنشاء العقد نافذا غير موقوف على إجازة<sup>4</sup>.

و عرفت بأنها : "سلطة شرعية تخول لصاحبها إنشاء العقود و التصرفات و جعلها نافذة سواء كان موضوع التصرف يخصه أو كان يخص من في ولايته ممن له عليه سلطة مستمدة من الغير بما في ذلك تصرفات الوكيل في حدود عقد الوكالة"<sup>5</sup>.

#### ثانيا : أقسام الولاية

تتقسم الولاية إلى ولاية على النفس و ولاية على المال و ولاية على النفس و المال معا فالولاية على النفس هي موضوع بحثنا باعتبارها سلطة إنشاء عقد الزواج<sup>6</sup> .  
فتتقسم الولاية على النفس لقسمين رئيسيين هما : ولاية قاصرة و ولاية متعدية .

<sup>1</sup>: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ، المرجع السابق ص 118.

<sup>2</sup>:مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، د ج ، ط 4 ، مكتبة الشروق الدولية ،2004، ص 1057.

<sup>3</sup>: سورة المائدة، الآية 56 .

<sup>4</sup>: العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق ص 308.

<sup>5</sup>:محمد سلام مذكور ، أحكام الاسرة في الإسلام ، دار النهضة العربية ،القاهرة،1967، ص 170 .

<sup>6</sup>:العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق، ص 309 .

1. ولاية قاصرة: هي سلطة تزويج الإنسان نفسه، دون توقف على رضا أحد.<sup>1</sup> و هذا النوع من الولاية يشترط فيه أن يكون الشخص بالغاً، عاقلاً حراً ، و يمنح لصاحبه الحق الكامل في إجراء مختلف التصرفات سواء كانت مالية أو غير مالية بحيث تعد جميع تصرفاته نافذة و ملزمة و يترتب على من تتوافر فيه هذه الولاية الإلتزام بالعقود التي يبرمها ما لم يترتب على تنفيذها ضرر بالغير و إذا ترتب فإن العقد يكون موقوفاً على إجازة المتضرر .<sup>2</sup>

2. ولاية متعدية: هي سلطة تزويج الإنسان غيره جبراً عنه.<sup>3</sup> أو هي سلطة الشخص في إنشاء عقد زواج لغيره. و يمكن أن تكون ولاية عامة كما هو الحال في ولاية القاضي على الصغير و من في حكمه، و قد تكون ولاية خاصة والتي تمنح للأب أو الجد و يترتب عليها أن يكون لهذا الولي الحق في تزويج الصغير أو من يعد في حكمه.<sup>4</sup>

و تنقسم (الولاية في الزواج) إلى قسمين هما: ولاية إجبار و ولاية إختيار .

أ- ولاية إجبار : و هي التي يستبد الولي فيها بتزويج من تحتوي ولايته بغير إذنه و رضاه، فهي تثبت على الصغير أو من في حكمه ، و تثبت على الصغيرة سواء كانت بكراً أو ثيباً ، و أضافوا الثيب البالغة إذا ظهر فسادها و كذا المجنونة<sup>5</sup>. وهي الولاية التي يمنح فيها الولي حق تزويج من هو تحت ولايته، سواء رضي هذا الأخير أو لم يرض و تعرف بالولاية الكاملة<sup>6</sup>، يسمى صاحبها ولي مجبر . ولا تثبت إلا على من لا يملك الأهلية الكاملة أي فاقد الأهلية و ناقصها كالصغير و المجنون و المعتوه.

من خلال هذا التعريف نستنتج أن الولاية الإجبارية في عقد الزواج تعد سلطة مطلقة تمنح للولي فقط حيث يملك صلاحية تزويج المولى عليه دون إذنه أو طلب رضاه أو إستشارته.

<sup>1</sup>: أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط3، دار القلم، دمشق ، 1989، ص234.

<sup>2</sup>: رمضان علي الشرنباصي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي (نظرية العقد، الملك، الحق، العقوبة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص ص 90.91 .

<sup>3</sup>: أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، المرجع السابق ، ص235.

<sup>4</sup>: محمد كمال الدين إمام، في الصيانة التشريعية -دراسة لبعض أحكام الأسرة في ضوء منهجية التقنين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997، ص266.

<sup>5</sup>: علاء الدين الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج6، ط2 ، دار الكتب العلمية، بيروت ، 1986، ص361.

<sup>6</sup>: أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، المرجع السابق ، ص235.

**ب- ولاية إختيار :** و تعني أن يكون للولي الحق في تزويج المولى عليه بناءا على رضاه و موافقته،وتعد هذه الولاية نوعا من المشاركة حيث تتطلب إرادة من الولي و الزوجة معا و يكون للولي دور في إتمام عقد الزواج بينما يبقى القرار النهائي للمرأة العاقلة البالغة فالخيار لها و يستحسن أن تستشير وليها و أن يقوم هو بإجراء عقد زواجها حتى لا توصف المرأة بالخروج عن التقاليد و الأعراف.<sup>1</sup>

و بالتالي يتبين لنا أنها ولاية تمنح الولي صلاحية تزويج المرأة برضاها و موافقتها فقط، ولا تكون الولاية له بشكل منفرد بل تستلزم موافقة المعنية بالأمر.

### **الفرع الثاني : شروط ووظيفة الولي:** تتمثل فيما يلي

#### **أولا شروط الولي :**

**1-العقل:** يشترط في الولي أن يكون عاقلا متمتعا بأهلية أداء كاملة ، فلا ولاية للمجنون أو المعتوه في الزواج لأنه لا ولاية له على نفسه، فلا تكون له ولاية على غيره طبقا للمادة 93 من قانون الاسرة الجزائري الذي نص على مايلي :

"يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغا قادرا أمينا حسن التصرف، و للقاضي عزله إذا لم تتوفر سفيه الشروط المذكورة ."<sup>2</sup>

**2-البلوغ:** مرحلة كمال الأهلية و ذلك بظهور مجموعة من الأمارات الطبيعية التي لم يأخذ بها المشرع الجزائري و يكون الشخص كامل الاهلية ببلوغه سن الرشد و هو 19 سنة في ق ج طبقا للمادة 40 من القانون المدني الجزائري الذي ينص على مايلي : "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية و لم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية و سن الرشد تسعة عشر سنة (19) كاملة."<sup>3</sup>

**3-الإسلام :** يشترط في الولي أن يكون متحدا في الدين مع القاصر فلا ولاية لغير المسلم على المسلم و كذا لا ولاية للمسلم على غير المسلم لقوله تعالى : **\*\*و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا\*\***<sup>4</sup>

<sup>1</sup>:العربي بلحاج ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،المرجع السابق، ص119.

<sup>2</sup>: المادة 93 من القانون رقم 84-11 السابق ذكره .

<sup>3</sup>:المادة 40 من القانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني .

<sup>4</sup>: سورة النساء الآية 141.

4- **حسن التصرف**: يشترط في الولي أن يكون أميناً و حسن النية، فلا تثبت الولاية على شخص تكون عليه شبهة الطمع في مال القاصر ،فعلى الولي أن يتصرف في أموال القاصر بالمعروف.

### ثانياً: وظيفة الولي

"فهي إعطاء الإذن بالنسبة للقاصر الذي لا يتمتع بأهلية الزواج المنصوص عليها في المادة 07 ق أنحيث لا يفهم القاصر شؤون الزواج و لا المصلحة فيه، و تمثيل المرأة ومباشرة العقد نيابة في عرض شروطها و مطالبها (المادة 9 و 11 ق أ)".<sup>1</sup>

### الفرع الثالث:إنقضاء الولاية

تتقضي الولاية على الولي في حالتين: إما طبيعياً أو قانونياً

#### 1. طبيعياً: إما بوفاة القاصر أو وفاة الولي

✓ **موت القاصر**: تنتهي الولاية في حالة وفاة القاصر، إذ تزول بوفاته العلة التي قامت من أجلها بإعتبار أن أموال القاصر تعد جزءاً من التركة و تقسم بين ورثته، ويجب على الولي في هذه الحالة عرض واقعة الوفاة على قاضي شؤون الأسرة الذي يتولى إتخاذ الإجراءات اللازمة لأن هذه الأموال تخضع لرقابته و هو الجهة المخولة بإصدار قرار إنتهاء الولاية.

✓ **موت الولي**:تتقضي الولاية بوفاة الولي وفاة طبيعية و ذلك لما جاءت به المادة 91 الفقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على : "تنتهي وظيفة الولي بموته".

2. **قانونياً**: تكون إما في حال فقدان الولي أو عجزه عن أداء مهامها ،إضافة إلى بلوغ القاصر سن الرشد القانوني.

✓ **فقدان الولي**: تعد حالة فقدان الولي من أسباب إنتهاء ولايته إذ يحكم عليه بالموت الحكمي إذا مضت 04 سنوات على فقدانه دون معرفة مصيره مما يجعله غير قادر على أداء مستلزمات الولاية، لذلك تنتقل إلى شخص آخر يعينه القاضي وفقاً لما تقتضيه مصلحة القاصر.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص122 .

<sup>2</sup>: صورية غربي، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري ،مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014 ص171.

✓ عجز الولي: يعتبر عجزه عن القيام بمهامه سببا لإنقضاء ولايته، ويقصد بالعجز هنا عدم القدرة الجسدية أو العقلية أو حتى القانونية التي تحول دون أداء مسؤولياته تجاه القاصر، مما يستوجب تدخل القاضي لتعيين ولي بديل يضمن حماية مصالح القاصر و رعاية شؤونه وطبقا للمادة 91 فقرة 01 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: "تنتهي وظيفة الولي بعجزه".<sup>1</sup>

✓ بلوغ القاصر سن الرشد لقوله تعالى: **\*\*فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم و لا تأكلوها إسرافا و بدارا أن يكبروا\*\***.<sup>2</sup> فبلوغ القاصر يعد من أسباب إنقضاء الولاية إذ يصبح مكتمل الأهلية القانونية لمباشرة حقوقه و التصرف في شؤونه دون حاجة إلى وصاية أو ولي بإعتباره أصبح مسؤولا قانونيا عن أفعاله. حسب المادة 40 من القانون المدني الجزائري ونصه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".<sup>3</sup>

<sup>1</sup>:المادة 91 من القانون 84-11 السابق ذكره.

<sup>2</sup>:سورة النساء الآية 06.

<sup>3</sup>:المادة 40 من القانون رقم 75-58 السابق ذكره.

## ملخص

## الفصل الأول

من خلال دراستنا لهذا الفصل المكون من مبحثين تم التطرق في المبحث الأول إلى مفهوم الأهلية و الزواج، و في المبحث الثاني التطرق إلى مناط إكتمال الأهلية في عقد الزواج. حيث تناولنا في المبحث الأول مفهوم الزواج في الإصطلاح القانوني و الفقه الإسلامي والطبيعة القانونية له و كذلك أهميته التي تكمن في العديد من الأمور منها حفظ النسل و حفظ النفس وتوطيد للروابط الأسرية، وتعرفنا على آثار الزواج أيضا التي تتضمن أركان و شروط الزواج وحقوق و واجبات الزوجين منها الحقوق المشتركة بينهما و حقوق الزوجة على الزوج وحقوق الزوج على الزوجة، كما تم تبيان مفهوم الأهلية أي تعريفها في الإصطلاح و في القانون وإلى أنواعها المتمثلة في أهلية الوجوب و أهلية الأداء و أيضا عوارض و موانع الأهلية .

أما في المبحث الثاني تناولنا موضوع السن في الزواج حيث تطرقنا في هذا العنصر إلى موقف الفقه الإسلامي و القانون الوضعي من سن الزواج و كذلك إلى سلطة القاضي في الترخيص بالزواج قبل السن المطلوبة .

و ما يمكن إستخلاصه من هذا الفصل هو أن إكتمال الأهلية في عقد الزواج يعد شرطا أساسيا لصحته، ويقصد به توفر القدرة القانونية لدى كل من الزوجين على إبرام العقد بإرادة حرة واعية، و تتحقق هذه الأهلية بإجتماع عناصرها الأساسية العقل والتمييز الذي يعني فهم آثار الزواج و مسؤولياته و البلوغ الذي يمثل مرحلة النضج الجسدي و النفسي و تضيف بعض القوانين شرط الرشد كعنصر مكمل لضمان قدرة الطرفين على تحمل الإلتزامات الناشئة عن الزواج . و يترتب على نقص الأهلية بطلان العقد أو توقفه على موافقة الولي أو إذن القاضي، بحسب درجة النقص و تكمن أهمية إكتمال الأهلية في حماية الطرفين و ضمان إستقرار العلاقة الزوجية منذ نشأتها.

# الفصل الثاني

أثر إعتلال الأهلية في عقد الزواج

## الفصل الثاني:

### أثر إعتلال الأهلية في عقد الزواج

إن الزواج من أهم العقود التي تترتب عليها آثار قانونية وإجتماعية عميقة، لا تقتصر على طرفيه فقط بل تمتد لتشمل الأسرة و المجتمع ككل. و نظرا لأهمية هذا العقد فقد أحاطه المشرع بشروط و أركان دقيقة تضمن صحة إنعقاده و من أبرز هذه الشروط توفر الأهلية القانونية لدى طرفيه، فالأهلية تعد حجر الزاوية في إبرام التصرفات القانونية بصفة عامة ، وفي عقد الزواج بصفة خاصة ما يترتب عليه من حقوق و واجبات ونسب وأحكام مالية و شخصية.

غير أن الواقع قد يشهد حالات يعتل فيها إدراك أحد طرفي العقد أو إرادته، نتيجة عوامل وعوارض تؤثر عليها كالجنون أو السفه أو العته فتجعلها غير موجودة أو غير مكتملة، حيث يشكل نقصان الأهلية أو إنعدامها سببا أساسيا على عدم القدرة في مباشرة التصرفات القانونية بشكل طبيعي حيث تنور جملة من الإشكاليات القانونية و الفقهية حول صحة هذا العقد و إعتلال الأهلية و إن كان تمييزا بين حالاتها و منه فهذا الفصل يهدف لتسليط الضوء على الإشكاليات من خلال دراسة أثر إعتلال الأهلية على صحة عقد الزواج ، فسننتقل إلى دراسة عقود الزواج حيث نفصل في الزواج الفاسد و الزواج الباطل (المبحث الأول) ثم إلى حالات بطلان الزواج بسبب إعتلال الأهلية التي نحاول التفصيل فيها و التطرق إلى زواج ناقصي و عديمي الأهلية (المبحث الثاني).

المبحث الأول:عقود الزواج الفاسدة و الباطلة

يعد الزواج من أهم العقود التي أولتها الشريعة الإسلامية عناية فائقة، لما له من دور محوري في بناء المجتمع و إستمراره. فهو الإطار الشرعي الذي ينظم العلاقة بين الرجل و المرأة و يضمن حقوق كل من الزوجين و الأبناء و يحقق الإستقرار النفسي و الإجتماعي .

و على أساس هذا جاءت الأحكام التفصيلية سواء الشرعية منها أو القانونية المبينة لطرق عقد الزواج ما يلزم ذلك من أركان و شروط خاصة، يجب توافرها كي يكون العقد صحيحا و منتجا لآثاره كلها.

إلا أنه يحدث في بعض الأحيان أن يتم إبرام عقد الزواج مع وجود إنعدام أو خلل في أحد أركانه أو شروطه مما ينجر عنه فساد العقد أو بطلانه التي قام بتوضيحها المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري في المواد من المادة 32 إلى المادة 35 ، أي الوقوع فيما يعرف في الفقه الإسلامي بالزواج الغير صحيح ، و يقسم الفقهاء هذا الأخير إلى نوعين رئيسيين : الزواج الباطل و الزواج الفاسد و هما مصطلحان يستعملان لتمييز درجات الخلل في العقد و آثارهما

و نظرا لأهمية دراسة موضوع هذا الزواج الغير صحيح التي تكمن في توعية أفراد المجتمع بخطورة التساهل في شروط و أركان الزواج و توضيح الأحكام الشرعية التي تترتب على كل نوع حفاظا على كرامة الإنسان و ضمان لحقوق الأسرة .

من هنا نبين في هذا المبحث من خلال دراستنا لموضوع الزواج الغير الصحيح سنتطرق كالتالي إلى بيان الزواج الذي يمكن تصحيحه و هو ما يطلق عليه الزواج الفاسد (المطلب الأول ) و أيضا الزواج الذي يمكن تصحيحه ما يعرف ب الزواج الباطل (المطلب الثاني ).

### المطلب الأول: الزواج الفاسد

لكي ينتج عقد الزواج آثاره القانونية، يجب أن يبرم بشكل صحيح و متكامل، مستوفيا جميع أركانه و شروطه المنصوص عليها قانونا، غير أنه إذا اختل أحد هذه الشروط فإن ذلك يؤدي إلى فساد العقد، و يمنع ترتب آثاره الشرعية و القانونية و لبيان معنى فساد العقد سنتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم عقد الزواج الفاسد (الفرع الأول) بالإضافة إلى تحديد حالاته في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: مفهوم الزواج الفاسد

سنتطرق إلى تعريف العقد الفاسد (أولا)، ثم إلى تعريف عقد الزواج الفاسد فقها و قانونا و خصائصه (ثانيا) ، و أيضا حكم الزواج الفاسد (ثالثا) بالإضافة إلى أنواع الزواج الفاسد (رابعا).

#### أولا: العقد الفاسد لغة

الفساد لغة التلف والعطب، والاضطراب والعطب، وإلحاق الضرر، والمفسدة: الضرر وهي نقيض الإصلاح، فسد يفسد وفسادا أو فسودا فهو فاسد وفسيد فيها.<sup>1</sup>

كما يعرف أيضا "بتغيير الشيء عن الحال السليمة فهو ضد الصلاح".<sup>2</sup>

العقد الفاسد إصطلاحا: هو المشروع بأصله و ليس بوصفه.<sup>3</sup>

#### ثانيا: تعريف عقد الزواج الفاسد في الفقه و القانون و خصائصه

##### 1. تعريف عقد الزواج الفاسد في الفقه الإسلامي:

نجد تعريفات عقد الزواج الفاسد عند المذاهب الفقهية كالتالي:

-**المذهب الحنبلي:** يرى الحنابلة أن النكاح الفاسد هو كل عقد زواج تضمن شرطا يخل بأصل مشروعيته مثل نكاح المتعة و يجب فيه المسمى و منه نكاح المحلل ويلحق به النسب ولا يحصل به الإحصان ولا حل للمطلق، ولها بالوطء المسمى ومنه نكاح الشغار، ومنه أن يشترط ما ينافي العقد كأن يتزوجها بشرط ألا يحل له وطؤها ومنه غير ذلك مما سيأتي.<sup>4</sup>

<sup>1</sup>: مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص71 .

<sup>2</sup>: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ص 287.

<sup>3</sup>:مرجع نفسه، نفس الصفحة.

<sup>4</sup>: نور الدين أبو لحية، عقد الزواج وشروطه، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، د س ن، ص64 .

-المذهب الشافعي: يرى الشافعية أن الزواج الفاسد هو كل عقد زواج إختل فيه أحد الشروط الأساسية لإنعقاده.<sup>1</sup>

-المذهب الحنفي: يرى الحنفية أن الزواج الفاسد هو ما إستوفى فيه عناصر الإنعقاد و لكن تخلف فيه شرط من شروط الصحة ،كالزواج بدون شاهدين أ، الزواج بمرأة محرمة على من تزوجها و هو يجهل هذه الحرمة ثم علم بها بعد الدخول.<sup>2</sup>

## 2. تعريف الزواج الفاسد في قانون الأسرة الجزائري:

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا صريحا للزواج الفاسد بل إمتقى بذكر الحالات التي تؤدي إلى فسادهلكن من خلال إستقراء مواد قانون الاسر الجزائري نجد أنه:كل عقد وجد فيه الإيجاب و القبول و لكن إختل فيه شرط من شروط الصحة الواردة في المادة 09 مكرر من ق أ ج المتمثلة في أهلية الزواج،الصداق، الولي و الشاهدين،و عدم وجود مانع من الموانع الشرعية و يعد ذلك سببا من أسباب الفسخ الذي يعد الأثر المقرر قانونا وفق للمادتين 33و 34 من قانون الأسرة الجزائري.<sup>3</sup>

## 3. خصائصه:<sup>4</sup> يتميز بها كالتالي

- العقد الفاسد منعقد في ذاته و سليما في جوهره،إلا أنه لا ينتج آثاره القانونية بسبب إفتقاده لعنصر أو شرط أساسي من عناصر صحته ،مما يجعله غير صالح لترتيب آثاره.
- العقد الفاسد فاقدا للمشروعية لكونه مخالفا لأحكام الشرع أو القانون و لذلك يعتبر منهيا عنه وموجب للفسخ.
- العقد الفاسد يمكن تصحيحه إذا قامت موانع الفسخ ترجيحاً للمصلحة.
- العقد الفاسد يفسخ إما بإتفاق الطرفين أو بقوة القانون أو بحكم قضائي يكون منشأ .
- العقد الفاسد تترتب عليه بعض آثارالعقد الصحيح للفوت بتنفيذه و إمتناع فسخه.

<sup>1</sup>: نور الدين أبو لحية، عقد الزواج وشروطه ، المرجع السابق، ص 65.

<sup>2</sup>:مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2، دار القلم، دمشق، 1998، ص732.

<sup>3</sup>: العربي بلحاج ،الوجيز في قانون الأسرة الجزائري ،المرجع السابق، ص148.

<sup>4</sup>:محمد أحمد السراج، نظرية العقد ، دار المطبوعات الجامعية،القاهرة، 1998، ص ص 177-180.

### ثالثاً: حكم الزواج الفاسد

يختلف حكمه قبل الدخول و بعده :

#### 1- قبل الدخول:

لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج ،فلا يجوز فيه الدخول بالمرأة ،ولا تستحق فيه الزوجة مهراً أو نفقة ،كما لا تجب فيه العدة ولا تثبت به حرمة المصاهرة،ويجب على الزوجين الإنفصال تلقائياً و إذا لم يتحقق ذلك يرفع الأمر للقاضي ليحكم بالتفريق بينهما و يجوز لأي شخص رفع دعوى لإزالة هذا المنكر دون اشتراط وجود مصلحة شخصية مباشرة في القضية.<sup>1</sup>

#### 2- بعد الدخول:

يختلف حكم الزواج الفاسد بعد الدخول إذ يترتب عليه بعض الآثار بسبب وقوع الدخول فغذا حصل الدخول بالمرأة إعتبر ذلك معصية ووجب التفريق بين الزوجين ولا يقام عليهما حد الزنا،و يكتفي القاضي بتعزيرهما بما يراه مناسباً لردعهما لوجود شبهة العقد،ولكن إذا حصل الوطء بعد صدور حكم التفريق فيلزمه الحد و لو دخلته شبهة،و ترفع شبهة العقد قيام الحد في الدخول بالمعصية و ذلك إذا كان قائماً على حسن نية و يجهل بوجود المعصية أو الشبهة.<sup>2</sup>

### رابعاً: أنواع الزواج الفاسد

ورد النهي الصريح عن عدة أنواع من الأنكحة الفاسدة عددها أربعة و هي نكاح المتعة،نكاح المحلل، نكاح الشغار ،و نكاح المخطوبة للغير . و قد اختلف الفقهاء في حكمها بين من يعتبرها فاسدة و من يرى جوازها على غرار الشيعة و بعض المذاهب و قد إتفقوا جمهور الفقهاء على عدم مشروعيتها لمخالفتها مقاصد الزواج في الإسلام إذ يرون أنها تقوم على إشباع الغرائز و النزوات العابرة ،و سنوضح ذلك فيما يلي:

#### 1. نكاح المتعة: روى القرطبي عن ابن عطية أن زواج المتعة هو: "أن يتزوج الرجل المرأة

بشاهدين،وإذن الولي،إلى أجل مسمى ،وعلى أن لا ميراث بينهما،ويعطيها ما إتفقا عليه،فإذا

إنقضت المدة فليس له عليها سبيل ،ويستبرئ رحمها....فإن لم تحمل حلت لغيره"<sup>3</sup>

<sup>1</sup>:وهبة الزحيلي ،الفقه الإسلامي و أدلته ،المرجع السابق، ص 100.

<sup>2</sup>:مرجع نفسه ، ص 101.

<sup>3</sup>:القرطبي :أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، ج 5 ، ط1، مؤسسة الرسالة ، لبنان، 2006، ص87.

فزواج المتعة هو الزواج الذي يتم بين طرفين بنية عدم الإستمرار، سواء كان ذلك لمدة شهر أو سنة أو غيرها فإذا صحب الزواج عدم التأييد سمي بزواج المتعة.<sup>1</sup> ويتم هذا الزواج بأن يعطي الرجل المرأة مبلغا من المال مقابل الزواج بها لمدة محددة، و ينتهي بإنتهائها من غير طلاق، ولا يترتب عليه وجود النفقة أو السكن و على المرأة غستبراء رحمها و تعدد كما تعدد المطلقة، و لا توارث بينهما إن مات أحدهما قبل إنتهاء الزواج.<sup>2</sup> و يختلف زواج المتعة عن الزواج المؤقت هو أن عقد المتعة يتم بلفظ التمتع، أما الزواج المؤقت فيكون بلفظ الزواج أو النكاح أو ما يعادلها لكن مع تحديد المدة و حضور الشهود.<sup>3</sup>

2. **نكاح الشغار:** هو أن يزوج الرجل إبنته أو من تحت ولايته لرجل آخر على أن يزوجه الآخر وليته دون أن يدفع صداق، و يعرف عند العوام بإسم "الزقار" و بعضهم يسميه البديل، السلاح، أو السداح و فسره بعض الصحابة بأنه يبذل الرجل الرجل أخته بأخته بغير صداق.<sup>4</sup>
3. **نكاح مخطوبة الغير:** نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن التقدم لخطبة إمراة مخطوبة لشخص آخر و هو يعلم بذلك و يقيم الزواج عليها لقول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث المتفق عليه **\*\* لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه \*\***.<sup>5</sup>
4. **نكاح المحلل:** هو أن يتزوج الرجل المرأة المبتوتة ثلاثا ليحلها لزوجها الأول الذي طلقها.<sup>6</sup>

### الفرع الثاني: حالات الزواج الفاسد

أدرج المشرع الجزائري بعد التعديل تمييزا واضحا بين أركان الزواج و شروطه حيث خصص المادة 09 من ق أ ج على أنها تحدد ركن للزواج و يتمثل في الرضا إذ نصت على :

<sup>1</sup>: جبر محمود الفضيلات، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون، دار الشهاب، باتنة، سنة 1978 ، ص 19 .  
<sup>2</sup>: عرفان بن سليم العشا، حسونة الدمشقي، نكاح المسيار وأحكام الأنكحة المحرمة، المكتبة العصرية، بيروت، 2002 ، ص 103 .  
<sup>3</sup>: عبد الله حامد قماوي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د س ن، ص 34 .  
<sup>4</sup>: أبي نصر محمد بن عبد الله ، إرشاد الإختيار إلى حكم نكاح الشغار، ط1 ، دار الآثار ، اليمن، 2004 ، ص 9 .  
<sup>5</sup>: ناجي بن حسين بن إبراهيم، أحكام خطبة النساء في الإسلام .السعودية، 2010 ، ص 41 .  
<sup>6</sup>: عبد القادر داودي، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، 2005 ، الجزائر، ص 155 .

"ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" <sup>1</sup> وأضاف نص المادة 09 مكرر لتحديد شروط الزواج التي حسمت الجدل الذي كان قائما قبل التعديل في القانون 84-11 بشأن التفريق بين شروط الزواج وأركانه وتنص على: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية:

أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، إنعدام الموانع الشرعية". <sup>2</sup>

وفي غياب أي من هذه الشروط يعتبر الزواج فاسدا لكن يمكن تصحيحه و سنوضح ذلك كالتالي:

### أولا: إذا تم الزواج فاقدا لشروط واحد من شروط الصحة

كما لو كان العقد بدون شهود أو بدون الولي في حالة وجوبه أو بدون صداق سنتطرق إليهم كالتالي:

**1- الزواج بدون صداق:** يعد الصداق أو ما يعرف المهر حقا ماليا يجب على الرجل لا المرأة و

يثبت بمجرد إبرام عقد الزواج، ذلك وفقا لما نصت عليه المواد 09 مكرر و 15 من قانون

الأسرة الجزائري أو الدخول بها حسب المادتين 16 و 33 من ق أ ج كرمز على رغبته في

تأسيس رابطة زوجية دائمة و شريفة. <sup>3</sup>

كما نصت المادة 15 ق أ ج على: "يحدد الصداق في العقد سسواء كان معجلا أو مؤجلا، و

في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل". <sup>4</sup>

فمن خلال التعريف الذي جاء في نص المادة السالفة الذكر و مقارنة بما جاء في المادة 33 فقرة

2 ق أ ج نجد أن الزواج دون صداق يفسخ قبل البناء و لا صداق فيه و يثبت بعد الدخول و

للرأة صداق المثل .

**2- الزواج دون شهود:** تعد الشهادة شرطا أساسيا في عقد الزواج وفقا لما نص عليه المشرع

الجزائري في نص المادة 9 مكرر، حيث لا يكفي مجرد التراضي لصحة العقد بل لا بد من

حضور شاهدين لإخراج الزواج من دائرة السرية و إشهاره و إعلانه.

تكمن أهمية ذلك في ما ينطوي عليه عقد الزواج من آثار قانونية و إجتماعية و دينية إذ ينتج

حقوقا وواجبات متبادلة بين الزوجين و من هنا تبرز ضرورة إعلانه للناس و إخرجه من طابع

<sup>1</sup>المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري ق أ ج.

<sup>2</sup>المادة 09 مكرر من نفس القانون: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية"

<sup>3</sup> العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، المرجع السابق، ص 265.

<sup>4</sup>المادة 15 من ق أ ج: " يحدد الصداق في العقد، سواء كان معجلا أو مؤجلا. في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل".

الكتمان حتى لا يساء الظن بعلاقة الرجل مع إمرأته أو توضع موضع شبهة لذلك الشهادة و الإعلان يرفعان كل إلتباس و شك.<sup>1</sup>

و إعتبر المشرع الجزائري الشهادة من أوصاف الزواج و أخرجها عن ماهيته مما يترتب على غيابها الجزاء الذي نصت عليه المادة 33 فقرة 2 ق أج حيث يفسخ الزواج قبل الدخول ولا صدق فيه و يثبت بعدالدخول بصدق المثل.

### 3- الزواج دون ولي:

تنص المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري على : " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"فالقانون لا يسمح في جميع الأحوال أن يبرم عقد الزواج دون حضور الولي، نظرا لما يمثله الزواج من عقد خطير و مهم لهذا نجد ديننا الحنيف تشدد على ضرورة وجو الولي لصحة العقد و هو ماسلكه المشرع الجزائري حتى بعد التعديلات لم يبلغ شرط الولي مع منح المرأة الراشدة الحق في إختيار الشخص الذي يقوم بولايتها.<sup>2</sup>

من خلال ما سبق ذكره يتضح أن المشرع الجزائري إعتبر الولاية شرط من شروط صحة الزواج إستنادا للمادة 09 مكرر ق أج غير أنه ترك الحرية في يد المرأة في إختيار من يكون وليها.

### ثانيا: إذا اشتمل العقد على شرط يتنافى و مقتضيات العقد

أو يتعارض مع أحكام قانون الأسرة المادتان (19 و 32 ق أج) ، غير أن المشرع الجزائري صححه بالدخول حيث قرر بطلان الشرط و بقاء العقد صحيحا، مادة 35 ق أ فلا يحكم القاضي بفسخ عقدالنكاح إلا إذا كان هذا النكاح فاسدا.

<sup>1</sup>: العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 327 .

<sup>2</sup>: يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، ج 2، ط2، دار هومه ، الجزائر ، 2008 ، ص 23 .

### المطلب الثاني: الزواج الباطل

يعتبر عقد الزواج صحيحا و منتجا لآثاره إذا توفرت فيه جميع الشروط و الأركان المطلوبة غير أن هذا العقد قد يفقد أحد عناصره الأساسية مثل الرضا ،أو يتضمن مانعا أو شرطا يتعارض مع متطلبات العقد مما يؤدي إلى بطلانه و يمنع إستمراره بين الزوجين و للتفصيل أكثر سنتناول في هذا المطلب مفهوم الزواج الباطل(الفرع الأول) ثم حالاته (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: مفهوم الزواج الباطل

قبل التطرق لتعريف عقد الزواج الباطل في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري لابد من تعريف العقد الباطل لغة و إصطلاحا و ذكر خصائصه.

#### أولا:العقد الباطل لغة و إصطلاحا

**لغة:**الباطل ضد الحق و نقيضه و بطل الشيء إذا سقط و فسد،ويقال في إفساد الشيء و إزالته حقا، يقال في الشيء لا حقيقة له.<sup>1</sup>

و معنى بطل في لسان العرب بطل الشيء يُبْطَلُ بَطْلًا و يُبْطَلُ و يُبْطَلَانَا ذَهَبَ ضِيَاعًا و خسرًا فهو باطل و أبطله هو،ويقال ذهب دمه بطلا أي هدرًا و يبطل في حديثه بطالة و أَبْطَلَ هَزَلَ و الإسم البطل و الباطل نقيض الحق و الجمع أباطيل على غير قياس كأنه جمع إبطال أو إبطيل هذا مَذْهَبٌ سيبويه و في التهذيب، و يجمع الباطل بواطل، قال أبو حاتم واحدة:الأباطيل أبطولة، و قال ابن دريد:واحدتهما : إبطالة و دعوى باطل.<sup>2</sup>

**إصطلاحا:** الباطل هو عكس ما يدل على الصحة ،فالمراد بالصحة هي إعتبار الشرع شيء في حق حكمه و في العقود كل ما كان سببا لحكم إذا أفاد حكمه المقصود منه فهو صحيح.<sup>3</sup> و عرف السنهوري بأن بطلان العقد هو الجزء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه الكاملة مستوفية لشروطها.<sup>4</sup>

<sup>1</sup>:إبن منظور، لسان العرب،المرجع السابق، ص43.

<sup>2</sup>: مرجع نفسه نفس الصفحة.

<sup>3</sup>:محمد بن قدامة المقدمي، روضة الناظر و جنة المناظر في أصول الفقه، ط1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2002 ، ص 4.

<sup>4</sup>:عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،المرجع السابق ، ص532.

### ثانيا:تعريف الزواج الباطل في الفقه و القانون

1. في الفقه الإسلامي:لقد اختلف الفقهاء على تعريفه فرأي ذهب إلى أن البطلان خلل في أحد

أركان الزواج و رأي إعتبر الزواج الباطل الذي فقد شرطا من شروط الإنعقاد.<sup>1</sup>

الزواج الباطل عند الجمهور هو ما فقد ركنا من أركانه أو شرطا من شروط صحته ،أما عند الحنفية هو أيضا ما فقد ركنا من أركانه أو شرطا من شروط إنعقاده،<sup>2</sup> و من ثم يعرف العقد الباطل بأنه ما كان غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه.<sup>3</sup>

2. الزواج الباطل في قانون الأسرة الجزائري:نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف

واضح الزواج الباطل وإكتفى بذكر الحالات التي يكون فيها عقد الزواج باطلا،وبالرجوع لنص المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02 نصت على:"يبطل الزواج إذا إشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد".<sup>4</sup>

### ثالثا:خصائص العقد الباطل

يتميز بالخصائص التالية:

- يعد العقد باطلا بسبب مخالفته للنظام الشرعي من حيث غياب ركن أو عنصر أساسي من مقومات العقد كإنعدام الأهلية أو إختلال شرط من شروط الإنعقاد أو وجود مانع كالزواج من امرأة محرمة مؤقتا أو مؤبدا.<sup>5</sup>
- لا يعد العقد الباطل منعقدا شرعا فهو و العدم سواء.
- يحق لكل شخص ذي مصلحة أن يطالب ببطلان العقد ،و تملك المحكمة صلاحية الحكم ببطلانه من تلقاء نفسها للنيابة العامة تحريك دعوى الإبطال رعاية للنظام العام.<sup>6</sup>

<sup>1</sup>:محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية - شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة، الجزائر، 2008، ص147.

<sup>2</sup>: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص95.

<sup>3</sup>: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997، ص75.

<sup>4</sup>: المادة 32 من ق أج:" يبطل الزواج، إذا اشتهل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد."

<sup>5</sup>: محمد أحمد السراج ، نظرية العقد، المرجع السابق، ص ص 170-172.

<sup>6</sup>: الرشيد بن شويخ، دروس في النظرية العامة للإلتزام، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص ص 107-108.

- العقد الباطل لا يمكن له الإجازة لأنه يلحق بالموجود لا المعدوم.
- لا يحتاج العقد الباطل إلى رفع دعوى فسخ، ولا يطلب فيه حكم قضائي بالإلغاء.
- الباطل لا يسري عيه التقادم.

### الفرع الثاني: حالات إعتبار الزواج باطلا

هناك عدة حالات يكون فيها الزواج باطلا و قد كان في ذلك إختلافات في بعض الحالات سنتطرق لها كالتالي:

#### 1. فقدان عقد الزواج لركنه الأساسي:

والذي يتعلق برضا الزوجين وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المواد 4 و 9 و 33 ق أج فإذا إنعدم تطابق الإيجاب و القبول يعتبر العقد باطلا، كما لا يحق للولي أبا أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج وفقا للمادة 13 ق أج ولا يجوز حتى لقضاة الموضوع إجبار المرأة الغير راضية به على إتمام إجراءات الزواج أو مراسيم الدخول بها ، فيكون العقد باطلا إذا تخلف ركنه الأساسي الوحيد المادتان 9 و 33 ق أج<sup>1</sup>.

#### 2. كل زواج بإحدى المحرمات

يعتبر نكاح المحارم من الأنكحة الباطلة التي نصت عليها الشريعة الإسلامية بالتحريم و المحرمات قسمان، محرمات على التأييد لا يحل للرجل أن يتزوج بهن أبدا مصداقا لقوله تعالى :  
**\*\* حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ \*\***<sup>2</sup> و  
 المحرمات تحريما مؤقتا وهن اللاتي يكون سبب تحريمهن مؤقت.

تتجلى الحكمة من تحريم زواج المحارم و المنهي عنه في جميع الشرائع السماوية في عدة جوانب تمس الفطرة الإنسانية السليمة فقد أثبتت الدراسات العلمية التي أجريت على الحيوانات أن التزاوج بين أفراد من سلالة واحدة يؤدي على نسل ضعيف<sup>3</sup>. فمن خلال ما سبق ذكره نخلص على أن الشريعة الإسلامية تحرص على تنظيم عقد الزواج بطريقة تمنع الوصول على الفاحشة و تبطل أي زواج لا يستوفي شروطه الأساسية بطلانا مطلقا لا إصلاح فيه أي لا يمكن تصحيحه دون

<sup>1</sup>: هشام ذبيح، إشكالية الزواج والزوج الباطل في ظل قانون الأسرة الجزائري، مداخلة قدمت في ملتقى حول المسائل المقترحة تعديلها في قانون الأسرة الجزائري يومي 24-25 ماي 2017، جامعة البليدة.

<sup>2</sup>:سورة النساء، الآية 23.

<sup>3</sup>: محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، المرجع السابق، ص108.

النظر إلى مدى الإرتباط بين الزوجين و مدة العشرة، فإذا تم النكاح بأحد المحرمات سواء كانت المؤبدة أو المؤقتة منها فالعقد باطل بإجماع أغلب التشريعات.

### 3. وجود مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات عقد الزواج

نص عليه المشرع الجزائري في المادة 32 ق أج على أنه: " يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد "من خلال نص المادة نخلص إلى أن هناك عدة حالات يبطل فيها الزواج لوجود مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات عقد الزواج حيث أن المشرع لم يحدد هذه الحالات في نص صريح بل فتح مجال للقضاء في ذلك و من بينها:

- زواج في حال إنعدام الأهلية: يعد الزواج الذي يبرم مع أحد طرفين فاقدًا للأهلية باطلاً أو موقوفاً بحسب درجة فقدان الأهلية فالشريعة والقانون تشترط لصحة عقد الزواج توافر الأهلية الكاملة و حسب نص المادة 7 ق أج<sup>1</sup> فإن المشرع الجزائري حدد سن الزواج ب 19 سنة و إشتراط في صحة الزواج قبل ذلك إجازة الولي أو ترخيصه مع تقديم الأدلة على قدرة القاصر على تحمل مسؤولية الزواج.

- الزواج بأكثر من أربعة:أباح المشرع الجزائري تعدد الزوجات و ضبطه بشروط نص عليها في المادة 08 ق أج<sup>2</sup> و يفهم من نص هذه المادة أن الحد الأقصى للزوجات هو أربعة و الزواج بأكثر من أربعة نسوة باطل و هذا ما جاءت به الشريعة الإسلامية بنص صريح في القرآن الكريم لقوله تعالى: **\*\*فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ\*\*** <sup>3</sup>. وأعطى الحق للزوجات بطلب فسخ الزواج في حالة التدليس لفسخ الزواج الجديد قبل الدخول و ذلك حسب المادة 08 مكرر.

<sup>1</sup>: تنص المادة 07 من قانون الأسرة على: " تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة، و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج" .....

<sup>2</sup>: تنص المادة 08 من قانون الأسرة على: " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط ونية العدل".

<sup>3</sup>:سورة النساء، الآية 03.

**حكم الزواج الباطل:**

إذا شاب خلل في صيغة العقد كأن صدرت الصيغة بلفظين يعبر بهما عن المستقبل أو بما لا يدل على تملك المتعة لا حقيقة ولا مجاز أو حصل بخلل في أصل أهلية العاقد لفقده التمييز بسبب جنون أو صغر أو فقد أي شرط من شروط الانعقاد كان الزواج باطلا و الزواج الباطل لا يعتد به شرعا كأنه غير موجود و يجب التفريق بينهما و إن لم يفترقا يفصل بينهما بحكم قضائي.

أما إذا حصل دخول بناء على عقد باطل فيعد بمنزلة الزنا، ولا يثبت به نسب ولا توارث ولا يجب به مهر ولا نفقة ولا طاعة ولا أي حق من حقوق الزوجية وواجباتها، وعلى قول من أتيت حرمة المصاهرة بالزنا ودواعيه تثبت بهذا الدخول حرمة المصاهرة.<sup>1</sup>

<sup>1</sup>: عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم ، الكويت، 1990، ص39.

المبحث الثاني:حالات بطلان الزواج بسبب إعتلال الأهلية

بعد قيامنا بتعريف الأهلية و أنواعها و التفصيل فيها في الفصل الأول لاحظنا أن الأهلية تتعلق بالسن مما يقسمها إلى ثلاث أنواع، الأهلية الناقصة و الأهلية الكاملة و الأهلية المنعدمة فبسبب هذا الإختلاف يختلف تقدير الأحكام في كل من هذه الحالات مما يؤدي إلى إختلاف حكم التصرفات الصادرة من هذه الحالات بالإضافة إلى إمكانية تأثرها ببعض الموانع الشرعية للزواج و التي تنقسم بدورها إلى موانع مؤبدة و موانع مؤقتة، حيث سنتطرق في هذا المبحث إلى الموانع الشرعية للزواج

( المطلب الأول) وإلى زواج ناقصي و عديمي الأهلية ( المطلب الثاني).

المطلب الأول: الخلو من الموانع الشرعية

تعتبر الموانع الشرعية شرط من شروط صحة عقد الزواج و هو مرتبط بتكوين الأسرو إنشاء المجتمعات أصبح محل إهتمام لعدم الوقوع في المحرمات التي نهي عنها الشرع و الوقاية من التشوهات الخلقية التي تنجم عن الزواج بإحدى المحارم .

فقد إهتم المشرع الجزائري بهذا الموضوع من خلال تقييده للزواج بشروط أساسية تثبت صحة هذا العقد و قد جاءت المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على : " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:أهلية الزواج، الصداق، الولي،الشاهدان و إنعدام الموانع الشرعية للزواج." بمعنى ذلك خلو الزوجين من أي مانع يمنع إبرام عقد الزواج،فهذه الشروط المذكورة تجعل من العقد صحيحا شرعا و قانونا، أما في حالة الإخلال بشرط منها أصبح العقد باطلا.

و لقد تناول المشرع الجزائري أيضا أحكام موانع الزواج في قانون الأسرة من المادة 23 إلى المادة 31 و بالنظر إلى محتوى نص المادة 23 من ق أ ج الذي ينص على : "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة و المؤقتة".<sup>1</sup> يقصد بهذا أن تكون المرأة التي يريد الرجل أن يتزوجها ليست محرمة عليه.

و **الموانع الشرعية هي:** صفات يتخذها أحد الطرفين أو كلاهما و تمنع الأول الزواج بالآخر إما بصفة عامة أو بصفة مؤقتة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>المادة 23 من ق أ ج : "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة".

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي،الفرق الإسلامي و أدلته،المرجع السابق، ص 53.

وقد يعرف المانع أنه : "الوصف الذي يلزم من وجوده العدم سواء كان المانع موجودا عند العقد (كالزواج بالأخت أو الخالة) أو طارئا بعده (كإرتداد أحد الزوجين) فيفسد زواجهما ابتداءا من تاريخ الردة (مادة 32 ق أ معدلة)، فلها أهمية في صحة عقد الزواج و سلامته فتنقسم المحرمات من النساء إلى قسمين :

1- **المحرمات المؤبدة** : وهي النساء التي يحرم الزواج منهن بصفة دائمة أي أنه لا يجوز للرجل الزواج بهن مهما طال الزمن ومهما كانت الأسباب أي سبب تحريمهن قائم ولا يزول<sup>1</sup>، وقد نصت عليها الشريعة الإسلامية وجمعها في نص الآية 23 والآية 24 من سورة النساء، وتتنحصر في ثلاث أسباب هي :

المحرمات بالنسب (القرباة) والمحرمات بالمصاهرة والمحرمات بالرضاع.

2- **أما المحرمات بصفة مؤقتة** : هي الموانع الشرعية التي يكون فيها التحريم غير مؤبد أي بمعنى سبب التحريم فيها أمرا يتحمل الزوال أي تحرم مؤقتا، فإذا زال سبب التحريم أصبحت محلا للعقد أو الزواج<sup>2</sup> و قد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 30 من ق أ ج و حصرها في ست أحوال هي : المرأة المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثا، الجمع بين المحارم، زواج المسلمة بغير المسلم، الزيادة على القدر المسموح بها شرعا<sup>3</sup>.  
ففي هذا المطلب سنفصل في هذه الموانع الشرعية حيث نتطرق إلى المحرمات المؤبدة (الفرع الأول) و المحرمات المؤقتة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: المحرمات المؤبدة

المقصود بها النساء اللاتي يحرم على الرجل حرمة مؤبدة، و لا يجوز له الزواج بهن مطلقا وهذه المحرمات من النساء من الأحكام الثابتة التي لا تتغير باختلاف الزمان إذ أنها قطعية لا تحتمل إجتهااد أو تبديل<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>: العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص77.

<sup>2</sup>: مرجع نفسه، ص83.

<sup>3</sup>: المادة 30 من ق أ ج: ". يحرم من النساء مؤقتا : المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثا

كما يحرم مؤقتا: الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع، زواج المسلمة مع غير المسلم ".

<sup>4</sup>: العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 76.

وستنطبق في هذا الفرع إلى أولاً المحرمات بالنسب، وثانياً المحرمات بالمصاهرة، و ثالثاً المحرمات بالرضاعة .

### 1. المحرمات بالنسب:

قد ورد ذكرها في آية المحرمات وهي في قوله تعالى: \*\* حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم و أخواتكم و عماتكم و خالاتكم و بنات الأخ و بنات الأخت\*\*<sup>1</sup> و هذا ما جاءت به المادة 25 من قانون الأسرة الجزائري ومنه نستخلص أنه يحرم على الشخص بالقرابة أربعة أنواع<sup>2</sup> :

✓ أصول الرجل من النساء في العلو: كالأُم و الجدة سواء كانت جدة من جهة الأب الأم .  
 ✓ فروعه وما تحتهن: هنا التحريم يشمل جميع نساء فروعه دون إستثناء كالبنات و بنت البنات  
 ....

✓ فروع أبويه من النساء وأولادهم: والتحريم هنا يشمل جميع أخواته الشقيقات وبناتهن وبنات إخوته الرجال .

✓ فروع أجداده وجداته:والمتمثلين في العمات والخالات فقط أما بناتهن يسري عليهن التحريم، إذ يحل للرجل الزواج من بنت خالته أو بنت عمته .

### ✓ الحكمة من تحريم المحرمات بسبب النسب:

يعود تحريم الزواج ببعض النساء إلى الفطرة الإنسانية السليمة،التي ترفض بطبيعتها إقامة علاقة زواج مع هذا الصنف من النساء و يعرف هذا النوع بزواج المحارم ، و قد نص عليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 25 حيث يشمل:"الأمهات ،والبنات، والأخوات، والعمات ، والخالات، و بنات الأخ، و بنات الأخت."<sup>3</sup>

و عند الرجوع إلى السنة النبوية ، نجد أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر تحريم الزواج بكل امرأة تربطه بها صلة قرابة قريبة ، لما في ذلك من آثار سلبية قد تضر بالنسب و تؤدي إلى إختلاط الأنساب .

<sup>1</sup>: سورة النساء، الآية 24.

<sup>2</sup>: جمال نجيمي، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ، ص69.

<sup>3</sup>:المادة 25 من ق أ ج:" المحرمات بالقرابة هي: الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت".

## 2. المحرمات بالمصاهرة :

تحرم المصاهرة الزواج ببعض النساء حرمة مؤبدة مثلما هو الحال مع المحرمات بسبب النسب ، و المقصود بالمصاهرة هنا العلاقة الناتجة عن الزواج سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، وبهذا نجد أن الزواج ينشأ علاقة بين الزوجين وبين أحدهما وأقارب الثاني<sup>1</sup> ، و بالرجوع لنص المادة 26 من قانون الأسرة الجزائري نجد أنها نصت على أن: "المحرمات بالمصاهرة هي أربعة أنواع: أصول الزوجة بمجرد العقد عليها ،فروعها إن حصل الدخول بها ، أرامل أو مطلقات أصول الزوج و إن علوا ، أرامل أو مطلقات الزوج وإن نزلوا."<sup>2</sup>

و سنتفصل أكثر فيهم كما يلي :

✓ أصول الزوجة بمجرد العقد عليها و المتمثلة في زوجات أبيه وجده فما فوق .فقد أجمعوا الفقهاء على تحريم هذا النوع من النساء لأن الزواج منهن يقطع الصلة بين الأرحام و قد سماه الشارع بنكاه المقت و الفاحشة لقوله تعالى: **\*\*ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة و مقتا وساء سبيلا\*\***.<sup>3</sup>

✓ فروعها إن حصل الدخول بها و المتمثلة في زوجات ابنه وأحفاده وذلك بأن زوجة الإبن تعتبر بمثابة البنت فيحرم عليه الزواج منها لقوله تعالى: **\*\*و حلائل أبنائكم الذين من أصلابكم\*\***.<sup>4</sup>

✓ أصول الزوجة والمتمثلة في أمها وأم أبيها وفما فوق وحتى إن دخل بها أو لم يدخل فالعقد يجرمهن على الرجل .

✓ فروع الزوجة التي دخل بها فإن لم يكن دخل بها فلا يحرم عليه الزواج من فروعها والمتمثلة في بناتها وبناتهن وبنات أبنائها لقوله تعالى: **\*\*ربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم\*\*** .

<sup>1</sup>: الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق ص52.

<sup>2</sup>:المادة 26 من ق أ ج: "المحرمات بالمصاهرة هي: أصول الزوجة بمجرد العقد عليها، فروعها إن حصل الدخول بها، أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا، أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا".

<sup>3</sup>:سورة النساء ،الآية 22.

<sup>4</sup>: سورة النساء ، الآية 23 .

✓ الحكمة من تحريم المحرمات بالمصاهرة:

تتمثل الحكمة من تحريم الزواج بالمصاهرة في أن رابطة المصاهرة تشبه رابطة القرابة من حيث تأثيرها في النفوس و العاطفة بين الأفراد فعندما يتزوج شخص من عائلة تنشأ بينه و بين أهل زوجته قرابة و لو اباحت الشريعة الإسلامية له الزواج بأ م زوجته أو ابنتها أو زوجة أبيه لأدى ذلك إلى فساد العلاقات الأسرية و إلى قطيعة الرحم التي أمر الله بصونها فضلا عن التشوهات في الأنساب بين الإخوة و الأبناء.<sup>1</sup>

و تكمن الحكمة من تحريم الزواج بأ م الزوجة بمجرد إبرام العقد، في تفادي خلق نار الكراهية و الحقد و الفساد بسبب إختلاط العلاقات الأسرية، أما ابنة الزوجة فإن تحريمها لا يتم إلا بعد الدخول بالأ م و ذلك لصون العلاقة الطبيعية إذ من المعروف أن الأم تؤثر في ابنتها تأثيرا مباشرا.<sup>2</sup>

✓ ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا:

إذا وقع الشخص في فاحشة الزنا مع امرأة سواء بلمسها أو حتى بالنظر إليها بشهوة، فإن ذلك يؤدي إلى ثبوت حرمة المصاهرة، فيحرم عليه الزواج بأصول الزانية أو فروعها و يشملها حكم التحريم أيضا.

وهذا ما أجمع عليه الفقهاء بمختلف مذاهبهم على أن الزنا يثبت حرمة المصاهرة فوفقا لمذهب الحنفية إذا زنى الرجل بأ م زوجته أو ابنتها أو من قرابات زوجته تثبت الحرمة المؤبدة لأنه وقع في معصية الزنا.<sup>3</sup>

أما الإمام مالك ففي الموطأ عنه مثل قول الشافعي أنه لا يحرم و روي عنه ابن قاسم المالكي مثل قول أبي حنيفة. و سبب الخلاف الإشتراك في إسم النكاح في قوله: \*\* و لا تنكحوا ما نكح آبؤكم\*\*<sup>4</sup>. فمن راعى الدلالة اللغوية قال يحرم الزنا، و من راعى الدلالة الشرعية قال لا يحرم الزنا. ولكن الراجح بعدم التحريم، لأن ماء الزنا لا حرمة له، وقد امتن الله على عباده بالنسب والصهر، فلا يكون الصهر بالزنا كالنسب.<sup>5</sup>

: العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 80. 1.

2: مرجع نفسه، نفس الصفحة.

3: علاء الدين الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ص 267.

4: سورة النساء، الآية 22.

5: العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 81.

### 3. المحرمات بالرضاع:

سنتطرق لمن تشملهم الحرمة بالرضاعة ثم إلى الحكمة من هذا التحريم .

#### أولاً: من تشملهم الحرمة بالرضاعة:

ولقد تناول المشرع الجزائري تحريم الرضاع في نص المادة 24 من قانون الأسرة الجزائري من الموانع المؤبدة لعقد الزواج بحيث تناول هذا القانون موضوع الرضاع من خلال نص المادة 27 إلى نص المادة 29 من نفس القانون . وثبت تحريم الرضاع بالكتاب أو السنة لقوله تعالى: **\*\*وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم و أخواتكم من الرضاعة...\*\***<sup>1</sup>

و قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : **\*\*يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب\*\*** .  
وهن كما في النسب و المصاهرة سنذكرها كالاتي:

- ✓ أصول الشخص فما فوق، إذ يحرم عليه أمهاته من كل الطرفين وجداته أيضا، لأن الرضاع يجعل كل من المرضعة وأصولها وفروعها عائلة الرضيع أي يصبح بمثابة ابنها وابن زوجها وحفيد أمها وأخا لجميع أولادها بالرضاعة إذ يحرم عليه الزواج بمن أرضعته وبأصولها.
- ✓ فروع من الرضاعة، إذ تحرم عليه الرضيعة التي رضعت من زوجته، لأنها رضعت من لبن كان هو سببا في وجوده، فبالتالي تصبح بمثابة إبنته من الرضاع، والعكس مع الرضيع أيضا يصبح الرجل أبا له وهو ابنه من الرضاعة ويحرم عليه فروعها وفروعه أيضا.
- ✓ فروع أبويه وما تحتهم، إذ يحرم عليه الزواج بأخواته من الرضاعة وبناتهم وبنات إخوته.
- ✓ فروع أجداده كلها، إذ يحرم عليه الزواج بعماته وخالاته وعمات أصوله وخالاتهم من الرضاع، أما فيما يخص فروع العم والعمة والخال والخالة من الرضاع فيحل الزواج بهم فروع زوجته، يحرم على الرجل الزواج من بنات زوجته التي دخل بها وفروع بناتها وما تحتهم والعكس إذا تم العقد ولم يتم الدخول فلا يسري تحريم فروعها على الزوج، وتحرم عليه ربييته أي ابنة زوجته من رجل آخر بمجرد الدخول بأمرها كما هو الحال في التحريم بالنسب.
- ✓ أصول الزوجة، إذ يحرم على الرجل الزواج بأصول زوجته كلها دون إستثناء حتى المرضعة وما فوقها وذلك "سواء تم الدخول بها أم لم يدخل".<sup>2</sup>

<sup>1</sup>:سورة النساء الآية23 .

<sup>2</sup>: جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق ص201.

✓ زوجات أصوله من الرضاع، ويستحيل تحريم زوجات أبيه وأجداده من الرضاع فما فوقهم وذلك بمجرد العقد عليها ليس بشرط الدخول فقط .

✓ زوجات فروعه، ويشمل التحريم زوجات الإبن وزوجات فروعه وزوجات أبناء بناته وما تحتهم.<sup>1</sup>

### ✓ الحكمة من التحريم بالرضاع:

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وحدها دون سائر الشرائع السماوية الأخرى نجد أنها إنفردت بجعل الرضاعة مانعا مؤبدا من موانع الزواج الشرعية. وقد وضعت الشريعة الإسلامية لذلك أحكاما خاصة بالنسب إذ قررت أن كل من يحرم بسبب النسب يحرم أيضا بسبب الرضاع . و من هنا ظهرت أسباب لتحريم الزواج بسبب الرضاعة و يمكن أن نذكر منها ما يلي :

### أولا المتشابهة بين الأم المرضعة و الأم الأصلية:

السبب في تشابه المرضعة بالأم الحقيقية تتمثل في إشتراكهما في تكوين جسم الرضيع وتغذيته لأن الرضاع ينبت اللحم وينشز العظام<sup>2</sup>، بمعنى أن اللبن هو الغذاء الكامل للطفل الرضيع، فالرضاع هو السبب في تطور مراحل سن الرضيع سواء كان الرضاع من الأم الأصلية أو من المرضعة، فالأم الحقيقية تغذيه وهو جنين في بطنها عن طريق الحبل السري، أما المرأة المرضعة فعندما ترضع الرضيع في طفولته باللبن الذي ينمي جسمه فهذا تكون قد إشتكرت مع الأم في تكوين بنيته الجسمية لأن اللبن ناتج من الأم غير ذلك أن زوج المرضعة هو الأساس في إدرار هذا اللبن وبهذا يصبح بمثابة الأب النسبي للطفل الرضيع، فيصبح جزءا منها ومن زوجها فتحرم عليه التأييد مثلها مثل الأم النسبية.<sup>3</sup>

### ثانيا المرضعة تندمج في الأسرة التي أرضعت طفلهم:

عندما تقوم امرأة بإرضاع أحد أفراد أسرة أخرى فإنها تصبح بمثابة أم له بالرضاعة، ويعد هذا الطفل إبنها لها وفق أحكام الشريعة و لا يقتصر الأمر على علاقة الأمومة بالرضاعة فقط بل يمتد

<sup>1</sup>: محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، المرجع السابق، ص75.

<sup>2</sup>: الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص92

<sup>3</sup>: جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي و قانون القضاء، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص203.

ليصبح الطفل جزءا من أسرتها بالتعايش و المشاركة في الحياة اليومية إذ يندمج بينهم و يعاملونه كأحد أبنائهم و هي تبادلته مشاعر العطف و الحنان كما لو كان ابنها الحقيقي ،وقد حث العلماء على إرضاع الأطفال اليتامى لتعويضهم عن فقدان حنان الأم و العائلة ،وإشباع حاجاتهم العاطفية في سنوات الطفولة المبكرة.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: المحرمات المؤقتة

هي الموانع التي يكون التحريم فيها غير مؤبد أي بمعنى أن سبب التحريم فيها مؤقت فقط وحين يزول السبب يزول التحريم بهذا الصنف من المحرمات و تصبح المرأة محلا صالحا للعقد عليها و الزواج بها .<sup>2</sup>

و قد تطرق لها المشرع الجزائري في نص المادة 30 المعدلة بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 .وقد حصرها في ست أصناف ونذكر منها:

المحصنة أو (زوجة الغير أو المتزوجة)،المعتدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثا، الجمع بين المحارم، زواج المسلمة بغير المسلم ،الزيادة على القدر المسموح بها شرعا.<sup>3</sup> و منه سنتطرق لكل حالة من هذه الحالات بصفة مختصرة:

**أولا المحصنة:** والمعروف أن المرأة المحصنة هي المرأة المتعلق لها حق الغير والمعروفة أيضا بزوجة الغير أو معتدته، إذ يحرم على المسلم بشكل مؤقت الزواج بإحدى هؤلاء النسوة لأن عقد زواجها لا يزال قائما ولزوجها الحق فيها فلا يجوز لأحد المساس بحقوق الآخرين.<sup>4</sup> فمتى كانت المرأة في عصمة رجل سواء كان مسلما أو غير مسلم ،يحرم على الغير الزواج بها،لتعليق حق الزوج بالزوجة .<sup>5</sup>

**ثانيا المعتدة:** يحرم على المسلم الزواج من امرأة أخرى في فترة العدة سواء كانت في فترة العدة بعد الطلاق أو بعد وفاة زوجها أو طلاق بائن أو رجعي إلى حين إنقضاء عدتها التي أقرها لها الشارع الحكيم ،فيعتبر الزواج بها غير صحيح وهذا بسبب إستمرار بعض الأحكام المتعلقة بالزوج السابق ،

<sup>1</sup>: محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص83.

<sup>2</sup>: العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ص ص 234-235.

<sup>3</sup>: العربي بلحاج، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق، ص ص 300-301.

<sup>4</sup>: الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص93.

<sup>5</sup>: العربي بلحاج، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق،ص 301.

وأحكام منع إختلاط الدماء لأن الحكمة من العدة هي معرفة طهارة الرحم وكذلك في حالات موت الزوج فهناك فترة حداد<sup>1</sup>.

عدة المطلقة التي لم تحمل بعد الدخول بها هي ثلاث حيضات وأما المرأة التي يئست من الحيض فعدتها ثلاثة أشهر من تاريخ إعلان الطلاق ( المادة 58 من قانون الأسرة ).  
وأما المرأة المتوفي عنها زوجها فوجب أن يأخذن بعدتهن و المتمثلة في أربعة شهور و عشرة أيام .

### ثالثا:المطلقة ثلاثا

المقصود بها هي الزوجة التي طلقها زوجها طلاق بائن بينونة كبرى فإذا طلق الرجل زوجته ثلاث مرات اي المطلقة الثالثة فلا يحل لها الزواج منه إلا إذا تزوجت من غيره زواج صحيح بالشرع و القانون فإذا فارقها زوجها الجديد بوفاة أو طلاق و بعد إنقضاء عدتها القائمة من هذه الفرقة التي حصلت بينها و بين زوجها هنا يجوز لطليقتها أو زوجها الأول الذي طلقها ثلاثا أن يرجع للحياة الزوجية معها بعد أن يعقد نكاح جديد بها.<sup>2</sup>

بالرجوع للمادة 51 من ق أ ج التي تنص على : "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد العناء."<sup>3</sup>

### رابعا:الجمع بين المحارم

سواء كان الأمر يتعلق بالأخوات لأب أو لأم أو من الرضاعة ،أما في حالت طلاق الزوج لزوجته وإنتهاء عدتها يجوز له الزواج بأختها أو عمتها أو خالتها .

### إختلاف الدين:

لايمكن زواج المسلم بغير المسلمة ، كما لا يجوز زواج المسلمة بالمشرك أو الملحد ( المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري ) بينما يجوز له الزواج بالكتابة سواء كانت مسيحية أو يهودية

<sup>1</sup>:لحسن بن شيخ آث ملويا ، المرشد في قانون الأسرة ، ط3، دار هومة ،مدعم بإجتهدات المجلس الأعلى و المحكمة العليا (من سنة 1982 إلى 2014) ، 2015-2016، ص 79.

<sup>2</sup>:مصطفى إبراهيم الزلمي ، الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، دار إحسان ،2014، ص48.

<sup>3</sup>:المادة 51 من ق أ ج: " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

المطلب الثاني: حكم زواج المجنون و المعتوه و السفیه.أولا :حكم زواج المجنون و المعتوه والسفيه في القانون الجزائري

لم يتطرق المشرع الجزائري صراحة إلى قضية زواج ناقصي ومنعدي الأهلية بصفة خاصة أو مفصلة وهو ما يستدعي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفقا للمادة 222 من ق أ ج والتي تنص على " كل من لم يرد النص عليه في القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ".<sup>1</sup>

حيث نجد بالرجوع إلى ما جاء به الفقهاء على أنه يجوز زواج المجنون و المعتوه و السفیه وذلك بتوفر شروط لأنه يعتبر فاقد للتمييز ويفتقر لحرية الإختيار وغير قادر على التعبير عن إرادته، لذلك يعتبر كل فعل منتج لتصرف قانوني صادر عنه باطل بطلان مطلق ولو تعلق الأمر بعقد الزواج.<sup>2</sup>

حيث أشارت المادة 81 ق أ ج على أنه: " من كان فاقد للأهلية أو ناقصها لصغر السن أو الجنون أو العته أو السفه ينوب عنه قانونيا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".<sup>3</sup> ونصت كذلك المادة 85 ق أ ج على أنه: "تعتبر تصرفات المجنون و المعتوه و السفیه غير نافذة إذا صدرت في حالت الجنون أو العته أو السفه ".<sup>4</sup>

وجاء في مضمون نص المادة 42 ق م ج أنه: "لا يكزن اهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو العته أو الجنون"،<sup>5</sup> حيث يعتبر غير مميز من لم يبلغ 13 سنة<sup>6</sup> لضرورة التقدير يجوز الإستثناء في زواج المجنون و المعتوه والسفيه وخاصة ما إذا كان هذا الزواج مفيدا في علاجه فالزواج مفيد في علاج العديد من الأمراض العقلية و النفسية و غيرها، لذلك هناك إهتمام و مصلحة في هذا الزواج لذلك القانون لم يعترض القانون عليه و كذلك لم يتعرض إليه لذلك

<sup>1</sup>: الأمر رقم 05-02، السابق ذكره.

العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 62.<sup>2</sup>

<sup>3</sup> المادة 81 من ق أ ج: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

<sup>4</sup>:المادة 84: "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو أليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديهما بيبّر ذلك".

: المادة 42 من القانون المدني الجزائري.<sup>5</sup>

<sup>6</sup>: الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، السابق ذكره.

يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 ق أ ج المشار إليها سابقا حيث إتفق الفقهاء على جواز هذا الزواج بتوفر الشروط التالية:<sup>1</sup>

- وجوب توفر تقرير طبي يفيد الصحة النفسية و يؤكد أن زواج المجنون أو المعتوه أو السفیه يفيد شفائه ويكون صادر من طبيببة الأمراض العقلية .
- موافقة الطرف الآخر و قبوله قبولا صريحا واضحا لا يشوبه غموض بعدم العلم للإعاقة الذهنية الطرف الآخر .

-وجوب مراعات أحكام المواد 81 و84 من ق أ ج التي تنص على انه: " للقاضي أن يأذن لمن لم يبلغ سن التميز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة في ذلك، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبزر ذلك " ،<sup>2</sup> أي أنه يجب إتمام الزواج بإذن من القاضي و بطلب من الولي .<sup>3</sup>

و بالإعتماد على نص المادة 87 من ق أ { التي تنص على: " يكون الأب ولي على أولاده القاصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، وفي حالات غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد و في حالات الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد " .<sup>4</sup>

ومنه نرى أنه يجوز للقاضي أن يمنح ترخيص بالزواج او الإذن بالزواج للأشخاص ناقصي أو منعدمي الأهلية عندما تتوفر فيهم الشروط اللازمة وذلك فيما يخص المجنون و المعتوه و السفیه.

### ثانيا:حكم زواج المجنون و المعتوه و السفیه في القوانين المقارنة

إختلفت القوانين و التشريعات المقارنة في حكم زواج الأشخاص المصابين بإعاقات ذهنية التي تأثر بدورها على أهليتهم حيث سنتطرق إلى احكام المجنون و المعتوه و السفیه من خلال دراسة مختلف القوانين المقارنة من بينها :

: المادة 222 من ق أ ج: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".<sup>1</sup>

:المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري .<sup>2</sup>

: العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد ، المرجع السابق ص 166.<sup>3</sup>

: المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري.<sup>4</sup>

### 1. قانون الأحوال الشخصية الأردني :

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني أنه لا يصح عقد زواج المجنون لأنه لا يتمتع بأهلية الأداء ولاكن للولي الحق في تزويج مولاته دون الرجوع إليها وإذا كانت تستشار في تزويجها<sup>1</sup>، فالقانون لم يحدد نوع الولي الذي له الصلاحية في تزويج المجنون لكنه إشتراط موافقة القاضي إستنادا على تقرير طبي يثبت فيه وجود مصلحة في هذا الزواج إتفاقا مع المذهب الشافعي، فلم يفرق القانون في ذلك بين الجنون المطلق و الجنون المتقطع و كذلك بين الذكر و الأنثى إنما جاء نصه عاما<sup>2</sup>. حيث نصت المادة 08 أ ح ش أ على: "أن للقاضي أن يأذن بالزواج من به جنون أو عته إذا ثبت بتقرير طبي أن في زواجه مصلحة له"<sup>3</sup>.

ومنه نرى أنه كان ينبغي أن تشترط على إطلاع الطرف السليم على الوضع الصحي للطرف الآخر وأن جنونه ليس من النوع الذي يلحق الضرر بالآخرين<sup>4</sup>.

بتالي نرى أن المشرع الأردني أجاز زواج المجنون و المعتوه و إذا كان في زواجه مصلحة

### 2. قانون الأحوال الشخصية الكويتي :

تنص المادة 24 على أن للقاضي أن يأذن بزواج المجنون و المعتوه و سواء كان ذكرا أو أنثى وذلك إذا ثبت في التقرير الطبي أن في زواجه شفاء له بالإضافة إلى وجوب رضاء الطرف الآخر بحالته، فقد أجاز المشرع الكويتي زواج المجنون أو المعتوه أو وذلك الشروط المتمثلة في:

- تقديم طلب بالزواج للقاضي المختص بمنح الترخيص .
- صدور تقرير طبي مختص يقضي بأن زواج المجنون أو المعتوه أو يفيد في شفاؤه.
- معرفة الطرف الثاني في الزواج بالوضع الصحي للآخر و القبول الصريح بذلك<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>:هناك فوزي محمد علي ربيعة، أهلية الزواج بين الفقه و قانون الأحوال الشخصية ، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير في الفقه و التشريع، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية تاليس فلسطين 2013، ص ص 35 36، على الموقع الإلكتروني

<https://www.najah.edu>

<sup>2</sup>: محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة ، الأردن، 2008، ص113.

قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976.<sup>3</sup>

: هنا فوزي محمد علي ربيعة، أهلية الزواج بين الفقه و قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق ، ص 36<sup>4</sup>.

<sup>5</sup>: قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 لسنة 2004، 66 لسنة 2007، وقانون إجراءات دعاوى النسب و تصحيح الأسماء .

### 3. مدونة الأسرة المغربية :

إعتبرت هذه المدونة المصابين بالجنون و العته و السفه فاقدين للإرادة التي تمثل شرط أساسي في عقد الزواج، حيث إستندت المدونة على المادة 216 م أ م التي تنص على: "المعتوه شخص مصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع التحكم في تفكيره و تصرفاته".<sup>1</sup>

وكذلك المادة 217 م أ م التي تنص على: " يعتبر عديمي الأهلية.... المجنون و فاقد العقل"،<sup>2</sup> وأكد المشرع المغربي على شرط العقل في عقد الزواج وذلك من خلال نص المادة 19 م أ م التي تقتضي بأنه: "تكتمل أهلية الزواج بتمام الفتى و الفتاة المتمتعين بقواهما العقلية 19 سنة شمسية".<sup>3</sup>

ونصت كذلك المادة 23 م أ م أن المشرع المغربي قد سمح للمصابين بإعاقات ذهنية أو بالأحرى المعتوه و المجنون بإبرام عقد الزواج بعد الإطلاع على التقرير الطبي حول الإعاقة وينص على ذلك في محضر ويجب ان يكون الطرف الطرف الأخر راشدا ويرضى صراحة في تعهد رسمي يعد فيه بالزواج بصاحب الإعاقة حيث نصت المادة 23 على: " يأذن القاضي الأسرة المكلف بالزواج يزوج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية ذكرا كان أم أنثى بعد تقدم تقرير حول الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر "

حيث نجد أن المشرع المغربي منح القاضي سلطة تقديرية في منح الإذن بزواج المصاب بإعاقة ذهنية ذكر كان أم أنثى وذلك عند توفر الشروط التالية :

- تقديم طلب الإذن بالزواج إلى القاضي المختص .
- عرض المصاب على الطبيب المختص لتقييم حالته و تأثير الإعاقة على قدرته على الزواج .
- إطلاع الطرف الآخر على تقرير الطبي وموافقته الصريحة على الزواج و توثيق ذلك في محضر رسمي .
- يجب أن يكون الطرف الآخر راشدا وغير مصاب بإعاقة ذهنية ويرضى بهذا العقد بتعهد رسمي .

المادة 216 من مدونة الأسرة المغربية على الموقع الإلكتروني .<sup>1</sup> <https://wwwjustice.gov.ma>

: المادة 217 من نفس المدونة.<sup>2</sup>

: المادة 19 من نفس المدونة.<sup>3</sup>

حيث يعتمد القاضي إعتمادا أساسيا في ترخيصه لزواج المجنون أو المعتوه أو على الخبرة الطبية بعد تقديم الطلب بالزواج من الولي .<sup>1</sup>

ونصت المادة 215 م أ م على : " أن السفیه هو المبذر الذي يصرف ماله في ما لا فائدة فيه وفيما يعده العقلاء عبثا بشكل يضر أسرته " ،<sup>2</sup> لذلك يجب على القاضي الإستعانة بالمذهب المالكي و الإجتهد وتطبيقه لأن السفیه موقوف على إذن وليه، فإن لم يكن له ولي جاز إنكاحه إتفاقا و أن كان ذا رأي يفسخ إذا كان ذا رأي ضعيف .

ومنه ومن خلال هذه الدراسة للقانون الأحوال الشخصية الكويتي يمكننا أن نستخلص بصفة عامة أن الأهلية تتعارض مع الإعاقة الذهنية سواء كانت عتها أو سفها أو جنون حيث يأخذ حكمهم مثل حكم الصبي الغير مميز من حيث التصرفات فحكم زواج هؤلاء جائز إذا كان فيه شفاء لهم وتوفر جملة من الشروط .

فالقانون الجزائري لم ينص صراحة على ذلك بل أحاله للفقهاء عكس المشرع المغربي و الأردني و الكويتي، وذلك لتفادي المشاكل الناتجة عن الزواج بمنعدي أو ناقصي الأهلية .

### ثالثا: تحديد سن الزواج والترخيص القضائي بالزواج:

تحديد سن الزواج: قام المشرع الجزائري بتحديد سن مناسب للزواج يكون فيه المقبل على الزواج بالغاً قادراً على تحمل مسؤولياته وتم تحديد هذا السن في نص المادة الأولى من القانون 63-224 ب 16 سنة (فتاة) 18 سنة (فتى) .<sup>3</sup>

وفي سنة 2005 قام المشرع برفع سن الزواج في المادة 07 حيث جاء فيها ان أهلية الرجل في الزواج تكتمل في سن 21 سنة، كذلك وانه للقاضي ان يرخص الزواج قبل ذلك الا للضرورة او مصلحة ، مراعيًا بذلك الظروف المعيشية والمسؤوليات وابعاء الحياة الزوجية والنمو الديمغرافي .<sup>4</sup>

<sup>1</sup>: أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية أبوبكر بلقايد، تلمسان 2014/2013، ص57.

: المادة 215 من مدونة الأسرة المغربية السابق ذكرها.<sup>2</sup>

<sup>3</sup>: القانون رقم 63-224، المؤرخ في 02 جويلية 2005، المتعلق بتنظيم سن الزواج و إثبات العلاقات الزوجية، ج ر، ع44، الصادر في 29 جوان 1963.

<sup>4</sup>: بلحاج بالعربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص62.

ونظرا للاختلاف القائم بين القانون المدني وقانون الاسرة الذي يحدد سن 19 سنة كسن الرشد واجه هذا القانون انتقادات حيث ان الشحص الراشد حسب القانون المدني لا يعد مؤهلا للزواج عكس المرأة التي تكون مؤهلة قبل بلوغها سن الرشد.<sup>1</sup>

وقد اعيد التوازن بين القانون المدني وقانون الاسرة من خلال التعديل الجديد الذي لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية بتوحيد سن الاهلية بين الجنسين الذي قدر ب 19 سنة كاملة.<sup>2</sup>

### الترخيص القضائي القبلي بالزواج:

قد نصت الفقرة الثانية للمادة م 7 ق أ ج على أن: " للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.". وهذا إستثناء لوجوب بلوغ الطرف الأطراف سن الأهلية للزواج المقدر ب 19 سنة إذا كان لمصلحة أو ضرورة.<sup>3</sup> ومن خلال هذه المادة نلاحظ ما يلي:

**من حيث القاضي المختص:** ان هذا النص نسخة مطابقة للقانون القديم باستعمال كلمة القاضي (رئيس المحكمة ) الذي يعد ترخيص هذا الأخير في الموضوع باتا فهو عمل ولائي غير قابل للطعن.<sup>4</sup>

**من حيث السن:** ترك السلطة التقديرية في يد القاضي , وهناك من يرى على ضرورة تقييد القاضي بسن البلوغ المحدد ب 15 سنة في الفقه الإسلامي الذي يصبح به الشخص مكلفا دينيا دنيويا.

وكذلك ان زواج القاصر يكتسب أهلية التقاضي والحقوق والواجبات.<sup>5</sup>

### من حيث المعيار الذي تحدد به المصلحة والضرورة:

حسب ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 07 ق أ ج أنه: للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة او ضرورة متى تأكدت القدرة الطرفين على الزواج نرى أن المشرع مكن للقاضي سلطة منح إذن الزواج للطفل الذي لم يبلغ السن القانونية وذلك عند تقديره أن زواجه هذا له فائدة أو مصلحة

<sup>1</sup>: أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ص 60.

: الرشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، المرجع السابق، ص 60.<sup>2</sup>

<sup>3</sup>:المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري .

<sup>4</sup>:العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 101.

<sup>5</sup>: الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص 61.

للطرفين المقبلين عليه او لاحدهما بالإضافة الى حرص القاضي على التأكد من قدرتهما على الزواج وتحمل كامل تكاليفه.

نرى أن نص المادة القانونية جاء بصفة عامة وشاملة مما أدى الى تبيان الأفكار وإختلاف الآراء حول عدم تحديد سلطة القاضي أو تحديد لمعنى أو مفهوم المصلحة أو الضرورة الذي إختص بها القاصر أو الطفل المراد التصريح له بالزواج.<sup>1</sup>

: سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 101.<sup>1</sup>

ملخصالفصل الثاني

قمنا في هذا الفصل بدراسة أثر إعتلال الأهلية في عقد الزواج حيث قسمناه إلى مبحثين كما

يلي:

المبحث الأول يندرج تحت عنوان عقود الزواج و بدوره ينقسم لمطلبين هما:

المطلب الأول: الزواج الفاسد و الذي تناولنا فيه مفهومه أي قمنا بتعريف الزواج الفاسد في الفقه والقانون و خصائصه و بيان أنواعه التي تتمثل في نكاح المتعة و الشغار و مخطوبة الغير و نكاح المحلل و حاولنا التفصيل في حالات الزواج الفاسد أي لو تم الزواج بتخلف الشهود أو الولي أو الصداق .

المطلب الثاني: الزواج الباطل وهو كذلك قمنا بالتطرق لنفس العناصر التي درسناها سابقا في المطلب الأول.

أما في المبحث الثاني المتمثل في حالات بطلان الزواج بسبب إعتلال الأهلية كذلك قسمناه لمطلبين هما:

المطلب الأول: تحدثنا فيه عن الخلو من الموانع الشرعية المتمثلة في المحرمات المؤبدة و المحرمات المؤقتة بالتفصيل في حالاتهم.

المطلب الثاني: تناولنا فيه حكم زواج المجنون و المعتوه و السفیه.

## الخاتمة

من خلال البحث في هذا الموضوع لاحظنا أن الأهلية في الزواج مجزأة بشكل عام بين القانون المدني و قانون الأسرة الجزائري مما أدى خلق نوع من الفراغ التشريعي بينهما، على سبيل المثال نجد أن المشرع إعتبر السفية ناقص الأهلية وصنفه مثل الصبي المميز من حيث تصرفاته عكس قانون أسرة الذي ألحقه بدوره بالصبي الغير مميز وإعتبر تصرفاته غير نافذة، حيث نجد طبقا لما جاءت به المادة 79 مكرر من القانون المدني فإن أهلية الزواج تعتبر شرطا لإبرام عقد الزواج ويترتب عن تخلفها بطلانه.

ومن خلال دراستنا للأهلية في الزواج وإجراء بعض المقارنات مع القوانين المقارنة والتشريعات العربية الأخرى وكذلك الشريعة الإسلامية توصلنا إلى النتائج التالية:

- أن الشريعة الإسلامية أو الفقه الإسلامي لم يحدد سننا معيناً لزواج بل ربطه بالبلوغ الجنسي الذي يمكن التعرف عليه بأمرأة طبيعية عكس التشريعات الأخرى التي حدد الزواج بسن معين لكل من الذكر والأنثى.

- أن المشرع وحد سن الأهلية بين الجنسين وحدده ب 19 سنة كاملة وذلك من خلال نص المادة 07 ق أ ج، أما القوانين المقارنة قد حددتها ب 18 سنة وذلك تماشياً مع الإتفاقيات الدولية.

- ظهور خلاف فقهي حول مدى تطبيق نصوص القانون رقم 63-224 وذلك راجع إلى عدم تحديد المشرع للجزاء المترتب عن مخالفة سن الزواج، خلافاً للقوانين المقارنة الأخرى التي كان رأيها صريح في هذه المسألة.

- عدم تعرض المشرع إلى حكم زواج المجنون والمعنوه والسفيه وبتالي يرجع في ذلك إلى الشريعة الإسلامية بحكم نص 222 ق أ ج خلاف المشرع المغربي والأردني والكويتي الذين نصو على الزواج إذا كان فيه شفاء لهم.

- إختلاف الآراء الفقهية في زواج الصغار بين مجيز ومعارض وذلك ربما من أجل أخذ بعين الإعتبار الأم القاصر والآثار الصحية والنفسية التي تعود على الأم وجنينها حيث أن المشرع الجزائري لم يجز زواج الصغار.

- منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية واسعة لتحديد مدى توافر المصلحة والضرورة في زواج القصر وذلك بالأخذ بعين الإعتبار الظروف المحيطة والأعراف السائدة في المنطقة.

- أقر المشرع إستثناء خاص بأهلية الزواج والمتمثلة في الإذن القضائي الخاص بالزواج قبل بلوغ السن القانونية.

- سريان نص المادة 222 ق أ ج التي تقر بسريان الزواج بالفاتحة صراحة مما جعل المشرع الجزائري لم ينص على السن الأدنى لمنح الترخيص بالزواج وكذلك على جواز المترتب على مخالفة هذا الترخيص.

- عدم إعتراض قانون الأسرة بصفة صريحة على إمكانية الطعن في الإذن بالزواج من عدمه خلافا لمدونة الأسرة المغربية التي نصت صراحة على ذلك مما يؤدي إلى عدم وجود ترابط وتوحيد في العمل القضائي من الناحية الواقعية.

- أن الهدف من الولاية على المرأة هو حمايتها و حماية مصالحها وليس قهرها أو التحكم فيها.  
- أن المشرع قد أخذ بولاية الاختيار في تزويج القاصرة، إذ لا يمكن للولي أن يجبر من في ولايته على الزواج بمن لا تريده..

ومن خلال توصلنا لهذه النتائج نستعرض الاقتراحات و التوصيات التالية :

1- التفصيل التام في نص المادة 07 ق أ ج من خلال إضافة النقاط التالية:

- وضع جزاء مترتب عن مخالفة السن القانونية للزواج .

- التطرق بصفة منفصلة لزواج المجنون و المعتوه و ذي الغفلة و السفیه و الصغير .

- تحديد الحد الأدنى لمنح الترخيص أو الإذن القضائي للزواج ب 16 سنة على الأقل .

- وضع جزاء مترتب عن مخالفة الترخيص القضائي بالزواج .

- تحديد مدى إمكانية الطعن في الترخيص القضائي للزواج ..

2- وضع عقوبات صارمة و قوانين للحد من الزواج العرفي الذي أصبح يهدد كيان الأسرة من خلال عدة صور من بينها زواج القصر .

- في الختام يمكننا القول أن أهلية الزواج شرط أساسي لشرعية الزواج وصحته ويتطلب ذلك بلوغ سن الرشد و القدرة على تحمل المسؤوليات مع إشتراط أن يكون للزوجين الحرية التامة في إختيار الزوج، وأن يتم الزواج وفقا للقوانين و القواعد الشرعية و القانونية .

الملاحق

## الملحق رقم (01)

## نموذج

## شهادة طبية ما قبل الزواج

(معدة تطبيقاً لأحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 11-84 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، والمتضمن قانون الأسرة)

أنا المضي أسفه الدكتور : .....

الاسم واللقب : .....

دكتور في الطب : .....

الممارس في : .....

العنوان : .....

أشيد أنني فحصت لغرض الزواج : .....

المولود (ة) في : .....

السكن (ة) ب : .....

بطاقة التعريف الوطنية رقم : ..... الصادرة في ..... ب

أعدت هذه الشهادة بعد فحص عيادي شامل وبعد الاطلاع على نتائج الفحوص الآتية :

- فصيلة الدم ( ABO + rhésus )

أصرح كذلك أنني :

- أعطت المعنى (د) بنتائج الفحوصات الطبية التي خضع (ت) لها وبكل ما من شأنه أن يفي أو يقلل الخطر الذي قد يلحق به أو بزوجه أو بغيره.
- لفت انتباه طالبة الزواج إلى مخاطر مرض الحميراء الذي يمكن أن تتعرض له أثناء فترة الحمل.
- أكدت على عوامل الخطر بالنسبة لبعض الأمراض.

سلمت هذه الشهادة للمعنى (د) شخصياً لاستعمالها والإدلاء بها في حدود ما يسمح به القانون.

حرر ب..... في.....

الملحق رقم (02)

جيجل في ..../..../....

السيد/..... ولي القاصرة.....

الساكن ب.....

إلى السيد/ رئيس قسم شؤون الأسرة

لدى محكمة جيجل

الموضوع: طلب أمر بالترخيص بالزواج

يشرفني أنا السيد ..... وباعتباري ولي القاصرة ..... المولودة ب ..... ابنة .....

وابنة ..... أن أتقدم الى سيادتكم بطلبي هذا والمتمثل في:

-حيث وباعتبار أن ابنتي .... تعتبر قاصرة ومن غير الممكن أن يتم قرانها بدون موافقتي

فاني أتقدم بطلب الترخيص لها بهذا القران من السيد ..... المولود ب .....

-حيث أحيطكم علما أنني موافق على زواج ابنتي القاصرة بالمدعو ..... وهذا لكون ابنتي

القاصرة موافقة أيضا على هذا الزواج به.

-حيث أن السيد ..... الذي تقدم لخطبة ابنتي شخص سوي وقادر على تحمل مسؤوليات

الزواج.

-حيث أن ابنتي مستعدة وبكامل إرادتها للزواج منه.

لهذه الأسباب ولأجلها طلباتنا الأمر بالترخيص بزواج ابنتي القاصرة ..... ابنة .....

المولودة ب ..... بالسيد ..... المولود ب .....

إمضاء المعني

الملحق رقم (03)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

أمر بالترخيص للزواج

مجلس قضاء بجيجل

محكمة بجيجل

رئيس قسم شؤون الأسرة

رقم الترتيب 17

نحن طراد حورية رئيس قسم شؤون الأسرة بمحكمة بجيجل  
بعد الاطلاع على طلب السيدة) في حق ابنها القاصرة

السائلة بخراس

بجيجل

المودع بتاريخ 20 04 2017

المتضمن طلب أمر بالترخيص للزواج

بعد الاطلاع على الطلب المقدم من طرف السيدة باعتبارها والد القاصرة السائلة بخراس بجيجل

باعتبارها والد القاصرة السائلة بخراس بجيجل

المتضمن ترشيدها القاصرة من أجل الزواج

و طبقا لأحكام المادتين 479 و 480 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

ترخص للقاصرة

المولودة في 14 06 2000 بجيجل

اسم على

بالتزواج من المسمى

المولود في 08 02 1989 بجيجل

ابن

و ذلك أمام صانط الحالة المدنية أو الموثق

مع القول بالرجوع إليها في حالة وجود إشكال

حرر بمكتبنا في 23 04 2016

رئيس قسم شؤون الأسرة

## الملحق رقم (04)

### الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

#### أمر بالرفض ترخيص الزواج لقاصر

مجلس قضاء: جيجل  
مكتمة: جيجل  
من قسم شؤون الأسرة  
م الترتيب: 17/

نحن دلول سيام رئيس قسم شؤون الأسرة بمحكمة جيجل

بعد الاطلاع على طلب السيدة):

المودع بتاريخ: 2017/02/09

المتضمن: أمر بالرفض ترخيص الزواج لقاصر

-بعد الاطلاع على طلب السيدة /

-السكن ب: حي الزيرية جيجل

-المتضمنة الترخيص لها بعقد زواج ابنتها:

-بعد الاطلاع على الوثائق المرفقة

-بعد سماع البنت القاصر و التي صرحت بأنها توافق على الزواج

-بعد سماع والدة القاصرة المدعوة: بصفتها الويلة الشرعية للبنت القاصر كون والدها

متوفي بتاريخ 01/08/2005 حسب شهادة الوفاة رقم 00506، و التي صرحت أن ابنتها صغيرة و ليس

بإستطاعتها الزواج و أن مخاطب ابنتها المسمى هو من أجبرها تحت التهديد على تقديم هذا

الطلب و أنها ترفض تزويج ابنتها القاصر له كونه لا يعمل و ليس له أي مؤهل للزواج

-بعد سماع المدعو و الذي أبدى رغبة في الزواج من القاصر و صرح أنه يعمل

كدهقان

-بعد الاطلاع على المواد: 7 و 9 مكرر من قانون الأسرة

- و أنه للقاضي أن يرفض بالزواج لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج

ونظرا لأن المحكمة ترى بأن البنت <sup>القاصية</sup> بالإضافة لصغر سنها فإنها حسنها أيضا صغيرة القوام

و لا يمكنها تحمل أعباء الزواج و تبعاته بالإضافة لذلك رفض وليتها الشرعية الترخيص لها بالزواج و أنها مرغمة

على ذلك بالإضافة لعدم إثبات الزوج قدرته على تحمل مسؤولية الزواج خاصة من الناحية المادية

- فإن المحكمة و للأسباب المذكورة أعلاه ترفض منح رخصة الزواج للقاصر

حرر بمكتبنا في: 12/02/2017

الرئيس

## قائمة المراجع و المصادر

القرآن الكريم

أولاً:المصادر

1/ القوانين:

أ/القوانين الوطنية:

- 1- قانون رقم 30-323 بتاريخ 2 ماي 1930 ،يتعلق بالتصريح بالخطوبة و سن زواج القبائل .
- 2- قانون 59-274 بتاريخ 04 فيفري 1959 خاص بعقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية في عمالات الجزائر و الواحات والساورة .
- 3- القانون رقم 63-224، المؤرخ في 02 جويلية2005، المتعلق بتنظيم سن الزواج و إثبات العلاقات الزوجية، ج ر، ع44، الصادر في 29 جوان 1963.
- 4- المادة 40 من القانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني .
- 5- القانون 84-11، المؤرخ في 09 جوان 1984 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، العدد 24، الصادر في 12سبتمبر 1984.
- 6- القانون رقم 03-70، بمثابة مدونة الأسرة ، ج ر، العدد 5184، بتاريخ 05 فيفري 2004، أنظر الموقع الإلكتروني <http://www.adala.justice.gov/ma> .
- 7- المادة 09 مكرر، الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005،المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
- 8- المادة 09 مكرر من القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.
- 9- القانون المدني الجزائري .
- 10-قانون الأسرة الجزائري .

## ب/ القوانين الأجنبية:

- 1- قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976.
- 2- قانون الأحوال الشخصية الكويتي ،المعدل بالقوانين أرقام 61 سنة 1996 و 29 لسنة 2004 و66 لسنة 2007 و قانون إجراءات دعاوى النسب و تصحيح الأسماء مجموعة التشريعات الكويتية، ج8، ط1، إصدار وزارة العدل 2011 .
- 3- القانون المدني الفرنسي code civil version consolidée au 15 décembre 2019
- 4- مدونة الأسرة المغربية ،على الموقع الإلكتروني. <https://www.justice.gov.m>

## 2/ الأوامر :

- 1- الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، ع 78، الصادر في 1975/09/30، معدل و متم .
- 2- الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005 ، يعدل و يتم القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 جوان 1984 ،المتضمن ق أ ج ، ع 15، الصادر في 27 فيفري 2005.

## 3/ المعاجم :

- 1- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري ،لسان العرب، المجلد السابع ، دار صادر، بيروت، 1968 .
- 2- أنس إبراهيم ، عبدالحليم منتصر و آخرون ، المعجم الوسيط ، ج 1 ، ط 2 ، دار الأرقم ، مصر 1972.
- 3- ابن منظور، لسان العرب، دج، ط1 جديدة، دار المعارف، القاهرة.
- 4- ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج1، دار الفكر، بيروت، 1991.
- 5- مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، د ج ، ط 4 ، مكتبة الشروق الدولية، 2004.

## ثانيا المراجع :

### 1/الكتب:

- 1- أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج2، د ط ، دار المعرفة، بيروت، د س ن.
- 2- أبي نصر محمد بن عبد الله ، إرشاد الإختيار إلى حكم نكاح الشغار، دار الآثار، ط1 ، اليمن، 2004.

- 3- إبراهيم محمد منصور الشحات، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي، القاهرة، 1999.
- 4- إين نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.
- 5- إين تميمة، أحكام الزواج ، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان 1988.
- 6- أحمد بن محمد بن علي الغيومي ، المصباح المنير ، د ط، مكتبة لبنان ، لبنان ، 1987.
- 7- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث تعديلات، دراسة فقهية و نقدية مقارنة، د ط ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر، 2010 .
- 8- أحمد شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام ،مكتبة النهضة المصرية، القاهرة ، 2001.
- 9- جبر محمود الفضيلات، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون، دار الشهاب، باتنة، 1978.
- 10- جمال نجيمي، قانون الأسرة الجزائري ،دليل القاضي والمحامي، 2017 .
- 11- جيلالي تشوار، الزواج والطلاق إتجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ، 2001.
- 12- عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،ط2 ،دار البعث ، الجزائر 1989 .
- 13- عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، ط4، دار هومة، الجزائر، 2010.
- 14- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني-نظرية الإلتزام بوجه عام، ج1، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 15- عبد الرحمان السعدي، أحكام الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية، وما عليه في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ط1، دار الآفاق المشرقة، 2005.
- 16- عبد القادر بن حرز الله ،الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق ،ط1 ، دار الخلدونية، الجزائر، 1995.
- 17- عبد الله حامد قمحاوي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د س ن .
- 18- عبد المنعم بدوي، نظرية السلطة التقديرية للقاضي في تطبيق القانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.

- 19- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم ، الكويت، 1990.
- 20- علي قبالي، نظرية الحق، دار موقم، الجزائر، ط2011.
- 21- علاء الدين الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج6، ط2، دار الكتب العلمية ، بيروت، 1986.
- 22- عمار بوضياف ، نظرية السلطة التقديرية للقاضي في القانون ، دار هومة، الجزائر، 2012.
- 23- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة ، دار النفائس ،الأردن، 1997.
- 24- فتحي والي، نظرية الإلتزام في ضوء القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 25- لحسن بن شيخ آث ملويا ، المرشد في قانون الأسرة ، ط3، دار هومة، مدعم بإجتهادات المجلس الأعلى و المحكمة العليا ، 2015-2016.
- 26- الرشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 27- الشحات إبراهيم محمد منصور، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، د. س ن.
- 28- العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، ج1، ط1 ، دار الثقافة، الجزائر . 2012
- 29- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.
- 30- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ط1 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 31- القرطبي أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، ج5، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان ، 2006 .
- 32- محمد أبو زهرة ، أصول الفقه، د ط، دار الفكر العربي، القاهرة ، د س ن.
- 33- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية ، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة ، مصر .
- 34- محمد أحمد السراج، نظرية العقد ، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة ، 1998.

- 35- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية - شرح مقارنة لقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة، الجزائر، 2008.
- 36- محمد بن قدامة المقدمي، روضة الناظر و جنة المناظر في أصول الفقه، ط 1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2002 .
- 37- محمد سمير عبد الفتاح ،التنظيم القانوني و الإجتماعي للأسرة في ظل الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005.
- 38- محمد عميم الإحسان المجدي البركني، التعريفات الفقهية ، دار الكتب العلمية ،بيروت لبنان، 2003.
- 39- محمد محده، الخطبة و الزواج، دراسة مدعمة بالقرارات و الأحكام القضائية، ط2، دار الشهاب، الجزائر، 2000.
- 40- محمود محمد ناصر بركات ، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي ، ط 1 ، دار النفائس، عمان الأردن، 2007.
- 41- منكور محمد سلام ، أحكام الاسرة في الإسلام ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967
- 42- مصطفى إبراهيم الزلمي ، أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، دط، المؤسسة الحديثة، لبنان، دس ن.
- 43- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2 ، دار القلم، دمشق، 1998 .
- 44- الموسوعة الفقهية الكويتية :صادر عن وزارة الأوقاف و الشؤون الدينية الإسلامية ،الكويت 2018/03/24 marqoom.org 19:00 .
- 45- نبيل إبراهيم سعد ،السلطة التقديرية للقاضي في ضوء الفقه و القضاء ،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- 46- نور الدين أبو لحية، عقد الزواج وشروطه، ط1، دار الكتاب الحديث ، القاهرة، دس ن.
- 47- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط4 ، دار الفكر، دمشق، 1997.
- 48- وهيبة حويطش، الأهلية القانونية في التشريع الجزائري، دفاتر السياسة و القانون، المجلد14، ع3 ، 2022 .
- 49- يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، ج2، ط2، دار هومه ، الجزائر 2008

2/ الرسائل الجامعية :

- 1- عبدالله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج و الطلاق ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2015/2014.
- 2- محمد بشير، عوارض الأهلية والحلول القانونية لها في التشريع الجزائري ، أطروحة نيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة وهران، 2018 .
- 3- محمد صالح بن عوامر ، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري و المواثيق الدولية ،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015 .
- 4- هناء فوزي محمد علي ربيعة، أهلية الزواج بين الفقه و قانون الأحوال الشخصية ، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير في الفقه و التشريع، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية تاليس فلسطين 2013، ص ص 35 36، على الموقع الإلكتروني <https://www.najah.edu>

### 3/ المجالات :

- 1- جيلالي تشوار، سن الزواج بين الإذن و الجزاء في قانون الأسرة الجزائري، ج37، رقم4، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية،جامعة الجزائر .
- 2- صالح جزول، حدود النظام العام في مواد الأسرة،المجلة المتوسطة للقانون و الاقتصاد ،المجلد 5، ع 1، جامعة أبو بكر بلقايد ،تلمسان،2020.
- 3- فريدة زروقي، الأهلية في الزواج في القانون الجزائري، مجلة الدراسات القانونية، ع5 ،جامعة الجزائر،2018.
- 4- محجوب الصديق الحسن، مفهوم الأهلية في الفقه الإسلامي و القانون ، مجلة العلوم القانونية و الإجتماعية، العدد07، رقم 04، 01ديسمبر 2022.
- 5- محمد الناصر، السياسة القانونية الفرنسية في المستعمرات المغربية، مجلة الدراسات الإستعمارية، العدد 12،2004.
- 6- مشاري محمد الأمين، أحكام الزواج في ضوء الشريعة و القانون، مجلة البحوث القانونية و الإقتصادية، م2، 30 ماي 2022 .

## الفهرس:

شكر و تقدير	.....
إهداء	.....
قائمة المختصرات	.....
مقدمة:	02.....
الفصل الأول :إكتمال الأهلية في عقد الزواج	07.....
المبحث الأول:مفهوم الزواج و الأهلية	08.....
المطلب الأول:مفهوم الزواج	08.....
الفرع الأول:تعريف الزواج	08.....
أولا:الزواج لغة	08.....
ثانيا:الزواج إصطلاحا	09.....
1. في الإصطلاح القانوني	09.....
2. في الفقه الإسلامي	11 .....
الفرع الثاني:الطبيعة القانونية للزواج و أهميته	11.....
أولا:الطبيعة القانونية للزواج	11.....
1. الزواج نظام قانوني	12.....
2. الزواج عقد	12.....
3. الزواج عقد و نظام قانوني في آن واحد	13.....
ثانيا:أهمية الزواج	13.....
الفرع الثالث:آثار الزواج	14.....
أولا :أركان و شروط الزواج	14.....
ثانيا:حقوق وواجبات الزوجين	15.....
1. الحقوق المشتركة بين الزوجين	15.....
2. حقوق الزوجة على الزوج	16.....
3. حقوق الزوج على الزوجة	16.....
المطلب الثاني:مفهوم الأهلية	17.....
الفرع الأول:مفهوم الأهلية	17.....

17.....	أولاً:تعريف الأهلية .....
17.....	ثانياً:الأهلية في الإصطلاح .....
18.....	ثالثاً:الأهلية القانونية في القانون المدني.....
18.....	رابعاً:الأهلية في قانون الأسرة.....
19.....	الفرع الثاني:أنواع الأهلية.....
19.....	أولاً:أهلية الوجوب.....
19.....	ثانياً :أهلية الأداء.....
20.....	الفرع الثالث:عوارض و موانع الأهلية.....
20.....	أولاً:عوارض الأهلية.....
20.....	أ- العوارض المعدمة للأهلية.....
20.....	ب- العوارض المنقصة للأهلية.....
21.....	ثانياً:موانع الأهلية.....
21.....	أ- المانع المادي.....
21.....	ب- المانع القانوني.....
22 .....	المبحث الثاني:مناط إكمال الأهلية في عقد الزواج.....
22.....	المطلب الأول:السن في الزواج.....
22.....	الفرع الأول:موقف الفقه الإسلامي و القانون الوضعي من سن الزواج .....
23.....	أولاً:موقف الفقه الإسلامي.....
23.....	1. الإعتماد على معيار العقل و البلوغ.....
24.....	2. الإعتماد على معيار السن .....
24.....	ثانياً:موقف القوانين الوضعية من سن الزواج.....
24.....	1. في القانون الجزائري.....
25.....	أ- ما قبل الإستقلال.....
27.....	ب- ما بعد الإستقلال.....
30.....	2. في القوانين المقارنة.....
32.....	الفرع الثاني:سلطة القاضي في الترخيص بالزواج قبل السن المطلوبة.....
33 .....	أولاً:تعريف السلطة التقديرية للقاضي.....

33.....	1. تعريف قانوني.....
33.....	2. تعريف فقهي .....
34.....	ثانيا: خصائص السلطة التقديرية للقاضي.....
34.....	1. سلطة قانونية.....
34.....	2. سلطة ملزمة.....
34.....	3. سلطة قضائية و إستثنائية.....
34.....	ثالثا: منح الترخيص بالزواج.....
35.....	1. تعريف الترخيص.....
35.....	2. معايير منح الترخيص بالزواج.....
35.....	أ- المصلحة.....
36.....	ب- الضرورة.....
37.....	ج- القدرة على الزواج.....
38.....	المطلب الثاني :الولاية بالنسبة للمرأة.....
39.....	الفرع الأول:تعريف الولاية و أقسامها.....
39.....	أولا:تعريف الولاية .....
39.....	ثانيا:أقسام الولاية.....
41.....	الفرع الثاني:شروط ووظيفة الولي.....
41.....	أولا:شروط الولي.....
42.....	ثانيا:وظيفة الولي.....
42.....	الفرع الثالث: إنقضاء الولاية.....
44.....	<b>ملخص الفصل الأول</b> .....
45.....	<b>الفصل الثاني: أثر إعتلال الأهلية في عقد الزواج</b> .....
46.....	المبحث الأول: عقود الزواج الفاسدة و الباطلة.....
47.....	المطلب الأول: الزواج الفاسد.....
47.....	الفرع الأول: مفهوم الزواج الفاسد.....
47.....	أولا:العقد الفاسد لغة و إصطلاحا.....
47.....	ثانيا:تعريف الزواج الفاسد في الفقه و القانون و خصائصه.....

1. تعريف عقد الزواج الفاسد في الفقه الإسلامي.....47
2. تعريف الزواج الفاسد في قانون الأسرة.....48
3. خصائصه.....48
- ثالثا:حكم الزواج الفاسد.....49
  1. قبل الدخول.....49
  2. بعد الدخول.....49
- رابعا:أنواع الزواج الفاسد.....49
  1. نكاح المتعة.....49
  2. نكاح الشغار.....50
  3. نكاح مخطوبة الغير.....50
  4. نكاح المحلل.....50
- الفرع الثاني:حالات الزواج الفاسد.....50
  - أولا:إذا تم الزواج فاقتدا لشرط واحد من شروط الصحة.....51
    1. الزواج بدون صداق.....51
    2. الزواج دون شهود.....51
    3. الزواج دون ولي.....52
  - ثانيا:إذا اشتمل العقد على شرط يتنافى و مقتضيات العقد.....52
  - المطلب الثاني:الزواج الباطل.....53
    - الفرع الأول:مفهوم الزواج الباطل.....53
    - أولا:العقد الباطل لغة و إصطلاحا.....53
    - ثانيا:تعريف الزواج الباطل في الفقه و القانون.....54
      1. في الفقه الإسلامي.....54
      2. الزواج الباطل في قانون الأسرة الجزائري.....54
  - ثالثا:خصائص العقد الباطل.....54
  - الفرع الثاني:حالات إعتبار الزواج باطلا.....55
    1. فقدان عقد الزواج لركنه الأساسي.....55
    2. كل زواج بإحدى المحرمات.....55

56.....	3. وجود مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات عقد الزواج.
57.....	ثانيا:حكم الزواج الباطل.
58.....	المبحث الثاني :حالات بطلان الزواج بسبب إعتلال الأهلية.
58.....	المطلب الأول:الخلو من الموانع الشرعية.....
59.....	الفرع الأول:المحرمات المؤبدة.....
60.....	1. المحرمات بالنسب.....
61.....	2. المحرمات بالمصاهرة.....
63.....	3. المحرمات بالرضاع.....
65.....	الفرع الثاني:المحرمات المؤقتة .....
65.....	أولا:المحصنة.....
65.....	ثانيا:المعتدة.....
66.....	ثالثا:المطلقة ثلاثا.....
66.....	رابعا:الجمع بين المحارم.....
67.....	المطلب الثاني:حكم زواج المجنون و المعتوه والسفيه.....
67.....	أولا:حكم زواج المجنون و المعتوه و السفيه في القانون الجزائري.....
68.....	ثانيا:حكم زواج المجنون و المعتوه و السفيه في القولين المقارنة.....
69.....	1. قانون الأحوال الشخصية الأردني.....
69.....	2. قانون الأحوال الشخصية الكويتي.....
70.....	3. مدونة الأسرة المغربية.....
71.....	ثالثا:تحديد سن الزواج و الترخيص القضائي بالزواج.....
71.....	1. تحديد سن الزواج.....
72.....	2. الترخيص القضائي القبلي بالزواج.....
74.....	ملخص الفصل الثاني.....
75.....	خاتمة.....
.....	الملاحق.....
77.....	قائمة المصادر والمراجع.....
.....	الملخص.....

## ملخص:

تناولت هذه المذكرة الأهلية في الزواج، حيث جعلها المشرع من الشروط الجوهرية لإنعقاد الزواج و يبطل العقد بتخلفها، و قد حددها في المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري ب 19 سنة لكل من الرجل و المرأة حيث ساوى بينها و بين سن الرشد المدني، و يجوز للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك متى كانت هناك مصلحة أو ضرورة أو ثبت قدرة الطرفين على الزواج، كما أنه للمرأة أهلية في الزواج والتي حصرها المشرع بنص المادتين 11 و 13 من ق أ ج، لكن تبقى هناك نقائص تعد إشكالات قانونية تتعكس سلبا على العمل القضائي، كعدم وجود نصا قانونيا يحدد جزاء مخالفة سن الزواج أو الترخيص القضائي، ولا نصا يحدد الحد الأدنى لمنح الترخيص وكذا زواج المصاب بإعاقة ذهنية، وعليه يجب على المشرع أن يعيد النظر في نصوص قانون الأسرة.

## Résumé:

This memorandum addresses legal capacity for marriage, as the legislator has made it an essential condition for the conclusion of a marriage, invalidating the contract without it. Article 7 of the Algerian Family Code sets this age at 19 years for both men and women, equating it with the age of civil majority. A judge may authorize a marriage before this age if there is an interest, necessity, or proven ability for both parties to marry. Women also have legal capacity for marriage, which the legislator has limited to Articles 11 and 13 of the Code of Criminal Procedure. However, shortcomings remain that constitute legal problems that negatively impact judicial work. These shortcomings include the absence of a legal text specifying the penalty for violating the marriage age or judicial authorization, and no text specifying the minimum age for granting authorization or marriage by a person with a mental disability. Therefore, the legislator must reconsider the provisions of the Family Code.