وزارة التعليـم العالي والبحث العلمـي
جـامعة 20 أوت 1955 سكيكدة
كليـة الحقوق و العلـوم السياسيـة
قسـم الحقوق

الأهلية في عقد الزواج و انحلاله

مذكــرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: أحوال شخصية

من تقديم الطالبة:
بوغايطة سهيلة

تحت إشراف الأستاذة:
سيليني كريمة

لجنــة المناقشـــة:

1/الأستاذة مقيمح وسيلة.....رئيسا

2/ الأستاذة سيليني كريمة.....مشرفا ومقررا

3/ الأستاذ لعايب جمال.....مناقشا

دورة جوان 2018

شكر و تقدير

إن من الفضل شكر ذي الفضل و ذكر فضله، إن من الجميل عرفان الجميل و شكر أهله، أولا لله عز و جل الذي أنعم علي بهذا العلم و وفقني و سهل علي مشاق البحث العلمي و سخر لي من يساعدني و ألهمني القوة و الصبر لإعداد هذه الرسالة ... و الحمد لله على فضله

و لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بفائق الشكر و و التقدير لأستاذتي الفاضلة "سيليني كريمة" التي أعطتني شرف الإشراف على رسالتي و التي أنارت لي دربي بنصائحها و توجيهاتها الثمينة و تشجيعها الدائم لي للبحث ما أعطاني طاقة ايجابية كبيرة للعمل و أكون عند حسن ضنها.... فكانت فترة إشرافها استفادة كبيرة

فجازاها لله عني ألف خير.

كما أشكر جزيل الشكر و أقدر كل التقدير، أعضاء لجنة المناقشة الذين تكرموا بمناقشة رسالتي.

كما يتوجب علي أن أشكر جميع الأساتذة الأفاضل و كل من ساعدني على إثراء هذا العمل من قريب أو من بعيد خاصة الأساتذة زملائي المحامين اللذين لم يبخلوا علي لقصد إثراء هذا البحث.

إليكم جميعا أقدم عملي هذا فلكم جميعا ألف تحية و سلام.

بوغايطة سهيلة

إهـــداء

ها أنا أقف على أشواط بحث قطعتها بجهد، أردت من خلالها تقديم و لو جزء يسير لأجل إثراء معرفتي و تجسيد رأيتي المستقبلية. إن هذا العمل المتواضع، هو نتيجة بحث و تعب مستمر لفتاة تتطلع للأفضل.

أهدي هذا الجهد المبذول إلى خير خلق لله محمد صلى الله عليه و سلم.

إلى من كان سر في وجودي والدي و والدتي حفظهما لله.

إلى أخواتي الحبيبات ...إيمان ...أميرة...و العزيزة الصغيرة ابتهال و إلى أخي الغالي فتحي.

إلى كل زملائي الذين تعرفت عليهم خلال مساري الدراسي.

بوغايطة سهيلة

المختصرات

ق.أ.ج:.....قانون الأسرة الجزائري

ق.م.ج:.....قانون مدني جزائري

ق.ا.ج.م:.....قانون إجراءات مدنية و إدارية

د ط:.....دون طبعة

د ت ن.....دون تاريخ النشر

ط:.....طبعة

ج:.....جزء

ص:.....صفحة

Art..... Article.

مقدمـــــــة:

بسم الله الرحمان الرحيم

إن الأسرة إحدى العوامل الأساسية في بناء الكيان التربوي و إيجاد عملية التطبيع الاجتماعي، و هي اللبنة المحورية لتطور المجتمع و تماسكه و صلاحه، و تعرف حليا تحولات وتطورات على المستوى الاجتماعي و السياسي و الثقافي و طنيا و عالميا، مما فرض على المشرع إيجاد حلول قانونية تسعى إلى التوفيق قدر المستطاع بين توجيهات الشريعة الإسلامية و بين العلاج القانوني لمثل هذه الأوضاع الجديدة.

فالزواج هو الوسيلة الوحيدة الذي يلتقي فيه الرجل بالمرأة لقاء مشروعا مبنيا على السكينة والمودة، والرحمة، والألفة، والاندماج الذي يبعث على الاستقرار، فهو كمال روحاني كمنطلق لتكوين الأسرة.

وأما الأهداف المرسومة للزواج فتتجلى في قوله **تعالى:** "وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ".

فهذه الأهداف تتمثل في المقام الأول في الحفاظ على النوع البشري بالتناسل، زيادة على تحقيق الراحة والطمأنينة والمحبة والتراحم بين أفراد الأسرة لتكون نواةً حقيقيةً للمجتمع الموسّع.

فإذا ما ألقينا نظرة على الأشخاص نجدهم يختلفون بإختلاف أحوالهم التي تقوم على توافر أو عدم توافر الأهلية، والمقصود هنا أهلية الزواج؛ التي حددها الفقه الإسلامي بطريقة إنفرد بها، وقيدتها التشريعات الوضعية الحديثة بضرورة توافر سن معينة.

كما أن القوانين الوضعية لم تعامل الأشخاص نفس المعاملة في مسألة الأهلية في عقد الزواج و انحلاله، فقضت من جهة بوجود سن محددة للزواج لا يجوز بموجبها الإقدام على هذا الأخير دونها، يقابلها من جهة ثانية إستثناء يراعي مصلحة الأفراد والضرورة التي قد تدفعهم إلى وجوب الإقدام عليه دون لزوم الإنتظار إلى حين بلوغ هذه السن.

إضافة إلى أن مسألة الأهلية في عقد الزواج و انحلاله تهيمن على كثير من قضـايا الـزواج و الطـلاق المهمـة و هـي المسـألة المختـارة التـي يرتكـز عليهـا هـذا البحث.

و بناء على ما سبق فإن البحث يعالج الإشكالية التالية:

ما هو موقف الفقه الإسلامي و القانون الوضعي من الأهلية في الزواج و انحلاله؟. ثم ما هي أحكام هذه الأهلية؟ ينبثق عن هذا التساؤل تساؤلات فرعية أهمها:

- هل تشترط الأهلية في الزواج و انحلاله؟.
- ما مدى سلطة القاضي في منح الترخيص بالزواج وما هي الأسس التي يعتمد عليها في ذلك، وهل أصاب المشرع الجزائري في عدم تحديده حدا أدنى للإعفاء من سن الزواج ؟.
- مـا هـي الآليـة المعتمـدة فـي التشـريع فـي خصـوص الأهليـة المتعلقـة بالخصومة الزوجية؟ و ما هو جزاء مخالفة سن الأهلية؟.

إن دراستي لمقياس الأحوال الشخصية و اختياري لموضوع الأهلية في عقد الزواج و انحلاله لرغبة شديدة في نفسي للبحث فيه لما يثير من مشاكل و نزاعات واقعية .

كذلك مما شجعني على البحث في هذا الموضوع، هو بعض الصور و الحالات المأساوية التي تعيشها كثير من الأسر، منها زواج القصر و ما ينتج عنه من مشاكل و عدم القدرة على تحمل المسؤولية و أعباء الحياة الزوجية المادية منه أو المعنوية ما يؤدي في أغلب الحالات إلى حل الرابطة الزوجية في سن مبكرة من العمر، ما يجعل آثار ذلك وخيمة خصوصا في حالة وجود أبناء، إضافة إلى غياب النص في قانون الأسرة الجزائري فيما يخص بعض القضايا الجوهرية و غموض مواده.

من المؤكد مما دفعني أيضا لدراسة هذا الموضوع هو يقيني الكبير بأهميته كونه مرتبطا بعقد الزواج ذي القداسة الخاصة، و الذي يعد المؤسس للبنة الأولى في

المجتمع، و من الضروريات التي وضعها الشارع لتسيير حياة الناس على الاستقامة و كون الأهلية في الزواج و الانحلال من بين الأسس التي تمس بقداسة أغلظ المواثيق و العقود و أعظمها شرعا.

من أهداف هذه الدراسة و غاياتها هي:

- جمع شتات البحوث والدراسات التي تناولت الأهلية و الترخيص بالزواج قبل بلوغ السن المحددة له، قصد الخروج ببحث متكامل يتناول جميع الجوانب المتعلقة به، النظرية منها والتطبيقية.
- تبيان آراء الفقهاء، وموقف بعض التشريعات الوضعية من زواج القاصر
- تبيان كذلك أهلية التقاضي المقررة في الخصومات الزوجية و جزاء مخالفة سن الأهلية.
- التوصل إلى جملة من النتائج التي يمكن أخذها بعين الإعتبار حال تعديل قانون الأسرة الجزائري.

كما تجدر الإشارة أنني لم أصادف أي دراسة متخصصة حول الموضوع، و كل الكتب و الرسائل التي تصفحتها، تطرقت للموضوع كجزئية سطحية فقط من دراستها ، من هذه الدراسات التي استفدت منها :

الكتب:

- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره.

– عبد العزيز سعد،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل.

الرسائل:

– كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة مابين ضوابط الأسرة و اجتهادات القضاء، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في القانون.

– ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون.

و عليه حاولت الإلمام بالموضوع من خلال ثلاث مناهج و هي:

الاستقراء و التحليل و المقارنة، فالمنهج الاستقرائي اعتمدت عليه في تتبع الجزئيات و الأحكام الفقهية في مختلف النصوص القانونية و الأحكام القضائية و كذا بعض المذاهب، ثم قمت بتحليلها من خلال المنهج التحليلي، أما المنهج المقارن فقد اعتمدت عليه من أجل تبيان آراء الفقهاء و موقف بعض التشريعات الوضعية من الأهلية في الزواج و أهلية التقاضي في حالة حل الرابطة الزوجية.

و مما لا شك فيه أنه لا يخلو بحث من صعوبات و عراقيل، و لعل الجدير بالذكر في هذا الصدد هو الضيق الشديد في الوقت.

للإجابة على الإشكالية المطروحة و لبلوغ غايات هذا البحث ارتأيت بتقسيمه إلى خطة ثنائية بعد هذه المقدمة.

الفصل الأول تطرقت فيه إلى الأهلية في عقد الزواج قسمته إلى ثلاث مباحث، تناولت في المبحث الأول التعريف بالزواج أركانه و شروطه التي بينت فيه تعريف عقد الزواج أركانه و آثاره في ثلاث مطالب ، و في المبحث الثاني تعريف الأهلية و أقسامها، و بدوره قسمته إلى ثلاث مطالب بينت فيهم تعريف الأهلية و أقسامها، و موقف الفقه الإسلامي و القانون الوضعي من أهلية الزواج، وفي المبحث الثالث تعرضت فيه إلى الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية و الذي قسمته إلى مطلبين بينت فيهما الإذن بالزواج قبل سن الأهلية، و بعدها الولاية في عقد الزواج.

أما الفصل الثاني فقد تطرقت فيه إلى الأهلية في انحلال الزواج، قسمته إلى ثلاث مباحث، تناولت في المبحث الأول مفهوم انحلال الزواج طرقه و أقسامه، تعرضت فيه لتعريف الطلاق طرقه و أقسامه في ثلاث مطالب، و في المبحث الثاني الأهلية المتعلقة بالخصومة الزوجية و بدوره قسمته إلى ثلاث مطالب بينت

من خلالها الشروط اللازمة المتعلقة بالمدعي و المدعى عليه من صفة و مصلحة و أهليـة التقاضـي بشـكل عـام، و أهليـة التقاضـي فـي الخصـومات الزوجيـة، و فـي المبحث الثالث تعرضت للطلاق بواسطة القاضـي وجزاء مخالفة سن الأهلية و الذي قسمته إلى مطلبين بينت فيهما الطـلاق بواسطة القاضـي، و بعدها جزاء مخالفة سن الأهلية.

- أما الخاتمة فقد بينت فيها أهم النتائج و بعض الاقتراحات التي توصلت إليها.
- وأما الملحق فتضمن ما رأيته مفيدا للبحث ومثريا للموضوع .

الفصل الأول:

الأهليــة في عقد الزواج

تحت عنوان أركان الزواج ضمن القسم الثاني المتعلق بالزواج,اكتفى قانون الأسرة الجزائري بالإشارة إلى أن الزواج ينعقد بالرضا، أي بتبادل الإيجاب و القبول. و بالإضافة إلى هذا الركن الأساسي –الذي لا وجود لماهية العقد دونه–هناك شروط أخرى فرض القانون وجودها في عقد الزواج الصحيح وهي أهلية الزواج و الفحص الطبي, و الخلو من الموانع الشرعية, تحديد الصداق وجود الولي, و حضور شاهدين.

من خلال هذا الفصل سنتطرق إلى التعريف بالزواج أركانه و شروطه (المبحث الأول)، تعريف الأهلية و أقسامها (المبحث الثاني)،الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية (المبحث الثالث).

المبحث الأول :

التعريف بعقد الزواج أركانه و شروطه:

لقد جعل الشارع الزواج في المجتمع الإسلامي يهدف إلى تكوين أسرة متماسكة تكون بمثابة الشجرة المثمرة في المجتمع, لذلك نجده قد اهتم بتنظيم هذه الرابطة و حرص على تماسكها.[1]

حيث سنقوم بدراسة هذا المبحث من خلال تعريف عقد الزواج (المطلب الأول)

و أركانه (المطلب الثاني)، و آثاره (المطلب الثالث).

1– بن شويخ الرشيد, شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية, ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص45.

المطلب الأول :

تعريف عقد الزواج

عرف الفقهاء القدامى و المحدثون الزواج بتعريفات كثيرة، و قد اختلفت عباراتهم فيها.سنتطرق في هذا الصدد إلى تعريف الزواج لغة (الفرع الأول), و في الإصطلاح الفقهاء (الفرع الثاني), و في القانون (الفرع الثالث) فيما يلي:

الفرع الأول:

الزواج في اللغة :

يعرف الزواج بأنه الاقتران و الازدواج, و الارتباط هو زوج الشيء بالشيء و زوجه إليه, قرنه به,[1] ومنه قوله –تعالى–:" **كَذَلِكَ وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِيْنٍ** "[2]أي قرناهم بهن[3]، و قوله –تعالى–: " **أُحْشُرُوا الّذِيْنَ ظَلَمِوُا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوْا يَعْبُدُونَ**"[4].أي أحشروا الظالمين مع قرنائهم من أهل السوء.[5]

كما جاء في قوله –تعالى– : "**وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى**"[6]فكل واحد منهما زوج ذكر كان أو أنثى[7]، و قد جاء الزوج بمعنى النوع و الصنف كثيرا في كتاب

1– بن شويخ الرشيد, شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 23.

2– سورة الدخان، آية 54.

3– ابن قيم الجوزية، إعداد الشيخ محمح أويس الندوي، تفسير القيم، ط 3، دار الهلال، بيروت، 1410 هـ، ج 1، ص 473.

4– سورة الصافات، آية 22.

5– ابن منظور، لسان العرب، ط 3، دار صادر، بيروت، 1414 هـ، ج 9، ص 246.

6– سورة النجم، آية 5.

7 – ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 21، ص 1886.

الله –تعالى–كقوله –عز و جل–:"**وَتَرَى الْأَرْضَ هَامِدَةً فَإِذَا أَنْزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ وَأَنْبَتَتْ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ**"[1]و قوله –أيضا –:"**فِيهَا مِنْ كُلٍّ زَوْجَيْنِ اثْنَيْنِ**".[2]

الفرع الثاني :

الزواج في اصطلاح الفقهاء :

يعرف الزواج في الفقه الإسلامي بعدة صيغ مختلفة بين مضيق و موسع نذكر منها ما يلي:

– الزواج عند جمهور الفقهاء هو: "عقد يفيد ملك المتعة"أي حل استمتاع الرجل[3] وهو "حقيقة في العقد مجاز في الوطء".[4]

كما جاء تعريف الزواج بأنه العقد الواقع على المرأة لملك الوطء[5].

– و عرفه بعض الفقهاء المحدثين بأنه عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقد بالآخر على الوجه المشروع, و هذا تعريف بالغاية و المقصد، و أنه من أجدى غايات الزواج حل الاستمتاع [6].

– عرفه الدكتور محمد مصطفى شلبي بأنه :"عقد وضعه الشارع ليفيد بطريقة الأصالة اختصاص الرجل بالتمتع بالمرأة لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها و حل استمتاع المرأة به "[7].

1– سورة الحج، آية 5.

2– سورة المؤمنون، آية 27.

3– ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ، ج 3، ط 2، دار الفكر، بيروت، 1992، ص 3.

4– نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الخطبة و الزواج في الشريعة الإسلامية ، د ط، دار الهدى، الجزائر، ص 9.

5– عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و بيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 6، ط 1، مؤسسة الرسالة للطباعة و نشر، بيروت، 1993، ص 10.

6– محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، د ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971، ص 43.

7– محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ، ط 4، دار الجامعية، بيروت، 1985، ص 46.

و مما سبق يمكن ترجيح التعريف بالزواج القائل بأنه هو عقد يتم بموجبه حل المرأة للرجل و حل الرجل للمرأة للارتباط و المعاشرة و التناسل، لتكوين أسرة على أساس المحبة و المودة و الإحسان، كونه أقرب إلى الوضوح و المعنى الصحيح من ارتباط الرجل والمرأة و الغاية من ذلك.

الفرع الثالث:

تعريف الزواج في القانون:

عرفته المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري بقولها:"الزواج هو عقد رضائي بين الرجل و المرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين, و المحافظة على الأنساب".

وعرفته المادة 4 من مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004 بأن: " الزواج ميثاق تراضي و ترابط شرعي بين رجل و امرأة على وجه الدوام غايته الإحصان و العفاف و إنشاء أسرة مستقرة, برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة".[1]

و عرفه قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة الأولى منه بأنه:" الزواج عقد بين رجل و امرأة تحل له شرعا، غايته السكن و الإحصان و قوة الأمة ".[2]

واضح من خلال هذه التعاريف أنها استمدت من الآية الكريمة في قوله –تعالى–:" **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِّنْ أَنْفِسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَومٍ يَتَفَكَّرُونَ**"[3].

1–.بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 24.

2– المرجع نفسه، ص 24.

3– سورة الروم، الآية 21.

المطلب الثاني:

أركـان الزواج وشروطه

نظرا لأهمية عقد الزواج و خطورته في المجتمع لكونه يتعلق بأعراض الناس, فقد قام المشرع بإحاطته بجملة من الضوابط والمقومات التي لا ينعقد إلا من خلالها, التي يمكن تقسيمها إلى مقومات انعقاد, و مقومات صحة.

من خلال هذا المطلب سنتطرق إلى أركان الزواج (الفرع الأول), و شروطه (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

أركـــان الـزواج:

إن لعقد الزواج أركانا خاصة, وقد وقع الخلاف في بعض الأركان أهي كذلك أم مجرد شروط، فقد اعتبر فقهاء الأحناف ركن العقد الذي يعد جزءا من الحقيقة في الزواج هو الرضا المتكون من الإيجاب و القبول.[1]

و أركان عقد الزواج هي أجزاءه التي يتركب منها, و يتحقق بها وجوده و انعقاده، وتتمثل غالبا في العاقدين و المعقود عليه، و الصيغة المعبر عنها في الإيجاب و القبول.[2]

-مفهوم ركن الرضا :

يقصد بالرضا أو صيغة اللفظ الدال على حصول الزواج و تحققه إيجابا و قبولا.[3]

-الإيجـاب: هـو اللفـظ الـذي يصـدر أولا مـن أحـد المتعاقـدين دالا علـى رضـاه بالعقـد.
- القبول :هو اللفظ الذي يصدر ثانيا من المتعاقد الآخر دالا على موافقته على رغبة الأول ولا

1- نسرين شريقي،كمالبوفرفورة، قانون الأسرة الجزائري، ط 1، دار البيضاء ، الجزائر،2013، ص21.

2- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، مرجع سابق، ص 54.

3-نسرين شريقي، كمال بوفرفورة، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 22.

يشترط أن يصدر الإيجاب من جانب معين، بل اللفظ الذي يقع من الأول يعتبر إيجابا ولو كان من المرأة والثاني يكون قبولا.[1]

جاء في المادة التاسعة المعدلة من القانون 02/05 ق.أ.ج ما يلي: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين ".

من خلال التعديل الجديد نستنتج بأن عقد الزواج أصبح يقوم على ركن واحد وهو الرضا. فإذا اختل ركن الرضا لم ينعقد العقد أصلا و يكون باطلا بطلانا مطلقا, و هذا وفقا لنص المادة 33 فقرة 1 المعدلة بالقانون 02/05 ق.ا.ج، حيث يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا .[2]

الفرع الثاني :

شـروط عقد الـزواج:

إن الزواج ذو مكانة سامية، فلا تخضع الرابطة الزوجية لأهواء الناس إذ يجب أن يتضمن مجموعة من الشروط، يمكن تقسيمها شروط شرعية و شروط اتفاقية، و كذا شروط تتضمن الجوانب الشكلية لإبرام عقد الزواج.[3]

اولا–الشروط الشرعية في عقد الزواج:

طبقا للمادة 9 مكرر ق.أ.ج يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج الصداق – الولي – شاهدان – انعدام الموانع الشرعية للزواج.

ثانيا – الشروط الاتفاقية في عقد الزواج:

لقد أحاط المشرع الزواج بجملة من المبادئ و الأحكام التي لا يمكن للطرفين أن يتفقا على خلافها، لكن ذلك لا يمنع من اقتران عقد الزواج بشروط أخرى لا تتنافى مع أحكام القانون.

1– نسرين شريقي، كمال بوفرفورة، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 23.

2– القانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، معدل و متمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005

3– نسرين شريقي، كمال بوفرفورة، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ، ص 27.

هذا ما نصت عليه المادة 19 ق.أ.ج بالقول أنه:" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

ثالثا – الشروط القانونية الرسمية في عقد الزواج:

أضاف قانون الأسرة الجزائري شروطا أخرى في عقد الزواج لإتمام الرسمية والرخص القانونية التي أوجبها المشرع الجزائري، تتمثل في:

أ- شروط سابقة لتسجيل عقد الزواج: يمكن تقسيمها إلى:

- الوثيقة أو الشهادة الطبية، نص عليها المشرع في المادة 7 مكرر من ق.أ.ج.[1]

حيث يفهم من نص المادة أن المشرع أوجب على الزوجين المستقبليين أن يقدما شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاث أشهر للكشف عن أي مانع قد يعرقل الزواج، بالإضافة إلى إلزام الموظف العمومي الذي سيحرر عقد الزواج –سواء كان موثقا أو ضابط الحالة المدنية– من التأكد من الخضوع لهذه الفحوصات و التأشير عليه في العقد.

- ترخيص القاضي لكل من الزوجين بالزواج لمصلحة أو ضرورة، تطبيقا لنص المادة 7 من ق.أج، وكذا الترخيص في حالة التعدد و هذا ما نصت عليه المادة 8 فقرة 2.[2]

ب- شروط تسجيل عقد الزواج و توثيقه: ينص قانون الأسرة على وجوب تسجيل عقد الزواج في وثيقة رسمية لا يعتد بسواها في حالة تنازع الزوجين، ولقد خص المشرع الجزائري قسما متعلقا بعقد الزواج ابتداء من المادة 18 إلى المادة 22 ق.أ.ج، مع الإشارة أن المادة 21 تحيلنا إلى قانون الحالة المدنية لمعرفة إجراءات تسجيل عقد الزواج و الوثائق

1- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، معدل و متمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، المادة 7 مكرر المعدلة.

2- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، معدل و متمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، المادة 8 منه المعدلة.

اللازمة لهذا التسجيل، و كذا العقوبات التي يخضع لها محرر عقد الزواج عند مخالفته لهذه النصوص.[1]

المطلب الثالث:

آثـار الــزواج:

إن الأسرة هي اللبنة الأولى في المجتمع، إذا صلحت صلح المجتمع كله، لذا أولى الإسلام الأسرة عناية كبيرة و فرض لها ما يكفل سلامتها و سعادتها باعتبارها مؤسسة تقوم على شركة بين اثنين، و جعل الإسلام لكل من الزوجين حقوقا تكفل استقرار هذه المؤسسة و استمراريتها.

حيث سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى الحقوق المشتركة بين الزوجين (فرع أول) وحقوق كل من الزوجين اتجاه الأخر (فرع ثاني).

الفرع الأول:

الحقوق المشتركة بين الزوجين:

الزواج كغيره من العقود ثنائية الإلتزام، ينشئ إلتزامات متبادلة بين الطرفين إضافة أن له آثارا تتجاوز حقوق الزوجين، كإثبات النسب الذي يعتبر إبتداء حقا للولد.
حيث تناولها المشرع من خلال نص المادة 36 ق.أ.ج على أنه يجب على الزوجين:

1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.

2- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الإحترام والمودة والرحمة.

3- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.

4- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.

1- نسرين شريقي، كمال بوفرفورة، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 48.

5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه وإحترامهم وزيارتهم.

6- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف.

7- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف."

إن الملاحظ من نص المادة أن الفقرة السادسة هي تكرار لما ورد في الفقرة الخامسة، و كذا الفقرة السابعة و التي جاءت تؤكد على حقوق الأقارب، و كان من الأجدر أن يجمع المشرع هذه الفقرات الثلاث في فقرة واحدة معبرة و مركزة تجنبا للتكرار.

و من الحقوق المشتركة أيضا ما ورد في نص المادة 37 فـ 1 ق.أج التي تقضي بأن لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.

بالإضافة إلى وجود حقوق مشتركة أخرى مستمدة من روح الشريعة الإسلامية و كذا القانون و التي هي تحصيل حاصل نذكر منها:

حل الاستمتاع بين الزوجين، حرمة المصاهرة[1]،أيضا حق التوارث بمجرد إبرام عقد الزواج، و كذا الاعفاف و ثبوت النسب لأنه من أهداف الزواج و من مقاصد الشرع الحفاظ على النسل.[2]

الفرع الثاني:

حقوق كل من الزوجين اتجاه الأخر:

بالإضافة إلى الحقوق المشتركة بين الزوجين، نجد أن عقد الزواج يرتب حقوقا للزوجة على زوجها وحقوقا للزوج على زوجته، وفي المقابل إلتزام كل منهما بواجبات تجاه الطرف الآخر، وبهذا تستقر الحياة الزوجية بين الطرفين.

يمكن تلخيص هذه الحقوق كما يلي:

1- نسرين شريقي، كمال بو فرفورة، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 54.

2- يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج و الطلاق)، ط 2، دار هومه، الجزائر، 2008، ص 32

- **حقوق للزوجة على زوجها:** وهي النفقة، العدل بين الزوجات عند التعدد، عدم الإضرار بها بالفعل أو القول، حرية التصرف في مالها الخاص.[1]

- **حقوق للزوج على زوجته:** الطاعة، القرار في البيت، القوامة.[2]

نستخلص أنه بمجرد أن يتم الزواج الصحيح بين الرجل و المرأة و إتمام الدخول يرتب آثارا منها ما يتعلق بالحقوق، و ما يتعلق بالواجبات كالمحافظة على الروابط الزوجية و التعاون على مصلحة الأسرة و غيرها من الحقوق و الواجبات.

1- يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج و الطلاق)، مرجع سابق، ص 33.

2- المرجع نفسه،ص 34.

المبحث الثاني:

مفهوم الأهلية و أقسامها:

طبقا للأحكام العامة لقواعد الأهلية، لا يجوز إبرام العقد إلا من ذي أهلية مع ذي أهلية و هذا ينطبق أيضا على عقد الزواج باعتباره عقدا رضائيا و الذي لا ينعقد إلا بتوفر الأهلية بالنسبة لكل من الزوج و الزوجة.[1]

حيث يستلزم لدراسة الأهلية كشرط في عقد الزواج و معرفة الاستثناءات الواردة عليها , التطرق إلى التعريف بها لغة و اصطلاحا(المطلب الأول)،و بيان أقسامها(المطلب الثاني)، موقف الفقه الإسلامي و القانون الوضعي من أهلية الزواج (المطلب الثالث)

المطلب الأول :

تعريف الأهلية لغة و اصطلاحا:

هناك ارتباط كبير بين المعنى الاصطلاحي و اللغوي في كل المسائل الفقهية و الشرعية.

حيث ينبثق المعنى الشرعي من المعنى اللغوي، ويظل متصلا به, و منتسبا له و لذلك لتحديد معنى الأهلية لا بد من معرفة المعنى اللغوي (الفرع الأول), ثم المرور للمعنى الفقهي الاصطلاحي (الفرع الثاني)، إلى التمييز بينها و بين بعض المفاهيم (فرع ثالث).

الفرع الأول :

تعريف الأهلية لغة :

ورد تعريف الأهلية في اللغة بمعاني متقاربة في العديد من المعاجم، وفيما يلي نتطرق لهذه المعاني:

1- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ط 2، دار هومه، الجزائر، 2006، ص 35.

- "يُقَالُ اسْتَوْجَبَ ذَلِكَ وَاسْتَحَقَّهُ، وَلَكِنْ تَقُولُ هُوَ أَهْلُ ذَاكَ، وَأَهْلٌ لِذَلِكَ، وَيُقَالُ هُو أَهْلَةُ ذَلِكَ. وَأَهَّلَهُ لِذَلِكَ الأَمْرِ تَأْهِيلاً. وَأَهَّلَهُ؛ رَآهُ لَهُ أَهْلاً "[1].
- وفي تعريف آخر"أهل الرجل المرأة : تزوجها ، الأمر من أهل يأهل : أؤهل أهل الرجل ابنه زوجه.

أهل (المدير العامل للعمل):رآه أهلا له بعد تعليمه و تدريبه.

أهل (الرجل صاحبه للعمل):رآه أهلا له"[2].

الفرع الثاني:

تعريف الأهلية اصطلاحا:

عرفها الفقهاء و رجال القانون بتعريفات مختلفةمن بين هذه التعريفات نذكر منها ما يلي:

- الأهلية هي: "صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه".[3]
- و في تعريف آخر هي:"صلاح الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك".[4]
- كما عرفها آخرون بأنها:" الصلاحية لثبوت الحقوق والإلتزامات في الذمة".[5]

وعليه فإن معظم الفقهاء عرفوها بأنها صلاحية الإنسان لما يجب عليه من حقوق، و ما يلزمه من واجبات بعد توفر الشروط اللازمة في المكلف, لصحة ثبوت الحقوق له و الواجبات عليه. و هو التعريف المرجح نظرا لوضوحه و شموله.[6]

1- ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد الحادي عشر، مرجع سابق, ص30.

2- عصام نور الذين، معجم نور الذين الوسيط، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2009،ص 239.

3- الشريف أبي الحسن علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني الحنفي، التعريفات، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت،2002 ص43.

4- محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، د ط، دار الكتاب الحديث الجزائر، 2003، ص 163.

5- محمد سراج، أصول الفقه الإسلامي، د ط، دار الجامعة الجديدة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 77.

6- بلقاسم شتوان, النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية و القوانين العربية , ط 1، مكتبة الوفاء القانونية, الإسكندرية, 2014، ص 37.

هذا وقد ذهبت الكثير من التشريعات الوضعية إلى النص على مبدأ جوهري ضمن الأحكام العامة للأهلية[1] مفاده أن الشخص في الأصل كامل الأهلية، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادتين 40 و 78 من القانون المدني على الترتيب:[2]

" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد 19 سنة كاملة".

" كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون".

أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية نصت في الفصل الخامس على موضوع الأهلية في الزواج وهي 20 سنة للرجال، و 17 سنة للنساء، بالإضافة إلى إجازة الزواج دون السن القانونية بإذن خاص من المحكمة لأسباب خطيرة و للمصلحة الواضحة للزوجين.[3]

كما جاء في القانون المدني الفرنسي في المادة 1123:

Art. 1123 *Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi*[4].

1- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، د ط، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1996، ج1، ص 149.

2 - قانون رقم 07-05، المؤرخ في 13 مايو، سنة 2007، جريدة رسمية رقم 31، مؤرخة في 13 مايو، 2007، المتضمن القانون المدني.

3- بن شويخ الرشيد،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، مرجع سابق، ص 61.

4- Art. Crée par loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804 Article www.legifrance.gouv.fr/affichcode، 15/04/2018 15:10.

من خلال ما سبق نجد أن كل التعاريف تدور حول ثبوت الحقوق ووجوب الالتزامات، حتى نقول عن الشخص أنه يتمتع بالأهلية.

المطلب الثاني:

أقســـام الأهليــة:

من خلال التعاريف السالفة الذكر نجد أن الأهلية قسمان:

أهلية وجوب: *Capacité de jouissance*

أهلية أداء: *Capacitéd'exercice*

الفرع الأول:

أهليــة وجــوب:

هي صلاحية الإنسان إلى أن تثبت له الحقوق أو عليه، وهي وصف شرعي يصير به الإنسان أهلا لما يجب له وعليه وهي ثابتة لكل إنسان باعتباره إنسان، من حيث بدء تكونه جنينا إلى الموت في جميع أطوار الحياة لأنها مبنية على خاصية فطرية في الإنسان .[1]

كما تسمى عند الفقهاء بالذمة، و هي خاصية الإنسان التي تثبت له من تكوينه الخلقي، و التي امتاز بها عن غيره من المخلوقات وبها إستأهل الوجوب له أو عليه.[2]

والذمة عند رجال القانون: مجموع ما للشخص وما عليه من واجبات، بمعنى: من كان أهلا لأن تثبت له الحقوق المشروعة له وعليه فقط، من غير أن يكون أهلا للمعاملة بين الناس؛ كان عنده جزءا من الأهلية، وهي أهلية الوجوب، والعلة التي تتحقق بوجودها

1- وهبة الزحيلي، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، ط 2 ،المطبعة العلمية ،دمشق، 1969،ص171.

2-أحمد فراج حسين، المدخل للفقه الإسلامي الملكية ونظرية العقد، د ط، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص208.

وتنتفي بعدمها هي بوجود الإنسان،[1]منذ ولادته حيا حتى وفاته، بل وقد تثبت للجنين في بطن أمه، فيكتسب حقوقا من الميراث أو الوصية، كما قد تثبت بعد الوفاة إلى حين تصفية التركة وسداد الديون.[2]

من خلال ما سبق نجد بأن أهلية الوجوب متعلقة بحياة الإنسان ووجوده، على هذا الأساس نميز بين أهليته وهو جنين وأهليته بعد ولادته:

-ففي الأولى تكون أهليته ناقصة، وهذا النقص يكون أصليا، بحيث لا تثبت له سوى الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول، كالإرث والوصية والاستحقاق في الوقف، أما الحقوق التي تحتاج إلى قبول كالشراء والهبة لا تثبت له، لأن الجنين ليست له عبارة،[3] وكل هذا بناءً على أن ذمته ناقصة لأنه جزء من أمه، كما أن الحقوق التي أثبتها الشارع له ليست حقوقا ثابتة بل هي على خطر الزوال لاحتمال ولادته ميتا.[4]

-أما الثانية فبمجرد ولادة الجنين حيا تصبح له أهلية وجوب كاملة ولا يوجد إنسان فاقد لهذه الأهلية، بناءً على قيام الذمة بصيرورته نفسا، وهو بهذا يصبح شخصا قابلا للإلزام وللالتزام، فعلى أية حال كان في أي طور من أطوار حياته له أهلية الوجوب.[5]

خلاصة القول فيما سبق؛ هي أن كل إنسان شخص قانوني تتوفر فيه أهلية الوجوب وتثبت له هذه الأهلية من وقت ميلاده، بل وقبل ذلك من بعض الوجود عندما يكون جنينا في بطن أمه إلى وقت موته، بل وبعد ذلك إلى حين تصفية تركته وسداد ديونه.

1-محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص 261-262.

2-أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، ط 1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، عمان، 2002، ص35.

3- وهبة الزحيلي، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق ، ص 173.

4- أحمد فراج حسين، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخ الفقه الإسلامي الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 211.

5- بلقاسم شتوان, النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية و القوانين العربية، مرجع سابق، ص 51.

الفرع الثاني:
أهليـة الأداء :

هـي قـدرة الشـخص الطبيعـي علـى أن يباشـر بنفسـه التصـرفات القانونيـة، وهـذه القـدرة تفترض أنـه ذو إرادة عاقلـة، ولمـا كـان مـدى تـوافر الإرادة العاقلـة فـي الإنسـان يتوقـف علـى ما بلغه من العمر وعلى مدى سلامة قواه العقلية، فإنه من الطبيعي أن يكون تفاوت أهلية الأداء دائرة مع عمره ومع مدى سلامة قواه العقلية.[1]

– كمـا عرفهـا علمـاء الأصـول تعريفـا يعـم المعـاملات والعبـادات فقـالوا: "إنهـا صـلاحية الإنسـان لأن تصـدر عنـه أفعـال معتبـرة شـرعا، بحيـث يكـون مؤاخـذا بهـا، فتصـدر عنـه تصرفات شرعية ملزمة".[2]

–فـي تعريـف آخـر هـي: "صـلاحية الشـخص للإلتـزام بعبارتـه، وأن يطالـب غيـره أو يطالبـه غيره بما تم عليه التعاقد من آثار وإلتزامات، وبعبارة أخرى هي صلاحية الشخص لصدور التصرف منه على وجه يعتد به شرعا".[3]

مـن خـلال هـذه التعـاريف – فقهـا وقانونـا– نجـد أن منـاط أهليـة الأداء هـو التمييز[4]والإدراك لا مجرد الوجود ، وإشتراط التمييز أمر طبيعي حتى يكون من الممكن أن تصدر عن الشخص تصرفات يعتد بها القانون.

كما تتدرج أهلية الشخص حسب سنه إلى أربع أدوار هي :

- الدور الأول: الجنين:فتكون لـه أهليـة الوجـوب ناقصـة لأنهـا موقوفـة علـى ولادتـه حيـا و ليست له أهلية أداء فهي معدومة.

1 – عصام أنور سليم، حقوق الطفل، د ط، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2001، ص125.

2– محمد أبو زهرة، أصول الفقه، د ط، دار الفكر العربي، القاهرة، د ت ن، ص311.

3– أحمد فراج حسين، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخ الفقه الإسلامي، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص213.

4–علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص48.

- الدور الثاني: الصبي غير المميز: منذ الولادة إلى سن 13 سنة حسب نص المادة 42 من ق.م.ج، فتكون له أهلية وجوب كاملة و أهلية أداء معدومة، فلا تثبت له حتى أهلية الاغتناء، حيث يتولى مباشرة تصرفاته القانونية وليه أو وصيه نيابة عنه حسب نص المادة 81 ق.أ.
- الدور الثالث: الصبي المميز: يمتد سنه مابين 13 سنة إلى 19 سنة فتكون له أهلية وجوب كاملة وأهلية أداء ناقصة، فتثبت له أهلية اغتناء وأهلية افتقار معدومة. حيث تنقسم أعماله حسب نص المادة 83 ق.أ.ج إلى:
  - أعمال نافعة: و التي تؤدي للاغتناء دون مقابل كالهبة أو الوصية.
  - الأعمال الضارة: حيث يترتب عنها افتقار فتكون باطلة.
  - الأعمال الدائرة بين النفع و الضرر: و هي أعمال بمقابل كالبيع و الاتجار تكون التصرفات قابلة للإبطال لمصلحة القاصر و يمكن أن تتوقف على إجازة الولي.

- الدور الرابع: سن الرشد: و هو 19 سنة كاملة، و يشترط أن يبلغها متمتعا بقواه العقلية بحسب نص المادة 40 و المادة 86 ق.أ.ج.[1]

فإذا كان الشخص فاقدا للتمييز تماما تكون أهليته معدومة، وإذا كان غير مستكمل للتمييز يكون ناقص الأهلية، ولا يكون كامل الأهلية إلا إذا استكمل جميع عناصر التمييز والتقدير بأن يكون بالغا عاقلا راشدا.

الفرع الثالث:

التمييز بين الأهلية و بعض المفاهيم:

من خلال هذا الفرع نحاول التمييز بين أهلية الأداء و ما يشابهها من مفاهيم أخرى كحالات المنع القانونية، و الولاية.

1- بالقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية و القوانين العربية، مرجع سابق، ص 54

أولا:التمييز بين الأهلية وحالات المنع القانونية:

هناك حالات يجد الشخص فيها نفسه كامل الأهلية بالغا لسن الرشد، غير أنه ممنوع من مباشرة تصرف من التصرفات لأسباب لا ترجع إلى التمييز والإدراك، بل تقوم على أسس أخرى وفيما يلي مجالات المنع القانونية:

– الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون، كأملاك الدولة فهي محبوسة عن التعامل فيها.

– المنع الخاص ببعض الطوائف من مباشرة بعض الأعمال القانونية ومن ذلك منع القانون رجال القضاء وأعوانهم شراء الحقوق المتنازع فيها، متى كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحاكم التي يباشرون أعمالهم في دائرتها.[1]

و قد تناولت ذلك المادتان 406 و403 من القانون المدني الجزائري، و عليه فالمنع قصد به مراعاة مصلحة عامة أو خاصة، ولا يرجع بحال من الأحوال إلى الأهلية.

ثانيا:التمييز بين الأهلية والولاية:

الأصل أن الأعمال القانونية التي يبرمها الشخص تنتج آثارها في ذمته هو، فإذا أبرم شخص عقدا معينا فإن آثار ذلك العقد تنصرف إليه فقط، فالأهلية كما سبق القول هي قدرة الشخص على مباشرة الأعمال القانونية التي ترتب آثارها بالنسبة إليه، لكن قد يقوم الشخص بالأعمال القانونية دون أن يترتب أي أثر في ذمته، بل تنصرف آثارها إلى ذمة شخص آخر كالولي والوصي، فالأعمال القانونية التي يقوم بها تنصرف آثارها في ذمة القاصر. فالولاية هي صلاحية الشخص للقيام بالأعمال القانونية التي تنتج آثارها في حق الغير، بينما الأهلية –كما رأينا– هي صلاحية الشخص للقيام بالأعمال القانونية لتنصرف آثارها في حقه فقط.[2]

1– محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق،ص 171.

2– المرجع نفسه، ص 171– 172.

المطلب الثالث :

موقف الفقه الإسلامي و القانون الوضعي من أهلية الزواج:

لما كان لعقد الزواج من آثار تستلزم أن يكون كل من الطرفين على قدر من المسؤولية، فإنه يشترط أن يكون المتعاقدان كاملي الأهلية، فكما سبقت الإشارة أن الإنسان بمجرد ولادته حيا تكون له أهلية وجوب لأنها ترتبط بوجوده وتستمر معه حتى الموت، وإن كان الفقهاء يعتبرونها مستمرة إلى حين تسديد ديونه، وببلوغه سنا معينة ومحددة في القوانين الوضعية يكون قد اكتسب أهلية أداء شرط انتفاء العوارض.

إلى هنا نجد بأن الأهلية من المسائل الهامة في عقد الزواج، على هذا الأساس نتعرض لها في الفقه الإسلامي (فرع أول)، وفي القوانين الوضعية (فرع ثاني).

الفرع الأول:

موقف الفقه الإسلامي من أهلية الزواج:

تتحدد أهلية الزواج و فق الشريعة الإسلامية بالبلوغ، و في هذا الإطار، فإن كل شخص يصلح للزواج و لو كان عديم التمييز، فالشخص حسب فقهاء الشريعة الإسلامية يتمتع بأهلية الوجوب منذ أن يكون جنينا.[1]

وهكذا نجد بأن الفقهاء يربطون أهلية الزواج بعلامات تدل على قدرة الفتى والفتاة على التناسل، وعند تأخر هذه العلامات حددوا لذلك سنا يعتبر حدا أدنى يختلف بحسب المذاهب الفقهية مراعاة لبيئتهم ومجتمعهم الذي يعيشون فيه مع العلم أن حصول البلوغ هو في الواقع إعلان طبيعي لأهلية الشخص واستعداده الفيزيولوجي والنفسي للزواج.[2]

1- لوعيل محمد لمين،المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص36

2 – ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الاسلامية و القانون الوضعي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة 20 أوث 1954 سكيكدة، 2012، ص 24.

كما ذهب بعض الفقه الإسلامي بعدم صحة زواج الصغار قبل البلوغ باعتبارهم غير قادرين على تحمل أعباء الزوجية المادية منه أو المعنوية، أما فيما يتعلق بزواج المجنون أو المعتوه، فانه يقع باطلا لفقدان القوى العقلية التي تجعل الشخص فاقد الإدراك و التمييز حكما، غير أنه إذا كان زواج المجنون أو المعتوه محققا لمصلحة له أي مفيدا لعلاجه كان زواجهما صحيحا و يتولاه وليهم أو على أن يتم العقد بإذن من القاضي.[1]

و ذهب المالكية إلى أن المجنون سواء كان أصليا أو طارئا لا خيار له بعد الإفاقة أن تزويجه يكون نهائيا منذ إنشائه، في حين خالفهم الحنفية بثبوت الخيار للمجنون بعد إفاقته، و ذلك لقيام الزواج على التراضي و الاختيار الحر للمتعاقدين.[2]

أما فيما يخص تزويج عديم التمييز أو ناقص الأهلية فنلاحظ أن الشريعة الإسلامية تختلف بكثير عن أحكام المسيحية في هذا الشأن، فإذا كانت الشريعة الإسلامية قد أجازت زواج عديم التمييز بناء على إرادة وليه وحده لأنه أدرى بمصلحة من هو في ولايته،ولا إرادة هنا لعديم التمييز، أما في أحكام الشريعة المسيحية فلابد من اشتراط اجتماع الإرادتين.[3]

الفرع الثاني:

موقف القوانين الوضعية من أهلية الزواج:

إذا كان الزواج في الفقه الإسلامي لم يكن موقوفا على سن معينة، ولا معلقا على شرط بلوغ عدد من السنين مضبوط ومتفق عليه، فإن النصوص القانونية الوضعية تناولت المسألة بشكل آخر، باعتبارها تحافظ بقوانينها على سلامة الفرد والمجتمع و تحميهما، مبررة عملها بما أثبته الأطباء وعلماء الاجتماع من أن زواج الصغار يترتب عليه كثير من الأضرار الجسمانية والنفسية و الإجتماعية، وكم نشأ جراء ذلك من مآسي اجتماعية وأضرار خلقية واضطرابات عائلية وذلك لتعقد الحياة وصعوبة طرق المعيشة.

1- بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، د ن، دار هومه، الجزائر، 2013، ص 194.
2- المرجع نفسه، ص 194.
3- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 40.

من خلال هذا الفرع سندرس موقف القوانين الوضعية من أهلية الزواج، حيث سنتطرق إلى سن الزواج في قانون الأسرة الجزائري (أولا) ثم بعض القوانين الأجنبية (ثانيا).

أولا :موقف قانون الأسرة الجزائري من أهلية:

إعتبر قانون الأسرة الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة و لما يترتب عليه من التزامات المالية و الواجبات الاجتماعية العائلية.

إن المقصود بأهلية الزواج: صلاحية الشخص لإبرام عقد الزواج[1]،وقد كانت أهلية الزواج قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري محددة بسن 21 سنة للرجال و سن 18 سنة للمرأة.

غير أنه و أمام الانتقادات التي وجهت للقانون تم تعديل النص القانوني, حيث جاء في نص المادة 7ق.أ.ج المعدلة بأمر 02/05 كما يلي :"تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة , متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج ".

وعلى هذا الأساس، أصبحت أهلية الزواج موحدة بين الجنسين بتمام سن 19 سنة كاملة للرجل والمرأة، و هي في ذات الوقت سن الرشد القانوني بأن يكون كامل الأهلية، و دون أي عارض من عوارضها. هذا ويكون تقدير السن الشرعي للزواج وقت إنعقاد العقد وليس وقت الدخول، حيث تجدر الإشارة إلى أن أهلية الزواج تتعلق بالنظام العام إذ لا يمكن إبرام عقد زواج دون مراعاة السن القانوني. [2]

إلا أن الإشكال يقع في حالة الترخيص بالزواج دون السن القانونية، لأن النص لم يحدد السن الأدنى الذي يمكن للقاضي أن يصل إليه مع مراعاة الضوابط الأخرى المنصوص عليها في القانون و هي القدرة الجسدية و المادية، بالإضافة إلى تحمل المسؤولية.[3]

1- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، مرجع سابق،ص60.

2- بلحاج العربي،أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 195.

3- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، مرجع سابق، ص61.

من خلال ما تقدم لم يكن المشرع الجزائري ملزما أو مجبرا لا في أن يساوي بين الرجل والمرأة من حيث سن الزواج، ولا أن يساوي بين أهلية الزواج وسن الرشد المدني، ذلك أن تحديد سن الزواج يجب أن يخضع لدراسة إجتماعية للبيئة الجزائرية، يقوم بها علماء الإجتماع والأطباء وعلماء الشرع ورجال القانون، وهذا للوصول إلى الأفضل، ولتفادي معظم المشاكل التي قد تعاني منها الأسرة بكاملها.

- **ثانيا: موقف القوانين الوضعية من أهلية الزواج**

حيث سنتعرض إلى موقف بعض الدول من سن الزواج ومن مسألة تحديده.

- بالنسبة للقانون المغربي فان سن الزواج غير موحد بين الجنسين فالذكر 18 سنة و الأنثى 15 سنة نص عليها في الفصل الثامن من الباب الثاني.[1]
- أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية فنصت في القانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية في الفصل الخامس على موضوع الأهلية في الزواج و هي 20 سنة للرجال، 17 سنة للنساء، كما أجازت الزواج دون السن القانونية بإذن خاص من المحكمة لأسباب خطيرة و للمصلحة الواضحة للزوجين.[2]
- أما في القانون المدني الفرنسي: فقد نصت المادة 144 منه على ما يلي:
- Art 144: « **l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus** ».[3]
- و القانون الكويتي في المادة 26 منه منع توثيق عقد الزواج ما لم تتم الفتاة 15 سنة و الفتى 17 سنة وقت التوثيق، و معنى ذلك أنه يمكن الزواج قبل ذلك، لكن لا يجوز توثيقه إلا ببلوغ السن المطلوبة.[4]

1- المرجع نفسه، ص61.

2 - مجلة الأحوال الشخصية، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2007،ص13.

3- www.lexinter.net/JF/conditions_du_mariage.htm20/4/2018 22:20

4- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 61-62.

- أما في قانون الأحوال الشخصية المصري فجاء في القانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، جاء في الباب الثالث (رفع الدعوى ونظرها) في الفصل الأول (في الولاية على النفس) في المادة 01/07 منه ما يلي:

"لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة ميلادية وقت رفع الدعوى"[1].

وبالرجوع إلى الدراسات الطبية نجد أنها توصلت إلى أن أفضل سن للزواج يكون بين الثامنة عشرة والخامسة والعشرين،كما أثبتت الدراسات الطبية جميعها أن الحمل في سن مبكرة دون الثامنة عشرة من العمر يصاحبه الكثير من المشاكل الطبية التي تقع على صحة الأم والجنين، وبعد الإنجاب تواجه الفتاة الصغيرة مشاكل عديدة في رعاية طفلها والإهتمام به، وتزداد مشاكل ضعف نمو الأطفال مع زيادة المشاكل الطبية.[2]

بعد تعرضنا لسن الزواج في القوانين الوضعية، نجد أنه يختلف من دولة لأخرى وهذا بحسب تقدير الحاكم لأن الرشد يختلف بإختلاف المناطق والبيئات.

حيث إذا ما جمعنا بين تشريع **الله**–سبحانه وتعالى– للزواج دون اعتبار لتحديد السن،وبين موقف قوانين الأحوال الشخصية و الدراسات العلمية ، نجد أن أعباء الحياة المادية والمعنوية لا يتحملها إلا من كان في الغالب قد بلغ من السن ما يؤهله للزواج.

المبحث االثالث:

الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية

1– الجريدة الرسمية – العدد 4 (مكرر) في 29 يناير سنة 2000، https://old.qadaya.net/node/7 2018/05/29، 23:50

2– 2018/05/29 23:20 http://www.amanjordan.org/a-news/wmview

الأصل أن الرجل و المرأة لا يمكنهما الزواج إلا بعد بلوغ سن الزواج المنصوص عليه في المادة 7 ق.أ.ج أي بتمام 19 سنة، و هو في نفس الوقت سن الرشد القانوني[1]، و مما سبق نجد أن الفقه الإسلامي لم يحدد سنا معينة للزواج وإنما ربطها بالبلوغ الذي يكون بظهور علاماته وأماراته الطبيعية.

من خلال هذا المبحث سنتطرق إلى الإذن بالزواج قبل سن الأهلية في (مطلب أول)، و بعدها الولاية في عقد الزواج(مطلب ثاني).

المطلب الأول:

الإذن بالزواج قبل سن الأهلية

إن وجود سن محددة للزواج يرد عليها إستثناء يقضي بإمكانية الزواج قبل بلوغ هذه السن المحددة في القانون الوضعي، وكذا إمكانية الزواج قبل البلوغ المحدد في الفقه الإسلامي، بمعنى أنه على الرغم من وجود تحديد لسن الزواج إلا أنه يمكن أن تكون هناك حالات إستثنائية تستدعي الزواج قبل بلوغ هذه السن، على هذا الأساس أجازت جل القوانين هذا الزواج باعتبارها تحافظ على سلامة وراحة الفرد والمجتمع.

نتعرض في هذا المطلب إلى الزواج قبل البلوغ في الفقه الإسلامي في (الفرع أول)، بعدها الزواج قبل سن الأهلية في بعض القوانين (مطلب ثاني).

الفرع الأول:

الزواج قبل البلوغ في الفقه الإسلامي

[1]– بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 200.

أن الفقه الإسلامي لا يأخذ في الأصل بفكرة السن في الزواج، وإنما بالبلوغ أي البلوغ الجنسي الذي يكون بظهور علامات وأمارات طبيعية بالنسبة للفتى والفتاة، ومع ذلك يلاحظ أن الفقه الإسلامي قد جعل إكتمال أهلية الزواج بسن كحالة إستثنائية حين تتأخر تلك الأمارات الطبيعية في الظهور، ولقد تم تحديدها إجمالا بالبلوغ لارتباط سائر التكاليف الشرعية به. استنادا للحديث النبوي الشريف: " رفع القلم عن ثلاث، عن النائم حتى يستيقظ و عن الصبي حتى يحتلم و عن المجنون حتى يفيق"[1].

كما يشترط مع البلوغ العقل لما جاء في الآية الكريمة " **وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِم أَمْوَالَهُم**".[2]

إلا أن أغلب الفقهاء صححوا زواج الصغيرة خاصة في أحوال معينة و قيده بعضهم بشروط ، و قد استدلوا على ذلك بإجازة الشرع لذلك، و هو ما يفهم من الآية الكريمة:"**وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاَثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ**"[3]،فعدم الحيض إما أن يكون ليأس أو يكون لعلة أو صغر. فاعتبر النص إمكانية أن تتزوج و تطلق الصغيرة وهي لم تبلغ سن الحيض، فدل ذلك على جواز تزويجها.[4]

مع استدلال الفقهاء بورود ذلك في السنة الفعلية، كزواج النبي – صلى عليه و سلم –من عائشة قالت: "تَزَوَّجَنِي رَسُولُ **اللهِ** وَأَنَا بِنْتُ سِتِ سِنِينَ، وَبَنَى بِي وَأَنَا بِنْتُ تِسْع"[5].

كما استدلوا بأنه قد يكون في ذلك مصلحة و تدعوا إليه ضرورة، فلا تفوت بالمنع.

1- كاملي مراد، الوجيز في قانون الأسرة ، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، السنة الجامعية 2009- 2010، ص 22.

2-سورة النساء: الآية 6.

3- سورة الطلاق: الآية 04.

4- كاملي مراد ، الوجيز في قانون الأسرة، المرجع السابق،ص 23.

5- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، دط، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده 1345 هـ، ج5، ص1973.

فيما رأى المالكية و الحنابلة أنه للأب أو وصيه أو الحاكم تزويج الصغار لتوفر شفقة الأب و صدق رغبته في تحقيق مصلحة الولد، و قصرها الشافعية على الأب والجد، لأن الجد عندهم كالأب عند عدمه، و أجاز الحنفية للأب و الجد و غيرهما من العصبات تزويج الصغار.[1]

أما فيما يخص تزويج غير العاقل فقد اتفقوا على جوازه، و رأى المالكية أنه للأب وحده تزويج غير العاقل، و أطلق الحنفية الأمر لكل ولي، و رأى الشافعية لا يزوج إلا لضرورة من الأب أو الحاكم.[2]

في خلاصة هذه المسألة أجاز فقهاء الشريعة زواج الصغير و غير العاقل لإمكانية توفر المصلحة في تزويجهما، في حين الظاهر أن تترك هذه المسألة لتقدير الولي بشروط قد تقوم بتحديدها القوانين، و قد يحتاج الأمر إلى إذن قضائي إضافة إلى ما ذكر.

الفرع الثاني:

الزواج قبل سن الأهلية في بعض القوانين:

على غرار الفقه الإسلامي وموقفه من زواج الصغار، نتطرق في هذا الفرع إلى موقف القانون الوضعي، الذي بدوره أورد استثناء يقضي بإمكانية الإعفاء من بلوغ السن المحددة للزواج والسماح بإبرام عقد الزواج، هذا ما سنتطرق إليه في قانون الأسرة الجزائري(أولا)،وبعض القوانين الأخرى(ثانيا).

أولا: الزواج قبل سن الأهلية في القانون الجزائري

اعتبر قانون الأسرة الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة، وكقاعدة عامة فإن أهلية الزواج تستلزم توفر سن معينة حددها المشرع في الفقرة

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلام وأدلته ، ط1، دار الفكر، طبع في الجزائر بإذن خاص من دار الفكر في دمشق، الجزائر،1992 ج7، ص 182-183.

2- كاملي مراد ، الوجيز في قانون الأسرة، مرجع سابق،ص 23.

الأولى من المادة 7 من قانون الأسرة بتسعة عشرة سنة كاملة بالنسبة للرجل والمرأة معا.[1]

لكن المشرع لم يأخذ الناس جميعا مأخذا واحدا سواء كانوا ذكورا أو إناثا، وإنما أعطى للقاضي السلطة التقديرية في السماح والإذن بالزواج- لمن كانت ظروفه وأحواله تستدعي ذلك - قبل اكتمال السن القانونية، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بموجب الأمر 05-02: "وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

و المقصود من السلطة التقديرية هي عملية ذهنية تتعلق بنشاط يقوم به القاضي لتقدير واقع النزاع المطروح أمامه في ضوء المعطيات القانونية.[2]

وبالتالي من لم يبلغ سن الزواج -19 سنة- لا يمكنه إبرام عقد زواج إلا بعد الحصول على ترخيص، حيث تعتبر رخصة الترشيد لإبرام الزواج من الأعمال الولائية التي تدخل ضمن الولاية على النفس، طبقا لنص المادة 480 من ق.ا.ج:" يقرر قاضي شؤون الأسرة ترشيد القاصر بأمر ولائي حسب الشروط المنصوص عليها قانونا".

حيث يمكن القول أن السلطة الممنوحة للقضاة ليست سلطة آمرة، بل هو ترخيص و إذن يتم بناء على طلب.[3]

تجدر الإشارة كذلك إلى أن الرخصة تعد من الوثائق التي تلحق بسجلات الحالة المدنية وبالتحديد سجل عقود الزواج، وأي إهمال أو تهاون في حفظ الأوراق المتعلقة بالعقود أو

1- أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة، المادة 7 منه.

2-أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني "ماهيتها، ضوابطها، وتطبيقاتها"، ط1، دار النهضة العربية القاهرة، 1988، ص13.

3- محمد لمين لوعيل ، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص49.

إتلافها أو ضياعها يعرض ضابط الحالة المدنية المعني بها لإجراءات وتدابير إدارية ومدنية، ويمكن تعريضه لمتابعة جزائية.[1]

كما نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد حدا أدنى لسن الزواج أي عدم وجود سن محددة ومعينة لا يجوز للقاضي عند الترخيص بالزواج النزول عنها،[2] وبالتالي حسب الظاهر نجد أنه بإمكان القاضي منح الترخيص حتى لفتاة لم تبلغ العاشرة من العمر، وهو ما لا يمكن التسليم به إذ نجد المشرع الجزائري ترك المجال واسعا للقاضي وفقا لسلطته التقديرية.

ثانيا: الزواج قبل سن الأهلية في بعض القوانين الأخرى

إن موقف بعض القوانين من مسألة الترخيص بالزواج جاءت على النحو التالي:

- **في القانون المغربي:**في مقابل تحديد المشرع المغربي سن الزواج ، سمح بإمكانية الترخيص بالزواج قبل ذلك على سبيل الإستثناء من طرف قاضي الأسرة المكلف بالزواج متى كانت هناك مصلحة، وتوفرت الشروط لذلك، حيث جاء في نص المادة 20 مايلي:

"لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه، بمقرر معلل يبين فيه المصلحة الأسباب المبررة لذلك بعد الإستماع لأبوي القاصر والإستعانة بخبرة طبية، أو إجراء بحث إجتماعي.

مقرر الإستجابة لطلب الإذن لزواج القصر غير قابل لأي طعن".[3]

1- عبد الحفيظ بن عبيدة ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، ط1، دار هومه، الجزائر،2004، ص81-82.

2- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، مرجع سابق،ص61.

3- مدونة الأسرة

www.khayma.com/almoudaress/moudaouna/moudaouana001.htm:21/04/2018

من خلال نص هذه المادة نجد أن قاضي الأسرة المكلف بالزواج هو القاضي الوحيد المخول له سلطة منح الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية، وهذا بعد أن يتبين من وجود مصلحة في الزواج قبل بلوغ 18 سنة، مع وجود أسباب خطيرة تستدعي الزواج أ إضافة إلى الإستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي و الإستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث إجتماعي.

بعدها يمنح الترخيص الذي يكون بموجب قرار معلل يبين فيه العناصر السابقة كما نجد أن نص المادة صريح في كون مقرر الإستجابة غير قابل لأي طعن.

- **القانون المدني الفرنسي:**كما سبقت الإشارة حدد المشرع الفرنسي سن الزواج بـ18 سنة لكلا الجنسين، وهذا بموجب نص المادة 144 من القانون المدني الفرنسي. وإذا كانت هذه هي القاعدة فإن الإستثناء الوارد عليها يقضي بإمكانية الزواج قبل بلوغ هذه السن، بناء على نص المادة 145 حيث جاء فيها ما يلي:

- Art 145 : « néanmoins il est loisible au procureur de la république du lieu de célébration du mariage d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves ».[1]

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع الفرنسي قد سمح بالزواج قبل سن 18 سنة، ولكن بناء على أسباب خطيرة يقدرها وكيل الجمهورية الذي يدخل بدائرة إختصاصه هذا الإذن بالزواج والذي يكون بناء على موافقة أبوي القاصر، وفي حالة إختلافهم فإن رضا أحد الطرفين يسقط إعتراض الطرف الآخر، طبقا لنص المادة 148.

- Art 148 : « les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leur père et mère ; en cas de

1- www.lexinter.net/JF/conditions_du_mariage.htm: 20/4/2018 22:30

dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement »[1]

- **قانون الأحوال الشخصية الأردني:**بعد أن حدد المشرع الأردني سن الزواج بالنسبة للجنسين مع توفر العقل فأنه سمح كذلك بإمكانية الزواج قبل بلوغ هذه السن فمن خلال نص المادة 5 من قانون الأحوال الشخصية الأردني يشترط في أهلية الزواج، أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين، وأن يكون كل منهما قد أتم الثامنة عشرة سنة شمسية. إلا أنه يجوز للقاضي أن يأذن بزواج من لم يتم منهما هذا السن، إذا كان قد أكمل الخامسة عشرة من عمره، وكان في مثل هذا الزواج مصلحة تحدد أسسها بمقتضى تعليمات يصدرها قاضي القضاة لهذه الغاية.[2]

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع الأردني قد أجاز للقاضي أن يأذن بالزواج قبل بلوغ السن القانونية المحددة له بشرط أن يكون الطرف القاصر قد بلغ 15 سنة و أن يكون في هذا الزواج مصلحة.

المطلب الثاني:

الولاية في عقد الزواج

تعد الولاية شرط صحة في عقد الزواج، وأنه يفسد بانعدامها في بعض الأحوال، فلها جانب موضوعي و يتمثل في اشتراط الولي لمباشرة عقد الزوج، ولو أن الولي ليست له صلاحية المعارضة في إبرام عقد الزواج، و جانب شكلي حيث يفرض القانون حضور الولي لسماع الإيجاب و القبول من الزوجين.

من خلال هذا المطلب نتطرق إلى الولاية في الفقه الإسلامي (فرع أول)، و في القانون الجزائري (فرع ثاني).

1- www.lexinter.net/JF/conditions_du_mariage.htm:20/4/201823:30

2- قانون معدل لقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 82 لسنة 2001، المنشور في الجريدة الرسمية 2002/1/1، www.qistas.com/legislations/jor/view/82917 00:20: 2018/05/29

الفرع الأول:

الولاية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي

نتطرق في هذا الفرع الى تعريف الولاية (أولا)، و أقسامها (ثانيا).

أولا: تعريف الولاية:

الولاية (بكسر الواو)لغة هي المحبة و النصرة[1]، و منه قوله –سبحانه وتعالى– :"**وَمَنْ يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا فَإِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْغَالِبُونَ**"[2]

أما في الإصطلاح الشرعي هي: تنفيذ القول على الغير و الإشراف على شؤونه، أو هي القدرة على إنشاء العقد نافدا غير موقوف على إجازة.[3]

ثانيا: أقسام الولاية:

تنقسم الولاية إلى ثلاث أقسام، ولاية على النفس، ولاية على المال، ولاية على النفس و المال معا.

و الولاية على النفس هي التي تهمنا في هذا الشأن باعتبارها سلطة إنشاء عقد الزواج.

يقسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمين أساسيين: ولاية إجبار، و ولاية اختيار.

- ولاية إجبار(La contrainte matrimoniale): و هي ولاية الأب أو الجد أو المقربين على الفتاة البكر، و الصغير و المجنون، و فيها يستبد الولي بإنشاء عقد الزواج على المولى عليه لا يشاركه أحد، لعدم توفر –في المولى عليه– شرط العقل و البلوغ في أهلية الزواج.[4]

1– بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 401.
2– سورة المائدة، آية 56.
3– بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 401
4– المرجع نفسه، ص 401.

- ولاية اختيار (La contrainte facultative): و هي تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة[1]، و تسمى ولاية المشاركة أيضا، فالخيار لها، غير أنه يستحسن أن تستشير وليها، و أن يقوم هو بإجراء عقد زواجها.[2]

و قد اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية في عقد الزواج على قولين أساسيين:

- القول الأول: و هو قول المالكية و الشافعية و الحنابلة و كثير من الصحابة مفاده: ليس للمرأة أن تزوج نفسها، ولا أن تزوج غيرها، و إنما الذي يزوجها هو وليها[3]لأدلة أهمها:

قوله تعالى: " **وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ** "[4] و قوله " **وَلاَ تُنْكِحُوا المُشْرِكِيْنَ حَتّى يُؤْمِنُوا**" [5] فالخطاب في النصين موجه إلى الأولياء فكان دليلا على أن الزواج إليهم لا للنساء.

و قوله –صلى الله عليه و سلم–: " لا نكاح إلا بولي." ففيه نفي للحقيقة الشرعية للزواج في حالة عدم وجود الولي.[6]

ما روي عن عائشة –رضي الله عنها– عن النبي –صلى الله عليه و سلم– قال: "أيما امرأة نكحت بغير إذن و ليها فنكاحها باطل فان دخل بها، فلها المهر بما استحل من فرجها، فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له".[7]

1– بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 63.

2– بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 402.

3– بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 63.

4– سورة النور، جزء من آية 32.

5– سورة البقرة، جزء من آية 221.

6– أخرجه أبوا داوود و الترمدي و أبو حنيفة و غيرهم بإسناد صحيح، متصل عن أبي موسى الأشعري، صححه البخاري وأحمد بن حمبل، وهو على شرط البخاري و المسلم.

7– بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 63.

أيضا في قوله –صلى الله عليه و سلم–: " لا تزوج المرأة المرأة و لا تزوج المرأة نفسها فان الزانية هي التي تزوج نفسها ".[1]

- القول الثاني: و هو قول أبي حنيفة و أبي سفيان و زفر من المالكية، و مفاده أنه يجوز للمرأة البالغة العاقلة أن تتولى عقد زواجها بنفسها، متى كان الزوج كفئا، و المهر مهر المثل، ولا اعتراض لأحد عليها، كما لها أن تزوج غيرها

من الأدلة التي تمسكوا بها:

–قوله –تعالى–: " **فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ**"[2] فقد نسبت الآية التزويج للمرأة، و قوله –تعالى–: "**وَإِذَا طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنَكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوْا بَيْنَهُمُ بِالمَعْرُوفِ** ".[3]

–قوله –صلى الله عليه و سلم–: "الأيم أحق بنفسها من وليها" فأحقية الأيم تعني مما تعنيه أن للمرأة مباشرة عقدها بنفسها.[4]

و يعتبر جمهور الفقهاء تخلف ركن الولي سببا لبطلان عقد الزواج، أما الأحناف فالعقد عندهم صحيح، لأن الولي لا يعد ركنا ولا حتى شرطا في عقد الزواج. و قد اختلف الفقهاء كذلك حول مدى تدخل الولي في مسألة الرضا على ثلاث اتجاهات حيث يرى الأحناف أن للولي الحق في إجبار القاصر ولو كانت ثيبا، أما المالكية فيرون أن للولي الحق في إجبار البكر سواء أكانت راشدة أم قاصرة، و يملك كذلك حق إجبار الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا، أما الشافعية فيرون أن للولي الحق في إجبار البكر ولو كانت بالغة، وما سوى ذلك فلا يحق للولي إجبارهن.[5]

1– كاملي مراد، الوجيز في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 31.

2– سورة البقرة، آية 230.

3– سورة البقرة، آية 232.

4– حديث ابن عباس، كتاب الاستذكار، باب إستأذان البكر والأيم ، ج 16، ص 18.

5– كاملي مراد، الوجيز في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 31.

الفرع الثاني:

الولاية في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

يتضح منهج قانون الأسرة الجزائري في التعامل مع عنصر الولي كما يلي:

- **أولا : من حيث طبيعة عنصر الولي:**

اعتبر المشرع الجزائري في المادة 9 مكرر من الأمر 05-02 الولي شرطا من شروط عقد الزواج و ليس ركنا لأنه قصر الأركان على ركن واحد فقط و هو ركن الرضا، و هو بذلك يكون قد خالف جمهور الفقهاء الذين يعتبرون الولي ركنا في عقد الزواج ، كما خالف رأي الأحناف الذين لم يعتبروه لا ركنا و لا شرطا.[1]

- **ثانيا: من حيث مباشرة العقد:**

ميز قانون الأسرة بين المرأة الراشدة و القاصر، حيث قصر دور الولي على حضور مجلس العقد، بينما تباشر هي العقد بنفسها، و هو ما جاء في نص المادة11ف 1:"تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها".

أما بالنسبة للقاصر فان الولي هو الذي يباشر العقد، و هو ما نصت عليه المادة 11 ف 2 "...يتولى زواج القصر أولياؤهم"[2].

- **ثالثا: من حيث تحديد الأولياء و ترتيبهم:**

يميز قانون الأسرة الجزائري بين المرأة الراشدة و القاصر، فكما هو واضح من خلال نص المادة 11 ف1 أن القانون قد كرس حق المرأة الراشدة في مباشرة عقد الزواج بنفسها بمقتضى التعديل الجديد، و اشترط فقط حضور الولي في هذا العقد سواء كان أبا أو أحد الأقارب أو أي شخص آخر تختاره،[3] فليس هناك تحديد ولا ترتيب للأولياء، أما القاصر

1- المرجع نفسه، ص 32.

2- الأمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة، المادة 11 فقرة1 منه.

3- بن شويخ الرشيد،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 65-66.

فقد حدد القانون الأولياء، و هم الأب ثم أحد الأقارب الأولين، و القاضي ولي من لا ولي له، و هم مرتبون وفق ماورد في المادة 11 فـ 2.

- **رابعا: من حيث علاقة الولي بركن الرضا:**

ليس لولي المرأة الراشدة دخل في مسألة الرضا، لأن الزواج عقد رضائي المادتان (9 و4 ق.أ) و لأنها تباشر العقد بنفسها المادة 11 فـ 1 ق.أ، أما بالنسبة للقاصر فإن الولي لا يملك إجبارها على الزواج حيث تشترط المادة 13 ق.أ موافقتها لإبرام عقد زواجها، و بما أن القانون قد اشترط ترخيصا قضائيا لزواج القصر فلا دخل للولي كذلك في مسألة الرضا متى حصلت على ترخيص.[1]

- **خامسا: من حيث أثر تخلف عنصر الولي على صحة العقد:**

ميز القانون بين حالتين وفقا لنص المادة 33 فقرة 2 ق.أج:

- قبل الدخول وفي حالة وجوب الولي و تم الزواج بدونه يفسخ ولا صداق فيه
- أما بعد الدخول فيثبت بمهر المثل.[2]

الرأي الراجح الذي نراه يتماشى مع النصوص الواردة و يتماشى مع طبيعة المجتمع، من أنه لابد في عقد الزواج من رضا المرأة و وليها، بكرا كانت أو ثيبا لأن الزواج في حقيقة الأمر لا يربط بين زوجين فقط، بل يربط بين أسرتين برباط الألفة و المحبة، و يضيف إلى أسرة الزوج و الزوجة عضوا جديدا يختلط بها و يطلع على أسرارها، فلا يصح في عقد كهذا أن يهمل فيه رأي المرأة باعتبارها طرفا في العقد، أو يتغاضى فيه عن رأي الولي حفاظا على كيان و مصلحة الأسرة.

1- كاملي مراد، الوجيز في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 33.

2- المرجع نفسه، ص 33- 34.

الفصل الثاني:

الأهلية في انحلال الزواج:

اعترفت غالب الشرائع سماوية كانت أو أرضية بشرعية الطلاق، و قد نظر الإسلام إلى الطلاق نظرة واقعية، فكرهه لما فيه من إنهاء العلاقة الزوجية و هدم الكيان المادي للأسرة، و هو ما يفهم من الحديث الشهير الذي جاء فيه قوله – صلى الله عليه و سلم – "أبغض الحلال عند الله الطلاق"[1] ، و لكن لم يحرمه، و هذا لاحتمال كونه دفعا لضرر مستديم غالب، و إنهاء لعلاقة انهارت فيها كل الأسباب و العوامل المعنوية، و هو ما يفهم من الآية الكريمة:"**وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ الله كُلاًّ مِّن سَعَتِه وَ كَانَ الله وَاسِعًا حَكِيمًا** ".[2]

المبحث الأول:

مفهوم إ نحلال الزواج طرقه و أقسامه

يقصد بانحلال الزواج أو الفرقة الزوجية عند الفقهاء، انتهاء عقد الزواج لسبب من الأسباب التي توجب انتهاءه، كما تنحل الرابطة الزوجية بالوفاة أو الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في القانون[3].

من خلال هذا المبحث نتطرق إلى تعريف الطلاق (المطلب الأول)، طرقه (المطلب الثاني)، و أقسامه (المطلب الثالث).

1 – مسندا متصلا عن معرف بن واصل، عن محارب، عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه و سلم، رواه محمد بن خالد الوهبي عن معرف، كما عند أبي داود (2178)، و من طريقه البيهقي في السنن الكبرى، و ابن عدي في الكامل (6/2453).

2– سورة النساء، آية 130.

3– نسرين شريقي كمال بو فرفورة، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 68.

المطلب الأول:

تعريف الطلاق:

الأصل في الزواج الاستمرار و الدوام و عدم التأقيت، غير أن الحياة الزوجية قد يطرأ عليها ما يعكر صفوها بسبب اختلاف الأمزجة و سوء التفاهم و زوال الثقة، ما يجعل الحياة جحيما لا يطاق، لذلك فسح الإسلام في تشريعه أحكام الطلاق كمجال لمعالجة هذه المشاكل بشكل واقعي و عملي، حتى يستطيع كل زوج الانطلاق لبناء حياة جديدة.

حيث نقوم من خلال هذا المطلب إلى تعريف الطلاق من الناحية الفقهية (فرع أول)، ومن الناحية القانونية (فرع ثاني)، و تمييز الطلاق عن الفسخ (فرع ثالث).

الفرع الأول:

تعريف الطلاق من الناحية الفقهية:

الطلاق في اللغة هو حل القيد و الرابطة حسية كانت أو معنوية[1]، و هي تعني من الناحية الفقهية إنهاء عقد الزواج بسبب من الأسباب التي توجب انتهاءه[2].

كما جاء في تعريف الفقهاء المحدثين أن الطلاق حل الرابطة الزوجية الصحيحة في الحال، و المآل بصفة تفيد ذلك صراحة أو دلالة[3].

- حيث أن التعريف بإنهاء الرابطة الزوجية يؤخذ عليه أنه لا يشمل حال الطلاق الرجعي، إذ تستمر الرابطة الزوجية حكما حتى نهاية العدة[4].
- أما رفع رابطة الزواج في الحال أو في المآل، يأخذ عليه أنه قد لا يرتفع قيد النكاح، و هذا في حال الطلاق الرجعي عند مراجعة الزوج لزوجته أثناء العدة[5].

1- كاملي مراد، الوجيز في قانون الأسرة، مذكرة لطلبة السنة الرابعة علوم قانونية و إدارية، مرجع سابق، ص 51.

2- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة لجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات، مرجع سابق، ص 171.

3- عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه و التشريع و القضاء، منشورات ثالة، الجزائر، ص 14.

4- كاملي مراد، الوجيز في قانون الأسرة، مذكرة لطلبة السنة الرابعة علوم قانونية و إدارية، مرجع سابق، ص 51.

5- المرجع، نفسه، ص 52.

الفرع الثاني :

تعريف الطلاق قانونا:

لقد حدد المشرع انحلال الرابطة الزوجية في الباب الثاني من التشريع في التقنين 09/05 المعدل و المتمم في المادة 47 أنه تحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة[1] و منه أيضا في المادة 48 من نفس القانون، مما يجب الإشارة إليه أن الطلاق شامل لأنواع حل الزوجية بغير وفاة أو فسخ، و يشمل الطلاق بإرادة الزوج المنفردة أو بتراضي الزوجين ، كما يشمل التطليق و ذلك بحكم قضائي بناء على طلب الزوجة حسب المادة 53 ق.أ.ج.

و عليه، من الملاحظ في تعريف المشرع للطلاق أنه أكثر استيعابا، و دقة من غيره من التعاريف الفقهية الأخرى.

الفرع الثالث:

تمييز الطلاق عن الفسخ:

الفرقة الزوجية إما أن تكون بوفاة أو بفسخ أو بطلاق، ويختلف الطلاق عن الفسخ في أوجه خمسة:

1-الفسخ حكم ببطلان العقد و إزالة للحل المترتب عنه خلافا للطلاق الذي هو إنهاء للعقد، و بالتالي إقرار بالحل الذي نشأ عن العقد قبل وقوع الطلاق.

2-الطلاق لا يكون إلا بعد عقد صحيح لازم، بينما الفسخ يكون تقريرا لبطلان العقد من الأصل، و هو ما يقره نص المادة 32 ق.أ.ج.[2]

3-الفسخ لا ينقص عدد الطلاقات التي يملكها الرجل بعقد الزواج، أما الطلاق فينقص به.

---

[1]- عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه و التشريع و القضاء، مرجع سابق، ص 13.

[2]- تنص المادة 32 ق.أ.ج "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد"وهو نفس المعنى الذي تضمنته نصوص المواد(33 و 34) من ق.أ.ج.

4-الفسخ قبل الدخول لا يوجب للمرأة شيئا، بخلاف الطلاق يوجب نصف المهر(نص المادة 16 و 33 ق.أ.ج).

5-الفسخ فرقة بائنة لا رجعة فيها، خلافا للطلاق الذي قد يكون رجعيا بالنسبة للشريعة الإسلامية[1].

المطلب الثاني:

طرق الطلاق:

يتضمن قانون الأسرة الجزائري في المادة 48 ثلاث طرق لوقوع الطلاق وهي الطلاق بإرادة الزوج نتطرق له في (الفرع الأول)، و الطلاق بالتراضي بين الطرفين (فرع ثاني)، و الطلاق بطلب من الزوجة (فرع ثالث).

الفرع الأول:

الطلاق بإرادة الزوج:

قد يجد الزوج في سلوك زوجته مالا يستطيع البقاء معها على معاشرتها،و لذلك أباحت له الطلاق إذا كان السبيل الوحيد لحل المشكلة التي وقع فيها، و هذا بعد استنفاد جميع الوسائل التي تسبق الطلاق عادة و هي الموعظة و الحسنة، و الهجر في المضجع و الضرب بغرض التأديب و محاولة الصلح، فإذا تعذرت هذه الأمور و لم يفلح الزوج فيها جميعا له استعمال حقه في الطلاق.

و عليه فان الشريعة الإسلامية و إن أباحت الطلاق للزوج، فإنها جعلته في أضيق نطاق و بناء مبررات مشروعة و إلا اعتبر الزوج متعسفا في استعمال حقه في الطلاق.[2]

1- كاملي مراد، الوجيز في قانون الأسرة، مذكرة لطلبة السنة الرابعة علوم قانونية و إدارية، مرجع سابق، ص 52.

2- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 167-176.

الفرع الثاني:

الطلاق بالتراضي:

هو الطلاق الذي يتم بناء على اتفاق بين الزوجين على إنهاء العلاقة الزوجية[1]،حيث أباحته الشريعة الإسلامية لقوله –تعالى–:" **وَ إِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِه** "[2]. و قوله –تعالى–:"وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلاَقَ فَإِنَّ اللهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ"[3].

و هذا التراضي بالطلاق من شأنه أن يرفع الحرج عن الزوجين معا، فإذا اشتد الخصام أو الخلاف بين الزوجين و لم يتمكنا من الانسجام مع بعضهما البعض بعد استنفاذ جميع الطرق اللازمة للصلح بين الزوجين و اتفقا على إنهاء الرابطة الزوجية بطريق ودي فلهما ذلك[4].

الفرع الثالث:

الطلاق بطلب من الزوجة:

بمعنى أن الزوجة إذا تضررت من سلوك زوجها فإنها لا تطلق نفسها بنفسها، و إنما لها أن تطلب الطلاق من القاضي بناء على جملة من المبررات التي تستدعي طلب الزوجة فراق زوجها، و هذه المبررات نصت عليها المادة 53 المتعلقة بالتطليق و المادة 54 المتعلقة بالخلع، حيث يجوز للزوجة أن تخلع زوجها إن لم تطق العيش معه[5]، لقوله –تعالى–: " **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاّ يُقِيْمَا حُدُودَ اللهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيْمَا إِفْتَدَتْ بِهِ**"[6].

1– كاملي مراد، الوجيز في قانون الأسرة، مذكرة لطلبة السنة الرابعة علوم قانونية و إدارية، مرجع سابق، ص 64.

2– سورة النساء، جزء من آية 130.

3– سورة البقرة، الآية 227.

4– بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 176.

5– بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 176.

6– سورة البقرة، الآية 229.

المطلب الثالث:

أقســـــام الطلاق:

ينقسم الطلاق إلى قسمين الطلاق الرجعي و نلخصه في (الفرع الأول)، و الطلاق البائن (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

الطلاق الرجعــي:

و هو الطلاق الذي يملك فيه الزوج مراجعة زوجته و هي لازالت في عدتها من غير حاجة إلى عقد و مهر جديدين[1]، و الأصل في الطلاق الذي يوقعه الزوج رجعيا، و هذا في الطلقة الأولى و الثانية مادامت الزوجة المطلقة في عدتها لقوله تعالى"**الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَو تَسْرِيحٌ بَإِحْسَانٍ** "[2].إذ يستطيع الزوج أن يراجعها في أية لحظة كانت دون قيد أو شرط، حتى لو لم تكن الزوجة راضية، فباستعمال الرجعة تبقى الزوجية قائمة.

أما إذا انتهت العدة ولم يراجعها، أو راجعها بعد انتهائها، فإننا نخرج من الطلاق الرجعي إلى القسم الثاني من الطلاق و هو الطلاق البائن.[3]

الفرع الثاني:

الطلاق البــائن:

و هذا النوع من الطلاق ينقسم بدوره إلى قسمين طلاق بائن بينونة صغرى، و طلاق بائن بينونة كبرى.

1- كاملي مراد، الوجيز في قانون الأسرة، مذكرة لطلبة السنة الرابعة علوم قانونية و إدارية، مرجع سابق، ص 55.

2- سورة البقرة، الآية 229.

3 - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 177.

حيث سنتطرق للطلاق البائن بينونة صغرى (أولا)، و الطلاق البائن بينونة كبرى (ثانيا).

أولا: طلاق بائن بينونة صغرى:

وهو الطلاق الذي يستطيع الزوج أن يراجع زوجته فيه بعد طلاقها و بعد انتهائها عدتها، غير أنه لا يستطيع إلا بعقد و مهر جديدين، لأن العلاقة الزوجية قد انتهت بمجرد انتهاء العدة، و لذلك تطلب الأمر إبرام عقد جديد و مهر جديد أيضا، و يكون هذا النوع من الطلاق في الطلقة الأولى و الثانية.[1]

ثانيا: الطلاق البائن بينونة كبرى:

و هو الطلاق الذي يكون الزوج قد استنفد فيه جميع الطلقات الثلاث، أي طلقها للمرة الثالثة، فهو بذلك لا يستطيع مراجعتها إلا إذا تزوجت رجلا آخر بعده، و يدخل بها، فان طلقها بعد ذلك أو توفي عنها بعد الدخول و انتهت عدتها، جاز له بعد ذلك أن يتزوجها من جديد بعقد و مهر جديدين، و ذلك لقوله تعالى " **فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجَا غَيْرَهُ فَغِنْ طَلَقَهَا فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَا أَنْ يُقِيْمَا حُدُودَ الله وَتِلْكَ حُدُودُ الله يبَيِنُهَا لِقَومٍ يَعْلَمُونْ**"[2]. و هذا النوع من الطلاق يسمى الطلاق المكمل للثلاث[3].

كانت هذه باختصار أحكام عامة حول الطلاق الذي يمكن أن يكون السبيل الوحيد لحل النزاعات الزوجية والتي ممكن أن يكون القاصر طرفا فيها.

1- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 177.

2- سورة البقرة الآية 230.

3- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 178.

المبحث الثاني:

الأهلية المتعلقة بالخصومة الزوجية:

إذا تم الإذن بالزواج للقاصر –و فقا للقانون 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المتعلق بقانون الأسرة–فان هذا الأخير يكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بالزواج و آثاره،و هذا معناه أن المشرع يكسبه الأهلية المدنية في حدود ضيقة، و التي تهم كل ما يتعلق بالحقوق والإلتزامات[1]، أي يحق له اللجوء إلى القضاء للمطالبة بهذه الأخيرة،إضافة إلى شروط و ضوابط يتطلبها القانون لقبول دعاوى الأحوال الشخصية و غيرها من الدعاوى المدنية.

لهذا نقسم الموضوع إلى الشروط اللازمة المتعلقة بالمدعي و المدعى عليه حيث نتطرق للصفة و المصلحة في (المطلب الأول)، أهلية التقاضي في (المطلب ثاني)، أهلية التقاضي في الخصومة الزوجية (المطلب الثالث).

المطلب الأول:

الشروط المتعلقة بالشخص المدعي و المدعى عليه:

بالرجوع إلى الأحوال العادية يتعين على كل فرد يرغب في اللجوء إلى القضاء بدعوى معينة أن تتوفر فيه شروط محددة قانونا،وهي شروط لا بد من توافرها وفي آن واحد، فإذا ما تخلف أحد هذه الشروط فإن دعوى المدعي لا يمكن قبولها.

و بالتالي لا يكفيه أبدا أن يعرف طلبه أمام المحكمة المختصة بالفصل في موضوع ولا أن يعرف الطريقة التي أوجب القانون إتباعها لرفع الدعوى بل يجب أيضا أن تتوفر

1– بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 204.

شروط وهي: الصفة نلخصها من خلال (الفرع الأول)، المصلحة (فرع ثاني)، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية [1].

الفرع الأول:

الصفة:

وهي أن يكون للمدعي صفة المطالبة بالحق، كأن يكون صاحب حق أو نائبا، بأن يكون وكيلا أو وصيا أو قيما أو بصفة عامة ممثله القانوني.[2]

بمعنى أن يكون أحد الزوجين الذي يرفع دعوى ضد الزوج الآخر له صفة في إقامة هذه الدعوى وتقديمها إلى المحكمة، أي يجب تحقيقا لهذا الشرط أن يكون المدعي هو الزوج أو الزوجة أو أحد ممثليهما قانونا، كالولي أو الوصي أو المقدم حسب الحالة، وإذا ما فُقِد شرط الصفة فإن هذا سيؤدي حتما لعدم قبول الدعوى.[3]

مع الملاحظة أن شرط الصفة لا يقتصر تطبيقه على المدعي فقط بل هو شرط يجب توفره في المدعي و المدعى عليه، ويترتب على فقدان صفة المدعي أو صفة المدعى عليه أن يحكم القاضي بعدم قبول الدعوى سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الغير ممن يكونون أطراف في الدعوى، حيث يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه وفقا لنص المادة 13 من ق.إ.ج.م[4]

و إذا سهى أو أخطأ قاضي الحكم و قبل الدعوى ثم فصل فيها دون أن يتحقق من توفر صفة المدعي أو المدعى عليه فانه يحق للخصم أو محاميه أن يطعن في هذا الحكم

1- تنص المادة 13 فقرة 1 على:" لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة, وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون" من قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- طاهري حسين، الدليل القانوني للمتقاضين،ط1، دار الخلدونية، الجزائر،2007، ج1، ص33.

3- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، مدعمة بالاجتهادات القضائية، دار هومه ، الجزائر، ص329.

4 -القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر، عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، المتضمن قانون إجراءات مدنية و إدارية، المادة 13 منه.

بالاستئناف بسبب مخالفة القانون و يطلب إلغاء الحكم و من جديد الحكم بعدم قبول الدعوى.[1]

الفرع الثاني:

المصلحة:

إن شرط المصلحة يعتبر من أهم الشروط الواجب توفرها لقبول الدعوى، خاصة في مسائل الأحوال الشخصية، و قديما قيل أنه لا توجد دعوى إذا كانت لا توجد مصلحة، و من جهة أخرى يمكن القول أن المحاكم لم توجد لإعطاء استشارات قانونية و لا مساعدات اجتماعية و إنما وجدت في الأساس للفصل في النزاعات القائمة بين الأفراد و الجماعات.[2]

أي أن يستند رافع الدعوى إلى حق أو مركز قانوني، الغرض من الإجراء حماية هذا الحق بتقرير عند النزاع فيه أو العدوان عليه أو تعويض الحق من ضرر، من جراء ذلك فلا تكفي المصلحة الإقتصادية للمدعي في دعوى تعويض يرفعها صاحب محل على تاجر آخر منافس له منافسة غير مشروعة، وبالتالي المصلحة هي الفائدة العملية المشروعة التي يراد تحقيقها وهذا بالإلتجاء إلى القضاء، وينبغي أن تكون قائمة.[3]

وفي مجال الخصومات الزوجية المقصود بالمصلحة هو أن يكون الهدف من إقامة الدعوى من الزوج ضد الزوجة أو من الزوجة ضد الزوج هو الحصول على حكم يضمن حماية مصلحة شرعية وإقرارها لأن عدم توفر شرط المصلحة يؤدي حتما إلى عدم قبول الدعوى.[4]

1- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دط، دار هومه، الجزائر، ص 52.

2- المرجع نفسه، ص 54.

3- طاهري حسين، الدليل القانوني للمتقاضين، مرجع سابق، ص33-34.

4- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص329.

المطلب الثاني:

أهلية التقــاضي:

إن من البديهي القول أن أي يشخص لا يمكنه أن يكون طرفا في أية دعوى إلا إذا كان مؤهلا للتقاضي، و لا يكون أهلا للتقاضي كمدعي أو مدعى عليه ما لم يكن متمتعا بأهلية التقاضي، و يرجع في إثبات أهلية التقاضي إلى نص المادة 40 من القانون المدني التي جاء فيها أن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية و لم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، و سن الرشد هو 19 سنة كاملة.

و فيما يلي سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى معنى التقاضي (فرع أول)، و التمييز بين حق التقاضي و حق الدعوى(فرع ثاني).

الفرع الأول:

معنى التقاضــي:

إن للقضاء معان كثيرة ترجع كلها إلى معنى إنقطاع الشيء وتمامه، والمقصود هنا هو الفصل في الخصومات بين الناس، كما أن المراد بالتقاضي اللجوء إلى القضاء ورفع الأمر إليه طالبا للحكم.[1]

– أما التقاضي في الفقه الإسلامي فهو اللجوء إلى القضاء والإدعاء أمامه طلبا للحماية والإنتصاف ودفعا للإعتداء.[2]

كما أن التقاضي هو حق من الحقوق التي يتمتع بها الشخص في الدولة، وهو حق عام إذ يثبت لجميع الأشخاص سواء كانوا ذكورا أو إناثا ودون النظر إلى السن

1– خالد سليمان شبكة، كفالة حق التقاضي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،ص17–18.

2– المرجع نفسه، ص29–34.

أو المركـز الإقتصـادي أو الإجتمـاعي أو الأدبـي، فكـل الأفـراد يتسـاوون أمـام هـذا الحق، وهو كسائر الحقوق العامة لا ينقضي بالتقادم ولا يجوز التنازل عنه إطلاقا لما في ذلك من مخالفة للنظام العام.

إذ نجده مكرسا في دستور1996 في نص المادة 01/32: الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن تكون مضمونة.[1]

الفرع الثاني:

التمييز بين حق التقاضي و حق الدعوى

نظرا لأن حق التقاضي حق عام فهو يتميز عن حق الدعوى فيما يلي:

فالدعوى ليست حقا للكافة ولكنها حق يعترف به القانون لشخص معين إذا توافرت فيه شروط معينة أهمها المصلحة، ولتعلق هذا الحق بشخص معين فإنه يمكن النزول عنه، كما يمكن إنقضاؤه بالتقادم[2].

أما حق التقاضي فهو حق عام يملكه كل شخص في المجتمع ويستطيع بمقتضاه طرح إدعاءاته على القضاء، ويباشر كل شخص المطالبة القضائية، ويلتزم القضاء الحكم فيها حتى ولو صدر الحكم برفض الطلب شكلا أو موضوعا.

على أن مباشرة هذه المطالبة القضائية قد يكون مباشرة لحق الدعوى والتقاضي معا وقد يكون مباشرة لحق التقاضي فقط، وبيان ذلك أن المطالبة القضائية – وهي العمل الذي يباشر به الشخص حقه في الدعوى أو التقاضي– تشمل عنصرين:

عنصر موضوعي: وهو الإدعاء بحق معين.

1– دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، جريدة رسمية رقم 76، المؤرخ في 8 ديسمبر 1996، المعدل بـ القانون 03/02 المؤرخ في 10 أبريل 2002 الجريدة الرسمية رقم 25، المؤرخ في 14 أبريل 2002، و القانون رقم 19/08 ، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ، الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008، مادة 1/32 منه.

2– ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية و قانون الوضعي، مرجع سابق، ص 107.

عنصر شكلي: وهو الإجراء الذي يعبر به الشخص عن هذا الإدعاء.

ولكي يمكن القول بأن مقدم الطلب قد باشر حقه في الدعوى فلا بد أن يكون هذا الإدعاء على أساس، أما إذا إنتفى هذا العنصر الموضوعي أو لم يكن على أساس فإن مقدم الطلب يكون بذلك قد باشر حق التقاضي فقط، ومن ثم فإن مباشرة الشخص حقه في الدعوى هي في الواقع ممارسة لحق التقاضي لكن العكس غير صحيح، إذ أن كل من يلجأ إلى القضاء لا يستعمل حتما حقه في الدعوى إذا كان لن يؤدي إلى تقرير الحق الموضوعي أو حمايته.[1]

وبهذا يتضح أنه إذا كان رافع الدعوى هو صاحب الحق الذي يدعيه كان حق التقاضي وحق الدعوى شيئا واحدا، أما إذا لم يكن هو صاحب الحق فإنه قد يكون قد باشر مجرد حقه في التقاضي.[2]

وبالتالي كل إستعمال للدعوى ما هو في الواقع إلا عبارة عن مباشرة حق اللجوء إلى القضاء وفي المقابل فليس كل لجوء إلى القضاء هو إستعمال للدعوى.

المطلب الثالث:

أهلية التقاضي في الخصومة الزوجية:

تعني صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات أمام القضاء، بمعنى قدرة وإستطاعة الشخص أن يقوم بالأعمال الإجرائية.

حيث سندرس من خلال هذا المطلب المقصود بأهلية التقاضي في الخصومات الزوجية (فرع أول)، أهلية التقاضي في الحالة العادية و الحالة الاستثنائية (فرع ثاني).

1- ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية و قانون الوضعي، مرجع سابق، ص 107.

2- خالد سليمان شبكة، كفالة حق التقاضي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ت ن ، ص37-38.

الفرع الأول:

المقصود بأهلية التقاضي في الخصومات الزوجية

المقصود بالأهلية في الخصومات الزوجية وغيرها هي أهلية التقاضي أمام المحكمة، بمعنى أنه إذا تنازع الزوجان وتخاصما خصاما شديدا وأراد أحدهما أن يتوجه إلى المحكمة لتفصل بينهما في موضوع نزاعهما، فإنه يجب أن يكون كل واحد منهما متمتعا بأهلية التقاضي، بأن يكون بالغا سن الرشد المدني وهو 19 سنة كاملة، وفقا لما نصت عليه المادة 42 من القانون المدني الجزائري، ومتمتعا أيضا بقواه العقلية أي غير مجنون وغير محجور عليه، لأنه لا يجوز للمحكمة أن تقبل أية دعوى من(أو) على شخص فاقد الأهلية أو ناقصها إلا بواسطة ممثله القانوني، وإذا رفعت دعوى أمام المحكمة من(أو) على مثل هذا الشخص فإنه يجب عليها أن تحكم بعدم قبول الدعوى وليس برفضها ولا بإلغائها أو بطلانها، وللقاضي مطلق السلطة التقديرية في تقدير توفر أو عدم توفر شرط الصفة وشرط الأهلية.[1]

من خلال ما سبق نجد أن أهلية التقاضي شرط لصحة المطالبة القضائية أو ما يسمى كذلك بالأهلية الإجرائية، وهي تحدد بسن معينة وفي التشريع الجزائري 19 سنة، تبعا لذلك إذا لم يحز الشخص على هذه الأهلية الإجرائية أي أهلية التقاضي، لا يجوز له القيام بالأعمال الإجرائية وإنما يقوم بها شخص آخر يمثله، وهذا ما يسمى بالتمثيل الإجرائي الذي يقوم به الشخص الذي ينوب عن عديم أو ناقص الأهلية.

على هذا الأساس إذا كان رافع الدعوى نائبا عن صاحب الحق فيجب أن يكون رفع الدعوى والتقاضي ضمن حدود السلطة المخولة له شرعا أو إتفاقا أو قانونا: كالوكيل بالنسبة للموكل، والوصي أو الولي أو القيم بالنسبة لناقص الأهلية أو المحجور عليه.[2]

1- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص329.

2- طاهري حسين، الدليل القانوني للمتقاضين، مرجع سابق، ص36.

إضافة إلى أن تخلف الأهلية يترتب عليه بطلان العمل القضائي، فهي شرط لمباشرة الدعوى وليست شرطا لوجودها، ويعد هذا البطلان الناشئ عن تخلفها متعلقا بالنظام العام فالأهلية ليست شرطا لقبول الدعوى وإنما لمباشرة إجراءاتها.[1]

الفرع الثاني:

أهلية التقاضي في الحالة العادية و الحالة الاستثنائية

سنتطرق لأهلية التقاضي في الحالة العادية (أولا)، و الحالة الاستثنائية(ثانيا).

أولا: في الحالة العادية :

أي تمتع كل من الزوجين المتخاصمين بأهلية التقاضي،حيث نجد أنه لابد من توفر ثلاثة شروط هي: الأهلية، الصفة والمصلحة وفي حالة الخصومات الزوجية إلى جانب هذه الشروط يتعين تقديم نسخة من عقد الزواج مستخرجة من سجلات الحالة المدنية الموجودة بالبلدية، بمعنى أنه إذا أرادت الزوجة أن ترفع دعوى ضد زوجها تطلب الطلاق أو الحضانة أو النفقة لها أو لأولادها، و كذلك بالنسبة للزوج إذا أراد أن يقيم دعوى فإنه يتوجب على من يتقدم منهما إلى المحكمة بصفته مدعيا ضد الآخر أن تكون لديه نسخة من عقد الزواج وشهادة عائلية يقدمها إلى المحكمة رفقة عريضة إفتتاح الدعوى، حيث تتضمن هذه العريضة البيانات المنصوص عليها في المادة 429 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .[2]

إلى هنا نجد أنه إذا أراد أحد الزوجين اللجوء إلى المحكمة لتقضي له بما يزعم من حقوق ناتجة عن هذا الزواج أو الطلاق أو مترتبة عنهما فإنه يجب عليه مبدئيا أن يحسب حساب هذه الشروط (صفة، مصلحة، أهلية التقاضي 19 سنة).

1 – طاهري حسين، الدليل القانوني للمتقاضين، مرجع سابق، ص36.

2–قانون رقم09–08مؤرخ في 18 صفر عام 1429، الموافق 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

فلا يقع طلاق المجنون و الصبي و المعتوه الذي لا يعقل لأن العقل شرط أهلية التصرف لأن به يعرف كون التصرف مصلحة و هذه التصرفات ما شرعت الا لمصالح العباد و لأن الطلاق قول يزيل الملك فاعتبر له العقل كالبيع. [1]

وعندما تتم عملية إقامة الدعوى من أحد الزوجين ضد الآخر، تقيد القضية حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخة العريضة الإفتتاحية ويسلمها المدعي بغرض تسليمها رسميا للخصوم، ويجب إحترام مهلة (20) يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة، ويمدد هذا الأجل لمدة (03) ثلاثة أشهر إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما في الخارج، طبقا لنص المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[2]

بعدها يحضر الخصوم في التاريخ المحدد شخصيا أو بواسطة محاميهم أو وكلائهم، طبقا لنص المادة 20 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- ثانيا: الحالة الاستثنائية:

حيث نجد أنه هناك إستثناء على قاعدة عدم جواز اللجوء إلى القضاء إلا ببلوغ سن الرشد القانوني19 سنة، وهذا من خلال نص المادة السابعة من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر05-02 التي منحت للزوج القاصر أهلية التقاضي؛ أي يتمتع بحق اللجوء إلى القضاء ورفع دعوى قضائية حتى وإن لم يكن قد بلغ السن المشترطة في ذلك، وهذا فيما يتعلق فقط بآثار عقد الزواج من حقوق وإلتزامات.

فلا يعقل من جهة أن نمنح القاصر الإذن والترخيص لإبرام عقد زواج ثم من جهة أخرى نمنعه من اللجوء إلى القضاء فيما يتعلق بآثار هذا العقد، فالإشكال يكمن في أن المشرع كان عليه أن يرشّد الزوج القاصر بمجرد الزواج برخصة وأن لا يقتصر الأمر

1- أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد (الزواج و الطلاق)، ط 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2012، ص 145- 148.

2- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص330.

على إكتسابه أهلية التقاضي في نطاق آثار الزواج فقط، فهل من المعقول أن يصبح الذكر زوجا يتحمل مسؤولية أسرة وليست له السلطة في التصرف في أمواله كونه ناقص الأهلية؟، أي يكون خاضعا لأحكام الولاية على المال من طرف وليه أو وصيه بحسب الأحوال طبقا لنص المادة 81 من قانون الأسرة.[1]

- من جهة نجد أن أهلية التقاضي والتي يتمتع بها الزوج القاصر مقتصرة فقط على آثار عقد الزواج من حقوق والتزامات ، أما فيما يتعلق بالطلاق فالأمر مختلف إذ لا يتمتع الزوج القاصر بأهلية التقاضي برفع دعوى الطلاق حيث نصت المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:

" عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب بإسمه، من قبل وليه، أو مقدمه حسب الحالة".

وبالتالي نجد الطلب يكون باسم القاصر ولكن الذي يقدمه وليه أو مقدمه.

بهذا قد يقصد المشرع الجزائري المحافظة على رابطة الزوجية إذ من جهة يحق المطالبة بآثار عقد الزواج ولكن لحل هذا العقد لا بد أن يكون هذا الطلب مقدما من قبل الولي أو المقدم و بالتالي يفترض فيه أنه مطلع على الطلب وتداعيات رفع دعوى الطلاق وهذا وفقا لنص المادة 437 ق.ا.ج.[2]

وإذا كان طلب الطلاق يقدم بإسم القاصر من قبل وليه فإنه في جلسات الصلح يمكن أن يكون الزوج القاصر فقط دون وليه حاضرا لأنه ممكن أن تكون هناك أمور شخصية لا يصح أن يطلع عليها الولي (كأن تسبب الإحراج للزوج أو الزوجة).

ضف إلى هذا حين ترفع الدعوى من قبل الزوج القاصر المتمتع قانونا بأهلية التقاضي ضد زوجته القاصرة، هل تحضر هذه الأخيرة إجراءات المرافعة بصفتها زوجة

1- أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل و المتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

2 - قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات و الإدارية.

قاصرة أم أن وليها هو من يتولى الحضور عنها ؟، خاصة إذا علمنا أن قضايا شؤون الأسرة وخاصة الزواج والطلاق من القضايا المعقدة جدا والتي تحتاج إلى إجراءات وشروحات خاصة، كذلك تثار مسألة خلع القاصرة، فتعامل معاملة السفيهة في خلعها فتصرفاتها المالية لا تسري إلا بإذن وليها أو المحكمة المختصة[1]، أما فيما يتعلق بجلسات الصلح فتكون وجوبيه وفي جلسات سرية طبقا لنص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[2]

من جهة أخرى تجدر الإشارة هنا أنه في حالة رفع دعوى الطلاق يجب على المدعى أن يبلغ رسميا المدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة وفقا لنص المادة 438 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[3]

وهل يمكن لولي الزوجة القاصرة حضور جلسة الصلح في قضايا الطلاق أم لا ؟ هذه مجموعة من التساؤلات و الثغرات التي لم يعالجها لا قانون الأسرة و لا قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

غير أنه في المجال التطبيقي و باتصالي مع بعض محامين و قضاة شؤون الأسرة وجدت أنهم إنقسموا إلى قسمين في هذا الشأن:

1-هناك من يعامل القاصر في الدعوى كالراشد ما دام قد تم ترشيده لإبرام عقد الزواج، وبالتالي يقبلون الدعوى سواء ما تعلق منها بآثار عقد الزواج أو الطلاق أو التطليق أو الخلع، من الزوج أو الزوجة القاصر(ة) على أساس أنه مادام قد تم ترشيده لإبرام العقد فإنه يرشد كذلك فيما يترتب عن هذا العقد من آثار، وكذا فيما يتعلق بإنحلاله (طلاق، تطليق وخلع) وآثار ذلك من (النفقة، الحضانة، المسكن والنزاع في متاع البيت).

1 – محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق ، ص 337.

2- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات و الإدارية. .

3- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات و الإدارية.

2-وهناك من لا يقبل دعوى الطلاق أو التطليق إذا كان رافع الدعوى قاصرا سواء الزوج أو الزوجة، بل لابد من تقديم الطلب من قبل الولي تطبيقا لنص المادة 437 أعلاه.

-أما فيما يتعلق بخلع القاصرة فنجد أنها تعامل في خلعها معاملة السفيه، وذلك لما يأتي:[1]

أولا: أنها محجور عليها بالفعل، فتصرفاتها المالية لا تسري إلا بإذن وليها، إذا كان هذا في المعاملات المالية، فكيف يكون الشأن في بدل الخلع الذي يعتبر تبرعا في مؤداه لأنه لا يقابل بمال.

ثانيا: أنها لا تعد راشدة بحكم القانون، ذلك لأن هذا الأخير لم يعط الرشد إلا لمن بلغ 19 سنة كاملة، وبالتالي قبل بلوغ هذه السن لا يمكن أن تكون راشدة ولا يمكن إلزامها بدفع بدل الخلع وذلك يرجع إلى عدم قدرتها على التصرف المالي وخصوصا التبرع.[2]

ثالثا: أن الشرع قرر أنه لا يدفع المال إلا إذا آنس الرشد،**قال تعالى:**" **فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ**"،[3] وقد إعتبر القانون فترة إيناس الرشد هي تلك الفترة التي تكون بين 13 سنة (سن التمييز) إلى حين بلوغ سن الرشد 19 سنة، وهذا طبقا لنص المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري:

" للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك".

وعلى ذلك إذا خلعت من تكون في هذه الفترة يقع الطلاق ولا يجب المال، ويكون الطلاق حينئذ رجعيا، لأنه لما لم يصح إلتزام المال، كان طلاقا مجردا لا يقابله شيء من المال؛ فيقع رجعيا وإذا مات وهي في العدة ترثه بحقها الشرعي ككل طلاق رجعي.[4]

1- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص337-338.

2- المرجع نفسه، ص 338.

3- سورة النساء: آية 06.

4- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 338.

وهذا قياسا على أحكام الشريعة الإسلامية التي يرجع إليها القاضي في حالة غياب نص قانوني طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة.[1]

إضافة إلى هذا يمكن الإشارة إلى أنه إذا كانت المحجور عليها فاقدة الأهلية بأن تكون مجنونة، أو ثبت أنها كانت مجنونة وقت الخلع و تولت هي الصيغة، فلا يقع الطلاق و لا يثبت المال، و ذلك لأن عبارة فاقد الأهلية ملغاة لا توجب شيء، أما إذا كان الذي تولى الخلع عن المحجور عليها وليها ، فإن التزام أداء البدل من ماله، فان الطلاق يقع و المال يلزم الولي.[2]

مما سبق نخلص إلى:

- ❖ عدم تمتع الزوج القاصر بسلطة التصرف في أمواله إذ يبقى خاضعا لسلطة الولي أي أن الترشيد لم يطل الناحية المالية للزوج القاصر بل إقتصر فقط على التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج.
- ❖ فيما يتعلق بإنحلال الرابطة الزوجية يقدم الطلب بإسم الزوج القاصر من قبل وليه.
- ❖ ما يعاب على المشرع الجزائري عدم منحه المسألة (إنحلال الزواج بالنسبة للقاصرين) حق قدرها، فهو لم ينص على الإجراءات الواجب إتباعها خاصة بالنسبة للزوج القاصر و كذلك الخلع، وأنا في هذا أؤيد عدم جواز خلع الصغيرة و المحجور عليها الذي نقيس عليه غير البالغة سن الرشد القانونية بل لا بد أن يكون الخلع بين ولي القاصرة وزوجها.

على هذا الأساس كان لابد على المشرع أن يهتم بهذه المسائل والنص عليها صراحة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لأن الأمر كله مبني على مصلحة القاصر.

1 – أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل و المتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

2- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 336.

المبحث الثالث:

الطلاق بواسطة القاضي وجزاء مخالفة سن الأهلية

إذا كان المشرع قد حدد سن الزواج بـ 19 سنة كاملة ، إلا أنه لم يعامل كل الأشخاص بنفس المعاملة فيما يخص دعاوى انحلال الزواج حيث أنه خول القاضي سلطة الإعفاء من السن المحددة للزواج إذا تبين له أن الزواج الذي يراد إبرامه فيه مصلحة لأحد الزوجين أو كلاهما، كما سبق و أن تعرضنا لذلك، حيث يثور التساؤل حول حكم الزواج الذي يتم دون ترخيص و دون بلوغ السن القانونية للزواج من جهة، و من جهة أخرى حكم الطلاق في حالة حل الرابطة الزوجية كذلك في هذه الحالة؟.

حيث سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى الطلاق بواسطة القاضي في (المطلب الأول)، و جزاء مخالفة سن الأهلية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

الطلاق بواسطة القاضي:

سبق أن أشرنا بأن الطلاق هو ما أوقعه الزوج بإرادته المنفردة حتى و إن احتاج الأمر إلى صدور حكم بالطلاق بناء على رغبة الزوج، أما إذا طلبت الزوجة من القاضي التفريق بينها و بين زوجها، فإن هذا يسمى تطليقا فتطلب من القاضي أن يطلقها إذا لم تطق العيش مع زوجها، و حق الطلاق مقرر لكلا الزوجين كذلك بالنسبة للقاصرين.[1]

من خلال هذا المطلب نتطرق إلى دعاوى الانحلال مدنيا (فرع أول)، و دعاوى الانحلال جزائيا (فرع ثاني).

1 – بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 179.

الفرع الأول:

دعاوى الإنحلال مدنيا:

دعاوى انحلال الزواج تعرض على المحكمة المختصة محليا و نوعا، فمحليا تختص بالنظر في المنازعات التي تثار بين الزوجين محكمة مقر مسكن الزوجية وفق ما نصت عليه المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، كذلك يجوز للزوجين الاتفاق على أن يحل خلافهما أمام المحكمة الأقرب أو التي يختارانها، و في هذه الحالة لا يحق للقاضي المختص أن يرفض دعواهما لعدم الاختصاص المحلي.[1]

أما عن الاختصاص النوعي فإن الدعوى أمام قسم شؤون الأسرة على مستوى محكمة الدرجة الأولى للقضاء العادي، و الاختصاص النوعي من النظام العام تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى و هذا طبقا لنص المادة 36 من قانون إجراءات المدنية و الإدارية.[2]

و الدعوى تقام أو تسجل بكتابة الضبط بموجب عريضة تعنون بعريضة افتتاح دعوى[3]، و التي تتضمن البيانات المنصوص عليها في المواد 14، 15 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.[4]

و من الدعاوى التي تقام دعوى فسخ الزواج، دعوى الطلاق، دعوى التطليق، دعوى الخلع، دعوى اللعان، دعوى الطلاق بالتراضي، دعوى نزاع في متاع البيت، و التي قد يكون أحد أطرافها أو كلاهما ناقص أو عديم الأهلية.

---

1 – يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج و الطلاق)، مرجع سابق، ص 78.

2 – قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات و الإدارية.

3 – يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج و الطلاق)، مرجع سابق، ص 79.

4 – قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات و الإدارية.

الفرع الثاني:

دعاوى الانحلال جزائيا

يجوز لأحد الزوجين استنادا إلى نص المادة 330 من قانون العقوبات[1]، تقديم شكوى للنيابة العامة بتهمة ترك مقر دار الزوجية و ذلك لمدة شهرين أو أزيد بدون مبرر قانوني.[2]

للزوجة أيضا أن تقدم شكوى ضد زوجها الذي تخلى عنها ماديا و معنويا، كذلك لها أن تقدم دعوى عدم تسديد النفقة، كما يجوز لأحد الزوجين أو كليهما حسب الحالة التقدم بشكوى عدم تسليم طفل، فكل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة، يشكل جريمة معاقب عليها، و كمثال على ذلك أن تسند الحضانة للأم و يمتنع الأب من تسليم الولد لأمه.[3]

إذا و استنادا لما ذكر فيمكن أن يكون أحد الزوجين المتنازعين أو كلاهما قاصرا، أو به عارض من عوارض الأهلية التي تصيب العقل فتعدم الأهلية كالجنون و العته، أو تصيب الإنسان في تدبيره فتنقصها، كالسفيه و ذي الغفلة، فلا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية فيكون الولي أو الوصي هو من يباشر إجراءات الدعوى باسم و لحساب ناقص أو عديم الأهلية هذا و فقا لما جاء في نص المادة 42 و 43 من قانون الأسرة الجزائري.[4]

1 – قانون رقم 06– 23، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، وفق آخر تعديلات، متضمن قانون العقوبات الجزائري.

2 – يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج و الطلاق)، مرجع سابق، ص 80.

3 – المرجع نفسه، ص 80– 81.

4 – قانون رقم 07–05، المؤرخ في 13 مايو، سنة 2007، جريدة رسمية رقم 31، مؤرخة في 13 مايو، 2007، المتضمن القانون المدني

المطلب الثاني:

جزاء مخالفة سن الأهلية:

تضاربت آراء الفقه الجزائري إلى رأيين نظرا لعدم وجود موقف محدد من طرف المشرع الجزائري حيث ذهب :

الرأي الأول: إلى أن المشرع لم يمنح المادة السابعة القيمة القانونية اللازمة وأن قانون 63-224 ملغى بموجب قانون الأسرة، هذا ما سندرسه في (فرع أول).

الرأي الثاني: يرى أن المشرع قد منح المادة السابعة القيمة القانونية اللازمة من خلال قانون 63-224 الذي لازال ساري المفعول، هذا ما سندرسه في (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

الرأي القائل بعدم وجود جزاء على مخالفة سن الأهلية:

يرى هذا الجانب الأول من الفقه أن المشرع الجزائري قد جاء في المادة 7 من ق.أ.ج بتحديد سن الزواج و لكن لم يعط لذلك التحديد القيمة القانونية اللازمة فهو نهي دون جزاء و خاصة أن المادة 22 ق.أ.ج تسمح بالزواج العرفي.[1]

حيث قد يتحايل البعض ويبرم عقد زواج شرعي (الفاتحة) بتوفر الركن والشروط دون اللجوء إلى العقد المدني، وبعد بلوغ السن القانونية (19 سنة) يتم تسجيله بموجب حكم قضائي طبقا لنص المادة 22 من قانون الأسرة.[2]

إذا كان الأصح والأصل أن عقد الزواج يسجل في الحالة المدنية قبل الدخول، فإنه قد توجد بعض الحالات التي يكون فيها دخول دون تسجيل، ونظرا لأهمية

1- كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص و اجتهادات القضاء، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في القانون فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، سنة 2014-2015، ص 145.

2 - أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل و المتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

التوثيق والتسجيل فإنه يعمد لتسجيل هذا الزواج بحكم قضائي طبقا لنص المادة 22 من قانون الأسرة، وبالتالي يمكن القول أن هذه المادة قد أجازت الزواج العرفي رغم أنه اختل فيه عنصر الرسمية.

فهنا لابد لإثباته من صدور حكم قضائي عن قاضي شؤون الأسرة أو أمر صادر عن رئيس المحكمة بعد التأكد من توافر أركان الزواج و شروطه، و هذا بطلب من الزوجين أو أحدهما أو طلب من النيابة العامة و لكون الزواج من المسائل المتعلقة بحالة الشخص و هي من النظام العام، أوجب المشرع أن يتم تسجيل حكم أو أمر تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة بأن ترسل هذه الأخيرة نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية تأمره فيها بالتسجيل تنفيذا لما جاء في الحكم أو الأمر مع التنويه بأن هذا الأخير قابل للطعن فيه بالاستئناف.[1]

من بين قضايا إثبات الزواج العرفي أو توثيقه نذكر منها ما يلي:

❖ ملف رقم 492298 قرار بتاريخ 2099/04/08

قضية (ي.ع) ضد (م.م.ف) بحضور النيابة العامة

الموضوع: زواج عرفي– عقد زواج . توثيق.

قانون الأسرة: المادتان 9، 9 مكرر.

فمن المقرر قانونا أنه يعتبر القرار بالزواج العرفي، أمام الموثق، إبرام لعقد الزواج أمام الموثق و حجة تجاه الغير.[2]

❖ ملف رقم 479392 قرار بتاريخ 2009/03/11

قضية (ورثة ع.ع و من معه) ضد (خ.ف)

---

[1]– لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهادات المجلس الأعلى و المحكمة العليا (من سنة 1982 الى سنة 2014)، دار هومه، الجزائر، 2014، ص 65.

[2]– مجلة المحكمة العليا، العدد 02، سنة 2009، ص 301، عن نسرين شريقي، كمال بو فرفورة، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

الموضوع: زواج عرفي– إثبات– و فاة الزوج.

قانون الأسرة: المادتان 22، 9.

فمن المقرر قانونا أن القاضي غير ملزم في مجال إثبات الزواج العرفي بعد وفاة الزوج بالرجوع إلى تطبيق الشريعة الإسلامية و توجيه اليمين للزوجة مادام النص القانوني موجود.[1]

حيث أن الإجراءات القانونية المتعلقة بتسجيل عقد الزواج تسمى بالشروط القانونية لعقود الزواج في الإسلام فهي شروط يضعها المشرع الوضعي لجلب مصلحة أو دفع مفسدة،[2]مع العلم أن الزواج الكامل الأركان و الشروط يعتبر صحيحا، و لكن عدم تسجيله في سجل الحالة المدنية يضيع حقوق الزوجين و الأولاد، و لهذا لا يقبل التفريط في تسجيل عقد الزواج و إهماله لأنه يؤثر بشكل سلبي في مستقبل الزوجة و الأولاد.[3]

فمن خلال ما تقدم نجد أن المشرع لم يعط المادة السابعة من قانون الأسرة القيمة القانونية اللازمة لها على أساس أنه يمكن إبرام عقد زواج دون السن القانونية المحددة له (والمقصود الزواج الشرعي– الفاتحة)، وبعد مضي مدة من الزمن وبلوغ السن القانونية يتم التوجه إلى المحكمة ويسجل الزواج بموجب حكم قضائي وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المادة 21 و22 من قانون الأسرة، وتطبيقا للأوضاع والإجراءات المنصوص عليها في المادة 39 من قانون الحالة المدنية.[4]

وبالتالي حسب هذا الرأي فإن باب التحايل على تطبيق نص المادة 07 ما يزال مفتوحا، وأن الناس ما يزالون يبرمون عقود زواج دون الرخصة المطلوبة، وبعدها يضعون غيرهم أمام الأمر الواقع، وبعد مرور مدة من الزمن، وإنجاب الأولاد يلجؤون إلى رئيس

1– مجلة المحكمة العليا. العدد 02، سنة 2009، ص 287، عن نسرين شريقي، كمال بو فرفورة، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

2– السيد أبوعيطة، الزواج و الطلاق في زمن العولمة، ط 1، دار الفكر الجامعي، 2014، ص 60.

3– نسرين شريقي كمال بو فرفورة، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 49

4 – الأمر رقم 70– 20، المؤرخ في 1970/02/19، متعلق بالحالة المدنية المعدل و المتمم بالقانون رقم 14– 08 المؤرخ في 09 غشت سنة 2014 و المتضمن قانون الحالة المدنية.

المحكمة فيطلبون منه إصدار حكم قضائي بتسجيل عقود زواجهم ما دام أن عقد زواجهم عقد شرعي وقانوني، ولا يعتبر باطلا ولا فاسدا، وما دامت النيابة العامة لا تقوم بأي إجراء جزائي ضدهم. إضافة لذلك يمكن حل الرابطة الزوجية دون اللجوء إلى القضاء في هذه الحالة، أو قد يبقى الزوجان معلقان لا هما متزوجين و لا بمطلقين و كل الأضرار تلحق بالأولاد في حالة الإنجاب. [1]

كما يمكن الإشارة إلى أن للتوثيق عدة منافع، من إمكانية حفظ العقد المكتوب مدة طويلة و غير محددة، و منها سهولة الرجوع إليه عند النزاع أو في حالة فك الرابطة الزوجية مما لا يتوفر في الشهود، كذلك معرفة الأمة لتاريخها و تسلسل أجيالها إضافة إلى حفظ أجيالها لأنسابها.[2]

الفرع الثاني:

الرأي القائل بوجود جزاء على مخالفة سن الأهلية:

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى نقيض ما تقدم وهو أن المشرع الجزائري قد أعطى لنص المادة 07 من قانون الأسرة القيمة القانونية اللازمة لها، و ذلك بواسطة قانون 1963/06/29 إذ أن قانون الأسرة في صياغته الأصلية أو التي طرأت عليها تعديلات قد اكتفى فيه المشرع بتحديد سن الزواج و التي ألغى بموجبها المادة 1 من قانون 1963، أما المواد الأخرى الواردة لازالت سارية المفعول ما دام أن عقد زواجهم عقدا شرعيا وقانونيا.[3]

وبالتالي في إعتقاد أصحاب هذا الرأي أن المواد 2-3-4 من القانون 63-224 تبقى سارية المفعول، لعدم وجود ما يماثلها أو يخالفها أو يعارضها في قانون الأسرة.

1- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط2، دار هومه الجزائر،2007، ص 61.

2- السيد أبوعيطة، الزواج و الطلاق في زمن العولمة، مرجع سابق، ص 59.

3- كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص و اجتهادات القضاء، مرجع سابق، ص 145-146.

حيث تتضمن هذه المواد جزاء مخالفة سن الأهلية، فنصت المادة الثانية (02) من قانون 63-224 على ما يلي:

" إن ضابط الحالة المدنية أو القاضي أو الأزواج و ممثليهم الشرعيين و شركائهم الذين لم يراعوا شروط السن المحددة في المادة الأولى يعاقبون بالحبس من 15 يوما إلى 3 أشهر، وبغرامة من 400 إلى 1000 فرنك جديد، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط".[1]

فيستخلص من هذه المادة أن عقوبة الحبس والغرامة المنصوص عليها، توقع على كل من يخالف شرط السن سواء من ممثلي السلطة العامة أو من الأولياء أو الزوجين أو الشهود، سواء في قد الزواج أو انحلاله.

وبهذا يكون قانون 63-224 قد حقق المصلحة المرجوة من وراء تحديد سن الزواج.

نخلص في الأخير من خلال هذين الرأيين المتضاربين، الأول الذي يرى أن المشرع الجزائري لم يعط المادة السابعة القيمة القانونية اللازمة، وأن قانون 63-224 قانون ملغى بموجب المادة 223 من قانون الأسرة، لا يمكن الإعتماد عليه، و الثاني الذي يرى أن المشرع الجزائري قد أعطى القيمة القانونية اللازمة للمادة السابعة من قانون الأسرة، وهذا من خلال قانون 63-224 الذي لا يزال ساري المفعول.

حيث لا نرى أن القانون 63-224 ساري المفعول، كوني أجد أن المادة 222 من قانون الأسرة تحيل إلى أحكام الشريعة في كل ما لم يرد النص عليه في القانون، وليس الإحالة إلى قانون قديم أو سابق، و بالتالي يبقى الإشكال قائم، ما يستوجب على المشرع أن يضبط المسألة بالحل الأمثل، لما لها من الأهمية والخطورة على الطفل القاصر بصفة خاصة، وعلى المجتمع بصفة عامة، وذلك بأن ينص صراحة على جزاء أو عقوبة لكل مخالف لأحكام المادة 07 .

[1]- قانون رقم 63-224 بتاريخ 1963/06/29 خاص بتحديد سن الزواج، المنشور بالجريدة الرسمية 02، سبتمبر 1963، المادة 2 منه.

الخاتمة

إن الأسرة هي الخلية الأساسية لبناء المجتمع باعتبار أنها منبع للمعاني الإنسانية، ولما لوحظ ما لعقد الزواج من الأهمية في الحالة الإجتماعية، من جهة سعادة البيت وإستقراره أو شقائه، و ما يفترض عدم الإقدام على إبرام عقد الزواج أو انحلاله إلا بتوفر الأهلية الكاملة، حيث نجد في هذا الإطار أن التشريع الجزائري على غرار الشريعة الإسلامية و التشريعات الوضعية الأخرى قد حدد سنا معينة للزواج لا يسمح بالنزول عنها كقاعدة وكأصل، إلا أنه و كاستثناء السماح و الإذن بالزواج قبل اكتمال السن القانونية لمن كانت ظروفه وأحواله تستدعي ذلك، يخضع تقديرها للسلطة التقديرية للقاضي، أما أهلية التقاضي فهي شرط لصحة المطالبة القضائية، فبتخلفها يترتب عليه بطلان العمل القضائي.

فمن خلال بحثي و دراستي في هذا الموضوع المعنون بالأهلية في عقد الزواج و انحلاله توصلت إلى الملاحظات و النتائج التالية:

- لا يوجد دليل شرعي لا من **القرآن** ولا من السنة يحدد بصفة دقيقة وواضحة ومعلومة الحدود سنا معينة للزواج ، حيث نجد بأن الفقهاء يربطون أهلية الزواج بعلامات تدل على قدرة الفتى والفتاة على التناسل، وعند تأخر هذه العلامات حددوا لذلك سنا يعتبر حدا أدنى يختلف بحسب المذاهب الفقهية مراعاة لبيئتهم ومجتمعهم الذي يعيشون فيه مع العلم أن حصول البلوغ هو في الواقع إعلان طبيعي لأهلية الشخص واستعداده الفيزيولوجي والنفسي للزواج.
- إذا كانت هذه هي القاعدة في الفقه الإسلامي، فإننا نجد إستثناء عليها يقضي بإمكانية الزواج قبل البلوغ، حيث أجازوا فقهاء الشريعة زواج الصغير و غير العاقل لإمكانية توفر المصلحة في تزويجهما.
- كما أن سن الزواج في القوانين الوضعية، نجد أنه يختلف من دولة لأخرى وهذا بحسب تقدير الحاكم لأن الرشد يختلف بإختلاف المناطق والبيئات.

- لم يحدد المشرع الجزائري السن الأدنى الذي يمكن للقاضي أن يصل إليه في حالة الترخيص بالزواج دون السن القانونية، وبالتالي حسب الظاهر نجد أنه بإمكان القاضي منح الترخيص حتى لفتاة لم تبلغ العاشرة من العمر.
- ميز قانون الأسرة بين المرأة الراشدة و القاصر، حيث قصر دور الولي على حضور مجلس العقد، بينما تباشر هي العقد بنفسها، أما بنسبة للقاصر فان الولي هو الذي يباشر العقد عنها.
- لم يتطرق المشرع الجزائري لزواج غير العاقل، أما الفقهاء فقد اتفقوا على جواز تزويج غير العاقل.
- كما أن أهلية التقاضي شرط لصحة المطالبة القضائية أو ما يسمى كذلك بالأهلية الإجرائية، وهي تحدد بسن معينة وفي التشريع الجزائري 19 سنة، تبعا لذلك إذا لم يحز الشخص على هذه الأهلية الإجرائية أي أهلية التقاضي، لا يجوز له القيام بالأعمال الإجرائية وإنما يقوم بها شخص آخر يمثله، وهذا ما يسمى بالتمثيل الإجرائي الذي يقوم به الشخص الذي ينوب عن عديم أو ناقص الأهلية.
- تخلف الأهلية يترتب عليه بطلان العمل القضائي، فهي شرط لمباشرة الدعوى وليست شرطا لوجودها، ويعد هذا البطلان الناشئ عن تخلفها متعلقا بالنظام العام فالأهلية ليست شرطا لقبول الدعوى وإنما لمباشرة إجراءاتها.
- أهلية التقاضي والتي يتمتع بها الزوج القاصر مقتصرة فقط على آثار عقد الزواج من حقوق والتزامات ، أما فيما يتعلق بالطلاق فالأمر مختلف إذ لا يتمتع الزوج القاصر بأهلية التقاضي برفع دعوى الطلاق ، وبالتالي نجد الطلب يكون باسم القاصر ولكن الذي يقدمه وليه أو مقدمه.
- نجد أن المشرع لم يعط المادة السابعة من قانون الأسرة القيمة القانونية اللازمة لها على أساس أنه يمكن إبرام عقد زواج دون السن القانونية المحددة له (والمقصود الزواج الشرعي– الفاتحة)، وبعد مضي مدة من الزمن وبلوغ السن القانونية يتم التوجه إلى المحكمة ويسجل الزواج بموجب حكم قضائي وفقا للإجراءات المنصوص عليها

- نجد أن القانون الجزائري قد أغفل مسائل هامة، فلا هو نص على مصير الزواج الذي أبرم مخالفة للسن المحددة له، ولا هو تعرض للعقوبات التي توقع على مخالفي القاعدة القانونية.

توصيـــات

من خلال هذه النتائج التي تمثل ثمرة هذا البحث لا يفتني في هذا المقام تقديم الملاحظات والتوصيات بشأن قانون الأسرة الجزائري :

1- لم يكن المشرع الجزائري ملزما أو مجبرا لا في أن يساوي بين الرجل والمرأة من حيث سن الزواج، ولا أن يساوي بين أهلية الزواج وسن الرشد المدني، ذلك أن تحديد سن الزواج يجب أن يخضع لدراسة إجتماعية للبيئة الجزائرية، يقوم بها علماء الإجتماع والأطباء وعلماء الشرع ورجال القانون وهذا للوصول إلى الأفضل، وتفادي معظم المشاكل التي قد تعاني منها الأسرة .
2- بالرجوع إلى الدراسات الطبية نجد أنها توصلت إلى أن أفضل سن للزواج يكون بين الثامنة عشرة والخامسة والعشرين، كما أثبتت أن الحمل في سن مبكرة دون الثامنة عشرة من العمر يصاحبه الكثير من المشاكل الطبية على الأم والجنين وبعد الإنجاب تواجه الفتاة الصغيرة مشاكل عديدة في رعاية طفلها و الإهتمام به، وتزداد مشاكل ضعف نمو الأطفال مع زيادة المشاكل الطبية.
3- كما أن المشرع الجزائري لم يحدد بشكل صريح حدا لسلطة القاضي في الإعفاء من السن القانونية للزواج اي الحد الأدنى للترخيص.
4- المشرع كان عليه أن يرشّد الزوج القاصر بمجرد الزواج برخصة وأن لا يقتصر الأمر على إكتسابه أهلية التقاضي في نطاق آثار الزواج فقط، فليس من المعقول أن يصبح الذكر زوجا يتحمل مسؤولية أسرة وليست له السلطة في التصرف في أمواله كونه ناقص الأهلية، أي يكون خاضعا لأحكام الولاية على المال من طرف وليه أو وصيه بحسب الأحوال طبقا لنص المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري.
5- ضف إلى هذا أن المشرع الجزائري لم يبين الإجراءات التي يجب أن تتبع عند الطلاق سواء بالنسبة للقاصر أو القاصرة.

6- مـا يعـاب علـى المشـرع الجزائـري عـدم منحـه المسـألة (إنحـلال الـزواج بالنسـبة للقاصـرين) حـق قـدرها؛ فهـو لـم ينص علـى الإجـراءات الواجـب إتباعهـا،و عـدم النص كذلك على العقوبات التي توقع على مخالفي سن الأهلية المحدد .

7- عدم تطرقه كذلك إلى حكم العقد الذي يبرم مخالفة لسن الأهلية ، وهذا ما يجعل باب التحايل على تطبيق نص المادة 07 ما يزال مفتوحا، وأن الناس ما يزالون يبرمون عقود زواج دون الرخصـة المطلوبـة، وبعدها يضـعون غيرهم أمـام الأمـر الواقـع، و أنـه بعـد مـرور مـدة مـن الـزمن، وإنجـاب الأولاد يلجـؤون إلـى رئـيس المحكمة فيطلبون منه إصدار حكم قضائي بتسجيل عقود زواجهم ما دام أن عقد زواجهم عقد شرعي وقانوني، ولا يعتبر باطلا ولا فاسدا، وما دامت النيابة العامة لا تقوم بأي إجراء جزائي ضدهم.

8- علـى هذا الأسـاس كـان لابد علـى المشرع أن يهتم بهذه المسـائل والـنص عليها صراحة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لأن الأمر كله مبني على مصلحة القاصر.

فان هذه النتائج و التوصيات التي ارتأيتها جديرة بالذكر تبقى محل تقدير و نظر حسب تعدد و جهات النظر.

و علـى هذا يبقـى القـانون مشـوبا بالقصـور، ممـا يتطلـب إعـادة النظـر فـي بعـض مواده بالتعديل و الإثراء أو الإضافة أو الإلغاء، على أن هذا لا يعتبر انتقاصا من الجهود المبذولة من المشرعين، و إنما لا يتعدى كونه عملا بشريا يعتريه النقص و ما الكمال إلا لله.

بهذا أصل إلى نهاية هذا البحث، فإن كنت قد وفيت بالغاية المنشودة فهذا من فضل **الله** ونعمه، وإن قصرت أو لم أصب بالحقيقة فهذا غير مقصود.

في الختام أدعو **الله** سبحانه وتعالى أن يوفقنا جميعا إلى ما يحبه ويرضاه إنه نعم المولى ونعم النصير، وآخر دعوانا أن الحمد **لله** رب العالمين.

قائمة المصادر و المراجع

- القرآن الكريم

أولا: الكتب:

1-ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط 2، 1992،ج 3.
ابن قيم الجوزية، اعداد الشيخ محمح أويس الندوي، تفسير القيم، دار الهلال،بيروت،ط 3، 1410 هـ، ج 1.

2-ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط 3، 1414 هـ، ج 9.

3-أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، دط، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده 1345 هـ، ج5.

4-أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد (الزواج و الطلاق)، ط 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2012.

5- أحمد فراج حسين، المدخل للفقه الإسلامي الملكية ونظرية العقد، د ط، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص208.

6-أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني "ماهيتها، ضوابطها وتطبيقاتها"، ط1، دار النهضة العربية القاهرة، 1988.

7-أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، ط 1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، عمان، 2002.

8-بالحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه،الجزائر، 2013.

9-بلقاسم شتوان, النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية و القوانين العربية,ط1،مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2014.

10-بن شويخ الرشيد, شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية, ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

11-خالد سليمان شبكة، كفالة حق التقاضي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

12- السيد أبوعيطة، الزواج و الطلاق في زمن العولمة، ط 1، دار الفكر الجامعي، 2014 .

13-الشريف أبي الحسن علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني الحنفي،التعريفات، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت،2002.

14-طاهري حسين، الدليل القانوني للمتقاضين،ط1، دار الخلدونية،الجزائر،2007،ج1.

عبد الحفيظ بن عبيدة، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، ط1، دار هومه، الجزائر،2004 .

15-عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومه، الجزائر.

16-عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، مدعمة بالاجتهادات القضائية، دار هومه، الجزائر.

17-عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط2، دار هومه، الجزائر،2007 .

18-عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه و التشريع والقضاء،منشورات ثالة، الجزائر.

19-عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و بيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 6، ط 1، مؤسسة الرسالة للطباعة و نشر، بيروت، 1993.

20-عصام أنور سليم، حقوق الطفل، د ط، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2001.

21-عصام نور الذين، معجم نور الذين الوسيط، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2009.

22-علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

23-كاملي مراد، الوجيز في قانون الأسرة ، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، السنة الجامعية 2009- 2010.

24-لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهادات المجلس الأعلى و المحكمة العليا(من سنة 1982 الى سنة 2014)، دار هومه، الجزائر،2014.

25-لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ط 2، دار هومه، الجزائر، 2006.

26-محمد أبو زهرة، أصول الفقه، د ط، دار الفكر العربي، القاهرة، د ت ن.

27-محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.

28-محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره،دار الفكر العربي، القاهرة، 1971.

29-محمد سراج، أصول الفقه الإسلامي، د ط، دار الجامعة الجديدة، منشأة المعارف،الإسكندرية، 1998.

30-محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث الجزائر.

31-محمد مصطفى شلبي،أحكام الأسرة في الإسلام،دار الجامعية، بيروت، ط 4، 1985.

32-منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، ج 1، مصادر الالتزام، د ط، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1996.

34-نسرين شريقي،كمال بوفرفورة، قانون الأسرة الجزائري، ط 1، دار البيضاء الجزائر،2013.

35-نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الخطبة و الزواج في الشريعة الاسلامية، دار الهدى، الجزائر.

36-وهبة الزحيلي، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية ،المطبعة العلمية ،دمشق، 1969.
37-يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج و الطلاق)، ط 2،دار هومه، الجزائر، 2008.

ثانيا: المذكرات:

1- كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص و اجتهادات القضاء، رسال مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في القانون فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، سنة 2014-2015 .
2- ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة 20 أوث 1954 سكيكدة، 2012 .

ثالثا: الجرائد و المجلات:

1- مجلة الأحوال الشخصية، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2007.
2- الجريدة الرسمية – العدد 4 (مكرر) في 29 يناير سنة 2000.
3- مجلة المحكمة العليا، العدد 02، سنة 2009، ص 301.

رابعا:القوانين:

1- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، جريدة رسمية رقم 76، المؤرخ في 8 ديسمبر 1996، المعدل بـ : القانون 03/02 المؤرخ في 10 أبريل 2002 الجريدة الرسمية رقم 25، المؤرخ في 14 أبريل 2002، و القانون رقم 19/08 ، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ، الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.
2- أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل و المتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

3-قانون رقم 07-05، المؤرخ في 13 مايو، سنة 2007،جريدة رسمية رقم 31، مؤرخة في 13 مايو، 2007، المتضمن القانون المدني.
4- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429، الموافق 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
5- قانون رقم 06- 23، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، وفق آخر تعديلات، متضمن قانون العقوبات الجزائري.
6- الأمر رقم 70- 20، المؤرخ في 1970/02/19، متعلق بالحالة المدنية المعدل و المتمم بالقانون رقم 14- 08 المؤرخ في 09 غشت سنة 2014 و المتضمن قانون الحالة المدنية.
7- قانون رقم 63-224 بتاريخ 1963/06/29 خاص بتحديد سن الزواج، المنشور بالجريدة الرسمية 02، سبتمبر 1963
8- قانون معدل لقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 82 لسنة 2001، المنشور في الجريدة الرسمية 2002/1/1

خامسا:المواقع الالكترونية:

1- 1804www.legifrance.gouv.fr/affich code Article
2- www.khayma.com/almoudaress/moudaouna/moudaoua-
3- www.lexinter.net/JF/conditions_du_mariage.htm:
4- https://old.qadaya.net/node/7
5- www.qistas.com/legislations/jor/view/82917
6- http://www.amanjordan.org/a-news/wmview

الفـهرس	الصفحة
المقدمة	أ
الفصل الأول: الأهلية في عقد الزواج	4
المبحث الأول: التعريف بعقد الزواج أركانه و شروطه	4
المطلب الأول : تعريف عقد الزواج	5
الفرع الأول : الزواج في اللغة	5
الفرع الثاني : الزواج في اصطلاح الفقهاء	6
الفرع الثالث: تعريف الزواج في القانون	7
المطلب الثاني: أركان الزواج وشروطه	8
الفرع الأول: أركان الزواج	8
الفرع الثاني :شروط عقد الزواج	9
اولا–الشروط الشرعية في عقد الزواج	9
ثانيا – الشروط الاتفاقية في عقد الزواج	9
ثالثا – الشروط القانونية الرسمية في عقد الزواج	10
المطلب الثالث: آثار الزواج	11
الفرع الأول: الحقوق المشتركة بين الزوجين	11

الفرع الثاني: حقوق كل من الزوجين اتجاه الأخر	13
المبحث الثاني:مفهوم الأهلية و أقسامها	14
المطلب الأول :تعريف الأهلية لغة و اصطلاحا:	14
الفرع الأول :تعريف الأهلية لغة	14
الفرع الثاني : تعريف الأهلية اصطلاحا	15
المطلب الثاني: أقسام الأهلية	17
الفرع الأول: أهلية وجوب	17
الفرع الثاني: أهلية الأداء	19
الفرع الثالث: التمييز بين الأهلية و بعض المفاهيم	20
أولا: التمييز بين الأهلية وحالات المنع القانونية	21
ثانيا:التمييز بين الأهلية والولاية	21
المطلب الثالث:موقف الفقه الإسلامي و القانون الوضعي من أهلية الزواج	22
الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من أهلية الزواج	22
الفرع الثاني: موقف القوانين الوضعية من أهلية الزواج	23
أولا :موقف قانون الأسرة الجزائري من أهلية الزواج	24
ثانيا: موقف القوانين الوضعية من أهلية الزواج	25

المبحث الثالث:الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية	27
المطلب الأول:الإذن بالزواج قبل سن الأهلية	27
الفرع الأول: الزواج قبل البلوغ في الفقه الإسلامي	28
الفرع الثاني: الزواج قبل سن الأهلية في بعض القوانين	29
أولا: الزواج قبل سن الأهلية في القانون الجزائري	29
ثانيا: الزواج قبل سن الأهلية في بعض القوانين الأخرى	31
المطلب الثاني: الولاية في عقد الزواج	33
الفرع الأول: الولاية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي	34
أولا: تعريف الولاية	34
ثانيا: أقسام الولاية	34
الفرع الثاني: الولاية في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري	37
أولا : من حيث طبيعة عنصر الولي	37
ثانيا: من حيث مباشرة العقد	37
ثالثا: من حيث تحديد الأولياء و ترتيبهم	37
رابعا: من حيث علاقة الولي بركن الرضا	38
خامسا:من حيث أثر تخلف عنصر الولي على صحة العقد	38

الفصل الثاني: الأهلية في انحلال الزواج	39
المبحث الأول: مفهوم انحلال الزواج طرقه و أقسامه	39
المطلب الأول : تعريف الطلاق	40
الفرع الأول: تعريف الطلاق من الناحية الفقهية	40
الفرع الثاني : تعريف الطلاق قانونا	41
الفرع الثالث: تمييز الطلاق عن الفسخ	41
المطلب الثاني: طرق الطلاق	42
الفرع الأول: الطلاق بإرادة الزوج	42
الفرع الثاني: الطلاق بالتراضي	43
الفرع الثالث: الطلاق بطلب من الزوج	43
المطلب الثالث: أقسام الطلاق	44
الفرع الأول: الطلاق الرجعي	44
الفرع الثاني: الطلاق البائن	44
أولا: طلاق بائن بينونة صغرى	45
ثانيا: الطلاق البائن بينونة كبرى	45
المبحث الثاني: الأهلية المتعلقة بالخصومة الزوجية	46
المطلب الأول: الشروط المتعلقة بالشخص المدعي و المدعى عليه:	46

الفرع الأول: الصفة	47
الفرع الثاني: المصلحة	48
المطلب الثاني: أهلية التقاضي	49
الفرع الأول: معنى التقاضي	49
الفرع الثاني:التمييز بين حق التقاضي و حق الدعوى	50
المطلب الثالث: أهلية التقاضي في الخصومة الزوجية	51
الفرع الأول: المقصود بأهلية التقاضي في الخصومات الزوجية	52
الفرع الثاني: أهلية التقاضي في الحالة العادية و الحالة الاستثنائية	53
أولا: في الحالة العادية	53
ثانيا: الحالة الاستثنائية	54
المبحث الثالث: الطلاق بواسطة القاضي وجزاء مخالفة سن الأهلية	59
المطلب الأول:الطلاق بواسطة القاضي	59
الفرع الأول: دعاوى الإنحلال مدنيا	60
الفرع الثاني: دعاوى الانحلال جزائيا	61
المطلب الثاني: جزاء مخالفة سن الأهلية	62
الفرع الأول: الرأي القائل بعدم وجود جزاء على مخالفة سن الأهلية	62
الفرع الثاني: الرأي القائل بوجود جزاء على مخالفة سن الأهلية	65

الخاتمة	67
الملحق	71
قائمة المراجع	72
فهرس	77